



EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Autora: Samira Volpato

Directora de Tesis: Profesora Dra. Esperanza Gómez Corona

Departamento de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

Septiembre/2016

A todos los que amo.

“La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreó ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado. La intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales”.

(Samuel Warren y Louis Brandeis. *El derecho a La intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Civitas, Madrid: 1995, p.26)

INDICE

INTRODUCCIÓN	XV
--------------------	----

Capítulo Primero

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN ESPAÑA

I. Cuestiones previas.....	41
II. El controvertido concepto de intimidad.....	52
II.1. El derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derechos autónomos.....	65
II.2. Privacidad, vida privada e intimidad. Algunas precisiones lingüísticas	76
II.3. La inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. Derechos instrumentales al derecho a la intimidad.....	85
II.3.1. La inviolabilidad del domicilio	86
II.3.2. El secreto de las comunicaciones	93
II.3.3. La autodeterminación informativa.....	103
III. Los sujetos titulares del derecho a la intimidad.....	120
III.1. Personajes públicos y famosos	121
III.2. Menores.....	135
III.3. Personas fallecidas.....	143
III.4. Personas jurídicas	147
III.5. Extranjeros.....	154
IV. El contenido del derecho a la intimidad.....	158

Capítulo Segundo

LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

I. La dignidad humana como fundamento de los límites a los derechos fundamentales.....	181
II. La inexistencia de derechos fundamentales absolutos. Los límites de los derechos fundamentales	189
III. Los límites de los límites	213
III.1. La reserva de ley y el contenido esencial. Garantías normativas frente a las limitaciones	213
III.2. Principio de la proporcionalidad.....	220
IV. Los límites al derecho a la intimidad.....	225
V. Los derechos a una comunicación libre desde la perspectiva constitucional.....	233
VI. El derecho a la intimidad y las libertades comunicativas. Ponderación de derechos y posición preferente del derecho a la información	246
VI.1. La ‘relevancia de la información’ como criterio legitimador a la invasión a la intimidad	254
VI.2. La ‘veracidad’ de la información como elemento de vulneración del derecho a la intimidad. La ‘exceptio veritatis’.	268
VI.3. La Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....	275
VII. El derecho a la intimidad en la Era de la sociedad de la información	283

Capítulo Tercero

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

I. Nuevas tecnologías de información. Conceptos básicos	289
I.1. El mundo digital y el mundo analógico	298
I.2. Las infraestructuras, los medios de transmisión y el ancho de banda	300
I.3. Internet	305
I.3.1. <i>Web 1.0; Web 2.0 y Web 3.0</i>	315
II. Las tecnologías de protección del derecho a la intimidad - PET (<i>Privacy Enhancing Technologie</i>) y 'Privacy by design' (PbD).....	320

Capítulo Cuarto

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INTERNET Y SUS LÍMITES

I. Cuestiones previas	331
II. Una revolución llamada Internet	338
III. Libertades de información y expresión en internet. La delimitación de las tecnologías de información y comunicación ante las libertades de información y expresión y el ejercicio de una comunicación libre	342
IV. El derecho a la intimidad en internet.....	353
V. La renuncia de derechos y eficacia frente a terceros del derecho a la intimidad en el espacio virtual	359
VI. Redes sociales de internet como forma de limitación del derecho a la intimidad	363
VI.1. Las Redes Sociales	364
VI.1.1. Riesgos que plantean las redes sociales al derecho a la intimidad	370
VI.1.2. Marco jurídico aplicable	377
VI.1.3. Los derechos a la protección de datos en las redes sociales.....	386

VI.1.4. Colectivos especialmente vulnerables: Menores de edad e incapaces.....	399
VI.1.5. Medidas empleadas para proteger el derecho a la intimidad de los usuarios en las redes sociales	409
VII. Otros límites al derecho a la intimidad con las nuevas tecnologías de información.	413
VII.1. La seguridad pública y el derecho a la intimidad en tiempos de terrorismo.	413
VII.2. La videovigilancia pública como medida de seguridad. Un análisis de la Ley Orgánica 4/1997 bajo el prisma del derecho a la intimidad.....	427

Capítulo Quinto

HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD CON EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

I. La crisis del derecho a la intimidad. Los nativos digitales.....	447
II. Nuevos derechos de la sociedad de la información	460
II.1. El derecho al olvido digital.....	463
II.2. El derecho al anonimato.....	480
III. Hacia una redefinición del concepto clásico del derecho a la intimidad con el impacto de las nuevas tecnologías de información	488
CONCLUSIÓN	503
ANEXO: Sugerencias, propuestas y recomendaciones dirigidas a los servicios de redes sociales y usuarios para garantizar el derecho a la intimidad.....	527

BIBLIOGRAFÍA	537
JURISPRUDENCIAS CONSULTADAS.....	563

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
art.	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial de España
Coord.	Coordinador
CCV	Código Civil Vigente
CD	Disco compacto
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Dir.	Director
Ed.	Edición
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos
FCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
F.J.	Fundamento Jurídico
FF.JJ.	Fundamentos jurídicos
GG	Ley Fundamental de Bonn
HTTP	Protocolo de Transferencia de Hipertexto
INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
ISOC	Sociedad de internet

LET	Estatuto de los Trabajadores
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LO	Ley Orgánica
LODHI	Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
LOEX	Ley Orgánica de los derechos y libertades de los extranjeros
LOPD	Ley Orgánica de Protección de datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOV	Ley Orgánica 4/1997 sobre utilización de videocámaras
LOTARD	Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
NTI	Nuevas Tecnologías de Información
NT	Nuevas Tecnologías
nº.	Número
Op.cit.	Obra citada
p.	Página
PbD	Privacy by Design – Privacidad desde la concepción
PET	Privacy Enhancing Technology – Tecnología de mejora de la privacidad
pp.	Páginas
SRS	Servicios de Redes Sociales
s.	Siglo
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TC	Tribunal Constitucional español
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemán
TCP/IP	Protocolo de control de transmisión/Protocolo de internet
TIC	Tecnología de la información y comunicación
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC's	Tecnologías de Información y Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Hubo un tiempo que las fronteras de la intimidad estuvieron defendidas por el tiempo y por el espacio. No hace mucho eran, precisamente, el tiempo y la distancia los que mantenían indemne a la intimidad. La sociedad era otra.

Los medios de transporte evolucionaron poco a poco. En los últimos años las comunicaciones dieron un salto hacia el futuro de manera asombrosa. Con los avances se despertó, la ambición del ser humano por el conocimiento y la información.

Así pues, se reconoció masivamente el valor de la información. Como contrapartida, el derecho a la intimidad se vio afectado y comenzó su defensa. Se desató una lucha enfurecida entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.

De ahí, en 1890 en los Estados Unidos, Samuel Warren y Louis Brandeis, publican, en la *Harvard Law Review*, un artículo con el título *Right to privacy* en el cual defienden la protección de refracciones de la personalidad humana. Esta nueva dimensión merecedora de protección ante los peligros provocados por la masificación de la difusión de informaciones a través de la prensa escrita fue por los autores identificada como el *Right to be let alone*¹.

La batalla del derecho a la intimidad continuó y continúa hasta hoy a medida que aparecen nuevas técnicas de procesamiento de datos, formas más rápidas, eficaces y económicas de almacenar y transportar el dato con la revolución tecnológica. Los campos de batalla se van reciclando.

Hoy, con la sociedad de la información se ha producido una nueva imagen del hombre, definido por Frosini como un 'hombre artificial'², para referirse a la dimensión psicológica de un hombre nuevo que vive en un mundo artificial, creado por el propio hombre y no por la naturaleza.

¹SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados*

²Citado por CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta. *Las tecnologías de la información y el derecho. De Vittorio Frosini a internet*. Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla: 2003, p.17.

Es innegable que esta revolución tecnológica tiene generado profundos cambios en la dinámica de la sociedad actual y en el comportamiento de las personas. Hoy, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC's) forman parte de la sociedad, es mucho más, son ella misma. Esta es la sociedad de la información, la sucesora de la sociedad industrial, con una cultura transnacional, globalizada y conectada en red.

Todos estos cambios en la historia de la humanidad siempre exigen una respuesta por parte de los sistemas que los gobiernan. De la misma manera que el sistema jurídico en los que se sustentan debe ser dinámico para acompañar estas mudanzas y cumplir con su función social.

Fue exactamente lo que Warren y Brandeis sugerían en el comienzo de su opúsculo cuando expresaban “(...) *es un principio tan viejo como el ‘common 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. Los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos, y el ‘common law’, en su eterna juventud, evoluciona para dar cabida a las demandas de la sociedad*”³.

En la época en la que dichos autores publicaron su artículo, los medios tecnológicos de intrusión en la vida privada era la fotografía sin permiso y la distribución por la prensa. Después de más de un siglo, las denuncias de vulneración a la intimidad se realizan contra otras familias tecnológicas.

El Tribunal Constitucional español (en adelante TC), dentro de su amplia jurisprudencia en esta materia, ha ido perfilando diferentes dimensiones dentro de ese derecho de difícil definición, que es la intimidad. Aquéllas que se han dibujado en función de las diferentes amenazas frente a las que se ha de articular la protección de este derecho, no definido constitucionalmente y de doble proyección. Lo ha hecho en todo caso desde una formulación amplia, no en vano el concepto de intimidad como señala la doctrina (más allá de esa

³WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Vol. 4, nº 5, 1890. Edición Española a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. *El derecho a la Intimidad*. Civitas, Madrid: 1995, p. 21.

referencia clásica al estudio de Warren y Brandeis), es esencialmente abierto, pues ‘¿Qué relación existe entre las inmisiones de ruidos evitables insoportables en el propio domicilio (STC 119/2001, de 24 de mayo) y las indagaciones o investigaciones sobre partes íntimas del cuerpo (STC 37/1989, de 15 de febrero)?⁴

Garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de los demás es el objeto de este derecho que ahora tratamos. Éste ámbito se protege tanto respecto de los poderes públicos como de los particulares, y se encuentra vinculado de manera inmediata y directa con el respecto de su dignidad como persona, su personalidad, siendo necesario para mantener su calidad mínima de vida humana⁵. Como señaló el TC en su sentencia 20/1992, de 14 de febrero, sin este derecho no sería realizable, ni concebible la existencia de la dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental.

La elección del tema de esta investigación deriva del hecho que la revolución tecnológica ha traído consecuencias importantísimas al mundo del derecho constitucional. Los avances de las últimas décadas han incidido considerablemente en el concepto del derecho a la intimidad, de la misma manera que el uso masivo de las redes sociales son unos de los motores de este cambio. Las fronteras entre lo público y lo privado son cada vez más porosas.

Por consiguiente, han aparecido elementos nuevos que nos obligan a realizar nuevas valoraciones sobre las relaciones de las personas entre sí, de éstos con la naturaleza, y de su convivencia con las nuevas tecnologías de la información.

⁴MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad Personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Citado por REVIRIEGO PICÓN, Fernando. *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales: Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p. 1595].

⁵SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo; 151/1997, de 29 de septiembre; 134/1999, de 15 de julio; 115/2000, de 5 de mayo; 83/2002, de 22 de abril.

Dentro de este contexto, de las tecnologías de información, internet es la gran estrella, razón por la cual, en esta investigación, daremos mayor énfasis a internet y redes sociales.

La hipótesis que se traduce es que la incorporación de las nuevas tecnologías de la información (en adelante NTI) en la sociedad actual, ha abierto el debate sobre la necesidad de establecer normas que restrinjan su uso en beneficio de la protección de los derechos fundamentales, como la intimidad. El control electrónico al que nos vemos sometidos produce efectos negativos que inciden de lleno en nuestra vida familiar e íntima, porque nos somete, a un 'juicio universal permanente'⁶.

La tecnología de la información ha revolucionado la sociedad y sigue provocando cambios. Cambios de hábitos, de necesidades, de prioridades y aun de evaluación de los derechos.

Internet presupone una amenaza al derecho a la intimidad. La red no es solo un medio de comunicación, sino que también se configura como un nuevo medio de vigilancia, no solo por parte del Estado sino también por particulares curiosos.

Los peligros de este uso masivo de internet, pide a gritos mecanismos de defensa que hagan eficaz la protección horizontal del derecho (*Drittwirkung*) y no solo frente a las agresiones del poder público.

Los riesgos de vulneración del derecho a la intimidad son interminables. Mencionaremos algunos de ellos, por ejemplo, el actual problema con los motores de búsqueda como *google*, que eternizan la disponibilidad de informaciones en la red. Un verdadero 'atestado de muerte' del derecho al olvido digital. Los sistemas de vigilancia y seguimiento en lugares estratégicos como aeropuertos, centros comerciales, calles etc., enaltecidos sobre todo tras los últimos ataques terroristas en París, Bruselas y Niza. Estos dispositivos suministran una gran cantidad de información biográfica y geofísica,

⁶FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Tecnos, Madrid: 1982, p. 178.

representan sin duda una repercusión negativa sobre la intimidad de las personas.

Además, solo para tener una idea de este contexto, citamos otros sistemas tecnológicos de seguimiento y vigilancia existentes. Las tabletas y los teléfonos móviles con tecnología 3G y 4G están equipados con GPS (*Global Positioning Systems*) que permiten la situación exacta de los usuarios a través de satélites. En Estados Unidos, utilizan el sistema de “localización social” denominado *Verizon Chaperone* para saber dónde se encuentran las personas en cada momento⁷.

Junto a los GPS, las cajas negras en los vehículos, que muchos usuarios desconocen que la tienen, están dotados de una tecnología EDRS (*Electronic Data Recorders*) que recogen y gravan datos como la velocidad, el uso de cinturones, el estado de frenos, aceleración, etc. Una gran mayoría de ciudadanos no tienen conocimiento de otras tecnologías de vigilancia y rastreo como el sistema ANPR (*Automatic Number Plate Reconition*); de la identificación mediante radio frecuencia (*RFID, Radio Frequency Identification*)⁸, etc. Igualmente, las transacciones que realizamos a través de internet pueden ser vigiladas, sin adentrar en el mundo del *google earth, google street view, drones, etc.* que invaden cualquier espacio. Como se nota la realidad es asustadora.

La convergencia entre las diversas tecnologías de la información y comunicación, parece un fenómeno imparable. La actual realidad está provocando una dificultad creciente para delimitar los medios tradicionales dedicados a la transmisión pública de la información, y los dedicados a la comunicación privada; entre los ‘tradicionales’ medios audiovisuales y los medios de telecomunicación⁹.

⁷“GPS child tracking service called Verizon Chaperone”. Ver NISSENBAUM, Hellen. *Privacy in Context, Technology, and the Integrity of Social Life*. Stanford Law Books, Stanford: 2010, p. 24.

⁸*Ibidem*, pp. 31 y ss.

⁹Esta difícil distinción tiene consecuencias jurídicas más generales, como la dificultad para articular un régimen jurídico diferente de las telecomunicaciones y del sector audiovisual, como todavía hace el Ordenamiento español. Véase al respecto GARCÍA MEXÍA, Pablo (director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2005, pp. 124-126, quien, para el caso de Internet, propone una nueva distinción, que separaría la regulación del acceso a la red, por un lado, y los contenidos de la

Y el problema va más allá, en pleno auge de los *reality show*, el derecho a la intimidad también está siendo devaluado a través de su comercio, donde la falta de conciencia de las personas alcanza las esferas más íntimas. Parece que los tiempos futuros serán aún más controlados, se pronostica una invasión creciente sobre esta parcela íntima del ser humano; “(...) *el futuro no estará dominado por un ‘Gran Hermano’, sino por cientos de pequeños hermanos que constantemente irrumpirán y observarán nuestras vidas*”. Esto se traducirá “(...) *en la captura sistemática de los eventos diarios de nuestras vidas; cada lugar al que viajemos, cada palabra que digamos, cada página que leamos*”¹⁰.

Junto a estos programas existen otros, que no se diferencian de los *reality show*, la única diferencia es que en lugar de comerciar su propia intimidad, lo hacen con la intimidad ajena. Los que no son devotos de estos fenómenos televisivos, sufren la imposición de ese tipo de información, sin poder hacer nada al respecto. Hasta los programas de noticias e informativos convencionales han entrado en la dinámica del ‘consumo de la intimidad’. Con la excusa del derecho a la información y a la libertad de expresión se está poniendo en peligro el derecho a la intimidad. Es evidente la crisis de este derecho.

En la sociedad de la información, la exposición de la vida íntima es cada vez más intensa y cotidiana. Se verifica una deformación progresiva de la noción de intimidad en muchas capas sociales y no se notan reacciones proporcionales, sobre todo, la generación de los ‘nativos digitales’¹¹. Vivimos en verdad una redefinición de los contornos del público y del privado.

Los ‘nativos digitales’ crecen con la aceptación de la pérdida del anonimato y de la intimidad, que a nosotros nos parece tan esencial. Adoptan

misma, por otro. Sobre la llamada ‘convergencia multimedia’, véase por ejemplo FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel. *Digitalización y convergencia multimedia. Desafíos jurídicos de la comunicación social ante el avance tecnológico*. [In: *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Lorenzo Cotino Hueso (coordinador). Tirant to Blanch, Valencia: 2007, pp. 235 y ss.].

¹⁰Por ambas citaciones, GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid: 2005, p. 197.

¹¹La expresión nativos digitales (*digital natives*) fue acuñada por PRENSKY, donde los identificaba con aquellas personas que han crecido con la Red y los distinguía de los inmigrantes digitales (*digital immigrants*), llegados más tarde a las TIC. PRENSKY, Marc. *Digital natives, digital immigrant's*. From *on the horizon*, MCB University Press, Vol. 9, nº. 5, October 2001, p. 9.

un concepto de dicho derecho completamente distinto de las generaciones anteriores.

La gran mayoría de los ciudadanos no son conscientes de las enormes consecuencias, del trasfondo de sus 'actos informáticos cotidianos' y así, cualquier nuevo desarrollo se asume y celebra como un avance, obviando la reflexión crucial de si el derecho a la intimidad cabe en este mundo actual tal y como se ha entendido hasta ahora.

No en vano, el directivo de *Google*, Eric Schmidt, afirma que internet juega en contra del individuo, asevera que "(...) *los jóvenes quizás tengan que cambiar su nombre en el futuro para escapar de su antigua actividad online*"¹².

Los grandes de internet no han dudado en sentenciar la muerte de la privacidad en el mundo *online* bajo la premisa de que, "(...) *si no quieres que algo se sepa, mejor no hacerlo*", porque "(...) *nosotros tenemos idea de lo que eres, de lo que te importa y de quiénes son tus amigos*"¹³; o como afirma Zuckerberg, fundador de *facebook*, "(...) *la Era de la privacidad ha acabado*"¹⁴. ¿Están ellos correctos?

Ante todos estos hechos, lo que no queda duda, es que, las NTI presentan un potencial sin precedentes para agredir la intimidad.

Así, se denota que son interminables las hipótesis que involucran el tema en la misma proporción que las razones que justifican la presente investigación.

Este escenario alarmante forma ya parte de nuestra realidad y multiplicará sus manifestaciones en el futuro, salvo que la sociedad arbitre mecanismos que maten tal intromisión en la esfera individual invirtiendo la

¹²*The Wall Street Journal*, 23 de septiembre de 2010. [In: RALLO, Artemi. *El derecho al olvido en internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014, pp. 28 y 29.

¹³Traducido del inglés: "*we know roughly who you are, roughly what you care about, roughly who your friends are*". Intervención de Eric Schmidt, directivo de Google, en Berlín, 7.09.2010 [In: RALLO, Artemi. *El derecho al olvido en internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014, p. 29]

¹⁴TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Edit. Catarata, Madrid: 2014, p. 47.

tendencia inaugurada por el nefasto principio, “(...) *si no tengo nada que esconder, no tengo por qué preocuparme por el respeto de mi privacidad*”¹⁵.

En el mundo antiguo o pasado era fácil sustraerse de la curiosidad ajena, retirándose a un lugar apartado y no suministrando noticias personales, no existían medios de identificación inmediata, el reconocimiento o la noticia cierta sobre la persona se conseguía a través de medios de comunicación y difusión lentos.

Hoy, la realidad es totalmente otra, los datos estadísticos comprueban que, a finales del 2012, en el mundo, alrededor de 2.500 millones de personas estaban en línea (incremento del 10% anual), 241 millones más que el año anterior¹⁶. La media de acceso en Europa, según esos datos es de 63% y de Norte América 78%.

En 2013 se estima que casi el 40% de la población mundial estaba conectada a internet. El porcentaje de personas que utilizan internet en los países desarrollados alcanzó a finales del 2012 el 73,4%. En términos absolutos, casi la mitad de los conectados a internet en el mundo son en Asia Pacífico, siendo 1.133 millones en 2012¹⁷.

En España, en general el acceso ronda el 70% en 2013¹⁸ unos 19 millones de españoles “viven conectados” a internet y consultan el móvil unas 150 veces al día. El 53,8% de la población se conecta a diario, siendo el 86%

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Telefónica: Informe anual 2013, pp. 34 y ss. con referencias a Eurostat-ONTSI (“Indicadores Destacados de Sociedad de la Información”- Septiembre 2013). COTINO HUESO, Lorenzo. *Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas*. AA.VV. *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá: 2015, pp. 51-94, especialmente, pp. 7-8.

¹⁷ Datos de ITU Statistics 2012. COTINO HUESO, Lorenzo. *Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas*. AA.VV. *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá: 2015, pp. 51-94, especialmente, pp. 7-8.

¹⁸ Telefónica: Informe anual 2013 La Sociedad de la Información en España, (14ª edición). COTINO HUESO, Lorenzo. *Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas*. AA.VV. *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá: 2015, pp. 51-94, especialmente, pp. 7-8.

de los jóvenes entre 16 a 24 años. Veinticinco millones de españoles acceden a internet, y las redes sociales forman parte de la vida del 64,1% de los usuarios (del 95% de los jóvenes entre 16 a 24 años). Por cuanto a los usos administrativos, el 45% de la ciudadanía interactuó con las Administraciones Públicas a través de internet. En términos comparativos relativos a 2012, los conectados a internet en España son el 67,2% (38.7% en 2006)¹⁹, con 17,5 millones de usuarios de *Facebook*, ocupando un lugar medio en la Unión Europea frente a países como Holanda (93%) o Noruega (96,9%).

Para América Latina²⁰, los datos más recientes señalan que un 48% (32,1 % en 2009 y 14,4% en 2006) de la población de América Latina (sin Caribe) están ya conectados a internet.

Los datos estadísticos demuestran la utilización masiva del internet en el mundo. Números estos generados a partir de la revolución tecnológica, se puede considerar internet el grande paradigma de esta revolución, sin duda un medio de comunicación de grande relevancia, sin embargo, generador de grandes controversias también.

En este estudio se investigará este nuevo entorno que involucra el derecho a la intimidad y cuáles son los efectos que derivan de esta convivencia en dicho derecho.

Es sin duda, un tema de innegable actualidad que exige una renovación constante, considerando el imparable desarrollo tecnológico. El estudio es arduo porque el dinamismo de la evolución tecnológica es sorprendente y ocurre en paralelo a la experiencia jurídica exigiendo una doble dedicación porque son distintas ciencias en confluencia, creando situaciones cuya resolución va más allá de sus propios muros, exigiendo del jurista estudios en mundos científicos foráneos. En este sentido, oportunas y estimulantes las palabras del autor ANTONI ROIG²¹ cuando asevera que “(...) *el jurista debería acercarse sin complejos a esta propuesta multidisciplinar de estudio de las*

¹⁹Datos de junio 2012. *Ibidem*

²⁰*Ibidem*

²¹ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: COTINO HUESO, Lorenzo (Editor). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV - Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia: 2011, p.44].

libertades informativas, si de verdad quiere complementar la protección jurídica de derechos fundamentales con el también apasionante mundo de la tecnología (...)”.

El derecho a la intimidad ya es un clásico en la doctrina constitucional en razón de las innumerables implicaciones que ofrece a lo largo de las evoluciones sociales, justamente por acompañar los cambios de perfil de la sociedad. Desde su primera formulación hace más de cien años, ha adquirido un nuevo y diverso significado tras la aparición de los ordenadores en el campo de la información, ya que este nuevo instrumento es como una prótesis de la inteligencia humana que con su capacidad de memorizar, procesar los datos y repartir informaciones se ha convertido en un ‘informante electrónico’, un ‘cerebro artificial’²² capaz de controlar, cotejar y entrecruzar los datos recogidos.

Es por esta razón que es reconocida en la doctrina la dificultad en la definición de este derecho, a pesar de las diversas tentativas, persiste el problema en delimitar los límites entre lo público y lo privado, entre la esfera privada y la íntima, entre la esfera íntima y la esfera del secreto²³, así es porque, estos límites son muy difusos y este derecho evoluciona con mucha rapidez, a tal punto, que hoy, se puede observar que raros son los conceptos jurídicos aún conectados a la esencia del ser humano.

Las implicaciones de las TIC’s en los derechos fundamentales son enormes. Varios son los derechos y principios constitucionales afectados genéricamente por el asombroso desarrollo de todas las nuevas tecnologías²⁴.

En España, el derecho a la intimidad está expreso en el artículo 18.1 de la Constitución (en adelante CE) y, atendiendo al mandato contenido en el artículo 53.1 CE y, en consonancia con el artículo 81.1 CE, el desarrollo

²²CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta. *Las tecnologías de la información y el derecho. De Vittorio Frosini a internet*. Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla: 2003, p.17.

²³Teoría de las esferas inicialmente concebida por Heinrich Hubmann. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.13.

²⁴Sobre el tema PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Fundesco, Madrid: 1987; del mismo autor, *Manual de informática y Derecho*. Ariel, Barcelona: 1996.

normativo para la protección del derecho a la Intimidad Personal y Familiar ha correspondido a la Ley Orgánica 1/1982 - de 5 de mayo - de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante LODHI).

En los últimos tiempos, y debido a la necesidad de afrontar estos nuevos riesgos planteados por la tecnología informática, tanto la doctrina como los operadores jurídicos se han visto obligados a replantear el concepto de intimidad.

No hay incertidumbre que todo este avance ha producido una mejora sustancial de nuestra democracia, pero también, no hay duda que aportó muchos problemas hasta ahora sin soluciones. Dicho fenómeno, lanza a cada día una multitud de interrogantes que el derecho, por la extrema dinámica casuística, no consigue acompañar y debe responder eficazmente a la sociedad.

La metodología utilizada para esta investigación será la teórica doctrinaria y jurisprudencial.

Cumple además aclarar que, la distinción entre información y comunicación vendría dada porque la 'información' pretende la libre difusión de datos de todo tipo, y tendencialmente es abierta; la 'comunicación' busca acercar a las personas y facilitar los contactos y la transmisión de todo tipo de mensajes y opiniones entre ellas, de modo que tendería más bien a un contexto más cerrado o privado. No obstante, se ha destacado acertadamente que el aspecto más interesante de las nuevas tecnologías es la convergencia entre la tecnología de las telecomunicaciones, la informática y la radiodifusión, de manera que *"(...) en el futuro inmediato ya no tendrá sentido entender el teléfono como algo diferente de la televisión y esta como algo muy distinto de un periódico"*²⁵. Por tanto, cada vez es más difícil, y tiene menos sentido,

²⁵FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw Hill, Madrid: 1998, p. XX.

distinguir entre la información y la comunicación, y ello aboga por una visión amplia y convergente de las nuevas tecnologías²⁶.

Así subrayamos que, desde esta perspectiva, y a efectos de esta investigación, consideraremos las expresiones ‘tecnologías de la información y de la comunicación’ – TIC’s, ‘nuevas tecnologías’- NT y ‘nuevas tecnologías de información’- NTI, sinónimos.

Este impacto de las NTI sobre el derecho fundamental a la intimidad será el objeto de esta investigación. Así, enfocaremos el estudio en **5 Capítulos**, todos ellos orientados por la doctrina, legislación y jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

En el **Capítulo Primero** de la tesis, perseguiremos un conocimiento de forma profundizada de la configuración constitucional del derecho a la intimidad en España, empezando por un estudio de la evolución histórica de dicho derecho (**sección I**).

En la **sección II** analizaremos el controvertido concepto de intimidad, las tendencias doctrinales y las principales interpretaciones sobre el tema del Tribunal Constitucional.

Como el derecho a la intimidad está expreso en el artículo 18.1 CE, juntamente con el derecho al honor y el derecho a la imagen, analizaremos, consonante doctrina y jurisprudencia, si se trata de un único derecho – trifonte, o de tres derechos autónomos (**sección II.1**).

Además cuando hablamos de intimidad percibimos que en la vida cotidiana y hasta mismo en algunas doctrinas se hacen uso de las expresiones “privacidad”, “vida privada” e “intimidad” como sinónimos. Así, en la **sección II.2** investigaremos si estas expresiones designan la misma realidad.

Aún con respeto al análisis del tenor del artículo 18 CE, ahora con referencia a los apartados 2,3 y 4 - la inviolabilidad del domicilio, el secreto de

²⁶GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El Derecho de Internet*. [In: Pablo García Mexía (director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, pp. 121 y ss.

las comunicaciones y la autodeterminación informativa respectivamente, examinaremos en la **sección II.3**, cual es la dinámica existente entre estos derechos y el derecho a la intimidad.

Delineada las interpretaciones del artículo 18 de la CE, partiremos para el estudio exhaustivo de los sujetos titulares del derecho a la intimidad (**sección III**).

Ya que la intimidad es un derecho que tiene un carácter individual, innato, abordaremos en la **sección III.1** los rasgos de la titularidad de dicho derecho entre los personajes públicos y famosos.

En la **sección III.2** detallaremos el ejercicio del derecho por los menores de edad, ya que una afectación de su intimidad se presume ser mucho más grave que para cualquier otro sujeto pues afecta al libre desarrollo de su personalidad.

En el contexto de la **sección III.3** estudiaremos cómo es ejercido el derecho a la intimidad de una persona fallecida ya que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte.

De igual forma se estudiará en las **secciones III.4** y **III.5** si la persona jurídica y extranjeros son sujetos titulares del derecho a la intimidad en España.

Aunque el contenido del derecho a la intimidad sea reconocido en la doctrina especializada y en la jurisprudencia como flotante y flexible, porque, como dicho, este derecho acompaña la evolución de la sociedad, dedicaremos a la **sección IV** el estudio de los intentos doctrinales en delimitarlo. Entre los varios intentos, investigaremos la célebre doctrina alemana de la *Sphärentheorie* (la teoría alemana de los círculos concéntricos), la tesis maximalista de Fariñas Matoni, entre otros intentos.

En el **Capítulo Segundo** de esta tesis trataremos de los límites del derecho a la intimidad.

Dentro de este contexto, partimos del tenor del art. 10.1 CE, donde se extrae que la dignidad humana es el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto. Este precepto constituye el principio rector

supremo del ordenamiento jurídico, es decir, es el núcleo de todo el sistema de valores constitucionalmente establecido. Si así es, cuando hablamos de ‘límites de los derechos fundamentales’ debemos, por tanto, traer a un primer plano el tema de la dignidad humana.

En efecto, empezaremos en la **sección I** con el estudio de la dignidad humana como fundamento de los límites de los derechos fundamentales. Analizaremos en esta sección las principales sentencias sobre el asunto.

Vencido este tema, abordaremos en la **sección II**, la inexistencia de derechos absolutos y, consecuentemente el análisis de los límites de los derechos fundamentales. Analizaremos la tipología de límites presentados por variada doctrina.

El importantísimo valor que tienen los derechos fundamentales en los sistemas democráticos, hace que su limitación se vea sometida al cumplimiento de ciertas condiciones y que se interpreten siempre de forma restrictiva. En este contexto llegaremos al estudio de ‘los límites de los límites’ (**sección III**), donde abordaremos la reserva de ley, el contenido esencial y las garantías normativas frente a las limitaciones. En este punto estudiaremos cómo las limitaciones de los derechos fundamentales deben estar habilitadas (art. 53.1 CE) y cual el tipo de ley exigido en cada circunstancia (art. 81.1 CE), también analizaremos qué debe ser entendido por contenido esencial (**sección III.1**).

No obstante, hay situaciones que no resulta suficiente delimitar el objeto del derecho fundamental y fijar los límites que cabe imponer a éste. Puede suceder que sea necesario definir la intensidad en que estos límites deben ser aplicados, así urge investigar la aplicación del principio de la proporcionalidad como criterio orientador, cuyo estudio desarrollaremos en la **sección III.2**.

Pasaremos a analizar en la **sección IV**, los límites del derecho a la intimidad propiamente dicho, cuyas restricciones pueden estar en la exacta frontera en que la dignidad y la conveniencia del individuo deben ceder ante las exigencias del bienestar general o de la equidad. Así como todos los derechos fundamentales dicho derecho también es susceptible de limitación, sea en su inevitable articulación con otros derechos fundamentales, como la libertad de

información, o en el plan de protección de otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, prevención y persecución de delitos.

Como el derecho a la intimidad reconocido en el apartado primero del art. 18 de la CE tiene la peculiaridad de recibir una doble mención constitucional: en el art. 18.1 CE, en cuanto derecho sustantivo, y en el art. 20.4, como límite de los derechos a una comunicación libre, en la **sección V** nos dedicaremos a estudiar los derechos a una comunicación libre desde la perspectiva constitucional.

En la **sección VI** pasaremos al estudio de los frecuentes conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de información y expresión, el juicio de la ponderación como medio de solución de estos conflictos, la posición preferente del derecho a la información y los requisitos de la relevancia y la veracidad de la información como criterio legitimador a la invasión de la intimidad (**sección VI.1 y VI.2** respectivamente).

Se hará también, un estudio de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considerando que dicha Ley Orgánica tipifica las intromisiones al derecho a la intimidad que se consideran legítimas e ilegítimas. Daremos énfasis al artículo 7, apartado 1 y 2 – que se refieren a la forma de obtención de una información; el apartado 3 – que se refiere a la divulgación de una información; y el 4 en el quebrantamiento de confianza (**sección VI.3**).

Pues bien, como la intimidad antes de ser un fenómeno jurídico es un fenómeno social, como dicho, es inevitable que su concepto tenga un reconocido carácter flotante pues acompaña los cambios de la sociedad. Así siendo, en la actualidad, más una vez, a partir del desarrollo tecnológico, el derecho a la intimidad adquiere un nuevo perfil.

Las nuevas tecnologías de la información, además de propiciar un irrefutable crecimiento económico sin precedentes en todo el planeta, han permitido la captación y mercantilización de datos personales y que la información circule a escala mundial con una rapidez inconcebible. Hoy, las personas, más que destinatarios de la información, corren el riesgo de

convertirse en sus rehenes. Así es porque el acceso a las informaciones disponibles permite la creación de retratos que muestran los principales hábitos y prácticas de una persona (teoría del mosaico de Madrid Conesa), revelando facetas de las cuales el propio individuo muchas veces no es consciente y que pueden ser utilizados para diversos fines.

Con esta realidad mundial, conservar el derecho a la intimidad intacto se está tornando muy difícil. Los satélites cada vez más modernos exhiben imágenes que eran inimaginables hasta hace poco tiempo. Dentro de todo este avanzado universo tecnológico, no sólo la prensa, empresas o los órganos públicos, sino que también cualquier persona puede invadir la intimidad ajena sin salir de casa.

Algunos hablan de la 'industrialización de la indiscreción'²⁷ como pauta del comportamiento del Estado, de los órganos de comunicación social y también de los particulares, cuya curiosidad acerca de la vida ajena se manifiesta asombrosa.

La sociedad de la información está totalmente inmersa en las nuevas tecnologías, en un *hábitat* donde estamos en permanente contacto con el mundo, aunque creemos que en la mayoría de las veces el mayor riesgo se encuentra en el usuario que en la propia tecnología en sí. En efecto, cerramos este capítulo con la **sección VII** donde empezaremos a confrontar el tema del derecho a la intimidad en la Era de la sociedad de la información.

Hoy en día, se dice, irónicamente, que gozamos de más intimidad que nuestros antepasados precisamente gracias al anonimato de la vida urbana y los medios tecnológicos²⁸. Sin embargo, consideramos que en etapas anteriores al desarrollo tecnológico, el respeto a la vida privada se centraba en el uso de los sentidos, tales como la vista o el oído. Se permanecía así dentro de los límites de relaciones naturales y los muros de una casa, la soledad de un lugar desierto, eran suficientes para asegurar la protección de la intimidad y

²⁷ZUBIRIS DE SALINAS, Fernando. *Libertad de expresión y derecho penal*. Edersa, Madrid: 1989, p. 244.

²⁸FLAHERTY, David H. *Privacy in Colonial New England*. University of Virginia Press, Charlottesville: 1971, p. 55.

para excluir el conocimiento o la difusión de las acciones y de las palabras de un individuo o de varias personas unidas entre sí por vínculos confidenciales.

En el **Capítulo Tercero** de la tesis trataremos de las nuevas tecnologías de la información propiamente dichas. Plantearemos como las nuevas tecnologías de la información han supuesto, por una parte, grandes ventajas y por otra parte, perjuicios a los ciudadanos.

Como estamos hablando de una nueva ciencia en confluencia con el derecho a la intimidad, urge estudiar algunas nociones básicas relativas a las NTI para entender el modo en el que se van a ver afectados los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos (**sección I**).

Fundamental comprender de qué se trata cuando hablamos de un mundo digital, de un mundo analógico o de una información digitalizada. Estos conceptos básicos y otros más desarrollaremos en la **sección I.1**.

De igual importancia es la comprensión de las estructuras, los medios de transmisión y el ancho de banda que estudiaremos en la **sección I.2** porque estos conceptos ayudan a entender cuál es el entorno fáctico de los problemas jurídicos.

Como ya hicimos hincapié, el tema 'nuevas tecnologías de la información' involucra un universo extenso, así, daremos énfasis a internet, pues es el gran protagonista de las tecnologías de la información y, hoy, internet ha convertido en realidad el 'hogar global', en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

Así, buscaremos en la **sección I.3** una necesaria aproximación técnica del 'mundo de internet', verificando conceptos, características y evolución, desde la *web 1.0*, *web 2.0* hasta la *web 3.0* (**sección I.3.1**),

Todos estos nuevos sistemas socio-técnico-informáticos no solo han puesto de manifiesto el poder de la innovación informática y los beneficios que

aportan, como también han revelado nuevas amenazas y desafíos en materia de protección a la intimidad. De ahí, trataremos en la **sección II** de este capítulo las medidas tecnológicas que están siendo reclamadas para la protección del derecho a la intimidad como la *Privacy Enhancing Technologie* (PET) y la *Privacy by Design* (PbD).

El **Capítulo Cuarto** se intitula el derecho a la intimidad en internet y sus límites. Expondremos en la **sección I**, como cuestiones previas, la difícil tarea que representa la protección de la intimidad frente a esta dimensión global que alcanza una publicación en internet. Todos estos aspectos de la ‘revolución llamada internet’ será objeto en la **sección II**.

Nadie es indiferente a estos avances tecnológicos de las últimas décadas ni a los cambios que, sobre todo, el internet ha desencadenado en distintos ámbitos de la vida personal y social.

Las TIC’s han propiciado profundos cambios en las pautas del proceso comunicativo. Se ha producido con el advenimiento internet una convergencia en los medios de comunicación, generando dificultades en la delimitación de las Tecnologías de Información y Comunicación a través de las que se ejerce en la libertad de información y expresión y las que son aptas para el ejercicio de una comunicación libre, este tema será objeto de estudios en la **sección III**.

En la **sección IV** estudiaremos el derecho a la intimidad en internet. Analizaremos como este proceso ha producido un progresivo extrañamiento del hombre respecto a la naturaleza, paulatinamente sustituida por un ambiente artificial. Cómo el desarrollo de estas mismas tecnologías ha acarreado nuevos riesgos para los derechos y libertades de los ciudadanos debido a la capacidad de las entidades y personas tanto públicas como privadas, de acumular informaciones personales en formato digital para finalidades muy diversas y no siempre perfectamente identificadas.

La pérdida de control sobre estas informaciones puede incidir de manera directa en los derechos y libertades ya que esta capacidad de acumulación de grandes cantidades de datos personales hace posible su alteración, manipulación y transmisión a terceros de manera rápida, lo cual incide en la

libertad de elección y decisión de los individuos ante la incertidumbre de si sus comunicaciones, actividades o elecciones serán registradas por entidades desconocidas y para finalidades que igualmente ignoran.

Otra pregunta que se hace es que una vez revelada voluntariamente una información en un medio virtual, ¿abarcaría sustentar renuncia al derecho a la intimidad?; ¿dejando desamparado a su titular, víctima de su propio poder de decisión sobre lo que considera íntimo o no?, este análisis lo desarrollaremos en la **sección V**.

Vivimos una nueva Era, en un *hábitat* donde la comunicación a través de la *web* y de los dispositivos móviles dio voz al diálogo interactivo. Hoy en día, en cualquier lugar, estamos en permanente contacto con el mundo e igualmente vigilados por el mundo.

Internet y las redes sociales de internet, como *Facebook*, *Tuenti*, *Linkedin*, *Instagram*, etc. afectan de forma directa el derecho a la intimidad. Tan grande su afectación que, sin duda, está provocando un cambio en el concepto 'de lo íntimo'.

No es difícil observar, por ejemplo, cuando estamos en un restaurante, a las personas que están a nuestro entorno con sus teléfonos, en total silencio, publicando fotografías de la comida que comen e informando en la red donde están y con quien.

En internet, el peligro es invisible. Jamás, como en la sociedad de la información, las personas han estado tan expuestas a ojos extraños en su vida cotidiana. Internet está cada vez más presente en todos los espacios donde se desarrollan actividades humanas, difícil no encontrarla en todos los lugares. Internet permite no sólo nuevas, más fáciles y más sofisticadas formas de comunicación, sino también, y como contrapartida, la posibilidad técnica de que se produzcan más injerencias en las mismas.

En efecto, daremos énfasis en el estudio de las redes sociales. Así iniciaremos su estudio en la **sección VI** intitulada las redes sociales como forma de limitación del derecho a la intimidad. Analizaremos los nuevos retos que enfrenta el derecho a la intimidad con las redes sociales que, como dicho,

representan uno de los motores del cambio del concepto de intimidad (**sección VI.1**).

Examinaremos los riesgos que plantean las redes sociales para el derecho a la intimidad (**sección VI.1.1**). Haremos un análisis normativo y un análisis de la evolución legislativa del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), haciendo especial hincapié en la protección de este derecho en internet y en los servicios asociados a ésta. Para contar con una visión global de la situación también se analizará el ámbito internacional, comunitario o europeo y el nacional (**sección VI.1.2**).

El marco legal en materia de protección de datos en las redes sociales será objeto de estudios en la **sección VI.1.3**. Los menores de edad y los incapaces, colectivos especialmente vulnerables en las redes sociales, serán analizados en la **sección VI.1.4** y, las medidas empleadas en las redes sociales para protección del derecho a la intimidad, serán estudiadas en la **sección VI.1.5** respectivamente.

También discutiremos otro supuesto de limitación al derecho a la intimidad, la seguridad pública. Analizaremos como el terrorismo, sobre todo después de los atentados de 11 de septiembre de 2001(en adelante 11-S) en Estados Unidos y los más recientes en Paris, en 13 de noviembre de 2015; en Bruselas, en 22 de marzo de 2016 y, en Niza, en 14 de julio de 2016, reabra la discusión sobre la necesidad de intensos métodos de seguridad (por ejemplo, las amplias medidas de seguridad como cámaras de vigilancia, presencia policial, y registros personales en aeropuertos, estaciones, control de telecomunicaciones, actividades privadas etc.) que puedan implicar un recorte en el derecho a la intimidad.

El terrorismo ha desencadenado una exagerada colecta de informaciones personales, la intromisión en la intimidad de los ciudadanos también se consume por medio de *ciberespionaje* operada por los sistemas de inteligencia. Hoy, las agencias de inteligencia interceptan comunicaciones realizadas por medio de teléfonos, internet, entre otros. Estos hechos se desprenden diariamente de las noticias en los periódicos, por ejemplo: ‘El

mundo'²⁹ – EEUU 'espía' a través de los servidores de Apple, Google o Facebook: *“El Gobierno de Barack Obama no sólo tiene información sensible de millones de llamadas telefónicas, también tiene acceso directo a los datos y a los servidores de poderosas empresas de Internet como Google, Facebook o Apple. Una presentación en PowerPoint de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) a la que ha tenido acceso los diarios 'The Guardian' y 'The Washington Post' probaría el control de EEUU sobre el contenido de determinados e-mails, fotografías, vídeos conversaciones de chat o transferencia de archivos.(...)”*; - *“EEUU vigila de forma ‘rutinaria’ sitios de noticias, Twitter y redes sociales”³⁰*; *“Un ataque informático expone los correos de centenas de militares británicos”³¹*; *“El gobierno de Obama espía desde abril las llamadas de millones de ciudadanos”³²*, *“EE.UU. espía más de 60 millones de llamadas telefónicas en España”³³*.

Así pues, en la **sección VII** analizaremos otros supuestos de limitación del derecho a la intimidad beneficiados por el avance de las nuevas tecnologías de la información. En este sentido, discutiremos cómo las nuevas demandas de seguridad pública de la sociedad de la información, con sus avanzados sistemas informáticos, tienen implicado en un recorte en el derecho a la intimidad de sus ciudadanos. Cómo el creciente temor al terrorismo tiene estimulado a la aparición de marcos normativos que restringen o eliminan el derecho a la intimidad (**sección VII.1**). Dentro de este contexto, la tecnología de la videovigilancia pública es uno de los métodos de seguridad pública cuyo uso indiscriminado tiene preocupado a juristas y activistas de organizaciones no gubernamentales de defensa de las libertades públicas en todo el mundo. En efecto, haremos un análisis de la Ley Orgánica 4/1997 sobre la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo el prisma del derecho a la intimidad.

²⁹ Periódico 'El mundo' de 07.06.2013 Disponible en: www.elmundo.es Acceso en: 03.04.2016.

³⁰ Disponible en: www.elmundo.es
Acceso en: 03.04.2016.

³¹ Disponible en: www.elmundo.es
Acceso en: 03.04.2016.

³² Disponible en: www.elmundo.es
Acceso en: 03.04.2016.

³³ Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20131028/eeuu-espia-mas-60-millones-llamadas-telefonicas-espana-segun-greenwald/778501.shtml>
Acceso en: 03.04.2016.

El **Capítulo Quinto** lleva el título 'hacia una redefinición del concepto del derecho a la intimidad con el impacto de las nuevas tecnologías de información', donde en la **sección I** abordaremos el tema la crisis del derecho a la intimidad con esta realidad social que se impone y la perspectiva del incremento futuro de la crisis con el perfil de los nativos digitales.

Por ello, la sociedad de la información reclama nuevos derechos. Esta temática será desarrollada en la **sección II**.

Como las TIC's no encuentran entrabas en el tiempo, hacen que los hechos practicados desde hace mucho tiempo, en momentos distantes, y ya olvidados, pueden, ser rescatados por los motores de búsquedas, causando nuevas formas de intromisiones, actuales, y mucho más ruinosas, más allá de aquellos causados en época pretérita. Dentro de este contexto, estudiaremos el derecho al olvido digital como una de las medidas jurídicas discutidas en la actualidad para preservar el derecho a la intimidad en el espacio virtual. Analizaremos una Sentencia de gran repercusión sobre el tema dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el día 13 de mayo de 2014 (**sección II.1**).

En la **sección II.2** abordaremos otro derecho que se presenta en la doctrina especializada como medida jurídica necesaria para garantía de la intimidad. Estamos hablando del derecho al anonimato que es consagrado legalmente en el ámbito de las comunicaciones telefónicas, pero muy discutido en la doctrina en el ámbito de internet como uno de los nuevos derechos fundamentales vinculados a la red. Para algunos autores se ha configurado como el derecho más importante de cuantos se reconocen a los internautas, como reacción frente a la monitorización de las huellas de navegación.

Ante estas discusiones doctrinarias, analizaremos el derecho al olvido y el derecho al anonimato como posibles medidas jurídicas protectoras del derecho a la intimidad en el mundo virtual.

Comprobada esta realidad, urge una consecuente redefinición del derecho a la intimidad con el impacto de las NTI, que trataremos en la **sección III**.

De esta manera, ancorado en algunos entendimientos ya sedimentados en la doctrina constitucional y conclusiones formuladas en cada sección de este estudio, buscaremos descubrir algunas cuestiones. Entre ellas, destacamos la necesidad de reconceptualización del derecho a la intimidad y de las libertades comunicativas. Sin embargo, para una correcta conclusión a respecto del tema central, imperioso será analizar otras cuestiones como: ¿Está el derecho a la intimidad amenazado a extinción? ¿Los nativos digitales están creando pautas de comunicación en internet que pueden atingir al derecho a la intimidad de todos los demás? ¿Considerando el ejercicio de la propia voluntad en la definición de 'lo íntimo', la intimidad hoy ha evolucionado tanto que tiene su ámbito reducido para todos? ¿La seguridad pública puede transformar el derecho a la intimidad en un derecho ficticio? ¿La reglamentación del derecho al olvido digital y del derecho al anonimato es suficiente para asegurar la intimidad en internet? Estos son algunos de los principales aspectos que se pretende desarrollar en este trabajo de investigación.

Por fin, presentaremos algunas sugerencias, propuestas y recomendaciones dirigidas a los servicios de redes sociales y usuarios para la protección del derecho a la intimidad **(anexo)**.

Capítulo Primero

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN ESPAÑA

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS; II. EL CONTROVERTIDO CONCEPTO DE INTIMIDAD; II.1. El derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derechos autónomos; II.2. Privacidad, vida privada e intimidad. Algunas precisiones lingüísticas; II.3. La inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. Derechos instrumentales al derecho a la intimidad; II.3.1. La inviolabilidad del domicilio; II.3.2. El secreto de las comunicaciones; II.3.3. La autodeterminación informativa; III. LOS SUJETOS TITULARES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. III.1. Personajes públicos y famosos; III.2. Menores; III.3. Personas fallecidas; III.4. Personas jurídicas; III.5. Extranjeros; IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

I. Cuestiones previas.

Cuando abordamos la configuración jurídica del derecho a la intimidad podemos verificar que la idea de intimidad siempre fue latente en las sociedades y civilizaciones. La intimidad, independientemente de la conciencia de uso o su configuración jurídica, existió y se hizo uso de ella en todas las sociedades. La razón es que la intimidad está intrínsecamente conectada a la dignidad humana³⁴.

No obstante, el concepto del derecho a la intimidad es contemporáneo, más precisamente, a finales del siglo XIX³⁵ - en 1890, cuando los abogados

³⁴La doctrina resume la génesis histórica de la intimidad en dos teorías: la teoría histórica y a la teoría racionalista. La teoría histórica relaciona el origen de la intimidad con el de la propiedad, y sitúa la idea de intimidad en la antigüedad clásica. En este sentido observa URIBE³⁴ cómo en la democracia ateniense al ciudadano le repugnaba la idea de que se describiera su intimidad personal, seccionando la vida pública de lo privado. Así mismo, Aristóteles utiliza el concepto de vida privada, distinguiéndolo de lo público. En Roma también se reconoce esa idea, y será en el hogar doméstico donde cobra todo su sentido, de manera que entienden la casa del ciudadano como sagrada y respetable, exenta de injerencias externas de terceros en los asuntos domésticos. Con el Cristianismo el reconocimiento, será aún mayor, siendo destacable la obra de San Agustín, que parte de la idea de dignidad del hombre. En la Edad Media el aislamiento aparece como privilegio de determinadas esferas sociales de la nobleza y de los monjes y bandidos que eligen una vida ajena a la convivencia comunitaria. La teoría racionalista sitúa el nacimiento de la idea de intimidad con la disgregación feudal y el nacimiento de la burguesía. Así encontramos el fundamento de la actual noción de intimidad en el pensamiento anglosajón, con el liberalismo y el constitucionalismo en Inglaterra. Autores como Thomas Hobbes, Stuart Mill, Locke y Robert Price aportan las ideas básicas que luego cristalizarán en otros autores. John Locke desarrolla la idea de libertad, que implica en: - la liberación frente a la violencia y la presión de los demás; - la autonomía para disponer como bien le parezca de su persona, sus actos, bienes y de todo cuanto le pertenezca, sometiéndose únicamente a lo establecido en las leyes bajo las cuales vive; - la exclusión de todo sometimiento a la voluntad arbitraria de otro. Igualmente, John Locke desarrolla la idea de intimidad como la esfera doméstica privada de una persona. De esta forma, configura el marco de la intimidad y la vida privada basado en la idea de libertad en sus facetas de aislamiento, autonomía y exclusión. Stuart Mill hace referencia a una esfera propia de la libertad humana que es aquella que afecta al propio sujeto y en la que la sociedad no tiene más que un interés indirecto. En este sentido, no menciona los términos de intimidad o privacidad como tales, pero sí se puede entender que se encuentran bajo su argumentación del principio de libertad del individuo. Hobbes establece una relación directa entre la libertad del súbdito y la existencia de una esfera privada relativa a la propia conciencia y las labores básicamente domésticas como ámbito inicial de la privacidad. SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006, pp. 19-22.

³⁵Hay doctrinas que apuntan como antecedentes remotos a este derecho: - La sentencia francesa de 1384 (referente al caso I. de S. et uxor v. De S.); - La decisión británica datada de 1849, en el litigio Prince Albert v. Strange; y - el caso Rachel, juzgado en el Tribunal de 1ª Instancia do Sena, en 1858. La sentencia de 1384, se resume lo siguiente: el reo fue por la noche a una taberna, propiedad de los autores, pidiendo vino. Como ellos no le atendieron, el reo golpeó con un hacha el marco de la ventana de la casa de los autores, en consecuencia fue condenado a pagar una indemnización por los males causados. Como no restó probado ninguno daño material, más que el marco de la ventana, la indemnización solo podría entender como una extensión de la protección dada a la persona, en reconocimiento de un derecho a la intimidad. En el caso "*Príncipe Albert v. Strange*", el marido de la

estadunidense Charles Warren y Lois Brandeis publican en la *Harvard Law Review* un artículo con el título '*The right to privacy*', poniendo de esta manera en circulación en el universo jurídico un concepto desconocido hasta entonces, marcando un hito en la historia del derecho a la intimidad. Warren y Brandeis analizaron los excesos de los medios de comunicación de su época, acostumbrados a romper constantemente la tranquilidad del universo familiar y privado de los ciudadanos³⁶. En verdad, fue una reacción que buscaba una teoría jurídica que pudiera fundamentar al ejercicio de acciones penales frente a estas invasiones.

Así se formula la noción anglosajona de '*privacy*' y '*the right to be let alone*', y que viene a significar el derecho a estar solo, el derecho de la persona

Reina Vitória obtuvo un mandato (injunction) contra un ciudadano de nombre William Strange, que habría obtenido copias de dibujos y grabados hechos por la Reina y el Príncipe, para su exclusiva diversión, y, tenía intenciones de exponer al público tales reproducciones. El Caso *Rachel*, actriz de teatro, se traduce en una decisión del Tribunal do Sena, dando razón a hermana de la actriz que habría solicitado la prohibición de la divulgación pública de un retrato de aquella en su lecho de muerte, hecho por un artista, sin el consentimiento de los herederos. LEITE PINTO, Ricardo. *Liberdade de imprensa e vida privada*. Relatório no âmbito de Seminário de Ciência Política e Direito Constitucional, Universidade Lusíada, Lisboa: 1992 - 1994, p. 64. Aunque las referencias históricas mencionadas ya se remeten a los aspectos de la intimidad vinculada a los límites de la propiedad-residencia, aún se puede hacer una referencia citada por el autor brasileño José Adércio Leite Sampaio donde alude que las prohibiciones contenidas en el Capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa de 1215 (Juan sin tierra) que tenía la siguiente disposición: "*Ningún hombre libre será preso o detenido en prisión o privado de sus tierras o puesto fuera de la ley, o ser desterrado o de cualquier manera molestado; y no procederemos contra él, ni haremos venir a menos que por juzgamiento legítimo de sus pares y por la ley de la tierra*". Dicho autor, añade que esta previsión legal contenida en la Magna Carta evolucionó dentro de la *Common Law*, para el principio "*man's house in his castle*", formulado por Lord Coke en 1604, en el juicio *semayne case*, donde se vio frustrada la ejecución de una divida por la obstaculización de la entrada del jefefe en la propiedad del ejecutado, se formulando el siguiente principio: "*La casa de un hombre es el castillo suyo y fortaleza, tanto para su defensa contra injuria y la violencia, cuanto para su reposo*". En este sentido, se tornó famoso el discurso en el Parlamento Británico de Lord Chatam, por ocasión de los debates acerca del uso de ordenes generales de arrestos: "*El hombre más pobre puede, en su casa, desafiar todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser frágil - su techo se puede mover - el viento puede soplar en su interior - la tormenta puede entrar, la lluvia puede entrar - pero el Rey de Inglaterra no puede entrar - sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la arruinada morada*". Traducción libre del portugués. [In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Del Rey, Belo Horizonte: 1998, pp. 3 y 36]. La casa del hombre fue equiparada a un castillo, para efectos de protección de su familia y objetos, siendo desde luego considerada una garantía de todos los ciudadanos contra el Estado. Traducción libre del portugués.

³⁶La señora WARREN le gustaba dar fiestas lujosas y exclusivas, que interesaban a la sociedad de Boston. Un semanario comenzó a dar informaciones sobre las referidas fiestas, con detalles personales que irritaran profundamente su marido, WARREN, abogado, que con su colega de despacho BRANDEIS, que vendría a ser más tarde, juez del Tribunal Supremo, reflexionaron sobre el tema durante seis años, hasta dar la luz al referido artículo, que tuvo luego una extraordinaria y rápida repercusión en los ambientes jurídicos norte-americanos. La tesis era la de que los individuos deberían ser ampliamente protegidos en su propiedad y en su personalidad, principio tan viejo como la *common law*. Solamente que, la *common law* tenía evaluado, ante las nuevas capacidades de la prensa, en el sentido de proteger los sentimientos, emociones y pensamientos. Cfme. resumen del artículo de WARREN y BRANDEIS in: FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium, Madrid: 1984, p. 320.

a poseer un ámbito para sí exento de injerencias externas, sean públicas o privadas³⁷.

La tesis era la de que los individuos deberían ser ampliamente protegidos en su propiedad y en su personalidad, principio tan viejo como la *commom law*. Solamente que, la *commom law* tenía evolucionado, ante las nuevas capacidades de la prensa, en el sentido de proteger los sentimientos, emociones y pensamientos³⁸.

Warren y Brandeis culparon a la tecnología por facilitar tales intromisiones en la vida privada. Para los autores, los nuevos instrumentos mecánicos de aquella época, como la cámara fotográfica “(...) *amenazaban con bendecir la predicción de que ‘lo que es susurrado en la intimidad sea pregonado a los cuatro vientos’*”³⁹. A partir de este nuevo concepto de *privacy* poco a poco la jurisprudencia irá afianzando este derecho que formará parte del ordenamiento jurídico americano⁴⁰.

³⁷SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006, p. 22.

³⁸FARIÑAS MATONI, Luis. *El derecho a la intimidad*. Trivium, Madrid: 1984, p. 320.

³⁹WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Editorial Civitas, Madrid: 1995, p. 25. Comenta el autor Serra Uribe que Warren y Brandeis analizan el conflicto entre la libertad de expresión y la intimidad personal como el gran tema de nuestro tiempo en materia de derechos fundamentales. Y ello porque en la intimidad se desarrolla la parte mejor y más valiosa de la vida humana, debiendo el individuo gozar de total protección en su persona y sus bienes. En su obra ponen de manifiesto cómo la intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona. Por ello los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales. Estos autores establecen cómo el *common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones, es decir, tienen derecho a juzgar si quieren hacerlos públicos o manifestarlos únicamente ante sus amigos, no dependiendo la existencia de este derecho del valor o de la naturaleza del pensamiento o de la emoción, ni de la calidad de los medios empleados en su expresión. SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006, pp. 22-23.

⁴⁰La primera sentencia que reconoce el derecho a la intimidad como derecho constitucional, se dio en el caso ‘Griswold vs. Connecticut’ 381 US 479 (1965); en ella se declaró inconstitucional (por violar el derecho a la intimidad) la ley del estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos a las personas casadas, considerando tal uso como delictivo. CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio. *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI*. [In: *Los derechos a la intimidad y privacidad en el siglo XXI*. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014, p. 31]. Con posterioridad, otros casos refuerzan la nueva orientación del derecho constitucional a la *privacy* y perfilan sus contornos: ‘Loving vs. Virginia’ 388 US 1 (1967), en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley que penalizaba el matrimonio interracial, indicando que los Estados no pueden interferir hasta tal punto en la decisión individual del cónyuge acerca de con quién casarse; Eisenstadt vs. Baird 405 US 438 (1972), extendiendo la argumentación del caso Griswold para anular una ley que prohibía la distribución de anticonceptivos a personas no casadas, entre otras. SEOANE RODRÍGUEZ,

De ahí, en el siglo XX, el primer texto de derecho en reconocer la 'privacidad' será la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 12), que habla de 'vida privada'. En el sistema europeo específicamente, encontramos la protección del derecho a la intimidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), de 4 de noviembre de 1950 (art. 8); en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), de 12 de diciembre de 2007 (art. 7).

El estudio del derecho a la intimidad conduce al estudio de la propia historia de independencia del hombre ante el Estado y su búsqueda por la realización de su dignidad y libertad dentro de una sociedad democrática. Eso porque, a pesar del hombre ser naturalmente social y encontrar en la propia sociedad la razón de su existencia y del desarrollo de sus capacidades y potencialidades, sus necesidades no se limitan simplemente a los ojos de los otros, en una convivencia compartida. Hay otra parte de sí que necesita realizar una vida interior, ajena a todo y todos, que le permite identificarse como ser humano.

No se trata, por tanto, de una sustracción de determinadas áreas de la personalidad del individuo del conocimiento ajeno, es mucho más allá, es una necesidad de un ámbito de desarrollo interior como instrumento imprescindible para el pleno perfeccionamiento de la libertad individual. De este modo, la intimidad constituye un bien personal y su renuncia configura la abdicación de la propia dignidad humana.

En la doctrina, como no podría ser diferente, los estudios del derecho a la intimidad se encuentran profundamente vinculados a la construcción y evolución de los derechos de la persona. La doctrina alude que los derechos de la personalidad nacen de la especial consideración que la condición humana alcanza en el ordenamiento jurídico, a tal punto que el derecho nace por y para la persona, que se erige así en fundamento y objeto del ordenamiento jurídico⁴¹.

José Antonio. *¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos*. DS, Vol. 10, nº 2, Julio-Diciembre 2002, p.237.

⁴¹CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. Editorial Reus, RGLJ, nºs 1-2, Madrid: 1952, pp. 5 y ss.

Esta ‘necesidad’ de toda persona a la intimidad es vinculada al concepto de dignidad humana⁴², así reconocida porque configura como lo mínimo para una calidad de vida en una sociedad⁴³. De esta forma, es evidente que la dignidad constituye el pilar básico sobre el cual se fundamenta todo el ordenamiento social⁴⁴. Es un deber de todos respetarla y es una obligación protegerla para los poderes públicos.

⁴²La noción de ‘dignidad’ no es una nueva. Por el contrario, es bastante antigua y tiene diversas fuentes, así por ejemplo, la idea de *dignitas* en cuanto ‘valía pública de un hombre’, ‘honor social’ o ‘rango’; la del humanismo romano y del estoicismo; o la derivada de concepciones cristianas que tuvieron gran desarrollo durante el medioevo. La noción de dignidad humana, tal como es hoy, es relativamente reciente: sobre la base del pensamiento kantiano, adquiere su actual entidad alrededor de mediados del siglo XX, a tono con los cambios históricos, ideológicos e incluso teóricos producidos tras la Segunda Gran Guerra. No obstante parecer hoy una verdad evidente, la vinculación entre la dignidad, derechos humanos, orden político y constitucionalismo solo desde la segunda mitad del siglo pasado ha sido señalada de manera expresa, pues ni el constitucionalismo inicial (del s. XVIII) ni las primeras declaraciones de derechos apelaron a esta noción – si bien se asume que la carga moral de esta en realidad habría existido siempre, y en este sentido “(...) *las condiciones históricas cambiantes simplemente nos han hecho conscientes de algo que ya estaba ínsito desde el inicio en los derechos humanos: el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano que los derechos humanos únicamente precisan con más detalle*”. HABERMAS, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. [In: *Diánoia*. Vol. LV, N° 64, Fondo de Cultura Económica, mayo, México: 2010, p. 7]. La tesis de Habermas es que “(...) *siempre ha existido –aunque inicialmente de modo implícito– un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana*”; así, la dignidad no sería simplemente una característica común a estos derechos, sino antes bien “(...) *constituye la ‘fuente’ moral de la que todos los derechos fundamentales derivan sus sustento*” (*Ibidem*, pp. 6 y ss.). A pesar de su vigencia y de que es concebida como immanente a la condición humana, la dignidad tiene un significado difícil de determinar, e incluso se le atribuyen contenidos distintos. Actualmente la dignidad es entendida: (1) como un mandato de no instrumentalización del ser humano (la persona debe ser considerada siempre como fin, nunca como medio, ni ser de modo indigno); (2) como un atributo o condición inherente a todo ser humano; (3) como autonomía personal (capacidad para decidir racional y moralmente); o (4) como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar una dignidad básica). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Walter Gutiérrez Camacho (Director), 2ª ed., Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima: 2012, pp. 26-27.

⁴³STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J. 3º, b) – “(...) *el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana’* (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994)”.

⁴⁴Siguiendo una tendencia actual, la dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida, fundamento y horizonte del sistema jurídico español, pues se considera que constituye a la vez un umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para los Estados constitucionales. En esta línea, su posición de piedra angular se ve reflejada de manera expresa en un sinnúmero de documentos y normas que sirven de fuente y referente al constitucionalismo contemporáneo – llamado también neoconstitucionalismo –. Es el caso, por mencionar ejemplos representativos, de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Los citados instrumentos son los textos normativos de mayor influjo en el escenario posbélico para el constitucionalismo mundial.

Así pues, el derecho a la intimidad es reconocido como un derecho de la personalidad⁴⁵, porque es un valor del hombre como persona⁴⁶, son derechos esenciales o subjetivos esenciales⁴⁷.

Atendiendo al mandato contenido en el artículo 53.1 y, en consonancia con el artículo 81.1 CE⁴⁸, el desarrollo normativo para la protección del derecho a la intimidad personal y familiar ha correspondido a la Ley Orgánica 1/1982, - LODHI y, en su texto, asevera de forma expresa que, “(...) los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad”.

Algunos de los derechos de la personalidad⁴⁹, entre ellos, el derecho a la intimidad, se encuentran constitucionalizados en España en su grado máximo, son derechos fundamentales⁵⁰, por ende, la intimidad es un derecho

⁴⁵Derechos de la personalidad porque “(...) son aquellos que el ordenamiento jurídico concede para la protección de los intereses más personales, de un individuo”. Los derechos de la personalidad los encontramos, en su mayoría, dentro de los derechos fundamentales, pues casi todos ellos están reconocidos en la Constitución española, excepto el derecho al nombre y la explotación comercial. Cumple destacar que derechos de la personalidad, derechos fundamentales no son sinónimos de derechos humanos, estos, podemos afirmar que son beneficiosos y deseables para el conjunto de la sociedad porque buscan lo que justamente le ha de corresponder a cada persona, es decir, a todos los que pertenezcan al género humano (Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948), así los derechos humanos expresos en una Constitución serán reconocidos como derechos fundamentales. ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la personalidad*. Marcial Pons, Madrid: 2012, pp.15 – 25.

⁴⁶DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Los llamados derechos de la personalidad*. Anuario de Derecho Civil nº XII-IV de 1959. – *La persona jurídica*. Civitas, Madrid: 1991, p.4. Citado por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p.175.

⁴⁷CASTAN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. RGLJ, nºs 1-2, 1952, p. 15. El autor propone las denominaciones de ‘derechos esenciales de la persona o derechos subjetivos esenciales’, porque se subraya así el carácter restringido y la importancia de estos derechos vinculados a la idea y esencia misma de la personalidad y naturaleza humana. Por tanto, concluye el autor, reconociendo que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma, ni en los obligados a respeto, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizadas por el ordenamiento. Introduce un concepto restringido y limitado de los derechos de la personalidad, sólo aquellos que identifican y califican a la persona, los que constituyen el núcleo esencial de la misma, entre éstos incluye los derechos que se refieren al respeto y reserva de la vida privada y de la individualidad de cada ser humano.

⁴⁸Artículo 53.1 CE -“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)”. Artículo 81.1 CE – “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”.

⁴⁹Eso porque, todos los derechos de la personalidad, salvo el derecho a la identidad, están consagrados como derechos fundamentales, en los arts. 15 y 18 CE.

⁵⁰En la medida que la historia del constitucionalismo fue reconociendo los derechos fundamentales, estos fueron asociados a las reivindicaciones de cada momento histórico, generando una clasificación, modernamente, la doctrina clasifica los derechos fundamentales como siendo de primera, segunda y

fundamental⁵¹, con todos los reflejos jurídicos que tal calidad autoriza⁵². Representa para el legislador una doble vinculación, una negativa, porque prohíbe que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos sin la debida fundamentación constitucional, y una positiva, que se configura como una obligación para estos poderes públicos de lograr su efectiva eficacia⁵³.

tercera generación. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio. *Nuevo derecho constitucional comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2000, pp. 157-170. Bajándose en la orden histórica cronológica en que pasaban a ser constitucionalmente reconocidos a *primera generación* de los derechos humanos sería de los derechos civiles y políticos, fundamentados en la libertad (*liberté*), surgidos en la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia de Europa e Hispanoamérica entre los siglos XVIII y XIX, será instrumentos de defensa contra el poder estatal. Se llaman derechos humanos porque derivan de la persona humana y porque su titularidad no es colectivo sino individual. Podemos citar los siguientes derechos: igualdad, libertad, dignidad, vida e integridad física, psíquica y moral, seguridad personal, la justicia, honor, *intimidad*, imagen entre muchos otros. BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus S.A, Madrid: 2010, p.47. En el inicio del siglo pasado, la crisis social y económica desagua en la política y en el derecho, exigiendo una nueva etapa de los derechos basados en la igualdad (*égalité*): los derechos sociales, económicos y culturales, representantes de *la segunda generación de los derechos fundamentales*. Su documento modelo fue la Constitución Alemana de 1919 (Weimar). Esta Dimensión no es otra que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como “derechos” de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6ª ed., Madrid: 2009, p.42. Así pues, según cabe inferir de estos hechos, podemos afirmar que la primera generación eran derechos fundamentales de defensa, de las libertades de los individuos frente al Estado y, la segunda generación se traduce como derechos de participación, que obligo una política activa del Estado para su ejercicio. Asentados tales derechos sociales, el hombre caminó para la legítima exigencia de los derechos difusos – derechos de solidaridad, *la tercera generación*. Son, en verdad, derechos que están involucrados en una escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario, como el derecho al desarrollo, al progreso, a la paz y al medio ambiente, a una saludable cualidad de vida, libertad de expresión y de información, garantías frente a la manipulación genética etc., coronando la tríada con la fraternidad (*fraternité*). BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª Edição, Malheiros, São Paulo: 2009, pp. 569-570.

⁵¹De *primera generación* que sería de los derechos civiles y políticos, fundamentados en la libertad (*liberté*), surgidos en la época de las revoluciones burguesas y las guerras de independencia de Europa e Hispanoamérica entre los siglos XVIII y XIX, será instrumentos de defensa contra el poder estatal. Son derechos de la persona humana y su titularidad no es colectivo sino individual. Podemos citar los siguientes derechos: igualdad, libertad, dignidad, vida e integridad física, psíquica y moral, seguridad personal, la justicia, honor, *intimidad*, imagen entre muchos otros. BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. *Op. Cit.*, p.47.

⁵²La consideración de los derechos de la personalidad como derechos fundamentales supone que esos derechos gozan de la protección reforzada que la CE establece: - Especial rigidez para su reforma (art. 168 CE); - Necesidad de ley orgánica para su desarrollo; - La posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo; - Tutela especial ante los tribunales ordinarios (art. 249.1.2º LEC).

⁵³MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw Hill. Madrid: 1996, p.4. En la STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º - se manifiesta el Tribunal Constitucional opinando que el contenido del artículo 18.1 y 4 de la Constitución no sólo supone un derecho de defensa frente al Estado, sino también supone deberes positivos por parte de este, para que

Respecto al constitucionalismo histórico español no hay precedentes del reconocimiento expreso del derecho a la intimidad en su plenitud sino tan solo ciertos aspectos regulados en torno a la prohibición de entrada en domicilio⁵⁴ o la violación de correspondencia⁵⁵.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho a la intimidad está expreso en el artículo 18.1 de la CE, tratándose, como ya hemos comentado, de un derecho estrictamente vinculado a los principios constitucionales del artículo 10⁵⁶ - 'principios de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad'⁵⁷. Corroborada la doctrina del TC en la STC 53/1985⁵⁸, cuando de ella se extrae que: *“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”*.

El derecho a la intimidad configura un requisito necesario e imprescindible para el ejercicio del principio de 'la libertad personal' expreso en el artículo 17 de la Carta Magna⁵⁹. Eso porque, con la intimidad, lo que se

el ejercicio del derecho sea real y efectivo. Véase SSTEDH W. c. Reino Unido, de 8 de julio de 1987; B. c. Reino Unido, de 8 de julio de 1987; Kluslin y Huvig c. Francia, de 24 de abril de 1990.

⁵⁴Constitución de 1812 (art. 306); de 1837 y 1845 (art.7); de 1869 (art. 5); la de 1876 (art.6); la de 1931 (art. 31).

⁵⁵Constitución de 1869 (art. 7); de 1876 (art. 7); y la de 1931 (art. 32).

⁵⁶Artículo 10, CE: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (...)”*. No olvidando que, en las palabras de JIMÉNEZ-CASTELLANOS, *“(...) estos principios de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad no son en sí mismos derechos fundamentales. Son valores transversales que impregnan todo el sistema de libertades y pueden servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales”*. JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario: especial referencia a la contaminación acústica [In: AA.VV. Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p. 271.]*. En este sentido, ATC 241/1985, de 17 de abril, F.J. 1º, *“(...) no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituya además o no un derecho subjetivo”*. También STC 64/1986, de 21 de mayo, F.J. 1º.

⁵⁷STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º.

⁵⁸STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º.

⁵⁹Artículo 17, CE: *1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstas en la ley”*.

protege es la faceta individualista del ser humano y, con ella, su indudable libertad. El derecho a la intimidad “(...) es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁶⁰. Es decir, consagra el poder de la individualidad, la libertad. Elementos que aseguran un Estado democrático.

La tutela de este derecho, con base en el artículo 14 CE, es garantizado a ‘toda persona’ sin excepción alguna, vislumbrándose la total democratización y socialización del derecho⁶¹ en el ordenamiento jurídico español. Además conforme preceptos constitucionales, la tutela no se limita a las relaciones entre el Estado y los individuos, sino también se opera en la esfera de las relaciones privadas, *inter privatos (Drittwirkung der Grundrechte)*⁶². Ciertamente es que el art. 53

⁶⁰STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013, F.J. 6º ‘a’. Véase SSTC 127/2003, de 30 de junio, F.J. 7º y 89/2006, de 27 de marzo, F.J. 5º; STC 119/2001, de 24 de mayo, F.J. 6º; 134/1990, de 19 de julio, F.J. 4º; 136/1989, de 19 de julio, F.J. 2º; ATC 201/1994, de 9 de junio, F.J. 1º.

⁶¹En este sentido, SSTC 231/1988 de 2 de diciembre; 214/1991 de 11 de noviembre; 21/92 de 14 de febrero.

⁶²A esta nueva concepción de los derechos fundamentales denominada *Drittwirkung der Grundrechte* (es decir, en un sentido literal, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales). Es la eficacia pluridireccional de los derechos fundamentales. Consagra la eficacia horizontal de estos derechos, expresión criticada en virtud de la verticalización real de las relaciones de poder social y económico. No hay previsión expresa en la CE a respecto de la vinculación de entes privados a los derechos fundamentales. Su influencia es percibida de forma más acentuada, después del juzgamiento del primero caso de eficacia de derechos fundamentales entre particulares por el Tribunal Constitucional Alemán (Caso Lüth), encontrándose consagrada esta eficacia en términos literales, en los textos de la Constitución Portuguesa de 1976 – artículo 18, y de la confederación Suiza de 18 de abril de 1999 – artículo 35. La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*. Múnich, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, vid. RAISER: *Il compito del Diritto Privato*. trad. it. de M. Graziadei, Milano, 1990; HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995 y VON MÜNCH: *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. (Salvador, coord.), Madrid, 1997, pp. 30 y ss. y bibliografía que allí se recoge. En la doctrina española cabe destacar, entre otros, QUADRA SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Madrid, 1981; GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1986; CRUZ VILLALÓN: *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, en Academia Sevillana del Notariado, 1988, pp. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR: *Derechos fundamentales y libertad negocial*. Madrid, 1990; ALFARO AGUILA-REAL: *Autonomía privada y derechos fundamentales*. en ADC, 1993, pp. 57-122; ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales* trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DE VEGA: *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*, en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1994, pp. 41-56 y *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte*, en Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al

CE establece: “Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos”, olvidándose, como puede verse, de los ciudadanos, a los que sí contempla, en cambio, en su art. 9.1: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Así pues, el art. 9.1 CE podría ser el precepto consagrador en el Ordenamiento Jurídico Español, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁶³.

No obstante, a pesar de la omisión constitucional, el TC en la STC 177/1988, considera que: “(...) ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango

Profesor Gumersindo Trujillo, coord. Por Aguiar de Luque, 2005, pp. 801-822; LÓPEZ Y LÓPEZ: *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*. en Quaderni Fiorentini, 1996, pp. 434 y ss.; BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid, 1997, y *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*. en Teoría y realidad constitucional, 2006, pp. 147-198 y *Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público*, en Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (coordinado por Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo), Vol. 1, 2006, pp. 819-842; *Asociaciones, democracia y Drittwirkung*. En Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Salvador Coderch (Coordinador), Madrid: 1997, pp. 55 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE. *El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones inter privados (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)*. En Aranzadi Civil, 1997, II, pp. 69 y ss. y *El error en el matrimonio*. Bolonia: 1997, pp. 257 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, [In: VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La horizontalidad de los derechos fundamentales*]. En este sentido STS 186/2013, sala 1ª, de lo civil, 20 de marzo de 2013, antecedentes de hecho 2.4. Véase también STEDH, X e Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985 y López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994.

⁶³FREIXES SANJUAN, Teresa. *Constitución y derechos fundamentales. I-. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona: 1992, p. 113.

*constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 CE. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*⁶⁴.

Igualmente, se infiere del texto constitucional que la carta magna tampoco se limita al reconocimiento del derecho a la intimidad, sino que mantiene también expreso las manifestaciones de dicho derecho en los apartados 2 y 3 del artículo 18 – la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y, el secreto de las comunicaciones⁶⁵.

El artículo 1.3 LODHI establece que “(...) *el derecho al honor, a la intimidad, personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable, e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley*”.

Por fin la Carta Magna española, influenciada por la Constitución portuguesa⁶⁶, tiene como característica la circunstancia de reconocer la intimidad como limite expreso a la libertad de información (art. 18.4 CE), como veremos detalladamente más adelante.

⁶⁴STC 177/1988, de 10 de octubre, F.J. 4º.

⁶⁵Artículo 18.2 – “*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*”.

⁶⁶Marc Carrillo refiere la “influencia notable” del texto constitucional portugués en la Constitución española, específicamente del artículo 33 de la Constitución portuguesa. CARRILLO, Marc. *Los límites a la libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*. Barcelona: 1987, p. 54.

II. El controvertido concepto de intimidad.

El derecho a la intimidad, como ya hemos mencionado, queda recogido en la legislación de España con la CE de 1978, concretamente en su artículo 18.1, del Título I (De los derechos y deberes fundamentales), donde se establece que: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. De este artículo se recogen tres derechos: la intimidad, la propia imagen y el honor. Derechos que forman el llamado bloque de los derechos de la personalidad.

El Tribunal Constitucional, declaró que: *“(...) el derecho a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”⁶⁷.*

Ahora bien, el derecho a la intimidad aparece reconocido y protegido en la categoría de derecho fundamental, sin embargo, si observamos la redacción del art. 18.1 CE, no hay una definición concreta, solo especifica qué intimidad es la que se protege, es decir, la familiar y la personal.

Delante de esta falta de definición, muchos son los intentos doctrinales en conceptualizar el derecho a la intimidad personal y familiar. Dentro de estos intentos, encontramos autores que comparten el entendimiento de un concepto objetivo del derecho, definiendo la intimidad como, *el derecho a ser dejado en paz, el derecho a ser dejado tranquilo y solo*⁶⁸. En este contexto, la doctrina de DE CUPIS⁶⁹ define el derecho a la intimidad como *“(...) aquél modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona o también como la necesidad consistente en la*

⁶⁷STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3º.

⁶⁸THOMAS COOLEY. *The elements of Torts*. 1873. Citado por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. El derecho fundamental a la intimidad. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p. 76.

⁶⁹DE CUPIS, Adriano. *Il diritti della personalità*. Tomo I. Giuffrè. Milán 1973. Citado por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad. Op. Cit.*, p. 140.

exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual". Como se nota envuelve el núcleo esencial de la intimidad.

Este concepto objetivo del derecho a la intimidad tiene su desarrollo en la doctrina alemana, en la teoría de las esferas, cuyas configuraciones detallaremos más adelante para poder aquí exponer de forma conjunta y estructurada las principales técnicas de conceptualización que se encuentran en la doctrina actual.

Dicho eso, la segunda técnica de definición encontramos en el concepto subjetivo⁷⁰ de la intimidad, cuya esencia se encuentra en el derecho a la 'autodeterminación informativa', entendiéndola como "(...) *el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos*"⁷¹. Compartimos del entendimiento que esta es la mejor técnica para conceptuar el derecho a la intimidad porque otorga a su titular la plena disponibilidad sobre su derecho. Él, el sujeto titular del derecho es el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento genérico.

El TC manifiesta esta técnica de concepto en inúmeras ocasiones como en la STC142/1993, cuando resolvía un conflicto sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, donde se extrae que: "(...) *el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos*(...)"⁷². Así como se extrae de la STC 110/1984 que trataba de un recurso contra una Resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria que autorizaba la investigación de las operaciones activas y pasivas del recurrente en determinadas entidades bancarias y de crédito, declarando que "(...) *el reconocimiento explícito en un texto*

⁷⁰Su origen lo encontramos en las argumentaciones de Warren y Brandeis ('derecho del individuo a determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser conocidos por otros'). Su argumentación moderna encontramos en la Sentencia del Tribunal Alemán de 1983, relativa a la Ley del Censo y de Población). REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad. Op. Cit.*, p. 141.

⁷¹GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid: 1992, p. 18.

⁷²STC 142/1993, de 22 de abril, F.J. 7º.

*constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida (...)", entre tantas otra sentencias en el mismo sentido*⁷³.

Encontramos un tercer concepto reciente del derecho a la intimidad formulada por MADRID CONESA⁷⁴, denominado la 'teoría del mosaico'. Surge como reacción a la necesidad de protección de la intimidad frente a las amenazas de los nuevos ingenios tecnológicos, en concreto la informática. Sustenta el autor que existen datos que *a priori* son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos unos con otros, pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de cualquier individuo, "(...) *al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado*"⁷⁵.

Una cuarta forma de conceptuar la intimidad encontramos la doctrina que ha optado por desechar de un concepto determinado o establecido de la intimidad, acudiendo por el contrario únicamente a establecer los contenidos de

⁷³STC 110/1984, de 26 de noviembre, F.J. 3º y SSTC 73/1982, de 2 de diciembre y 231/1988, de 2 de diciembre.

⁷⁴Madrid Conesa entiende que la teoría de las esferas no es válida, dado que hoy los conceptos de lo público y lo privado son relativos. MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y estado de derecho*. Universidad de Valencia. Valencia: 1984, p. 45.

⁷⁵*Ibidem*

este derecho, como ejemplo de esta técnica mencionamos la doctrina de FARIÑAS MATONI⁷⁶ que así se manifiesta, “(...) *dada la complejidad que la intimidad entraña al hablar de este derecho, es preferible más que intentar una definición hacer una enumeración de contenidos posibles que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo*”.

Otra técnica de conceptuar el derecho a la intimidad viene constituida por aquella doctrina que tiende a unir la vertiente objetiva y la subjetiva del derecho. Se caracteriza por el entendimiento que la intimidad trata de un derecho de defensa y un derecho a controlar lo que al sujeto afecta. Así el derecho a la intimidad se configuraría con un ámbito reservado *ad intra*, donde opera la voluntariedad del titular respecto de aquello que debe trascender y, a la vez, es el derecho a controlar lo que *ad extra* puede ser conocido del ciudadano. Ejemplo de este concepto encontramos en la doctrina de HERRERO-TEJEDOR⁷⁷, cuando define el derecho a la intimidad como “(...) *el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respeto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación*”.

La doctrina de MIERES⁷⁸ habla de conceptos de intimidad “territorial” e intimidad “informativa”. La intimidad territorial o informativa se refiere más bien al soporte o lugar en el que estos datos se hallan. En la primera, la territorial, el derecho a la intimidad actúa como un ‘derecho de reacción’ típico en la mayoría de los casos, pues su objeto es la prohibición de que un tercero acceda a un espacio respecto del que el sujeto proyecta la legítima esperanza de que lo que en él se haga quede oculto a terceros. Respecto a la intimidad informativa, el derecho opera como un ‘derecho de libertad’, porque con él se trata de proteger conductas individuales, fuentes de una información, o datos del propio individuo que éste quiere ocultar de los demás. En último término, la intimidad es información, y el derecho que la protege regula quién y de qué manera puede acceder a ella y usarla.

⁷⁶FARIÑAS MATONI, Luis María, en su obra *El derecho a la intimidad*. Trivium, Madrid: 1983, pp. 351 y ss. Con el mismo entendimiento MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Ariel. Barcelona: 1988, pp. 136 y ss.

⁷⁷HERRERO TEJEDOR, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*. Ed. Colex, 1ª ed., Madrid: 1998. Citado por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op. Cit.*, p. 144.

⁷⁸MIERES, Luis Javier. *Intimidad Personal y familiar*. *Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor: 2002, pp. 25 y ss.

Estas son las principales manifestaciones de la doctrina actual en lo que concierne al derecho a la intimidad. No obstante la reconocida variedad, podemos afirmar que un punto es unívoco, sea cual sea la técnica, - la intimidad es un elemento de desconexión social y su concepto está vinculado directamente a la dignidad de la persona.

Como se denota, la heterogeneidad en los intentos para conceptuar el derecho a la intimidad, es muy amplia. Toda esa fluctuación conceptual se da porque, como subrayado, porque el concepto de derecho a la intimidad no está definido en la Ley. Por la complejidad del término y su variabilidad según criterios sociales de un lugar o de una época determinada, la doctrina manifiesta grande dificultad en definir este derecho, de establecer su contenido y sus límites. Esa vacilación se debe porque su contenido incluye elementos de difícil precisión, tales como vida privada, círculo íntimo, esfera reservada a la persona, etc. El concepto de la intimidad es bastante impreciso y tiene múltiples facetas.

CABEZUELO ARENAS⁷⁹ desvela sobre la dificultad de delimitación del concepto. El dilema consistiría en optar entre una definición previamente construida acerca de los contenidos precisos de la intimidad o, al contrario, alegar la inadecuación de una respuesta apriorística a una cuestión relacionada con factores socioculturales variables en el tiempo y en el espacio. Además, MARIN ALONSO⁸⁰ añade que, otra dificultad conceptual reside en la necesidad de diferenciar la noción de intimidad de las nociones de *privacy*, vida privada, derecho general de la personalidad, derecho de estar solo etc.

En realidad, aunque la intimidad sea un concepto democrático, creado en un país organizado democráticamente en el momento de su formulación, efectivamente no quiere decir que sea más fácil de definir⁸¹.

El TC se ha pronunciado en la STC 73/1982 refiriéndose a la intimidad como “(...) un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren (...)”⁸², o de un “(...) ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los

⁷⁹CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la Intimidad*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1998, p.34.

⁸⁰MARIN ALONSO, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2005, p.117, nota 240.

⁸¹PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., *Op. Cit.*, p. 293.

⁸²STC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J.5º.

demás⁸³ y lo perfila como, “(...) un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁸⁴. Además de utilizar expresiones conexas con el derecho como ‘pudor’, ‘recato’ o ‘dolor familiar’ para delimitar el espacio protegido⁸⁵.

El TC insiste en su jurisprudencia que el derecho a la intimidad atribuye a su titular “(...) el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”⁸⁶, y en consecuencia, “(...) el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁸⁷.

Son igualmente innumerables las manifestaciones del Tribunal Supremo (en adelante TS) reconociendo esta dificultad de perfilar el concepto del derecho a la intimidad, cuando asevera que “(...) la intimidad es expresión de la dignidad del ser humano y alcanza el círculo íntimo que tiene cada persona de sí mismo y de su familia; concepto un tanto etéreo, pues no es posible precisar con detalle el contenido del ‘círculo íntimo’”⁸⁸.

Así la definición del bien jurídico ‘intimidad’, es una tarea que, ante el silencio conceptual del legislador y, conjugado con su reconocido grado de dificultad de definición, ha de ser, consecuentemente, realizada por la jurisprudencia cuando del análisis de cada caso concreto. En este sentido subrayó el TS en la misma STS 287/2003, cuando se manifestaba sobre la relación del derecho a la intimidad con otro derecho fundamental, opinando que “(...) por más que haya una abundante doctrina jurisprudencial, no puede tratarse dogmáticamente ni puede fijarse ‘a priori’. Es imprescindible ir al casuismo y contemplar el caso concreto, a conciencia de que no hay dos casos iguales”⁸⁹.

⁸³STC 57/1984, de 8 de mayo, F.J. 5º.

⁸⁴STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013, F.J. 6º ‘a’.

⁸⁵STC 231/2988, de 2 de diciembre, F.J.2º.

⁸⁶SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3º; 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 11º; 60/2010, de 7 de octubre, F.J. 8º, entre otras.

⁸⁷STC 196/2004, de 15 de noviembre, F.J. 2º, y STC 206/2007, de 24 de septiembre, F.J. 4º.

⁸⁸STS 287/2003, sala 1ª, de lo civil, 26 de marzo.

⁸⁹STS 287/2003, Sala 1ª, de lo Civil, 26 de marzo.

El derecho a la intimidad asegura a su titular el poder de resguardar su ámbito reservado, no solo personal sino que familiar también, no garantiza una intimidad determinada sino el derecho de poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y/o de su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público⁹⁰.

La autora RODRÍGUEZ RUIZ⁹¹ asevera que, “(...) *hay intimidad allí donde hay zonas de secreto y/o retiro voluntario y reversibles*”, y define el derecho a la intimidad como “(...) *el derecho a controlar o autodeterminar nuestras zonas de retiro y de secreto*”.

La intimidad, es pues, un derecho personalísimo que confiere a su titular la posibilidad de vivir de modo particular, propio e inadmitir la injerencia o intromisión ajena, representada por la curiosidad que busque adentrar en el universo restringido y poco compartible del individuo⁹² o, en las palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁹³, la intimidad asegura un “(...) *derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y de los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella*”.

Aunque conceptualizar intimidad sea sin duda una tarea difícil, se puede denotar que su objeto no es proteger los derechos del individuo aislado, sino los derechos del individuo en su contacto con los demás. Su objeto se encuentra dentro de un contexto de la vida social. Busca preservar la autonomía del individuo en las relaciones sociales, asegurando su libertad de poder aislarse o a controlar el uso de sus datos y tener esta voluntad respetada por los demás, sin intromisiones, tornando así posible una convivencia en sociedad, garantizando una calidad en las relaciones con los demás. La verdad es que no haría falta o sería de escasa significación jurídica si se refiriera sólo a la persona aislada, porque es dentro de la vida social donde se encuentra el

⁹⁰STS 186/2013, sala 1ª, de lo civil, 20 de marzo.

⁹¹RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp. 14 y 17.

⁹²HADDAD, Gilberto. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. Editora RT, São Paulo: 2000, p.261.

⁹³DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho Civil*. Vol. I, Technos, Madrid: 2003, p.345.

sentido más genuino del derecho a la intimidad y donde su protección es necesaria.

Con la inevitable evaluación de dicho derecho, amplía su ámbito y surgen dos matices del derecho a la intimidad, una negativa (derecho de exclusión – *ius excluendi* – *erga omnes*) y una positiva (de libertad de control)⁹⁴.

La primera, entendida como el reconocimiento al individuo de una esfera de la vida personal exclusiva y excluyente, donde se garantiza la defensa contra la invasión a la vida privada⁹⁵ – este pensamiento se concibió, en un principio, el *Right to Privacy*, sin embargo, como mencionamos, esta definición no cubre más todo lo que actualmente se considera dentro del ámbito de la intimidad.

Así surge la segunda matice, entendida como el poder de control sobre sus datos y disposición de estos⁹⁶, relacionándolo con la información y la tecnología informativa⁹⁷. Esta idea la recogió WESTIN⁹⁸ en su libro *Privacy and Freedom* donde definió la *Privacy* como “*a right to control information about oneself*” - el derecho de control de la información referente a uno mismo⁹⁹.

En efecto, podemos concluir que la intimidad, nos es simplemente la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás sino más bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal¹⁰⁰. Esta es la visión actual del derecho a la intimidad.

⁹⁴STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J. 6º ‘a’: “En todo caso, “lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio” (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). En el mismo sentido la STC 119/2001, de 24 de mayo, expresa que “estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales (...)”. Véase STEDH, de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia

⁹⁵STEDH, de 23 de julio de 1968. Régimen lingüístico de Bélgica.

⁹⁶LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil I*. Parte general, Vol. Segundo - Personas, Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid: 1998, p.83.

⁹⁷STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J. 6º ‘a’: “(...)En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las incidencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (FJ 5)”.

⁹⁸WESTIN, Alan Furman. *Privacy and freedom*. Atheneum, New York: 1967, p. 7. Traducción libre del inglés.

⁹⁹*Ibidem*

¹⁰⁰DE MIGUEL, Ángel. *El derecho a la intimidad frente al derecho a la información*. Revista Estadística Española del I.N.E., n. 986, enero-marzo, 1980, pp. 346 y ss. En este mismo sentido: O’CALLAGHAN,

En un principio el TEDH, al igual que el TC ha optado por entender el derecho a la intimidad con un carácter cerrado, como un derecho a defenderse de las intromisiones en la vida privada¹⁰¹, sin embargo restó siendo superada por el enfoque del doble contenido como reacción de la orden jurídica para poder asegurar la protección del derecho a la intimidad que sufría nuevos tipos de vulneraciones con el cambio de la sociedad¹⁰².

Lo cierto es que, hoy, este derecho tiene un sentido muy amplio, y constantemente cambiante a medida que se produzcan nuevas formas de riesgos, demandando una constante reacción por parte de los poderes públicos.

Sin embargo, no abarca duda que la idea originaria de la intimidad como el 'derecho de estar solo' continua siendo el núcleo esencial de dicho derecho, pero no lo agota más, obligando su extensión a hechos más allá de ese núcleo original¹⁰³.

Por ejemplo, con fundamento en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁴ (en adelante CEDH), determinados casos de daños ambientales pueden ser reconocidos como elementos de vulneración del derecho al respeto a la vida privada personal y familiar. Así se ha manifestado a través de la Sentencia en el caso *'López Ostra c. España'*¹⁰⁵ el TEDH.

Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa, Madrid: 1991, p. 87 y PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid: 1984, pp.327 y ss.

¹⁰¹STEDH, de 23 de julio de 1968. Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica.

¹⁰²LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil I, Parte general*. Vol. Segundo Personas, Edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Dykinson, Madrid: 1998, p.84.

¹⁰³PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., *Op. Cit.*, p. 293.

¹⁰⁴Artículo 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

¹⁰⁵STEDH, López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994 - El caso llamado López Ostra reviste especial importancia toda vez que su supuesto de hecho se desarrolló en la murciana ciudad de Lorca, llegando hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, sentando unos precedentes en materia medioambiental, donde se puede incluir el fenómeno acústico, de indudable relevancia. En julio de 1988 se instaló en la ciudad de Lorca una industria de curtido de pieles sin haber obtenido licencia y que producía de manera constante gases, olores y ruidos, causando trastornos y molestias en los vecinos de la zona que, incluso, fueron realojados por el Ayuntamiento de Lorca durante algunos meses en otras partes de la localidad. Tras interponer las correspondientes acciones ante los Tribunales competentes (primera instancia, Audiencia Provincial SAP 31/1/1989, Tribunal Supremo STS 27/7/1989, y Tribunal Constitucional STC 26/2/1990) éstos no depararon la protección solicitada por la demandante

La misma orientación adopta el Tribunal Constitucional a través de la STC 16/2004, donde el demandante reclamó de los ruidos provocados por un bar musical situado a algunos metros de su domicilio y el TC ha vinculado al derecho a la intimidad personal y familiar. El Tribunal opina que *“(...) una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”*¹⁰⁶. En estos casos de omisión por parte de la administración de medidas suficientes para evitar los riesgos provocados también es posible invocar la protección del derecho a la intimidad¹⁰⁷.

El derecho a la intimidad incluye temas muy sensibles y cada vez más variables, alcanzando temas como el cuerpo¹⁰⁸, la salud¹⁰⁹, el sexo¹¹⁰, la vida

por lo que se recurrió al TEDH. En concreto, los tribunales españoles consideraron que las molestias no atacaban el derecho a elegir y disfrutar de un domicilio, que su gravedad no era tan intensa como para causar un trato degradante o inhumano al individuo y que la actuación de los poderes públicos no había sido contraria a Derecho, por lo que indirectamente invitaban a la reclamante a abandonar ese domicilio si no se encontraba cómoda en el mismo. Sin embargo, el TEDH fue más contundente y minucioso y consideró el caso básicamente desde un doble punto de vista: El papel de los poderes públicos, a los que les imponga una obligación positiva de protección a los individuos cuando éstos se ven afectados en sus derechos, especialmente el de su vida privada. Considera el Tribunal, por tanto, que la actuación de pasividad del Ayuntamiento lorquino era inadmisibles en orden a su papel de actor público garante de los intereses de los administrados. Así, considera que *“(...) el Ayuntamiento no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar”*. La relevancia de los Derechos Fundamentales, *“(...) que exigen una protección suficiente aun cuando los ataques que se produzcan contra ellos no causen un perjuicio extraordinariamente grave. Así lo importante es determinar si determinadas circunstancias medioambientales pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin, por ello, poner en grave peligro la salud de la interesada”*. Véase también STEDH Powell y Rainer c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1990 y Guerra y otros c. Italia, de 19 de febrero de 1998.

¹⁰⁶STC 16/2004, de 23 de febrero, F.J. 4º; En el mismo sentido: STC 119/2001, de 24 de mayo.

¹⁰⁷STC 199/1996, de 3 de diciembre, F.J.2º: *“Es igualmente obvio que el derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la sociedad industrializada y urbanizada de nuestros días. Así lo reconoce la Constitución, en su art. 45, que enuncia el derecho de todos “a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Precepto constitucional que, en su segundo apartado, impone a los poderes públicos la tarea de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, como ha tenido ocasión de recordar este Tribunal (así en las SSTC 64/1982, y 227/1988)”*.

¹⁰⁸El derecho a la intimidad garantiza un ámbito de intimidad corporal protegido que la persona puede imponer a toda indagación o pesquisa sobre su propio cuerpo. Ese ámbito constitucional protegido esta conexo con las pautas culturales que definen el ‘recato corporal’. Como subraya el TC en la STC 37/1989,

familiar¹¹¹, se extendiendo a muchas otras áreas como hemos visto anteriormente como el medio ambiente. Son temas variados cuya importancia se manifiesta en todas las épocas de la humanidad.

Como subrayado, el art. 18.1 de la CE no define el derecho a la intimidad, sin embargo especifica qué intimidad es la que se protege, - la intimidad personal y familiar -, y esa constatación no es casual. Entendemos que de esta forma el constituyente deja claro que los aspectos que protege son la esfera privada más íntima del individuo ya sea en su vertiente más personal o en el de interrelación de grupos. Por tanto excluye otros ámbitos de su actuación como el profesional o laboral, suponiendo el no reconocimiento de dicho derecho a las personas jurídicas como veremos en sección propia más adelante.

Se verifica en la doctrina un consenso que, si es complejo delimitar el concepto de derecho a la intimidad, aún más es conceptualizar la intimidad personal, pero podríamos entender esta como aquella intimidad que está referida de forma concreta al individuo, a un espacio psíquico y físico relativo a la persona individualmente considerada, tiene un referente más concreto, la persona¹¹².

Ya la intimidad familiar, el problema que se plantea en la doctrina es determinar qué debemos entender por 'familia'. DE CARRERAS SERRA¹¹³, presenta una solución justa y amplia para el impase, aseverando que se debe

de 15 de febrero, F.J.7º: *“La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”*. Véase STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J. 4º.

¹⁰⁹Supone una vulneración del derecho a la intimidad un reconocimiento médico de empresa obligatorio practicado sin el consentimiento del trabajador y sin que existan riesgos que lo justifiquen (STC 196/2004, una resolución judicial que acuerde incorporar una analítica como posible prueba a una causa penal sin estar suficientemente motivada (STC 25/2005), la utilización de datos del historial clínico de una persona, sin que la ley lo autorice y sin que dicha utilización se encuentre justificada (STC 70/2009) o el uso de datos médicos fuera de todo procedimiento y de manera desproporcionada (STC 159/2009). PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed. *Op. Cit.*, p.297.

¹¹⁰STC 224/1999, de 13 de diciembre, F.J.2º. El TC entiende que el acoso sexual es una vulneración del derecho a la intimidad en cuanto supone una agresión a la libertad sexual de la víctima.

¹¹¹STC 207/1997, de 27 de noviembre, F.J. 6º. En esta sentencia el TC estimó que la orden de un director de prisiones, que impedía a un preso comunicarse en eusquera con su familia, suponía una vulneración al derecho a la intimidad familiar.

¹¹²Véase ATC 201/1994, de 9 de junio y SSTC 134/1990 y 136/1989, ambas de 19 de julio.

¹¹³DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Régimen jurídico de la información*. Ariel, Barcelona: 1996, p.74.

“(…) entender que se trata de vínculos convivenciales y afectivos, con independencia del vínculo matrimonial”.

Respecto a la intimidad familiar, el TC ha indicado en la STC 231/1988, que son *“(…) determinados aspectos de la vida con otras personas, con las que guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, incide en la propia esfera de la personalidad del individuo”*¹¹⁴.

El reconocimiento de la intimidad familiar tiene especial repercusión a los derechos de las personas fallecidas. El hecho atentatorio al derecho a la intimidad personal del fallecido estará vulnerando un derecho propio del que los familiares son titulares y también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar. Estos aspectos, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen¹¹⁵, como veremos más detalladamente en sección adelante.

Así pues, tratamos de un derecho cuyo concepto no puede ser estático, sobre todo porque tiene un fuerte contenido emocional que es variable según el tiempo y la sociedad. La noción de la intimidad está cargada de mucho relativismo y de gran ambigüedad. Existe una gran variedad de criterios, vacíos y contradicciones, tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia, a la hora de fijar un concepto de dicho derecho.

Se verifica en la doctrina y legislaciones en general una ausencia de delimitación clara y, de cierta forma, mínimamente consensual, hasta el punto de algunos autores, como el portugués, MOTA PINTO¹¹⁶, aseverar que, delimitar la intimidad *“(…) llega a los límites de lo imposible”*, eso porque, lo que para uno puede ser objeto de reserva, puede que no sea para otro, es el individuo y sólo él, quien establece los límites de este derecho. El contenido del derecho a la intimidad tiene un carácter predominantemente subjetivo, el sentido de la vida íntima es relativo a cada uno, varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra, varía igualmente en función de edades, tradiciones, culturas, modos de conductas personales etc. Tiene un

¹¹⁴STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.4º.

¹¹⁵STC 197/1991, de 17 de octubre, F.J. 3º.

¹¹⁶MOTA PINTO. Paulo. *O direito à reserva sobre intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, V. 69, Coimbra: 1994 p.504. Traducción libre del portugués.

fuerte contenido emocional. El campo de lo íntimo está gobernado por las costumbres, los hábitos y las modas de la sociedad, sujetas, por ende, a indudables cambios continuos¹¹⁷.

La definición de intimidad involucra el derecho de disfrutar de zonas de retiro y secreto, sin embargo en esta definición no debemos entender todas las zonas de secreto o retiro, pero solo aquella que se encuentra bajo el control de quién la disfruta, siendo que, dicho control se compone de dos elementos: la voluntad y la reversibilidad¹¹⁸. En efecto, cuando se habla de intimidad, nos referimos a zonas de secreto o retiro voluntariamente elegidas y que estamos siempre abiertos a la posibilidad de salir de ellas, sea por una intromisión externa, sea por decisión propia. Concretando en las palabras de RODRIGUEZ RUIZ¹¹⁹, “(...) *hay intimidad donde hay zonas de secreto o retiro voluntario reversibles y el derecho de disfrutarlas consiste justamente en la facultad de controlar tales zonas*”.

El TC incluye en el concepto de intimidad, aunque de forma no muy clara, la noción de control. Es lo que se desprende de la STC 73/1982, cuando manifestó que la intimidad es “(...) *un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren*”¹²⁰, o cuando afirmó que “(...) *la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona*”¹²¹. De forma que, estas zonas de control o secreto son aquellas en que el individuo puede excluir los demás, espacio en que las cosas, informaciones y actividades pueden permanecer al resguardo de intromisiones ajenas no deseadas, fuera de la mirada del mundo público.

Son por todas estas particularidades que crean la diversidad en los intentos de conceptuar el derecho a la intimidad. Toda esta fluctuación deriva de la complejidad del término y su variabilidad según criterios sociales de un lugar o de una época determinada. Su contenido incluye elementos de difícil precisión.

¹¹⁷ *Report of the Committee of Privacy. Her majesty's Stationery Office. London: 1972, p.17. Citado por URABAYEN, Miguel. Vida privada e informática, un conflicto permanente. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona: 1977, pp. 99 y 100.*

¹¹⁸ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.7.

¹¹⁹ *Ibidem*

¹²⁰ STC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J.5º.

¹²¹ SSTC 254/1993, de 20 de julio, F.J.7º y 143/1994, de 9 de mayo, F.J. 7º

Tanto en España como en los ordenamientos jurídicos internacionales en general, ocurre esa ausencia de delimitación clara y, de cierta forma, mínimamente consensual sobre el concepto del derecho a la intimidad. La doctrina prefiere, en vez de intentar una definición de la intimidad, optar por enumerar los contenidos posibles de dicho derecho. Presentan conceptos suficientemente flexibles para que sean capaces de adaptarse a los cambios y evolucionar en consonancia con la sociedad.

La postura de la doctrina por un concepto flexible se justifica porque un concepto rígido enfrentaría serios riesgos de fracaso, considerando que el derecho a la intimidad tiene un carácter inmaterial y está permanentemente dependiente de la propia evolución social donde encuentra la razón propia de su existencia, porque no es un fenómeno jurídico y, sí, social.

Así pues, el ejercicio del derecho a la intimidad protege nuestra dignidad. Es un valor esencial que viabiliza el desarrollo de nuestra personalidad, pues es un área donde se desenvuelve indiscutiblemente, la mejor y más valiosa parte de la vida humana, debiendo el individuo gozar de total protección. Es una necesidad intrínseca de los seres humanos. Es el sagrado derecho de estar solo. De poseer un ámbito exento de injerencias externas. Es un derecho de 'ser'. Innegablemente la invasión en este derecho fundamental produce un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales¹²².

II.1. El derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derechos autónomos.

El artículo 18.1 de la CE cuenta con un contenido complejo, pues en él se protegen el honor, la intimidad personal y familiar, y el derecho a la propia imagen. Derechos que forman el bloque de los derechos de la personalidad¹²³.

¹²²Samuel Warren y Louis Brandeis. *El derecho a La intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Civitas, Madrid: 1995, p.26.

¹²³Podemos decir que sobre la rúbrica de los derechos de la personalidad se comprende los derechos esenciales a la persona, que el derecho positivo moderno y la doctrina preconizan y disciplinan a fin de

El reconocimiento de los tres citados derechos en el texto constitucional no tiene precedentes en el constitucionalismo español ya que únicamente se había regulado la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio y con un carácter programático, el derecho al honor en el Fuero de los españoles¹²⁴. No obstante encontrar estos derechos protegidos en el mismo párrafo, no son, en absoluto, manifestaciones de un único derecho, como la *privacy*¹²⁵.

Los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen son tres derechos autónomos con rasgos comunes porque son derechos de la personalidad derivados de la dignidad humana y son dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas. Sin embargo, con contenidos y finalidades diferentes¹²⁶, no constituyen un solo derecho 'trifronte'¹²⁷.

De este modo, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás¹²⁸. Así ha considerado reiteradamente el Tribunal Constitucional como en las SSTC 81/2001¹²⁹; 156/2001¹³⁰; y la 14/2003¹³¹, entre tantas otras.

resguardar el libre e integral desarrollo del ser humano con dignidad. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 18ªed. Forense, Rio de Janeiro: 2001, p. 153. Así podemos afirmar que el conjunto de los derechos de la personalidad es constituido por los derechos de estado (derecho a la ciudadanía), los derechos sobre la propia persona (derecho a la vida, a la integridad moral y física, derecho a la intimidad), los derechos distintivos de la personalidad (derecho a la identidad personal) y muchos de los derechos a la libertad (libertad de expresión). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina, Coimbra: 1992, p.532. En este mismo sentido señala Bonilla Sánchez, aludiendo que el objeto del derecho de la personalidad es la propia existencia, "(...) el derecho a la personalidad consiste, subjetivamente, en la atribución o pretensión que a todos nos corresponde de valer, de ser tenidos y respetados como personas, como seres libres que tienen fines altísimos que cumplir. Objetivamente, es el conjunto de condiciones necesarias para que se mantenga vivo ese carácter en el ser humano, su condición superior excelsa del ser racional". BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus, Madrid: 2010, pp. 27-30.

¹²⁴SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006, p. 33. El Fuero de los españoles (1945) es una de las ocho Leyes Fundamentales del franquismo, y en ella se establecía una serie de derechos, libertades y deberes del pueblo español. Esta ley pretende ser una declaración de derechos y libertades, aparentemente liberal. Artículo 4: "Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien lo ultraje, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad".

¹²⁵HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex, 2ª ed., Madrid: 1994, p.36, y REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p. 132.

¹²⁶STC 14/2003, de 28 de enero, F.J. 4º.

¹²⁷SSTS, de 26 de febrero de 2009 y 31 de marzo de 2010.

¹²⁸STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 2º.

¹²⁹STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º: "En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE (...) En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el

El Tribunal Supremo igualmente, ha expresado que los derechos constitucionales que desarrolla la LODHI son distintos entre sí, ya que protegen diferentes bienes jurídicos¹³².

Señala MORALES PRATS¹³³ que la protección de los bienes jurídicos inmateriales ha gravitado comúnmente sobre el honor. Quizás sea el valor moral que destaca con más facilidad. La tutela de la intimidad y de la imagen han ido históricamente ligadas, y muchas veces confundidas con la tutela del honor.

Aunque se reconozca la amplia evolución de dichos derechos, hasta hoy llegan vestigios de la confusión inicial¹³⁴, sobre todo con la LODHI, en la propia Exposición de Motivos, que parte de la existencia autónoma de cada uno de los derechos, aunque ofreciendo un tratamiento indiferenciado de los mismos no exento de problemas¹³⁵. Ciertamente, la técnica utilizada por la Ley orgánica, que recoge una serie de conductas contrarias a los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, tipificando las posibles intromisiones ilegítimas, sin clarificar a qué derecho atañen, contribuye a la falta de claridad antes aludida¹³⁶.

derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad”.

¹³⁰STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 3º: “Como se acaba de recordar, este Tribunal tiene declarado que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el art. 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico”.

¹³¹STC 14/2003, de 28 de enero, F.J. 4º: “(...) ha de traerse a colación la doctrina de este Tribunal, según la cual los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás”.

¹³²STS, de 24 de julio de 2012. En este mismo sentido: la STS 16 de enero de 2009, “(...) se trata de derechos que tienen en nuestro ordenamiento sustantividad y contenido propio, de modo que ninguno queda subsumido en el otro, como si fuera una manifestación concreta de él”. También las SSTS de 23 de marzo de 1987 y 13 de noviembre de 1999.

¹³³MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Destino, Barcelona: 1984, p.141.

¹³⁴HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex, Madrid: 1990, p.33.

¹³⁵El legislador “(...) no ha tenido en cuenta aspectos de clara heterogeneidad entre los mismos por mor de la diversidad de los concretos bienes jurídicos”. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *El derecho a la propia imagen, hoy*. En Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI, Consejo general de Notariado, Madrid: 1990, p. 209. Citado por GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.22.

¹³⁶*Ibidem*.

No obstante el artículo 18.1 CE dispone que, *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*, optando así, por el reconocimiento de una pluralidad de derechos, ‘honor’, ‘intimidad’ y ‘imagen’, con un suficiente grado de conexión entre sí para que hayan merecido por parte del constituyente un tratamiento conjunto dentro del mismo artículo.

Más allá de cualquier duda inicial, nos parece clara la opción del constituyente español por la autonomía de los tres derechos, que se hace patente al reconocerlos de forma expresa e individualizada.

El carácter autónomo de estos derechos *“(…) impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos (...)”*¹³⁷. Para mayor claridad se tiene que comprender que la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen *“(…) a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima (...)”*, no impedirá *“(…) la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente. Así pues, han de ser objeto de un tratamiento, en su mayor parte específico y cuyo análisis debe procederse por separado”*¹³⁸.

La relación es tan estrecha entre ellos, que es posible que al interferir o violar alguno, sea también posible interferir en otro: por ejemplo, intimidad y honor; o intimidad y propia imagen, incluso en ocasiones es difícil separar uno del otro¹³⁹.

¹³⁷STC 14/2003, de 28 de enero, F.J.3º.

¹³⁸STC 14/2003, de 28 de enero, F.J.3º. En el mismo sentido, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º; 83/2002, de 22 de abril, F.J. 4º.

¹³⁹Se considera que afecta a la intimidad personal y familiar la difusión de imágenes que muestran *“(…) las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y las manifestaciones de su estado anímico”*, pues se trata de imágenes *“(…) de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido (...)”* STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 6º. Citado por MEDINA GUERRERO, Manuel. *La*

Respecto al derecho al honor, subrayamos que existe una clara dificultad en dar una definición de este bien jurídico, ni la Constitución, ni la LODHI, lo intentan por tratarse de un valor que sufre especialmente las consecuencias del paso del tiempo y de las ideas vigentes en cada momento en la sociedad¹⁴⁰. Ha sido igualmente objeto de una larga interpretación jurisprudencial, fruto de la cual se distinguen un aspecto inherente (subjetivo) y otro trascendente (objetivo) del honor. El primero, consiste en la estima que cada persona tiene de sí misma; el segundo, por su parte, radica en el reconocimiento de los demás de nuestra dignidad¹⁴¹. Se relaciona así, pues, con la fama, con la opinión social. En este sentido hay que tener presente que el honor está vinculado a las circunstancias del tiempo y lugar, de forma tal que el concepto actual del honor poco tiene que ver, no ya con el propio de nuestro siglo de oro, sino con el de hace pocas décadas¹⁴².

La doctrina de DE CUPIS¹⁴³, resume ambas acepciones definiendo el honor como el íntimo valor moral del hombre, la estima de los terceros, o bien la consideración social, el buen nombre o la buena fama, así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad.

El TC emprende a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas¹⁴⁴. Por lo tanto, el honor tiene un concepto jurídico indeterminado, con un contenido *lábil y fluido*¹⁴⁵.

La jurisprudencia del TS reconoce la imposibilidad conceptual del honor en el ordenamiento jurídico porque su precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y presenta, según consolidada doctrina jurisprudencial, una doble dimensión, objetiva y subjetiva, si bien el ámbito de protección constitucional y jurisdiccional se extiende

protección Constitucional de la intimidación frente a los medios de comunicación. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.26.

¹⁴⁰HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex, Madrid: 1990, p.73.

¹⁴¹STS, Sala 1ª, de lo civil, de 23 de marzo de 1987.

¹⁴²STC 185/1989, de 13 de noviembre.

¹⁴³DE CUPIS. *I diritti della personalità*. Milano: 1982, p.230.

¹⁴⁴STC 9/2007, de 15 de enero, F.J. 3º.

¹⁴⁵SSTC 170/1994, de 7 de junio, F.J.4º; 223/1992, de 14 de diciembre, F.J.3º; y 139/1995, de 25 de septiembre, F.J.3º.

verdaderamente, no a la autoestima, consideración propia o idea que uno tiene de sí mismo (inmanencia), sino a la reputación, heteroestima o consideración que de uno tienen los demás (trascendencia o valoración social), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito¹⁴⁶.

Ya el derecho a la propia imagen de los tres derechos recogidos en el artículo 18.1 de la CE, es el que tarda más en adquirir un reconocimiento independiente.

Históricamente aparece unido al honor o a la intimidad, como una mera manifestación de los mismos¹⁴⁷. Aunque con la consagración expresa del derecho a la propia imagen, reconocidamente no acaba con los problemas de delimitación que desde su primera formulación acompañan a este derecho.

Para desplegar toda su virtualidad protectora en tanto que derecho fundamental, resulta necesario delimitar de manera precisa su contenido, distinguiéndolo del propio de otros derechos fundamentales como el honor y, sobre todo, la intimidad, con los que tiende a confundirse debido a la proximidad de sus respectivos ámbitos de protección¹⁴⁸.

El TC ha destacado en numerosas ocasiones que el derecho a la propia imagen "(...) se trata de un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección"¹⁴⁹, aunque esta constatación no impide poner de relieve su íntima conexión con el derecho al honor y sobre todo, con el derecho a la intimidad, como se desprende de la STC 81/2001, donde se afirma que: "*En la Constitución española este derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad,*

¹⁴⁶SSTS 18 de febrero de 2013; de 21 de enero de 2013 y 5 de febrero de 2013 declara que "*El artículo 7.7 LPDH define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*".

¹⁴⁷HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex, Madrid: 1990, p.92.

¹⁴⁸GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, pp.22 y 23.

¹⁴⁹SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 3º; 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5º; 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º y 139/2001, de 18 de junio, F.J. 4º. Citado por GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Especial trascendencia constitucional y propia imagen. (La incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen. [In: AA.VV. Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p. 302 y 303]*.

*derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional*¹⁵⁰.

La autora GÓMEZ CORONA¹⁵¹, comentando sobre la autonomía del derecho a la imagen del derecho a la intimidad, comenta que el TC con el paso del tiempo mantuvo un esfuerzo por individualizar ambos derechos, que siempre tuvo claro el carácter autónomo del derecho a la propia imagen. Este entendimiento es controvertido en la doctrina¹⁵². Dicha autora hace hincapié que desde las primeras sentencias se desprende de dichos derechos ámbitos de reserva propio frente a injerencias externas, vedando el derecho a la intimidad *“(...) cualquier tipo de irrupción en la esfera más reservada que el individuo quiere mantener al margen del conocimiento ajeno y el derecho a la propia imagen, impidiendo que los demás capten, reproduzcan o publiquen la imagen sin el consentimiento del titular”*¹⁵³.

Hay una indudable conexión entre ambos derechos y de esta reconocida y estrecha relación, tiene el derecho a la imagen *“(...) reflejo en la definición de su objeto, que estaría conformado, según la jurisprudencia constitucional, por ‘el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal y en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior*

¹⁵⁰ STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º; también STC 170/1987, de 21 de noviembre, F.J.4º.

¹⁵¹ GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Especial trascendencia constitucional y propia imagen. (La incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen. Op. Cit., p.304]*

¹⁵² No comparte esta interpretación la doctrina, que de manera mayoritaria considera que durante un tiempo el TC no tuvo claro el carácter autónomo del derecho a la propia imagen, que sólo después aparecería desligado del derecho a la intimidad. Esta es la postura entre otros, de PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límite*. Aranzadi, Cizur Menor: 2003, pp. 48 y ss.; En la misma línea, RUIZ MIGUEL, interpretando las SSTC 99/1994 y 117/1994, ha destacado que *“(...) el derecho a la propia imagen se concibe como vinculado al derecho a la intimidad porque se estima que sirve para salvaguardar éste, es decir, una esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros”*. RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, p.111. [In: GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Especial trascendencia constitucional y propia imagen. (La incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen. Op. Cit., p.304 y nota de pie nº 13]*.

¹⁵³ GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Especial trascendencia constitucional y propia imagen. (La incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen. Op. Cit., p.303.*

y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo (STC 99/1994, de 11 de abril, F.J.5º)¹⁵⁴.

La imagen hace referencia, siguiendo la tradicional definición de GITRAMA, a la “(...) reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible”¹⁵⁵. Su fundamento se basa en el derecho de que, la imagen humana individualiza a las personas y las distingue de los demás, les confiere una proyección externa que aporta elementos para conocer su modo de ser personal. Por tanto, estamos hablando de un derecho que, sin duda, es complementario del derecho a la intimidad. Con estrecha conexión y por esta razón muchas veces resulta difícil la distinción¹⁵⁶.

La imagen humana es un reflejo, una representación de toda la persona en su conjunto, como es generalmente reconocido, no obstante, la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad del hombre, es la cara¹⁵⁷. Es lo que le hace reconocible frente a los demás. Lo hace único.

Este concepto es acuñado por la doctrina y recogido expresamente por reiterada jurisprudencia que desarrolla el derecho a la imagen en los siguientes términos: “(...) el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, así resulta que el derecho se vulnera aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”¹⁵⁸.

El TC también reconoce la fuerte conexión entre ellos, pero enalteciendo la autonomía entre ellos, cuando declara que “(...) mediante la captación y

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *Voz “Imagen, derecho a la propia”*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Vol. XI, Barcelona: 1962, p.304.

¹⁵⁶ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª edición. Marcial Pons, Madrid: 2007, p. 336.

¹⁵⁷ Véase AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. 2ª. ed., Fundación Manuel Buendía, Universidad Iberoamericana, México: 1998, pp. 21 y ss.

¹⁵⁸ STS, Sala 1ª, de 24 de abril de 2000. [In: HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín; GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución Española*. 5ª edición, Colex, Madrid: 2010, p. 126.]

reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada”¹⁵⁹.

Además, asevera el Tribunal que “(...) la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente”, y completa “(...) esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso”¹⁶⁰.

En la STC 81/2001, el Tribunal ha considerado que “(...) la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –

¹⁵⁹STC 156/2001, de 2 de julio, F.J.3º.

¹⁶⁰STC 156/2001, de 2 de julio, F.J.3º.

*informativa, comercial, científica, cultural, etc. – perseguida por quien la capta o la difunde*¹⁶¹.

Aún en lo que respeta su contenido, además de proteger la captación y difusión de la imagen propia, el TC ha dado a entender en alguna ocasión que esta protección podría extenderse a otros atributos de la personalidad, como la voz o el nombre¹⁶².

Se debe tomar en consideración, como ya hemos subrayado, que la LODHI no define los derechos de la personalidad que regula, ni el honor, ni la intimidad personal y familiar ni, claro está, la propia imagen. Por tanto, partimos de una cuestión de determinación de la autonomía de un derecho (de la personalidad y fundamental) y de una indefinición legal del mismo que, sin embargo, es regulado con nombre jurídico propio y autónomo, no sólo en el art. 18.1 de la Constitución sino también en la LODHI y ha sido reiteradamente definido por las diversas sentencias del TC que se han ocupado del derecho a la propia imagen.

En efecto, podemos decir que el derecho a la imagen goza, en el ordenamiento jurídico español de una triple autonomía, - autonomía nominal, pues tiene *nomen iuris* propio; - autonomía conceptual y de contenido, como deriva de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; - autonomía legal, pues no sólo se recoge expresamente en el art. 18.1 CE, sino que también se regula con la singularidad que le es propia (aunque a nuestro juicio con cierta insuficiencia) en la LODHI.

Por último, el derecho a la intimidad que conforme concepto de COLOMA¹⁶³, “(...) es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con el mundo que nos circunda o con una parte de este mundo”. O

¹⁶¹STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º. En el mismo sentido STC 139/2991, de 18 de junio, F.J. 4º, entre otras.

¹⁶²STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. 3º. Posición reiterada en la STC 23/2010, de 27 de abril, F.J. 4º. Jurisprudencia citada por GÓMEZ CORONA, Esperanza. *Especial trascendencia constitucional y propia imagen. (La incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen. [In: AA.VV. Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p.307].*

¹⁶³ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto, honor: intimidad y presunción de inocencia*. Cuadernos Civitas. Madrid: 2000, p. 42.

como define HERRERO-TEJEDOR¹⁶⁴, la intimidad “(...) es el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee interés legítimo en evitar su divulgación”. El derecho a la intimidad también abarca un concepto ‘volitivo’, es decir, queda reservado al conocimiento ajeno aquello que la propia persona decide preservar¹⁶⁵.

El concepto de intimidad, como ya hemos resaltado, es bastante impreciso y tiene múltiples facetas. Sobre esta dificultad en la delimitación de su contenido, PÉREZ ROYO¹⁶⁶ comenta que “(...) no se ha conseguido en parte alguna delimitar con precisión el contenido y alcance del derecho a la intimidad”, para después concluir que es “(...) como se hubiese un acuerdo bastante generalizado en que sin el derecho a la intimidad no se puede vivir, pero que también no podemos definirlo con precisión”. Al final concluye el autor, “(...) el derecho a la intimidad es, pues, un derecho elástico, de contenido variable, que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que tiene que ser delimitado en su contenido de manera casuística, a medida que se va dando respuesta a los problemas que se le plantean”.

En definitiva, el art.18.1 CE cuenta con un contenido complejo, pues en él se protegen, en primer lugar, el derecho al honor, en segundo lugar, el derecho a la intimidad, tanto personal como familiar, y en tercer lugar el derecho a la propia imagen, derechos con rasgos comunes, pero como subrayado, con claros aspectos que permiten distinguir tres derechos diferenciados. Tal y como ha señalado la STC 14/2003¹⁶⁷ son tres derechos autónomos y sustantivos, aunque estrechamente vinculados entre sí, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas. No obstante, en razón de este tronco común del cual derivan y del ámbito reservado, personal o reducto del que el titular excluye injerencias de terceros que hacen referencia los tres

¹⁶⁴HERRERO TEJEDOR, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*. Ed. Colex, Madrid: 1998, p.25.

¹⁶⁵STC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J. 5º.

¹⁶⁶PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.293.

¹⁶⁷STC 14/2003, de 28 de enero, F.J.3º. En el mismo sentido SSTC 81/2001, de 26 de marzo, F.J.2º; 83/2002, de 22 de abril, F.J.4º.

derechos, se pueden confundir en los casos concretos¹⁶⁸. Sin embargo el bien jurídico que protegen es distinto. Los ámbitos a los que se refieren cada uno de los tres derechos también son diferentes, variando igualmente las fundamentaciones jurídicas.

Así no hay como oponerse al reconocimiento del carácter autónomo entre dichos derechos. No es dable considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos, necesitando, para garantizarlos, una existencia distinta. Eso porque vislumbramos que cada uno de estos derechos protegen matices distintas de los derechos de la personalidad. Son dotados de un contenido propio y específico. La violación de uno no conlleva necesariamente a la infracción de los demás. El honor atañe a la dignidad, mientras intimidad e imagen conciernen a la privacidad.

De esta forma, claro está que la regulación de los derechos del art. 18.1 CE no surge por capricho del constituyente, sino por ser la mejor forma de garantizar cada uno de los derechos, partiendo de la necesidad de su existencia distinta.

II.2. Privacidad, vida privada e intimidad. Algunas precisiones lingüísticas.

Existe una cierta tendencia a equivocar la privacidad, o como reza el artículo 8.1 del CEDH - vida privada y familiar¹⁶⁹, con el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE y de la LODHI. Las definiciones, como veremos, son conexas, pero distintas.

Son muchas las asimetrías con que el derecho a la intimidad es visto, y con cierta frecuencia, constatase que son utilizadas las expresiones

¹⁶⁸Se considera que afecta a la intimidad personal y familiar la difusión de imágenes que muestran "(...) las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y las manifestaciones de su estado anímico", pues se trata de imágenes "(...)de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido(...)" STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 6º. Citado por MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.26.

¹⁶⁹Artículo 8.1 – "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

“privacidad”, “vida privada” e “intimidad” para designar genéricamente la misma realidad. Sin embargo, a pesar de haber grande conexión entre estos términos, en el ordenamiento jurídico de España, no son sinónimos. Esta confusión, la mayoría de la doctrina menciona que se debe a la traducción para el ordenamiento jurídico español de la expresión *Right to privacy*, del derecho anglosajón, dando lugar a una transcripción inexacta ‘derecho a la intimidad’, construyendo la idea de sinónimos entre derecho a la privacidad y a la intimidad¹⁷⁰.

En España, estos términos, ni etimológica, ni jurídicamente, tienen una igual significación. El Diccionario de la Real Academia Española define lo íntimo como “(...) *lo más interior o interno*”, y privado como lo que “(...) *se ejecuta a la vista de pocos, familiar o domésticamente (...)*”, continua el citado texto, que es lo “*particular y personal de cada uno*”. No se encuentra el término privacidad en el Diccionario de la Real Academia Española, sin embargo, encontramos la palabra ‘privada’ que en sus diferentes acepciones significa: “(...) *que se ejecuta a vista de pocos, familiar o domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna*”; “*particular y personal de cada uno*”. La doctrina especializada ha insistido en que intimidad y vida privada, aunque derechos estrechamente relacionados, tienen contenido y ámbito de protección no coincidente.

En el seno del pensamiento jurídico anglosajón se establece una distinción entre lo privado y lo público demarcando así dos espacios: el espacio de la intimidad y el espacio de la visibilidad.

No es el caso de la tradición jurídica alemana ni la continental en general, donde generalmente se tiende a establecer límites que van desde lo íntimo a lo privado pasando por lo individual hasta llegar a lo público¹⁷¹.

Entre estas tesis se destaca la teoría de las esferas de Hubmann, las modalidades del aislamiento de Frosini, y los *torts* o agresiones a la privacidad de William Prosser.

¹⁷⁰SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria Editorial, Barcelona: 2003, p. 15; y PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.293.

¹⁷¹LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Revista Internacional de Pensamiento Político I, Época, Vol. 7, Sevilla: 2012, p. 126.

Para reflejar la múltiple realidad englobada en la intimidad y la vida privada, la doctrina suele recurrir a la *teoría de las esferas* inicialmente esbozada Heinrich Hubmann¹⁷². Conforme esta teoría cabría distinguir diferentes esferas dotadas de diversos niveles de protección. La clasificación de una información personal en uno u otro nivel es determinante para resolver la controversia. Cuanto más se acerque la información revelada del núcleo duro de lo materialmente íntimo, mayor relevancia deberá exigirse a la información para considerar que su difusión es constitucionalmente legítima¹⁷³.

Asimismo, como afirma el autor MEDINA GUERRERO¹⁷⁴, aunque “(...) *no existe plena unanimidad en la doctrina sobre la concreta clasificación y tipología de tales ‘esferas’, sí hay un acuerdo generalizado en señalar cuáles son las dos principales, a saber, la ‘esfera íntima’ y la ‘esfera personal’*”.

La ‘esfera íntima’, continúa dicho autor, es la esfera que goza del nivel máximo de protección, hasta el punto de que se ha considerado que cuenta con una total capacidad de resistencia frente a cualquier intromisión o injerencia. Se entiende que inciden en la ‘esfera íntima’ las informaciones que incurran en el ámbito vital interno de las personas, especialmente vida sexual, mundo mental y sentimental y su exteriorización¹⁷⁵.

Ahora la ‘esfera privada’ se proyecta más allá de la vida interior de las personas, y abarca por tanto a cuestiones que afectan a la vida doméstica y al círculo de los familiares, amigos y estrechos conocidos. Se hallan protegidos asuntos relativos a la vida privada tales como la situación familiar y sus cambios, los problemas de salud, la adicción al alcohol, la creencia religiosa o la pertenencia a sectas¹⁷⁶.

La última esfera, la ‘individual, social o pública’, abarca todo aquello que no está comprendido en las dos esferas anteriores, se refiere fundamentalmente al ámbito de las relaciones de una persona en su entorno

¹⁷²Hubmann, H. 1967, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln: Böhlau, p. 268. Citado por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid: 1995, p. 328.

¹⁷³MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p. 14.

¹⁷⁴MEDINA GUERRERO, Manuel. Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Op. Cit.*, pp. 13-14.

¹⁷⁵MEDINA GUERRERO, Manuel. Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Op. Cit.*, p.15.

¹⁷⁶MEDINA GUERRERO, Manuel. Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Op. Cit.*, p.16.

social. La capacidad de información en esta esfera es más amplia, siempre y cuando no se divulguen datos falsos o lesivos del derecho al honor¹⁷⁷. Haremos más comentarios de esta teoría en la sección IV cuando trataremos del contenido del derecho a la intimidad.

La teoría de las modalidades del aislamiento de Frosini define cuatro espacios: la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva. Prosser en su *Law of Torts*, enumeró cuatro áreas de tutela de la *privacy*: - contra la intrusión en la soledad, o en los asuntos privados de uno; - contra la revelación de actos privados o embarazosos; - contra la publicidad que coloca a uno en una falsa imagen ante el público; y - contra la apropiación del nombre de uno en beneficio de otro¹⁷⁸.

A estos autores se une GARCÍA MORENTE¹⁷⁹, el cual formula la teoría de los polos contrapuestos, según la cual “(...) *la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad –cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social– y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica*”.

Para GARZÓN VALDÉS¹⁸⁰, lo íntimo es como el ámbito de los pensamientos, las decisiones, las dudas, etc. Dentro de este espacio se encontrarían aquellas acciones que no requieren la intervención de terceros, es el medio donde el individuo ejerce su autonomía personal, el último reducto de la personalidad. Por otro lado, entiende la privacidad como el terreno donde pueden predominar los deseos y preferencias individuales, donde solo pueden accederlos que deseen libremente los individuos.

¹⁷⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel. Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Op. Cit., p. 18.

¹⁷⁸ FROSINI, Vittorio. 1990, *La protección de la intimidad*, Derecho y Tecnología informática. Temis, Bogotá: 1990 y PROSSER, William. *Handbook of the Law of Torts*. West, St. Paul: 1955. Citado por LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Revista Internacional de Pensamiento Político I, Época, Vol. 7, Sevilla: 2012, pp. 126 y 127.

¹⁷⁹ GARCÍA MORENTE, Manuel. *Ensayo sobre la vida privada*. Ediciones Encuentro, Madrid: 2001. Citado por LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Op. Cit., p. 127.

¹⁸⁰ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Lo Íntimo, lo Privado y lo Público*. Revista Claves de Razón Práctica, nº 137, 2003. Citado por LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Op. Cit., p. 127.

Se entiende, pues, que, aunque las fronteras de la intimidad y la vida privada sean confusas, podríamos afirmar en resumidas cuentas que la privacidad sería un ámbito donde imperan exclusivamente los deseos y preferencias individuales, condición necesaria del ejercicio de la libertad individual, y que podría denominarse 'esfera personal reconocida'; sus límites dependerían del contexto cultural y social, de modo que el velo que la cubre debería ser de una transparencia relativa.

La intimidad, en cambio, alude a un mundo personal, propio, situado fuera de la mirada de los demás y que ha sido concebido tradicionalmente como un 'espacio sagrado', mundo que se desarrolla en el interior de la esfera privada, la cual nos protege y separa del exterior. La intimidad es donde se sitúa "(...) el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de las decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será (...)", debe estar protegida por un "(...) velo de total opacidad que sólo podría ser levantado por el individuo mismo"¹⁸¹.

El autor NUNES JÚNIOR¹⁸² perfila la intimidad como una 'privacidad calificada', en la cual se resguarda la vida individual de intromisiones de la propia vida privada, reconociéndose que no solo el Poder Público y la sociedad pueden interferir en la vida individual, pero la propia vida en familia, que, por veces, puede venir a violar un espacio que el titular desea mantener impenetrable, mismo a los más próximos que comparten con él la vida cotidiana.

Además el legislador ha sido consciente de esta diferencia en varias normas, destacando la LODHI, que habla de vida privada como algo distinto a los escritos íntimos que alude el artículo 7.3. La Ley Orgánica 5/1992, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante LOTARD) que, en su apartado 1 establecía la distinción entre intimidad y privacidad de forma clara: "*Nótese que se habla de privacidad y no intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se*

¹⁸¹GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Lo Íntimo, lo Privado y lo Público*. Revista Claves de Razón Práctica, nº 137, 2003. Citado por LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Revista Internacional de Pensamiento Político I, *Op. Cit.*, p. 127.

¹⁸²NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. FTD, São Paulo: 1997, p.91. Traducción libre del portugués.

desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida privada de la persona, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global de facetas de su personalidad(...)”.

Resulta curioso que el legislador utiliza la palabra privacidad cuando ésta, como comentamos, no figura en el Diccionario de la Lengua Española, aunque se puede fácilmente verificar el uso cada vez más frecuente en la doctrina del término, no obstante, lo más apropiado, sin duda, considerando la inexistencia de dicha expresión en el diccionario de la lengua castellana, sería el uso de la expresión ‘vida privada’.

Además se verifica en el texto de la LOTARD que dicha palabra no vuelve a aparecer. Los autores DEL PESO NAVARRO y RAMOS GONZÁLEZ¹⁸³ aclaran que fue debido a que en el debate parlamentario la incorporación de la palabra ‘privacidad’ al texto no se consideró oportuna por ser considerada ambigua y poco definida, y por esta razón se prefirió mantener la palabra ‘intimidad’ por considerarla más adecuada.

La jurisprudencia no se aleja de estas distinciones. El TS reconoce la diferencia como se extrae de la Sentencia de 20 de febrero de 1989, “(...) *la esfera privada (...) incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares (...)*”¹⁸⁴. De ello se deduce el distinto tratamiento que da el TS a la vida privada y a la intimidad.

Ya el TEDH, establece una clara distinción entre lo íntimo y lo privado. El privado con un sentido más amplio que la intimidad¹⁸⁵. Para el TEDH sería demasiado restrictivo limitar la noción de privacidad a un círculo íntimo, donde cada uno puede conducir su vida a su gusto y excluir el mundo exterior. Considerando el contenido del artículo 8 del CEDH, “(...) *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su*

¹⁸³DEL PESO NAVARRO, Emilio; RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *LOTARD Análisis de la Ley*. 2ª ed., Ediciones Díaz de Santos, Madrid: 1998, p.66.

¹⁸⁴STS 90/2011, 14 de febrero de 2011, Sala 1ª, de lo Civil.

¹⁸⁵STEDH, de 27 de mayo de 2014, De La Flor Cabrera c. España: “*La noción de ‘vida privada’ es una noción amplia, no susceptible de una definición exhaustiva, que abarca la integridad física y moral de la persona y por tanto puede englobar múltiples aspectos de la identidad de un individuo, tales como el nombre o elementos relacionados con el derecho a la propia imagen (Von Hannover c. Alemania (no 2) [GC], nos 40660/08 y 60641/08, §§ 95-96, TEDH 2012)*”.

correspondencia”, el TEDH viene ampliando de forma constante y continuada, el contenido de vida privada, y el de intimidad de manera especial¹⁸⁶.

El TEDH¹⁸⁷ ha manejado como núcleo de la protección que dispensa el artículo 8.1 CEDH la ‘vida privada’. Y además, como dicho, le ha dado un alcance sumamente extenso¹⁸⁸. La definición de ‘vida privada’ no se queda solo en lo estrictamente personal e íntimo, en aquello que el individuo desea mantener reservado y sustraído al conocimiento ajeno. Vida privada se extiende a las decisiones que tome el individuo sobre sus relaciones con terceros que tengan una conexión directa con su condición de persona y el libre desarrollo de su personalidad.

Aseveró el TEDH que, debe haber un vínculo directo e inmediato entre las medidas buscadas por el individuo y su vida privada y familiar para considerarlas protegidas por el artículo 8.1 CEDH¹⁸⁹. De este modo dicho Tribunal no considera garantizada toda decisión relativa a la propia vida, fruto más bien de una genérica libertad individual que salvaguarda la autonomía de la voluntad de cada cual. Define sí un concepto objetivo de vida privada, en el sentido de que lo que sea no es decisión del interesado, sino fruto de una interpretación que hace el propio Tribunal sobre qué puede objetivamente considerarse por tal. Esta es la perspectiva del TEDH.

La perspectiva en España es diferenciada, es decir, más restrictiva. EL TC parece haber mantenido también un concepto de intimidad en línea con lo indicado por la jurisprudencia del TEDH, aunque su alcance sea más reducido que el de ‘vida privada’ del artículo 8.1 CEDH¹⁹⁰.

El TC ya ha opinado en reiteradas ocasiones que ese derecho, a la vida privada, no existe en el ordenamiento jurídico español. Lo que existen son derechos que dotan de garantía constitucional a ciertos aspectos precisos de esa libertad genérica individual¹⁹¹. Por esa razón, la intimidad del artículo 18.1.

¹⁸⁶ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p. 131.

¹⁸⁷ S TEDH Niemietz c. Alemania, de 19 de diciembre de 1992; XeY c. Países Bajos, 25 de febrero de 1997; Rotaru c. Rumanía, 4 de mayo de 2000.

¹⁸⁸ Véase Esther Bueno Gallardo. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados Tributarios*, CEPC, Madrid: 2009.

¹⁸⁹ S TEDH Botta c. Italia, de 24 de febrero de 1998.

¹⁹⁰ SSTC 20/1996, de 12 de febrero, F.J. 3º; 115/2000, de 5 de mayo, F.J. 4º y 127/2003, de 30 de junio, F.J. 7º.

¹⁹¹ STC 120/1990, de 27 de junio - F.J. 11º.

CE no es, ni necesita ser, sinónimo de privacidad o vida privada al modo anglosajón o de la jurisprudencia del TEDH. La intimidad de la CE es algo más preciso y relativo únicamente a la información sobre la persona y su ámbito familiar¹⁹². Por tanto, como afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ¹⁹³, en la CE “(...) se garantiza la intimidad, entendida no como lo íntimo, sino la decisión sobre qué queda reservado a la mirada ajena. El objeto del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE no es la decisión sobre cómo vivir o un espacio que objetiva y materialmente quepa considerar como vida privada, sino la decisión sobre qué de nosotros pueden conocer los demás”.

La doctrina de REBOLLO DELGADO¹⁹⁴, reconociendo los conflictos al impase terminológico entre vida privada, privacidad e intimidad en la doctrina, presenta una solución, opinando que “(...) cuando en el ordenamiento jurídico español nos referimos a la intimidad, por analogía al término privacidad, hemos referenciado tanto al derecho a la intimidad ‘stricto sensu’, como al derecho al honor, como al derecho a la propia imagen”. Continúa su exposición aseverando que “(...) en este sentido, es utilizado de forma frecuente el término privacidad por el Tribunal Constitucional, es decir, como un concepto globalizador de los derechos de la personalidad, pero no sustitutivo de cada uno de ellos”.

El autor sostiene sus argumentos indicando el tenor de la STC 22/1984, cuyo pronunciamiento del TC se ha convertido en un clásico de la jurisprudencia constitucional. Dicha posición expone que “(...) la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de ‘privacidad’ de ésta (...)”¹⁹⁵ y, complementando, la ATC 642/1986 declara que el “(...) derecho a la intimidad constitucionalmente garantizado por el art. 18 en relación con un área espacial o funcional de la persona precisamente a favor de la salvaguarda de su ‘privacidad’ (...)”¹⁹⁶.

¹⁹²VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual*. Espacio Jurídico: *journal of law*, Edit. Unoesc, Vol. 14, Nº. 3, Chapecó: 2013, p. 61.

¹⁹³VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁹⁴REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op. Cit.*, pp. 132-133.

¹⁹⁵STC 22/1984 de 17 de febrero, F.J. 5º.

¹⁹⁶ATC 642/1986, de 23 de julio, F.J. 3º.

Cuanto a los términos 'vida privada' y 'privacidad', dicho autor, refiere que se debe entenderlos como sinónimos¹⁹⁷.

Pese a ese consenso en la doctrina y jurisprudencia, el autor URABAYEN¹⁹⁸ sustenta un interesante estudio fundado en la necesidad de determinar previamente el contenido del derecho a la intimidad y, a partir de una perspectiva de exclusión, llega a concluir que no es propio de la intimidad restringir su concepto a los aspectos más interiores o personales del individuo, sino que la intimidad debe ser entendida como equivalente a 'vida privada'. Propone el autor un concepto de intimidad que acoge dos dimensiones diferentes; una restrictiva, limitada a las manifestaciones más interiores de la persona; y otra más amplia, que lo identifica con los aspectos privados o reservados de la persona, correspondiéndose con el concepto de *privacy* que utilizan los juristas ingleses.

Se muestra, por tanto, de acuerdo en establecer una diferenciación en cuanto al ámbito de protección de la intimidad. Distingue un núcleo fundamental, integrado por los aspectos más próximos a la persona, y que mayor incidencia representan en el libre desarrollo de la persona. Por otro lado, defiende también un ámbito más extensivo de protección de la intimidad que se identifica con aspectos de la vida de la persona, que si bien no afectan directamente a su mundo interior o a las relaciones con los demás, la persona decide mantenerlos reservados de la curiosidad ajena.

Son por todas estas constataciones que involucran el derecho a la intimidad, esa vaguedad e imprecisión conceptual que se verifica no solo en el jurídico, como también en el ámbito filosófico y sociológico, que hace con que en muchos casos utilicemos, en el lenguaje común, locuciones que tienen una identidad significativa con esta noción de intimidad, como vida privada, privacidad, no obstante, entendemos no ser sinónimos. La semejanza es superficial ya que en realidad cada una de ellas realiza una función distinta en un momento determinado.

La doctrina de Rebollo Delgado presenta una posición con la cual compartimos el entendimiento, es decir, la intimidad tiene un sentido *stricto*

¹⁹⁷REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad. Op. Cit.*, pp. 132-133.

¹⁹⁸URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: un conflicto permanente*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona: 1977, p. 11.

sensu y privacidad tiene un concepto globalizador del bloque de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE. Vida privada y privacidad son sinónimas.

II.3. La inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. Derechos instrumentales al derecho a la intimidad.

En el artículo 18 de la CE, específicamente en los apartados 2, 3 y 4, se reconocen tres derechos instrumentales de los derechos de la personalidad mencionados en el apartado 1. Son ellos, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa.

La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones son derechos antiguos, tradicionales en el ordenamiento jurídico español, la autodeterminación informativa, por el contrario, es un derecho nuevo. Los tres derechos son reconocidos por la doctrina especializada como derechos 'instrumentales' al derecho a la intimidad¹⁹⁹.

Se refieren como derechos instrumentales porque están fuertemente imbricados con el derecho a la intimidad. El ámbito de protección de la intimidad personal y familiar se proyecta en los derechos reconocidos en los apartados siguientes del art. 18 CE, dándoles un alcance superior.

No obstante, este carácter instrumental no quiere decir que no sean derechos autónomos. La prueba se encuentra en el hecho de que algunos de estos derechos han sido reconocidos como tales antes de que lo fueran los derechos de la personalidad. Además, este carácter de derechos instrumentales de los derechos de la personalidad del art 18.1 CE no los desvaloriza, sino al contrario, refuerza su ámbito de protección²⁰⁰.

¹⁹⁹SSTC 119/2001, de 24 de mayo, F.J. 6; 10/2002, de 17 de febrero, F.J. 5º.

²⁰⁰PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional. Op. Cit.*, p.302.

II.3.1. La inviolabilidad del domicilio.

Según el artículo 18 apartado 2 de la CE: “*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*”. Estos son los términos en que está reconocido el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Se manifiesta como uno de los derechos más sobresalientes que integran la denominada libertad civil²⁰¹, configurando, según la doctrina de PRIETO SANCHIS²⁰², como principal expresión de las ‘garantías individuales’.

Así, la libertad domiciliaria representa una de las principales expresiones de la intimidad de las personas²⁰³ o, como asevera JIMÉNEZ-CASTELLANOS²⁰⁴, “(...) *la intimidad es el valor jurídico protegido en el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El allanamiento de morada supone una presunción ‘iuris et iure’ de violación del bien jurídico intimidad*”.

El problema que se plantea es la interpretación de este derecho para su reconocimiento, ya que en el ordenamiento jurídico español hay variadas definiciones de domicilio²⁰⁵. Por tanto, el problema es, qué debe entenderse por

²⁰¹GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio* Tecnos, Madrid: 1992, p.53.

²⁰²Prieto Sanchis califica la inviolabilidad de domicilio como principal expresión de las ‘garantías individuales’ que comprenden los derechos: el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); el derecho a la nacionalidad (art.11); el derecho a la seguridad personal, que ampara la persona frente a las detenciones arbitrarias (art.17), y establece el debido cumplimiento de las garantías penales y procesales constitucionalmente reconocidas (arts. 24 y 25); el derecho a la intimidad, en sus diversas expresiones, el derecho al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen (art.18.1 y 4), a la inviolabilidad de las comunicaciones (art.18.3), así como la inviolabilidad del domicilio (art. 18.4). PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate, Madrid: 1990, p.128.

²⁰³ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis. *Contenido del derecho a la intimidad*. Actualidad jurídica, III, 1981, p. 5. Citado por GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*. Op. Cit., p.55.

²⁰⁴JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario: especial referencia a la contaminación acústica*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p. 272].

²⁰⁵El Código Civil no aporta propiamente una definición de domicilio sino más bien unas reglas de determinación de lo que debemos entender por domicilio a efectos civiles (art. 40.2); Tampoco el Código Penal, limitándose a establecer algunas definiciones útiles a efectos penales como son ‘casa habitada’ o ‘morada’. Existen otras definiciones que tampoco son útiles en la delimitación del concepto de domicilio dado que tienen una finalidad concreta. Así como ocurre con el artículo 45 de la Ley General tributaria. Algo más preciso es el concepto de domicilio que aporta la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo art. 554.2 se reputa como domicilio “*El edificio o lugar cerrado o a la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y su familia*”. Todas estas definiciones con una validez determinada por su finalidad, pero no son útiles para

domicilio, quién es el titular del derecho y cómo deben ser interpretadas las excepciones que la propia Constitución contempla: - consentimiento, - resolución judicial y, - delito flagrante.

Para el TEDH, domicilio es *“(...) normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico sino también para el disfrute, con toda tranquilidad, de dicho espacio”*²⁰⁶.

La inviolabilidad del domicilio se vincula al derecho a la intimidad de las personas, pues protege el ámbito donde la persona desarrolla su intimidad al amparo de miradas indiscretas. Como consecuencia de ello es lógico que el TC haya dado al término domicilio un significado mucho más amplio que el otorgado por el Código Civil.

Del artículo 18.2 de la CE, el TC extrae una configuración válida que se manifiesta en la STC 22/1984, donde opina que *“(...) la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos ‘prima facie’ un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo”*²⁰⁷.

En el fundamento jurídico 5º de la misma sentencia el TC clarifica que domicilio inviolable, *“(...) es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda*

una delimitación global del domicilio. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson, Madrid: 2000, p.181.

²⁰⁶STEDH, de 3 de julio de 2011, Martínez Martínez y Pino Manzano c. España

²⁰⁷STC 22/1984, de 17 de febrero, F.J.2º.

clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”, es decir, cualquier espacio cerrado que uno ocupa legítimamente entra dentro del ámbito de protección del derecho, cualquier espacio que esté a disposición de una persona, independiente del título jurídico (propiedad, arrendamiento etc.)²⁰⁸.

Siguiendo esta línea hermenéutica, la inviolabilidad del domicilio garantizaría no solo el derecho a la intimidad (aspecto ya cubierto en el art.18.1CE), sino también otras manifestaciones de la vida privada²⁰⁹.

Para el TC, el domicilio es el espacio donde el individuo vive ejerciendo su libertad más íntima, al margen de convenciones sociales, así como todo espacio apto para que, eventualmente o de forma permanente, pueda ocurrir lo anterior. En concreto, se consideran domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel²¹⁰ o el domicilio empresarial de las personas jurídicas, aunque en algunos de estos casos con ciertas cortapisas derivadas de las propias características del alojamiento. En cambio, no tendrán la consideración de domicilio, las celdas de los reclusos en los centros penitenciarios²¹¹.

El TC en la ATC 176/2007 aclara que *“(…) la delimitación del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad no puede hacerse con criterios exclusivamente espaciales. De una parte, no todo lo que sucede en el domicilio ha de estar necesariamente protegido por la intimidad pues cabe imaginar situaciones en las que, por ejemplo, el titular renuncie a su derecho invitando a terceros indeterminados a acceder a su morada, exhibiéndose ante una ventana o incluso permitiendo la instalación de dispositivos de grabación. Por otro lado, tampoco la vida privada puede reducirse a aquélla que se desarrolla en la vivienda familiar, sino que debe abarcar cualquier espacio sobre el que la persona haya tomado medidas para evitar las intromisiones*

²⁰⁸PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional. Op. Cit.*, p.303.

²⁰⁹JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario: especial referencia a la contaminación acústica. [In: AA.VV. Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p. 274].*

²¹⁰STC 10/2002, de 17 de enero.

²¹¹STC 11/2006, de 16 de enero.

*ajenas. Mucho menos puede acudirse al concepto constitucional de domicilio al que se refiere el art. 18.2 CE para delimitar el espacio en el que se desenvuelve el derecho a la intimidad. Se trata de realidades distintas que, independientemente de que ocasionalmente se solapen de modo parcial, responden a finalidades constitucionales distintas*²¹².

En armonía con la concepción constitucional, es la delimitación de la doctrina que aporta SÁNCHEZ²¹³ de los elementos esenciales que caracterizan el domicilio, y que se puede resumir en: - La existencia de un espacio aislado con respeto al mundo exterior, ya se encuentre cerrado o parcialmente abierto; - su destino al desarrollo y desenvolvimiento de la vida privada; - ámbito de privacidad que comprende tanto la esfera física estricta propias de la vida íntima y familiar, como aquéllas domésticas, y que se presentan también como manifestaciones principales de la personalidad; - la irrelevancia del título particular (propiedad, usufructo etc. o de la naturaleza de la situación jurídica amparada (posesión o detención), con tal que sea legítimo y se halle tutelado o permitido por el ordenamiento jurídico; - la actualidad de su disfrute, lo que no se debe confundir con la exigencia de una presencia necesaria, *in loco*, del sujeto titular del derecho.

En lo que atañe la titularidad, tiene que ser interpretada igualmente de forma amplia. Son titulares, persona física y jurídica “(...) desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional”²¹⁴.

El TEDH también trató de forma concreta la cuestión de la inviolabilidad de domicilio a las personas jurídicas, respecto de cuyo derecho si reconoce la vigencia²¹⁵. En ese punto, cuando se reconoce el derecho a personas jurídicas, la vinculación con la intimidad personal parece quebrarse, aunque reconocido derecho sea de forma más matizada, con menor intensidad que en el caso de las personas físicas.

²¹²ATC 176/2007, de 1 de marzo, F.J.3º. Este pronunciamiento del TC derivó del examen del Recurso de Amparo interpuesto por Francisco Javier de la Rosa Martí en el cual el recurrente reclamó que una fotografía suya en la celda comiendo un bocadillo fue indebidamente capturada a través de una ventada. El recurrente alegó, en resumidas cuentas que, el espacio físico que se encontraba, la celda, era, de momento, su domicilio. Inadmitido el Recurso por el TC.

²¹³GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos, Madrid: 1992, p.182.

²¹⁴STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J. 3º.

²¹⁵STEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992.

El Tribunal Constitucional, en realidad, ha excluido de la garantía proporcionada por la inviolabilidad del domicilio “(...) *aquellos lugares cerrados que por su afectación (...) tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad*”²¹⁶, tales como almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales²¹⁷.

Aun así, el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, conforme STC 69/1999, “(...) *se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros*”²¹⁸.

El elemento que produce o no la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es ‘el consentimiento’ del titular del mismo, emitido libremente. Es la primera excepción aludida en la Constitución. Si hay consentimiento, no hay vulneración del derecho. Tal cual el criterio adoptado en la LODHI para delimitar las intromisiones ilegítimas del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sin embargo, el consentimiento no tiene que ser expreso por escrito, entretanto tiene que ser previo e inequívoco²¹⁹, y dada la vinculación del derecho a la inviolabilidad de domicilio con el derecho a la intimidad, el consentimiento es siempre revocable²²⁰.

Dentro de este contexto, el concepto de ‘titular’ del domicilio hay que entenderlo más en sentido real que jurídico. Será aquella o aquellas personas que residen en el ‘domicilio’. Pudiendo así ser varios los titulares, en cuyo caso bastaría el consentimiento de uno de ellos, si el resto no se oponen, aunque teniendo en cuenta que habrá de considerarse titular a efectos del art. 18.2, en

²¹⁶STC 228/1997, de 16 de diciembre, F.J. 7º.

²¹⁷En concreto, se consideran domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel (STC 10/2002, de 17 de enero) o el domicilio empresarial de las personas jurídicas, aunque en algunos de estos casos con ciertas cortapisas derivadas de las propias características del alojamiento. En cambio, no tendrán la consideración de domicilio, las celdas de los reclusos en los centros penitenciarios (STC 11/2006, de 16 de enero).

²¹⁸STC 69/1999, de 26 de abril, F.J. 2º.

²¹⁹STC 22/1984, de 17 de febrero, F.J.5º.

²²⁰PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional. Op. Cit.*, p.303.

Y también, REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p.186.

ciertos casos, sólo a aquél frente a quien se dirija la actuación de entrada o registro²²¹.

La segunda excepción, la ‘resolución judicial’ que añade la Constitución, es acto sustitutivo del consentimiento del titular del derecho, y también hay que ser previo, conforme STC 160/1991, “(...) *la garantía judicial aparece (...) como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no (...) a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E. u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular*”²²².

Aquí hay que tener en cuenta que la orden de entrada o registro solo podrá ser dictada por el juez instructor, subrayando que la incompetencia territorial no produce la nulidad del acto y que la realización tanto de la entrada como del registro puede ser delegada por el juez en otra autoridad o en agente de la policía judicial, desde que sean determinadas las personas autorizadas²²³. Además, por supuesto, la resolución deberá motivar no sólo las razones en las que se basa, sino así mismo, su alcance, estableciendo dependencias en las que procede la entrada y alcance del registro, pues la resolución judicial ha de actuar como garante del derecho²²⁴.

Por último, trataremos del ‘flagrante delito’. Excepción más controvertida porque la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, específicamente su artículo 21.2., donde el legislador definió el delito flagrante como “(...) *el ‘conocimiento fundado’ por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la ‘constancia’(...)*” de que está cometiendo o se acaba de cometer un delito, fue declarada inconstitucional por el TC por entender no incluidos dentro del concepto de flagrancia las

²²¹STC 22/2003, de 10 de febrero, F.J.7º.

²²²STC 160/1991, de 18 de julio, F.J.8º.

²²³REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Ed. actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, pp. 186-187.

²²⁴STC 139/1999, de 22 de julio, F.J.2º, entre otras.

expresiones legales de ‘conocimiento fundado’ y ‘constancia’. Para el Tribunal dichas expresiones no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente²²⁵.

El concepto de delito flagrante, conforme opina el Tribunal en la STC 341/1993, no puede ser desvinculado de “(...) *la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" - visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo -y ello es premisa firme de toda interpretación-, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la Norma fundamental*”²²⁶.

Con base en este entendimiento el TC declara inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana²²⁷. La flagrancia, para el TC es ‘evidencia directa’ y no ‘conocimiento fundado’²²⁸.

Esta claro el carácter instrumental que la inviolabilidad de domicilio tiene respecto a la intimidad. Como tampoco no cabe dudar, como manifiesta el TC, de la existencia de una unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro del domicilio, con aquella que impone la defensa y garantía del ámbito de la intimidad²²⁹. Incluso, manifestará rotundamente el TC que el domicilio es ‘el ámbito de la intimidad’. En efecto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio se constituye en una garantía del derecho a la intimidad.

La inviolabilidad del domicilio ampara la persona desde su dignidad y en defensa de su libre desarrollo. Es el ámbito donde el individuo se mueve al margen de las reglas y convenciones sociales, donde es necesaria la

²²⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Ed. actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p. 186.

²²⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J.8º.

²²⁷ Cuyo tenor es: “(...) *será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por flagrante delito el ‘conocimiento fundado’ por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la ‘constancia’ de que está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal (...)*”. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p. 186.

²²⁸ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., *Op. Cit.*, p.304.

²²⁹ STC 134/1990, de 19 de julio, F.J. 4º y STC 160/1991, de 18 de julio, F.J. 8º.

protección no sólo de la esfera de la vivienda, sino de una esfera privada en la que pueda desarrollar su personalidad²³⁰.

Aunque la CE señala estas tres situaciones que mencionamos como siendo los casos en que se admite la entrada y registro domiciliarios (consentimiento, resolución judicial y flagrante delito), a éstas hay que añadir otra, no consignada, pero igualmente admisible, dadas sus características,- la situación de urgente necesidad -. En este caso, son las que se produce en casos de catástrofe, ruina inminente u otros similares con la finalidad de evitar daños inminentes y graves para personas o cosas. Es decir, en supuestos en los que es necesaria la quiebra de la inviolabilidad domiciliaria para preservar otros bienes protegidos, en particular la vida o integridad de las personas (art. 21.3, LO 1/1992).

El derecho a la inviolabilidad del domicilio representa, sin duda, uno de los derechos más sobresalientes que integran la denominada libertad civil. Simboliza una de las principales expresiones de la intimidad de las personas, puesto que es en el domicilio donde ejercemos nuestro sagrado derecho a estar solo, donde quitamos las mascararas y somos esencialmente nosotros. El domicilio constituye el espacio sagrado donde ejercemos nuestra libertad más íntima. Esta es la circunstancia que crea esta unión indisoluble entre estos derechos y el perfil instrumental del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación al derecho a la intimidad, justamente porque nace de la relación intrínseca entre espacio y ejercicio de la libertad.

II.3.2. El secreto de las comunicaciones.

Según el artículo 18 apartado 3 de la CE: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad

²³⁰García Macho. *La inviolabilidad de domicilio*. Revista española de derecho administrativo, nº32, 1982, p. 857. Citado por GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos, Madrid: 1992, p.60.

individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.

En verdad, como ya hemos comentado, la protección constitucional expresa del secreto de las comunicaciones es mucho más antigua que el derecho a la intimidad en España. Su primera previsión fue en la Constitución de 1869 (art.7), en cuanto que la protección expresa al derecho a la intimidad, como ya resaltamos, surge solo en la Constitución de 1978. A pesar de esta constatación, de la primacía histórica del secreto de las comunicaciones en relación al derecho a la intimidad como derecho fundamental específico, hay doctrinas que defienden de diversas formas la relación entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, como veremos adelante.

El autor FERNANDEZ RODRIGUEZ²³¹, sistematiza las manifestaciones doctrinales en tres grupos: 1. El primero integrado por aquellos que entienden que hay una subordinación del derecho al secreto de las comunicaciones en relación a la intimidad; 2. El segundo grupo que admite una cierta vinculación entre los dos derechos, sin embargo reconoce la autonomía y la sustantividad del derecho al secreto de las comunicaciones; 3. El tercero y último grupo propone una absoluta desconexión entre los dos derechos.

Consonante el primero grupo, el derecho al secreto de las comunicaciones es como una especie del derecho a la intimidad que sería el género. El derecho al secreto de las comunicaciones sería una mera proyección o manifestación del derecho a la intimidad, asentándose esa teoría en una base teórica marcadamente individualista. Es una concepción americana sobre el derecho. De acuerdo con la Suprema Corte americana solo es aplicable ante una expectativa razonable de privacidad (*reasonable expectation of privacy*), para cuya definición el Tribunal utiliza parámetros sociales, siendo razonable todo aquello que la sociedad usualmente esté dispuesta a aceptar como tal, de forma que la tutela jurídica del derecho solo abarca situaciones que la sociedad ofrece un mínimo de protección. Además, como proyección del derecho a la intimidad, la Corte presume que si el individuo renuncia al derecho en una esfera específica y en relación a algunas

²³¹FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas ediciones, S.L., Madrid: 2004, p. 87.

personas, interpretase que tendría perdido la expectativa razonable de privacidad frente a todos²³².

El segundo grupo reconoce la existencia de una relación entre el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, pero mantiene la sustantividad y la autonomía propia de ambos los derechos. Este es el entendimiento mayoritario en el continente europeo. Aquí el punto de partida es el derecho a la intimidad, y en la secuencia son presentados derechos como derivaciones del mismo, a pesar de, como ya hemos comentado, los dos derechos conservaren su sustantividad y su autonomía propia. En este grupo podríamos mencionar la doctrina de PEREZ ROYO²³³, MONTAÑEZ PARDO²³⁴, RODRIGUEZ RUIZ²³⁵ entre otros. Esta también es la postura del Tribunal Constitucional²³⁶ en sus decisiones sobre el tema.

La doctrina de RODRIGUEZ RUIZ²³⁷ sintetiza con claridad la posición de este segundo grupo cuando asevera que: *“(...) estudiar el secreto de las comunicaciones como derecho autónomo de la intimidad, derecho concreto y bien definido que es también, con todo, parte integrante de aquélla, y que como tal está al servicio de la libertad que la intimidad tiene por objeto proporciona.”*

Por último, el tercer grupo mencionado por FERNANDEZ RODRIGUEZ²³⁸. Interpreta el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho desvinculado del derecho a la intimidad. El principal argumento de este grupo es que la comunicación por canal cerrado es protegida independientemente de que el contenido sea íntimo o no. Esa circunstancia da al derecho al secreto de las comunicaciones una dimensión formal, que se contrapone con la dimensión material del derecho a la intimidad.

²³² RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p. 37.

²³³ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²³⁴ MONTAÑEZ PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*. Aranzadi, Pamplona: 1999.

²³⁵ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998.

²³⁶ Aunque el TC reconozca la autonomía del derecho al secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad de domicilio demuestra la ligación entre estas nociones y el derecho a la intimidad, cuando conecta esta última con las ideas de retiro y secreto (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F.J. 2º y 110/1984, de 26 de noviembre, F.J. 3º).

²³⁷ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Op. Cit.*, p. 41.

²³⁸ FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas ediciones, S.L., Madrid: 2004, p. 89.

Compartimos el entendimiento del segundo grupo. El derecho al secreto de las comunicaciones, es un derecho cuya finalidad es inequívoca, - impedir la penetración de un tercero ajeno en un proceso comunicativo entre dos o más personas. Eso es porque el que el derecho protege es el secreto del contenido del proceso comunicativo, es decir, el secreto de 'toda' comunicación, sea cual sea su contenido, íntimo o no. El precepto constitucional parte de una presunción '*iuris et de iure*' de que el objeto de la comunicación es 'secreto' en un sentido sustancial, aunque sólo algunas sean íntimas.

Bajo esta óptica, queda muy clara la fuerte conexión entre estos dos derechos fundamentales. La intimidad es, sin duda, el telón de fondo del derecho al secreto de las comunicaciones, porque se proyecta al proceso comunicativo entre las personas, bajo la suposición de que se está revelando aspectos que el comunicante reserva para sí.

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones constituye, en verdad, una barrera de protección a la intimidad, sin embargo, al mismo tiempo, la protección del derecho de las comunicaciones tiene una entidad propia, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género. De esta forma, el derecho al secreto de las comunicaciones adquiere un significado propio, separado del derecho a la intimidad, configurándose pues, como un derecho autónomo.

El TC reconoce el derecho a la intimidad como un telón de fondo en el cual se destacan derechos más concretos que son objeto de derechos autónomos, como la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18. 2 y 3 CE). Esa vinculación, vale decir, no tiene una mera relevancia teórica, en la medida que se presenta consecuencias de cuño práctico²³⁹, considerando que la visión que el TC tiene del derecho a la intimidad proporciona criterios para interpretar el derecho al secreto de las comunicaciones.

²³⁹Como apunta Blanca Rodríguez Ruiz el hecho de que: *al secreto de las comunicaciones no impone a las partes en una comunicación un deber de reserva sobre el contenido de ésta. Tal deber, sin embargo, sí les viene impuesto por el derecho a la intimidad (...). La intimidad actúa así como derecho suplementario del derecho al secreto de las comunicaciones*". RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p. 25.

Parece inviable negar la existencia de una relación de proximidad entre estos derechos, puesto que aunque el derecho positivo aplicable reconozca la autonomía de los derechos, lo hace sin negar, en ningún momento, la conexión entre ellos²⁴⁰. Para toda esta evidencia no es necesario ir más allá de la lectura del propio texto constitucional, que insiere el derecho al secreto de las comunicaciones como uno de los apartados del mismo artículo donde trata del derecho a la intimidad. Así, es correcto afirmar que el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque sea un derecho autónomo, es un derecho instrumental del derecho a la intimidad.

En ese sentido, muy oportuna la elucidación de RODRIGUEZ RUIZ²⁴¹ cuando asegura que *“(...) se podría decir que la intimidad es el telón de fondo en el que se destacan ciertos sub-derechos. Ciertamente, y en cuanto que derechos autónomos, estos sub-derechos se definen e interpretan sobre la base de indicadores que les son propios, pero aun así nunca llegan a desvincularse del todo del telón de fondo del que proceden. El cual, para empezar, sigue proporcionando pautas de interpretaciones generales, comunes a todos ellos; y les sirve, además, de complemento, al ofrecer cobertura y protección a situaciones que no llegan a encajar dentro de las fronteras – más nítidas, más rígidas, más reducidas – de ningún sub-derecho concreto”*.

Así, es dable afirmar que el marco normativo en España se aproxima del segundo grupo que aboga la existencia de una relación próxima entre el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, tipo general que garantiza la libertad de actuación pública y que actúa como pilar hermenéutico.

Sin embargo, *“(...) el concepto de secreto en el art. 18.3 de la CE, tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”*²⁴². Es decir, la extensión objetiva de la tutela es independiente del contenido material incluido en el mensaje, es un derecho direccionado contra la intromisión de terceros en un proceso comunicativo, y este derecho mantiene su propia autonomía,

²⁴⁰En este sentido la CE, la Declaración Universal de derecho Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

²⁴¹RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Op. Cit.*, p.23.

²⁴²SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 34/1996, de 11 de marzo; y 127/1996, de 9 de julio, entre muchas otras.

garantizando, a través de la libertad de comunicación, protección a la intimidad, pero también varios otros derechos fundamentales como la libertad ideológica, la libertad política entre otros. En resumen, toda la comunicación tutelada por el art. 18.3 CE es, en principio, secreta, aunque sólo algunas son íntimas.

Hay puntos de intersección y exclusión entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Así podríamos decir que hay violación a la intimidad que no constituye violación al secreto de las comunicaciones y viceversa. El objetivo que persigue este derecho es impedir, a través de su garantía técnica, que aquellos ajenos al proceso comunicativo tengan acceso a él, poco importando el contenido²⁴³.

²⁴³Aún podríamos mencionar la diferencia entre estos derechos el hecho de que en el ámbito de la titularidad, las personas jurídicas, no siendo por su naturaleza titulares del derecho a la intimidad personal y familiar (art 18.1 CE), pueden ser titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. La demarcación de esta frontera entre estos derechos fue objeto de examen por el TC, en un hecho en que la Policía Nacional consultó la agenda de un móvil para obtener datos relevantes para una investigación. El TC inmediatamente rechazó la posibilidad de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pasando a analizar la medida adoptada, con base en el principio de la proporcionalidad, en relación a penas al derecho a la intimidad. En esta Sentencia (STC 115/2013, de 09 de mayo, F.J.3º), el Tribunal destacó: *“(…) este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones (telefónicas, telegráficas, postales o de cualquier otro tipo) requiere siempre de autorización judicial (a menos que medie el consentimiento previo del afectado), el art. 18.1 CE no prevé esa misma garantía respecto del derecho a la intimidad, de modo que se ha admitido la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, la policía realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC70/2002, de 3 de abril, F.J. 10; 123/2002, de 20 de mayo, F.J. 4; 56/2003, de 24 de marzo, F.J. 2º; 281/2006, de 9 de octubre, F.J. 4º; y 142/2012, de 2 de julio, F.J. 2º). Pues bien, y en atención a las alegaciones presentadas, nuestro análisis debe comenzar por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), toda vez que el recurrente sostiene que el acceso policial a la agenda del teléfono móvil cuyo uso se le atribuye se produjo una vez observadas las llamadas efectuadas y recibidas en el móvil intervenido, es decir, tras el acceso por los agentes de la policía, sin previa autorización judicial, a datos derivados de un proceso de comunicación. En este sentido, debemos recordar que este Tribunal ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, F.J. 4º; 230/2007, de 5 de noviembre, F.J. 2º; 142/2012, de 2 de julio, F.J. 3º y 241/2012, de 17 de diciembre, F.J. 4º) que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra tanto la interdicción de la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado no sólo por la interceptación en sentido estricto —aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación— sino también por el conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede suceder, sin ánimo de exhaustividad, en los casos de apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil. Igualmente se ha destacado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTC 123/2002, F.J. 6º; 56/2003, F.J. 3º; 230/2007, FJ 2; 142/2012, F.J. 3º; y 241/2012, F.J. 4º; así como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso*

PÉREZ ROYO²⁴⁴ define dicho derecho integrado por cuatro elementos: - por la finalidad que con el mismo se persigue; - por un elemento objetivo relativo al contenido constitucionalmente protegido; - por un elemento subjetivo relativo a la identidad del sujeto sobre el que pesa el deber de secreto, y por último, - por el de los requisitos exigibles a la resolución judicial limitadora del ejercicio del derecho. El autor explica estos elementos aseverando que la ‘finalidad’ es inequívoca. Se trata de impedir la penetración desde fuera en el proceso de comunicación entre dos o más personas, en total armonía con la jurisprudencia del TC, que afirma que “(...) sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma”²⁴⁵.

El ‘contenido constitucionalmente protegido’, está demarcado por el término ‘secreto’, es decir, toda comunicación está protegida por el secreto, independiente que sea una comunicación de carácter íntimo, confidencial o no. Todo y cualquier medio de comunicación está protegido por el secreto. Esa es la interpretación del TC en la referida STC 114/1984²⁴⁶. El precepto parte de

Copland c. Reino Unido, § 43). Pues bien, en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que en el proceso constitucional de amparo debe partirse de la acotación de hechos llevada a cabo por los órganos judiciales (STC 25/2011, de 14 de marzo, F.J. 5º), acerca de los que en ningún caso entrará a conocer este Tribunal [art. 44.1 b) LOTC], debe destacarse que, atendiendo estrictamente a los hechos declarados probados en las Sentencias impugnadas, resulta que los agentes de policía accedieron a la agenda de direcciones del teléfono móvil que encontraron encendido en el invernadero del que salieron huyendo varias personas tras ser sorprendidas por la irrupción policial, pudiendo comprobar los agentes que dicha agenda telefónica contenía un nombre registrado como “mamá”, correspondiente a un número de teléfono fijo de Cádiz perteneciente a la madre del recurrente en amparo. No estamos, por tanto, ante un supuesto de acceso policial a funciones de un teléfono móvil que pudiesen desvelar procesos comunicativos, lo que requeriría, para garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el consentimiento del afectado o la autorización judicial, conforme a la doctrina constitucional antes citada. El acceso policial al teléfono móvil del recurrente se limitó exclusivamente a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal —entendiendo por agenda el archivo del teléfono móvil en el que consta un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre—, por lo que debe concluirse que dichos datos “no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros” (STC 142/2012, F.J. 3º), de suerte que no cabe considerar que en el presente caso la actuación de los agentes de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de investigación supusiera una injerencia en el ámbito de protección del art. 18.3 CE (...).”

²⁴⁴PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., Op. Cit., pp. 305-307.

²⁴⁵STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.7º.

²⁴⁶“(…)el concepto de ‘secreto’ en el art. 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.7º.)”.

una presunción “(...) ‘*iuris et de iure*’ de que lo comunicado es ‘secreto’, en un sentido sustancial”²⁴⁷.

El tercero elemento resulta de que si lo que se protege es la comunicación frente a la penetración desde el exterior por un tercero (conexión de la finalidad), porque la comunicación es protegida por el secreto, la vulneración del derecho, sólo puede ser producida por ese tercero y no por quien es sujeto del proceso comunicativo.

En este sentido opina el TC “(...) *quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado*”²⁴⁸, subrayando que, con eso no se quiere decir que quien revela el contenido de una comunicación mantenida con una o más personas no pueda vulnerar un derecho fundamental, no vulnerará el derecho del artículo 18.3. CE, pero podrá estar vulnerando un derecho del artículo 18.1. CE.

En lo que atañe a la excepción delimitada en el artículo 18.3. CE, “(...) *se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”, el TC fijó dos exigencias centrales para la intervención de las comunicaciones a través de una resolución judicial ser legítima, - que la resolución judicial se haya adoptado con base en la ley; y - que la propia resolución judicial cumpla determinados requisitos.

En lo que toca a la ‘reserva de ley’ no es suficiente a penas la mera existencia de una norma con tal rango, sino con la de una norma que “(...) *expresen todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención*”²⁴⁹.

El TEDH condenó España²⁵⁰ (Caso Valenzuela)²⁵¹ en el año de 1998 por violación del artículo 8 de la CEDH con base en el contenido que la doctrina del

²⁴⁷STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.7º.

²⁴⁸STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 7º.

²⁴⁹STC 49/1999, de 5 de abril, F.J.4º.

²⁵⁰STEDH, de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras c. España.

También, STEDH Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984; STEDH, de 24 de abril de 1990, Kruslin y Huvig c. Francia; STEDH, de 25 de junio de 1998, Halford c. Reino Unido y STEDH, de 25 de marzo de 1997, Kopp c. Suiza.

TC dio al interpretar el artículo 18.3. CE en su inciso 'salvo resolución judicial'²⁵².

La intervención de las comunicaciones es reglamentada por Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579, anterior a la reforma que introdujo en él la LO 4/1988. Esta ley modificó el texto de dicho artículo para intentar adecuar la regulación de la intervención de las comunicaciones a las garantías que esta medida debe respetar conforme a lo que se deriva del art. 18.3. CE. Sin embargo, no ha sido suficiente.

El TEDH declaró en sentencia de 18 de febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo), que la actual redacción del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también incumple las garantías derivadas del CEDH. El TC, por su parte, declaró en la STC 184/2003, de 23 de octubre, que el texto de dicho artículo es inconstitucional, ya que resulta insuficiente a la luz de las exigencias del art. 18.3. CE, interpretado conforme al art. 8 del CEDH²⁵³.

No obstante, el TC opina que la resolución judicial que acuerde la intervención de las comunicaciones puede ser constitucionalmente legítima, pese a la inexistencia de una ley suficiente, si se adopta en el marco de la investigación de una infracción grave, para que de modo patente sea necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica, si se hubiesen

²⁵¹ Blanca Rodríguez Ruiz, subraya que las discrepancias entre las sentencias del TEDH y de los Tribunales españoles en el caso Valenzuela Contreras tienen raíces profundas que, apoyadas por la dicción literal de la Constitución y el CEDH, responden a nociones distintas de los derechos que cada uno de estos reconocen. La primera asume un planteamiento liberal tradicional de los derechos como naturales, subordinándolos dentro del marco de ciertos límites a los dictados del poder político; la segunda somete este planteamiento a revisión. Asevera que la incorporación de esta sentencia al derecho español, supone una alteración de la concepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales*. Revista de derecho constitucional, año 19, nº.56, mayo-agosto 1999, pp. 223-250. El caso Valenzuela c. España, el TEDH concreta las exigencias mínimas relativas al contenido 'calidad' de la ley en las siguientes: "(...) la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cinta, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad". Se trata pues, de una regulación legal 'para protección contra abusos' (STEDH Kruslin y Huvig c. Francia; y caso Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978; STC 49/1999, F.J.5º).

²⁵² RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales*. Revista española de derecho constitucional, Año 19, nº 56, mayo-agosto, 1999, pp.223-250.

²⁵³ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Op. Cit., p.307.

respetado además las exigencias derivadas del principio de la proporcionalidad²⁵⁴.

Circunstancias estas que deben ser justificadas por el juez en su motivación de la resolución que acuerde la intervención de las comunicaciones, de manera que aquél tiene que exteriorizar en su resolución las razones fácticas y jurídicas que apoyan la intervención, teniendo en cuenta que para que la resolución respete el derecho al secreto de las comunicaciones debe estar sustentada en la exigencia de datos fácticos o indicios reales, es decir, en algo más que meras sospechas²⁵⁵. Si el juez no motiva la resolución judicial adecuadamente, estará vulnerando el derecho reconocido en el artículo 18.3. CE²⁵⁶.

El TEDH acabó aceptando las resoluciones de intervención de las comunicaciones adoptadas por los jueces, consonante a la jurisprudencia establecida por el TS y el TC, donde entiende que la jurisprudencia sentada es suficiente para completar las carencias del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El derecho a la intimidad se proyecta a las comunicaciones en general de las personas, porque a través de ellas puede estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí, y no existe razón alguna que justifique la curiosidad de los demás²⁵⁷.

El TC manifestó en la STC 81/1998²⁵⁸ que, “(...) *la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho (...) resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales*”. La expresión ‘inviolabilidad’ de las comunicaciones, abarca dos contenidos, la ‘libertad’ y el ‘secreto’ de las comunicaciones, por más que la violación de esa inviolabilidad se refiera en la gran mayoría de los casos a la lesión del secreto. El secreto parece que tiene una conexión con la

²⁵⁴STC 49/1999, de 5 de abril, F.J. 5º.

²⁵⁵STC 184/2003, de 23 de octubre, F.J.11º.

²⁵⁶PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., Op. Cit., p.307.

²⁵⁷MORALES GODÓ, Juan. *Instituciones del derecho civil. El derecho a la intimidad y el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. (a propósito de las interceptaciones telefónicas)*. Editora Palestra. Lima: 2009, p.228.

²⁵⁸STC 81/1998, de 2 de abril, F.J.6º.

intimidad mucho mayor que el que presenta la libertad de las comunicaciones²⁵⁹.

Como se nota con claridad, el secreto de las comunicaciones está muy estrechamente conectado con el derecho a la intimidad. Similar a que existe con la inviolabilidad del domicilio. Eso porque la CE reconoce la importancia de la intimidad y adelanta 'barreras protectoras', confiriéndolas un carácter preventivo. No obstante, estas 'barreras' no tienen la intención de quitar la identidad del derecho al secreto de las comunicaciones, cuya autonomía en cuanto derecho fundamental, es admitida pacíficamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en carácter mayoritario en la doctrina especializada.

De esta suerte, lo mismo que sucedía con la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones es una presunción *iuris et de iure* de que lo transmitido en las comunicaciones protegidas es íntimo²⁶⁰.

Por fin, aunque delimitado en el artículo 18.3 CE los tipos de comunicaciones, no son *numerus clausus*²⁶¹. La interpretación del concepto de comunicaciones ha de ser amplia y flexible. Cabe entender comprendidos otros tipos de comunicaciones como el correo electrónico, chats, etc.²⁶²

II.3.3. La autodeterminación informativa.

La idea de secreto y de confidencialidad aparece estrechamente relacionada con la intimidad. Sin embargo, no en su elemento definidor, sino que aparece configurada en relación con el poder que tiene la persona de mantener sus convicciones, sus principios, sus creencias, ajenos a injerencias externas. Como una especie de derecho de exclusión, que la hace inaccesible a terceros sin consentimiento del titular.

²⁵⁹RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, p. 93.

²⁶⁰*Ibidem*

²⁶¹La dicción literal del precepto indica claramente que lo que se garantiza es el secreto de las comunicaciones y no solo de las específicamente mencionadas. Las referencias son puramente ejemplificativas. Así entendió claramente el debate constituyente. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. *Op. Cit.*, p.304.

²⁶²*Ibidem*

Por ello en nuestros días resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista frente a las invasiones indebidas en la esfera privada o aseguramiento del domicilio como espacio físico²⁶³ sin contemplarlo, al propio tiempo, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones referentes a uno mismo. En este sentido estaríamos hablando de la autodeterminación informativa. Otra de las garantías de la intimidad y que goza de protección específica en la CE.

La autodeterminación informativa del artículo 18.4 CE, es aquel derecho que tiene por objeto preservar la información individual frente a su utilización incontrolada. Ello vino a suponer la distinción de dos facetas de la intimidad, la llamada 'física' y la 'informativa', englobándose en esta última este nuevo derecho que implica cómo y en qué medida se puede comunicar a otros informaciones de uno mismo.

Las nuevas posibilidades del almacenamiento, tratamiento y manipulación masiva de datos a través de la informática, y la probabilidad casi ilimitada de difusión de estos datos a través de las redes que el desarrollo de las Tecnologías de Informaciones y Comunicaciones posibilitó, han generado una gran revolución en las posibilidades de uso y comercialización de las informaciones personales.

El grado actual de intercambio de estas informaciones, en una sociedad que depende de la información²⁶⁴ - sociedad de la información²⁶⁵, es muy notable, generando un grande riesgo para el derecho a la privacidad de los ciudadanos. En efecto, desde la perspectiva de la información, el derecho a la intimidad adquiere una nueva dimensión.

²⁶³STC 110/1984, de 26 de noviembre, F.J.3º.

²⁶⁴En ese sentido, Garrido Gómez asevera que, "(...) desde que el mundo es mundo, todo hombre, valorado aislada o socialmente, necesita información que le permita formarse una opinión sobre los numerosos acontecimientos y realidades, es un paso ineludible para lograr la comunicación gracias a una puesta en común de ideas, de impresiones y experiencias personales. Se ha convertido en un elemento imprescindible es, a fin de cuentas, consecuencia inmediata de la sociabilidad humana". GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Datos personales y protección de los ciudadanos*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 87, Madrid: 1997, p.73.

²⁶⁵La sociedad de la información consiste en: "(...) um modo de desenvolvimento social e econômico no qual a aquisição, armazenamento, processamento, valoração, transmissão, distribuição e disseminação da informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na atividade econômica, na geração de riqueza, na definição da qualidade devida dos cidadãos e de suas práticas culturais". Traducción libre del portugués. DIAS COELHO, José. *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*. Ed. Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa: 1997, p.7. Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa, 1997, p.7.

Es por esta reconocida realidad que todos los sistemas jurídicos que se inspiran en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad como principios básicos, reconocen hoy el derecho de los individuos a la 'autodeterminación informativa'²⁶⁶, o 'libertad informática'²⁶⁷, al control de los propios datos personales²⁶⁸, para evitar que puedan ser utilizados, a través de las TIC's, en perjuicio de aquellos a quienes concierne.

Analizando la autodeterminación informativa y su configuración como nuevo derecho, además de poder apreciar la influencia y trabajo aportado por el Tribunal Constitucional Alemán²⁶⁹, quien reconoció un nuevo derecho a la

²⁶⁶Ese 'derecho activo de control' sobre el flujo de informaciones que concierne al propio sujeto, parte de la doctrina denomina como el 'derecho a la protección de datos de carácter personal', sin embargo, autores como Murillo de la Cueva, optan por utilizar la expresión 'derecho a la autodeterminación informativa', porque parece, según referido autor, más expresiva, y consonante con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, manifestando un aspecto más característico de un derecho nuevo que ha ido cobrando cuerpo bajo distintas formas en los ordenamientos de los Estados Democráticos: el control que ofrece a las personas sobre el uso por terceros de información sobre ellas mismas. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid: 2009, p.11-12. Misma postura se encuentra en la doctrina de PÉREZ ROYO. Javier. *Curso de derecho constitucional. Op. Cit.*, pp.307-308.

²⁶⁷STC 254/1993, de 20 de julio, FF.JJ. 6º y 7º. El TC de España siguiendo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, tras reproducir el artículo 18.4 CE diría: "(...) nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de dar respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona "(...) En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la dignidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la libertad de la persona proveniente de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'". En consecuencia, "la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la persona. La llamada libertad informática es, así, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)".

²⁶⁸Debemos entender por datos personales: "Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". (art. 3, a), LO 15/1999).

²⁶⁹La sentencia se pronuncia a propósito del recurso de amparo interpuesto contra la Ley del Censo de Población aprobada el 4 de marzo de 1982 por el Bundestag. Los recurrentes consideraban que la citada Ley del censo lesionaba los derechos reconocidos en los artículos 1, 2, 5 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn, a saber: el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad humana, la libertad de expresión y las garantías procesales. El Tribunal dictó sentencia cautelar obligando a la suspensión provisional de la vigencia de la ley. En la breve exposición de las directrices de la sentencia, se dice que: "(...) en las condiciones de la elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitadas de sus datos personales queda englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2º, párrafo 1º, 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". Continúa diciendo la sentencia que: "(...) las limitaciones de este derecho a la 'autodeterminación informativa' sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho". DARANAS PELÁEZ, Manuel (Trad.). *Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo*. BJC, 1984. nº 33.

protección de datos y constituye un antecedente cuya mención aquí es obligatoria²⁷⁰, 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 .

Este derecho ha sido reconocido, bajo la denominación de derecho a la protección de datos de carácter personal, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por tanto incluido en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y se ocupan de garantizarlo el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cada uno en su respectiva competencia²⁷¹.

En España no hay un reconocimiento expreso²⁷² del derecho a la autodeterminación informativa²⁷³ en la Constitución de 1978, en realidad,

²⁷⁰Aunque según Denninger, 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. 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. p.271.

²⁷¹MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa*. IDP: revista de Internet, derecho y política, nº 5, 2007, p.19.

²⁷²Portugal reconoce de manera expresa un nuevo derecho a la protección de datos y lo separa del derecho a la vida privada. 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”*.

²⁷³El origen de este derecho se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, que utilizó por primera este concepto en la sentencia sobre la Ley del Censo de la población, en principios de la década de ochenta, reconociendo a cada individuo el derecho a saber lo que se sabe de él. *“Si alguien no puede predecir con suficiente seguridad qué información sobre él en ciertas áreas es conocida en su medio social y no puede saber a quiénes puede haber sido comunicada tal información, su libertad para planificar o decidir libremente su conducta sin verse sometido a presiones o influencias se ve inhibida de manera decisiva. El derecho a la autodeterminación informativa en relación con la información excluye un orden social y un ordenamiento legal que lo haga posible, en el cual los ciudadanos no sepan quién sabe qué, cuándo y con ocasión de qué respeto de él”*. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., Op. Cit., p.308.

tratamos de un derecho que se ha derivado de la creación judicial²⁷⁴. La CE anuncia la posibilidad de atender el asunto de la informática y su impacto en el campo de los derechos fundamentales y será a través de las interpretaciones del TC, que el nuevo derecho, poco a poco, se diferenciará del derecho a la intimidad²⁷⁵.

La verdad es que la CE constituye uno de los textos más modernos en el ámbito europeo dictados para la época²⁷⁶, 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. 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 (art. 18.4 CE).

Lo que el apartado 4 del artículo 18 de la CE contiene, es un mandato al legislador para que limite “(...) 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. No obstante 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 de las personas, porque se basan en la propia esencia o carácter esencial del ser humano²⁷⁷.

²⁷⁴PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., *Op. Cit.*, p.308.

²⁷⁵Sin embargo, el asunto ha sido objeto de largos debates por la determinación, si la protección de datos personales corresponde a un derecho fundamental autónomo, o por el contrario, una faceta del derecho a la intimidad, como se ha señalado.

²⁷⁶Otros ejemplos 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 se observa los países que lo han incorporado de manera directa a sus constituciones (Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina y Venezuela), otros la garantía la prevé la legislación en forma indirecta mediante el amparo constitucional (Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, y Honduras), y otros prevé una tutela indirecta del habeas data (Panamá, México, Uruguay y El Salvador). FROSINI, Tommaso Edoardo. *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*. Revista de Estudios Políticos 124. (Nueva Época), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2004, pp.134 -136.

²⁷⁷REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derechos de la personalidad y datos personales*. Revista de Derecho Político, N°44, 1998. pp.143 y ss.

Oportuno 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, las averiguaciones delictivas o la intimidad²⁷⁸. Sin embargo, existen aquí diversas vertientes, porque algunos autores opinan que dichos artículos forman parte del sistema constitucional de la libertad informática o de la autodeterminación informativa²⁷⁹. Mientras otros, opinan que no son los artículos 18.4 y 105 'b' preceptos constitucionales que se complementen. El que entendemos razonable porque el art. 105 CE no parece estar concebido para preservar algún derecho fundamental, sino que parece se tratar de un artículo que busca el control de la información, además de referirse únicamente a la Administración y su actuación²⁸⁰.

GUICHOT REINA²⁸¹ asevera con acierto que el desarrollo legislativo pertinente a la previsión constitucional del art. 18.4 fue tardío. Suficiente verificar que hasta la aprobación de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante LOTARD), no existía ningún texto legal que regulara con carácter

²⁷⁸DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de derecho informático*. Aranzadi, Pamplona: 1993, p. 55

²⁷⁹PÉREZ LUÑO, Antonio. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*. Edición a cargo de Losano, Mario; Pérez Luño, Antonio y Guerrero Mateus, María Fernanda. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1989. p. 159. Afirma el autor que la autodeterminación informativa o libertad informática halla su reconocimiento inmediato en ambos artículos.

Véase también, Pérez Luño, Antonio. *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, pp.62-63.

²⁸⁰Véase SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003, pp.127-130.

²⁸¹El desarrollo legislativo de este precepto fue ciertamente tardío. Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal - LOTARD, no existía ningún texto legal que regulara con carácter general la protección de datos personales, con la sola excepción de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El 24 de octubre de 1995 se aprobó, tras un largo *iter* legislativo, la Directiva 95/46/CE. De esta forma se hizo necesario adecuar la normativa española a dicha Directiva (a pesar de que la LOTARD había tenido en cuenta el proyecto inicial), y, en consecuencia, se procedió a su transposición (de nuevo con retraso, esta vez respecto al plazo de tres años a partir de su publicación), mediante la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que, respetando el grueso de la LOTARD, se limitó a adaptar el texto a las diferencias existentes con la Directiva y a introducir algunas otras modificaciones. GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad registral y derecho a la privacidad, una necesaria conciliación*. Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid: 2006, pp.95-101.

general la protección de datos personales, con la sola excepción de la disposición transitoria primera de la LODHI.

El 24 de octubre de 1995 se aprobó, tras un largo *iter* legislativo, la Directiva 95/46/CE. De esta forma se hizo necesario adecuar la normativa española a dicha Directiva (a pesar de que la LOTARD había tenido en cuenta el proyecto inicial) y, en consecuencia, se procedió a su transposición (de nuevo con retraso, esta vez respeto al plazo de tres años a partir de su publicación), mediante la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) que, respetando el grueso de la LOTARD, se limitó a adaptar el texto a las diferencias existentes con la Directiva y a introducir algunas otras modificaciones²⁸².

De acuerdo con lo previsto por esa legislación, desde 1994 la institución encargada de velar por su observancia es la Agencia Española de Protección de Datos.

En este contexto el TC ha considerado que la LOTARD y la LOPD son las leyes que dan cumplimiento al mandato del artículo 18.4 CE, conforme se vislumbra de la consagrada STC 292/2000²⁸³.

El derecho a la protección de datos ha ampliado su campo de aplicación frente el sentido inicial que pudiera habersele dado en su formulación constitucional, habida cuenta el tenor literal y la ubicación del artículo 18.4 CE. En efecto, se afirma tanto respeto al poder público como respeto a los particulares, pero también frente al tratamiento automatizado y frente al no automatizado, como también a cualquier género de datos que se asocien a una persona. Tenga que ver con su vida privada o con su actividad profesional, por ejemplo²⁸⁴.

En los ordenamientos jurídicos modernos está surgiendo una autentica cultura a la protección de datos²⁸⁵. Con una naturaleza de un autentico derecho

²⁸² GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad registral y derecho a la privacidad, una necesaria conciliación*. Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid: 2006, pp.95-101.

²⁸³ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

²⁸⁴ GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad registral y derecho a la privacidad, una necesaria conciliación*. Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid: 2006, pp.95-101.

²⁸⁵ Desde la versión originaria de 1976, la Constitución de la República Portuguesa consagra un derecho a la autodeterminación informativa. Portugal fue, de este modo, el primer país a establecer constitucionalmente un derecho fundamental a la protección de datos personales objeto de tratamiento

de la personalidad. Como un derecho al dominio y control de los ciudadanos sobre sus propios datos personales, de manera que puedan comprobar qué datos sobre ellos existen en los registros públicos y privados, rectificar los inexactos, cancelar los que no quieren que figuren en ellos y decidir a quiénes se puede transmitir esa información personal. Todo para evitar lesiones a los titulares de las informaciones²⁸⁶.

Todo este haz de facultades integra el derecho a la autodeterminación informativa, cuya doctrina le ubica en la tercera generación de derechos humanos²⁸⁷, en la cual se incluyen nuevos derechos que surgen como respuesta al incipiente avance social²⁸⁸.

Expone PÉREZ ROYO²⁸⁹, que en el apartado 4 del art. 18, el legislador intenta dar respuesta “(...) *al problema de que nosotros, ciudadanos, no controlamos la mayor parte de la información que existe sobre nosotros mismos. Dicha información está en manos de poderes públicos o de empresas privadas*”. Asevera el autor, que “(...) *perdemos el control de nuestra intimidad, con los movimientos de las cuentas bancarias, de las tarjetas de crédito, la declaración sobre la renta y patrimonio, el registro de llamadas telefónicas etc., toda esta información que indica mucho sobre nuestra vida privada no está bajo nuestro control*”.

automatizado. SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1647].

²⁸⁶MILLÁN SALAS, Francisco; PERALTA ORTEGA, Juan Carlos. *El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental*. Cuadernos de estudios empresariales, nº 5, 1995, p.205.

²⁸⁷Según Javier de Lucas, en lo que atañe al derecho a la autodeterminación informativa, es configurarlo como un derecho de tercera generación, fundamentado en la solidaridad, supone abandonar su concepción individualista derivada de su fuerte vinculación al derecho a la intimidad. DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. Fontamara, México: 1993, p.19; ya que como afirma Pérez Luño, “(...) *la intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir en un valor constitucional de la vida comunitaria*”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad, en Anales de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas*, año XLVIII, número 73, Madrid: 1996, p.319.

²⁸⁸Como expone Pérez Luño, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “*contaminación de las libertades*”. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones entre seres humanos y la de éstos a su vez con su entorno en el marco de su convivencia, e incidiendo estos cambios también en los derechos humanos que no quedan al margen de ello, viéndose afectados directamente. PÉREZ LUÑO, Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en Losano Mario. y otros: *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1990, p. 147.

²⁸⁹PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., Op. Cit., p.307.

Este es el punto que corrobora la importancia de que el ordenamiento jurídico asegure una respuesta al problema, porque desde la perspectiva de la informática, el derecho a la intimidad adquiere una nueva dimensión, pues "(...) resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista – estatus negativo – de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control – estatus positivo – sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto"²⁹⁰. El desarrollo de las nuevas tecnologías lleva a que el ámbito de la intimidad se amplíe hasta incluir el derecho de autocontrol de los datos personales.

El derecho a la autodeterminación informativa es un derecho fundamental reconocido a toda persona, independientemente de su condición de ciudadano.

El TC ha desarrollado una doctrina en la cual ha definido el contenido esencial de este derecho autónomo, en especial en la STC 292/2000²⁹¹, de forma más amplia que el derecho a la intimidad ya que se extiende a todos los datos, íntimos o no, que permitan la identificación de la persona y tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho. En particular, su contenido esencial consistirá en la necesidad de acordar y consentir las operaciones a las que los datos personales puedan someterse. Contenido esencial que no puede ser limitado so pena de hacer irreconocible el derecho.

La doctrina española se encuentra dividida acerca de su conceptualización como derecho autónomo fundado en el art. 18.4 CE, por contraposición con una noción clásica, defensiva y acotada en su objeto del derecho a la intimidad²⁹². Para una parte de la doctrina jurídica, no hay necesidad de creación de un nuevo derecho para la protección de la intimidad y, en especial,

²⁹⁰PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. [In: AA.VV. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. CEC, Madrid: 1989, p.158].

²⁹¹STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 5º "(...) un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo "un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática", lo que se ha dado en llamar "libertad informática" SSTC 254/1993, de 30 de julio, F.J. 6º; 143/1994, de 9 de mayo, F.J. 7º; 11/1998, de 13 de enero, F.J. 4º; 202/1999, de 8 de noviembre, F.J. 2º; 94/1998, de 4 de mayo, F.J. 6º, y lo configura como el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos.

²⁹²GUICHOT REINA, Emilio. *Derecho a la protección de datos y actividad administrativa*. Revista Vasca de Administración Pública, 2005, nº 71, p.94. Con una exposición de las distintas posiciones y autores que las siguen.

para la protección de los datos personales, ante el uso de las nuevas tecnologías, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo - la intimidad.

En ese sentido, se manifiesta REBOLLO DELGADO²⁹³. Para ese autor, no se puede pretender hacer de las novedades tecnológicas un nuevo sistema jurídico. En su entendimiento, la CE garante la protección de la intimidad independientemente del medio utilizado para vulnerarla. El hecho de que haya en el texto constitucional español previsión de una forma singularizada de lesionar el derecho a la intimidad - la informática, no justifica la creación de un nuevo derecho para protegerla. Sustenta dicho autor que el bien jurídico protegido frente a la utilización indebida de los medios informáticos y telemáticos sigue siendo, en última instancia, el mismo, la dignidad de la persona.

El autor GUICHOT REINA²⁹⁴ manifiesta que lo más coherente, considerando el artículo 18.4 CE y con el conjunto de la jurisprudencia “(...) sería sostener que el derecho a la intimidad comprende, dentro de su contenido (...) el nuevo contenido del derecho a la intimidad de la información personal, y no un ‘nuevo’ derecho a la protección de datos (...)”. Para el autor “(...) en una sociedad tecnificada y global como la actual, el derecho a la intimidad tiene que integrar facultades positivas y garantías institucionales que hagan efectivo el poder de cada persona de controlar la información sobre su persona, un poder de auto-determinación, que implica necesariamente ir más allá de una concepción defensiva o pasiva para integrar una faceta activa que permita dicho control”²⁹⁵.

Cumple destacar, desde ya, que la doctrina favorable al reconocimiento de un nuevo derecho específico para la protección de los datos personales frente al uso de las nuevas tecnologías, derecho ese independiente del clásico derecho a la intimidad, viene creciendo en número de seguidores, se tornando, en la actualidad, la doctrina jurídica mayoritaria en España. Y esa corriente doctrinaria va más allá. No solo reconoce la existencia de dicho derecho, como asevera se tratar de un derecho fundamental.

²⁹³REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson, Madrid: 2000, pp.89 y 90.

²⁹⁴GUICHOT REINA, Emilio. *Derecho a la protección de datos y actividad administrativa*. Op. Cit., p.96.

²⁹⁵*Ibidem*

Los argumentos que amparan esta corriente doctrinaria pueden ser resumidos en dos: 1) la insuficiencia de los instrumentos de tutela jurídica del clásico derecho a la intimidad para la protección de los individuos frente a los avances tecnológicos; y 2) la particularidad del bien jurídico protegido por la concepción clásica del derecho a la intimidad, que no correspondería con el bien jurídico protegido por ese nuevo derecho²⁹⁶.

MURILLO DE LA CUEVA²⁹⁷ asevera que los motivos que conducen al reconocimiento de un derecho a la protección de los datos personales frente al uso de las técnicas informáticas y telemáticas pueden ser compendiados en tres. En primer lugar, afirma el autor que los ámbitos materiales del clásico derecho a la intimidad y del nuevo derecho a la protección de datos personales son distintos. En segundo lugar, entiende que la concepción del derecho a la intimidad que predomina en España correspondería a una acepción pre-informática. Por fin, sustenta que la protección de datos personales está, cada vez más, consolidando como un sector especializado²⁹⁸ del ordenamiento jurídico.

²⁹⁶En ese sentido, asevera Herrán Ortiz que: “Quienes defienden la necesidad de reconocer un nuevo derecho fundamental recurren con frecuencia a tres argumentos que se convierten en piedra angular de sus consideraciones. Así, los debates parlamentarios en torno a la aprobación del art. 18.4º de la CE por un lado, la insuficiencia protectora de los mecanismos jurídicos propios del tradicional derecho a la intimidad por otro lado y finalmente, la naturaleza de los derechos y libertades amenazados se convierten en las razones fundamentales que conducen a la inevitable conclusión de admitir el nacimiento de un nuevo derecho fundamental vinculado al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información”. HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales*. Dykinson, Madrid: 2002, pp.77.

²⁹⁷MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*. Tecnos, Madrid: 1990, p.120.

²⁹⁸Con respeto a esa afirmación de que la protección de datos personales se configura como un sector específico del ordenamiento jurídico, es, hoy en día, fácilmente comprobable. Suficiente verificar el grande número de leyes de protección de datos personales existentes en los más variados países (como la *Data Protection Act* de 1998 en Inglaterra; la *Loi relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés* de 1978 en Francia, etc.); o los documentos internacionales, tales como el Convenio 108 del Consejo de Europa (Adoptado por el Parlamento Europeo en 28 de enero de 1981), específico sobre el tema, o también la existencia de órganos independientes como la Agencia de Protección de Datos en España, el considerable número de sentencias dictadas por los tribunales (concretamente en el ámbito del TC, y desde el año 1993, con la Sentencia 254/1993, de 20 de julio, el TC dictó varias Sentencias que trataban del tema de la intimidad y de la protección de datos frente al fenómeno informático. Entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de junio; 202/1999, de 8 de noviembre; 290/2000, de 30 de noviembre; 292/2000, de 30 de noviembre). Todo eso demuestra que la protección de datos personales ocupa un lugar de destaque en los ordenamientos jurídicos, pudiendo ser, por lo tanto, considerada un sector específico.

Ya la doctrina de SERRANO PÉREZ²⁹⁹, asevera que el artículo 18.4 no plantea la protección del derecho a la intimidad o necesariamente a ella. Afirma que las nuevas tecnologías abarcan algo mucho más extenso que la propia noción de intimidad.

Uno de los aspectos más importante en sus consideraciones es que el concepto de intimidad parte de la influencia de la *privacy*, del ordenamiento anglosajón, pero en el seno Español lo que existe es un catálogo de derechos fundamentales, un TC y no existe equiparación de la *privacy* con la intimidad. Por esa razón indica que “(...) *la conexión sería semejante a la que se establece entre todos los apartados del artículo 18. Todos comparten un núcleo o matriz común que sería la protección de la intimidad, vida privada o identidad. Pese a esto, mantienen sus sustantividad propia frente al derecho que con más amplitud destaca entre todos ellos, que es la intimidad, en el sentido de aportar características peculiares respecto de ésta*”³⁰⁰.

Sin embargo, el asunto se centra en que parte de la doctrina no termina por romper el nexo existente e incluso automático que se plantea entre intimidad-protección de datos, lo cual se produce ante la visión que parte de un concepto amplio de la intimidad y no en un concepto restringido, por lo que se iguala a la llamada “autodeterminación informativa”³⁰¹.

²⁹⁹SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003, pp.127-130.

³⁰⁰SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos*. Op. Cit., p.146.

³⁰¹De acuerdo a Rebollo Delgado, “(...) *la intimidad posee dos conceptos, uno objetivo que atiende principalmente a la esencia etimológica, que como afirma la Real Academia Española: es esa “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente a una familia”. Dicha concepción viene del desarrollo de la doctrina alemana basada en la teoría de las esferas, pero también dicho concepto ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional Español, al establecer que éste pertenece a ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, con el cual se permitirá la calidad mínima de vida. Por otro lado, se plantea el concepto subjetivo. Este concepto se identifica con la denominación “derecho a la autodeterminación informática”, basada en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del Censo de 1983. Según este concepto, las personas tienen el derecho a determinar lo que debe quedar reservado al conocimiento de los demás, es decir, esa facultad de excluir a los demás de ese ámbito personal o familiar. Bajo lo dicho, el primer concepto alude principalmente a protección, el derecho a defender mi esfera. En el segundo el enfoque va hacia el control, soy yo el que decide a quién, cómo y dónde otorgo la información. Pero se plantea un tercer concepto, que es la teoría del mosaico y que parte de la idea de protección ante las amenazas tecnológicas (formulada por Madrid Conesa), quien afirma que en el mundo de hoy los datos pueden crear perfiles de los individuos (aunque sean datos en principio irrelevantes y funcionan como un mosaico). Finalmente, afirma el autor que se trata de la visión de unificación de ambos conceptos, esto es, ver a la intimidad como “el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como controlar el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social”.* REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*. Dykinson, Madrid: 2004. pp.37.

Ahora bien, lo que sí se tiene claro es que producto de las impresiones o de su estrecha vinculación a la intimidad, todo ello ha permitido las diversas acepciones o teorías sobre la libertad informática o la autodeterminación informativa, incluso como un nuevo derecho y sobre él la creación de varios conceptos³⁰².

Sin embargo, se encuentran posiciones que indican que el artículo 18.4 lo que establece es una garantía o la anticipación que realizó el constituyente español hacia la visión de la informática y no pretende más que una alerta a lo que hoy se ha denominado la tecnología³⁰³.

Distingue SERRANO PÉREZ³⁰⁴, a modo de resumen, una serie de argumentos, a través de los cuales no es adecuado apreciar y comprender la relación entre intimidad y protección de datos de carácter personal, bajo su concepción amplia, por las siguientes razones: - Porque en España no existe un macro derecho a la intimidad o algo que se le parezca, sino que ella se vincula con otros derechos en la medida de compartir un núcleo común; - Porque al existir una concepción amplia de la intimidad, ello nos colocaría también en la existencia de pretender una protección amplia, pero de difícil cumplimiento; - Porque esa visión y relación nos va a colocar siempre en el ámbito de la intimidad, dejando de lado cualquier otro derecho afectado; - Porque el concepto amplio de la intimidad no está arraigado en el derecho español (doctrina y jurisprudencia).

Así que entendemos que la redacción del artículo 18.4 de la CE, no puede apreciarse y entenderse bajo la vinculación exclusiva y excluyente de que la informática sólo afectará a la intimidad, honor y demás derechos previstos en el artículo 18, porque sería un absurdo y la negación de otros derechos previstos por el constituyente español. En un segundo término, no se vincula exclusivamente el derecho a la protección de datos personales, sólo al derecho al honor o intimidad, sino que hoy en día se trata de un nuevo derecho fundamental, con un bien jurídico propio, aunque pueda en ciertas

³⁰²O el derecho a la intimidad informática a la que alude CONDE ORTÍZ, Concepción. *La protección de datos personales, un concepto autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Dykinson, 2005, p.26.

³⁰³MARTINEZ MARTINEZ, Ricard. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson, Madrid: 2004, p.347.

³⁰⁴SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003, pp.127-130.

circunstancia coincidir su violación con la violación del derecho a la intimidad, honor o propia imagen, bajo la misma visión de la integralidad e interdependencia de los derechos³⁰⁵.

La verdad es que en la actualidad, el uso cada vez más generalizado de la informática y el riesgo que supone para la vida privada cría un nuevo conflicto: Informática *versus* intimidad y esta es la perspectiva de la CE en su artículo 18.4. Como manifiesta GUICHOT REINA³⁰⁶, “(...) *garantizar la vida privada, hoy día, precisa del reconocimiento al individuo de un poder de control sobre todos sus datos personales, consistente en prohibiciones (de obtención, uso y comunicación sin consentimiento) y derechos o facultades (de información, acceso rectificación y cancelación)*”.

En otras palabras, la persona tiene derecho a que no se divulguen sus datos personales sin su consentimiento, a no ver expuestos a la curiosidad pública los datos de su vida privada o mismo la comercialización de ellos. Pero además, tiene derecho a no sufrir un tratamiento abusivo de sus datos personales por los terceros, derecho que en sí mismo representa un interés reconducible a su esfera privada no exactamente igual que el derecho a su intimidad, aunque su función sea idéntica: la tutela primaria de la persona.

El TC entiende, en la mayoría de sus decisiones, que el derecho fundamental a la autodeterminación informativa se diferencia del derecho a la intimidad en su función y, por tanto, en su objeto y contenido. Así, como ya hemos subrayado, la función del derecho a la intimidad es proteger a la persona de cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de su vida personal y familiar y que desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad³⁰⁷.

En cambio, el derecho fundamental a la autodeterminación informativa persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos

³⁰⁵ A pesar de esta visión autores como Martínez indican que: “El artículo 18.4 de la Constitución Española no es otra cosa que la anticipación por el constituyente español de una nueva sociedad que entonces sólo se oteaba en el horizonte –y mucho más en aquel país que éramos-, y no pretendió ser más que una alerta, que un faro que debía guiar la futura labor del legislador en todo lo que afectase a lo que después se ha dado en llamar tecnologías de la información y las comunicaciones y entonces simplemente ‘la informática’”. MARTINEZ MARTINEZ, Ricard. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson, Madrid: 2004, p.347.

³⁰⁶ GUICHOT REINA, Emilio. *Derecho a la protección de datos y actividad administrativa*. Revista Vasca de Administración Pública, 2005, nº 71, p.154.

³⁰⁷ STC 144/1999, de 22 de julio, F.J.8º.

personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y sus derechos.

Por tanto, el objeto del derecho fundamental a la autodeterminación es más amplio que el del derecho a la intimidad. Además, no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona sino cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sea o no fundamentales, porque su objeto no es solo la libertad individual, sino los datos de carácter personal³⁰⁸. Los datos amparados son, consonante STC 292/2000 *"(...) 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"*³⁰⁹.

En la misma sentencia, el TC deja manifiesta la autonomía entre estos derechos cuando alude que el *"(...)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"*³¹⁰.

La jurisprudencia del TEDH a partir del derecho a la vida privada reconocido por el artículo 8 de la Convención, dotó de autonomía a la protección de datos de carácter personal³¹¹.

La relación entre los datos, la informática y su protección, enaltece SERRANO PÉREZ³¹², parece próxima a la salvaguarda de la intimidad. Asevera que esa conexión se encuentra muy unida a la evolución de la *privacy* anglosajona, figura que ha ido englobando contenidos fundamentales que van

³⁰⁸SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria Editorial, Barcelona: 2003, pp.33-36.

³⁰⁹STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.6º.

³¹⁰STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.6º.

³¹¹SSTEDH - casos Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000 y Rotaru c. Rumania, de 4 de mayo de 2000.

³¹²SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003, p.249

desde la dignidad de la persona hasta la protección de los datos, incluyendo un conjunto variado de situaciones jurídicas caracterizadas por representar espacios de reserva de la persona³¹³.

Sin embargo, como ya subrayamos, en el ordenamiento español no existe una categoría jurídica de dimensiones semejantes a la *privacy*, esto es, tan impreciso y general que permita la inclusión de contenidos varios. El art. 18 de la CE recoge la protección de la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad de domicilio, y el secreto de la correspondencia, todos ellos como derechos tendentes a proteger el núcleo más íntimo de la persona, pero reconocidos también con sustantividad propia frente a la intimidad.

Además, entendemos que concebir la autodeterminación informativa como un aspecto de la intimidad podría dificultar su relación con otros derechos fundamentales que ven también peligrar su ejercicio ante la amenaza de la informática, de manera que su protección se llevaría a cabo siempre de manera indirecta, esto es, en las palabras de LOSANO³¹⁴, “(...) *siempre por el camino de la intimidad*”, el que no nos parece coherente. Sería comprensible el recurso a la ampliación del concepto de intimidad ante una carencia de otra solución constitucional, hecho que no ocurre en la CE, considerando la redacción del art. 18.4 que resuelve la relación entre la protección de datos y la informática con un claro contenido esencial propio y distinto de la intimidad, con el que guarda relación pero al que supera y amplía.

Así defendemos que estamos, sin duda, delante de un derecho emergente, con contenido propio, el cual vino a ampliar la protección de la intimidad de las personas, juntamente con otros derechos fundamentales, como la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones anteriormente vistos, pero no constituir dicho derecho.

El derecho a la autodeterminación informativa tiene hoy, más que nunca, un papel fundamental. Los avances tecnológicos que, sin duda traen

³¹³El *right to privacy* incluye la tutela del domicilio, y en general la esfera personal, la propiedad privada, la facultad de guardar silencio sobre opiniones, actividades, afiliaciones políticas, propias o de otros, así como el derecho de las asociaciones a no comunicar el elenco de sus miembros, el derecho absoluto de la mujer a interrumpir el embarazo dentro de los tres primeros meses, el derecho a la práctica de la sodomía entre adultos, etc. SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003, p.262 – nota 14.

³¹⁴LOSANO, Mario; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; GUERRERO MATEUS, María Fernanda. *Libertad informática y leyes de protección de datos*. Cuadernos y Debates, CEC, Madrid: 1989, p.160.

innegables beneficios para la sociedad en general, de la misma manera que al cotidiano de las personas, potencian el uso de mecanismos de intrusión en la vida privada. Caminamos, todos los días, para una sociedad transparente, en la cual, a cada paso, el individuo va comprometiendo su 'espacio de soledad'.

III. Los sujetos titulares del derecho a la intimidad.

Según el artículo 18.1 CE - “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”,

El derecho a la intimidad como hemos visto es un derecho de la personalidad y en consecuencia, tiene una estrecha vinculación con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Eso conlleva a un reconocimiento de que este derecho pertenece a ‘toda persona’ por el mero hecho de serlo.

Este derecho se vincula a la esfera más reservada de las personas, al ámbito que éstas preservan de las miradas ajenas, aquél que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada³¹⁵. De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público³¹⁶. Si así es, no cabe duda, *prima facie*, que toda persona puede reaccionar frente a una actitud que produzca una modificación en su ámbito protegido.

Partiendo de estas premisas, conviene hacer algunas puntualizaciones. Por una parte, la extensión del derecho se ve condicionada por el carácter de la persona o el aspecto concreto de su vida que se ve afectado, de acuerdo también con las circunstancias particulares del caso. Por otra, el TC ha interpretado en alguna ocasión que el alcance de la intimidad viene marcado por el propio afectado³¹⁷, no obstante esta afirmación habrá que ponerla en relación con lo anterior pues, de lo contrario, el alcance del derecho pondría en riesgo, por ejemplo, la libertad de información, como veremos ahora.

³¹⁵STC 151/1997, de 29 de septiembre.

³¹⁶STC 134/1999, de 15 de julio.

³¹⁷SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 83/2002, de 22 de abril y 196/2004, de 15 de noviembre.

III.1. Personajes públicos o famosos.

Son titulares del derecho a la intimidad todas las personas naturales (físicas). Eso es porque, como ya hemos expuesto, la regulación acude a calificar este derecho como fundamental y de la personalidad. Así pues, es un derecho que tiene un carácter individual, innato. Lo que se protege es precisamente la autonomía privada del individuo frente a todos, es decir, frente a particulares y Estado.

Junto a la declaración expresa del derecho a la intimidad contenida en el artículo 18.1 CE, el texto constitucional contiene otra mención explícita a este derecho en el artículo 20.4 CE, destacando su carácter de límite de las libertades reconocidas en ese precepto, que son la libertad de expresión³¹⁸: de producción y creación literaria, artística, científica y técnica³¹⁹; de cátedra³²⁰; y de información³²¹. En concreto: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”* (art.20.4 CE).

El desarrollo de los medios de comunicación tradicionales o a través de las vías que nos ofrece las nuevas tecnologías de la información favorece la multiplicación de los atentados al derecho a la intimidad. Tanto por la divulgación, como muchas veces, por hechos de interés particular de una persona, como por la insinuación o comentario vil sobre la vida privada de alguien, o por la simple hipótesis de perturbación de la paz³²², que también es posible. Todos estos hechos demuestran la compleja relación entre las libertades comunicativas y los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1 CE. Circunstancia que es puesta de relieve por muchos autores en la doctrina actual.

Considerando este contexto, urge distinguir concretamente la persona física privada de la persona física pública como sujetos titulares al derecho a la

³¹⁸ Artículo 20.1.a CE

³¹⁹ Artículo 20.1.b CE

³²⁰ Artículo 20.1.c CE

³²¹ Artículo 20.1.d CE.

³²² SEVERO, Sergio. *Os danos extrapatrimoniais*. Saraiva, São Paulo: 1996, p.133.

intimidad aunque esta diferencia no sea acogida por la CE, ni tampoco de forma expresa por la LODHI. La única referencia legislativa que se puede mencionar a esta distinción es tangencial y la encontramos en el artículo 8.2 de LODHI. Su referencia lo es al derecho a la propia imagen, y de forma concreta establece que se excepciona la prestación del consentimiento para “(...) *la captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*”.

La verdad es que la diferencia entre persona pública y privada es igual en los tres derechos reconocidos en el art. 18.1 CE. La persona privada se diferencia de la pública en el terreno de la intimidad porque el contenido del derecho en la primera, es más amplio, que en el caso de la segunda.

Cumple aclarar inicialmente que la expresión aquí utilizada ‘personajes públicos’, comprende las personas con cargos públicos, en cuanto que la expresión ‘famosos’, comprende todas las personas con una profesión de notoriedad o con alguna forma de proyección pública. Figuras estas reconocidamente distintas como veremos en adelante.

Respeto a la noción del concepto de personajes públicos, el TC afirmó expresamente en la STC 192/1999³²³ que son todos aquellos que “(...) *tienen atribuida la administración del poder público*”, como los parlamentarios³²⁴, jueces³²⁵, magistrados³²⁶ y funcionarios públicos³²⁷, entre otros.

La noción de cargo público incardina la profesión del sujeto en el ámbito de la cosa pública. Se pone el acento en la responsabilidad que éste asume al desempeñar unas funciones llamadas a repercutir directamente en la colectividad. Y es justamente esta la circunstancia, - la relevancia pública -, que legitima la limitación impuesta al derecho a la intimidad de quien ocupa un

³²³STC 192/1999, de 15 de julio, F.J.7º.

³²⁴STC105/1990, de 6 de junio, F.J.7º.

³²⁵STC 46/1988, de 21 de marzo, F.J.4º.

³²⁶En tanto que “(...) *titulares de un poder del Estado*”, conforme STC 132/1995, de 11 de septiembre, F.J.5º.

³²⁷STC 54/2004, de 15 de abril, F.J. 4º: “(...) *en la categoría ‘personajes públicos’ deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública*”. Citado por GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.86.

cargo público. Incluso con independencia del grado de popularidad que la persona tenga³²⁸.

Así, cuando nos referimos a una persona común y a una persona pública, es comúnmente aceptado que el ámbito de la intimidad es distinto, pues el personaje público tiene su vida más expuesta al control ajeno en razón del cargo que ocupa, por consiguiente tienen la esfera de la intimidad más reducida y una consecuente reducción en su protección jurídica.

Eso porque la figura pública está sometida al examen de la opinión pública, como mencionado en la STC 148/2001 donde se extrae este pasaje: *“(...) los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. ‘El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular’”*³²⁹.

Así pues, la intimidad de las personas públicas tiene una delimitación diferenciada. Cederá espacio su intimidad siempre y cuando tenga pertinencia entre el hecho ocurrido en el ámbito de la intimidad de la persona pública y la condición que la misma ostenta en la sociedad, de modo a afectar de alguna manera el interés público. Por otro lado, asuntos privados, enfatizando, - sin repercusión funcional, son excluidos del ámbito de la publicidad, como, por ejemplo, los dramas familiares y la orientación sexual de un político³³⁰. En este contexto, podríamos afirmar que es justificable la divulgación de la vida irregular y aventurera de un político que discursa como su ideario el moralismo de las costumbres.

³²⁸CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor: 2011, p.255.

³²⁹STC 148/2001 de 27 de junio, F.J.6º.

³³⁰LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito a intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Edit. Del Rey, Belo Horizonte: 1998, p.150.

La libertad de información y expresión³³¹ constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática³³² porque son libertades cuyo ejercicio legítimo forma la opinión pública. Por esa razón, los personajes públicos tienen su esfera de intimidad más reducida pues es a través de esta libertad que el pueblo fiscaliza y censura sus actividades y conductas, incluso en el ámbito de su vida particular³³³.

Esta fiscalización que se hace es, en gran parte, por medio de la prensa, ante la relevante utilidad pública de la misma, como declaró el TC, “(...) es una consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático”³³⁴. Esta intromisión en el derecho a la intimidad del personaje público estará al servicio de la libertad de información, protegida por el artículo 20.1.d) CE, y consonante doctrina del TEDH, sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “(...) *duelan, choquen o inquieten*”³³⁵.

La expresión ‘cargo público’ viene entendiéndose en su más amplio sentido³³⁶, englobando, como ya comentado, a los funcionarios³³⁷ y empleados públicos de todo tipo³³⁸. Desvinculase del grado de notoriedad que estas

³³¹ Conforme doctrina de Bonilla Sánchez, “La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información y comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. No obstante en la práctica es difícil separarlas. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario diferenciarlos y sólo cuando sea imposible hacerlo, habrá de atenderse al elemento preponderante para calificar la conducta como comprendida en una u otra (...) La libertad de información incluye la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo (...)”. Resalta el autor que, “Todo derecho, por muy importante que sea, no deviene en absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen”. BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *El desamparo del derecho fundamental al honor de la ‘gente corriente’ tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2007*. [In: AA.VV *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, pp.204-207].

³³² STEDH, de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragón c. España

³³³ STEDH, de 23 de abril de 1992, Castells c. España.

³³⁴ STC 76/1995, de 22 de mayo, F.J.6º.

³³⁵ STEDH, de 8 de julio de 1986, Lingens c. Austria.

³³⁶ CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor: 2011, p.257.

³³⁷ STC 54/2004, de 15 de abril, F.J.4º.

³³⁸ Coincidiendo con el significado de la palabra ‘cargo’ atribuida por la Real Academia Española, *Voz cargo*, 22ª ed., Madrid: 2001, Tomo I, p.454.

personas tengan, alcanzando, incluso, individuos absolutamente desconocidos³³⁹.

La doctrina de REBOLLO DELGADO³⁴⁰ alude que el sujeto público tiene restringido su ámbito de vida privada con base en tres causas: 1. Como consecuencia negativa o positiva, implícita en el concepto de personaje público o con relevancia social; 2. Por la voluntariedad de salir del anonimato (en la mayoría de las veces); 3. Y por la pretensión legítima del ciudadano de conocer ámbitos de las actuaciones de la persona que tiene esa relevancia social o en su caso política; sin embargo, aunque sea una opción por 'lo público', advierte dicho autor que "*(...) la reducción del ámbito de lo privado de la persona pública, no tiene una configuración ilimitada. De esta forma la línea divisoria se encuentra en que las renunciadas a la vida privada han de estar directamente relacionadas con la actividad o el cargo que le da relevancia social, pero no puede ir más allá*".

De la misma forma, el político que tiene como meta realizar cierta actividad pública relacionada con el bien común, o con los valores democráticos, o simplemente por la búsqueda del progreso de su país o del suyo propio, elige ser un personaje público por su propia voluntad. No obstante, eso no implica de ninguna manera la renuncia total a su intimidad, solo supone, en cierta medida, la aceptación de una esfera más restringida³⁴¹.

La relevancia de una información, el interés público en tener acceso a tal información, es que legitima la invasión a la intimidad de estas personas. El interés público cede ante el derecho de toda persona a una protección efectiva en el ámbito estricto de su vida privada ante el acoso y persecución que soportan en razón a su notoriedad, en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad³⁴², como asevera el TC en la STC 115/2000, "*(...) una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente*

³³⁹CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*. Op. Cit., p.257.

³⁴⁰REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Ed. Dykinson, S.L. Iusfinder, Madrid, 2000, p.136.

³⁴¹Se extrae de la STC 107/1988, de 8 de junio, que las personas públicas tienen más debilitado su protección al honor que las personas privadas "*(...) y están obligadas a soportar que sus derechos subjetivos de la personalidad, resulten afectados, por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*" (F.J.2º). En el mismo sentido se pronuncia la STC 197/1991, aunque ambas decisiones están referidas al derecho al honor, la misma justificación se hace en relación a la intimidad.

³⁴²STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.7º.

*reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad*³⁴³.

La STC 176/2013, recuerda igualmente que “(...) *no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto al elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea*”. Añade que “(...) *la notoriedad pública no priva al sujeto del derecho a mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida (...), sin que su conducta en su actividad pública elimine el derecho a la intimidad de su vida personal, si por propia voluntad decide mantenerla alejada del conocimiento general, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva*”³⁴⁴.

Con referencia a las personas con notoriedad o proyección pública, CASTILLA BAREA³⁴⁵ adopta una visión restrictiva del concepto, manifestando que esta condición, distinta de la categoría ‘cargo público – personaje público’, es pertinente a la calidad de la persona que la ejerce, como los futbolistas, periodistas o actor que alcanzan la popularidad. Enfatiza además que la ‘notoriedad o proyección pública’ son independientes de la profesión que se ejerza, pues se trata de un *plus* que solo unos pocos consiguen. Es decir, suponen de por sí el elemento fundamental del precepto, en cuanto que en la categoría cargo público, la notoriedad y la proyección pública son adjetivos que acompañan al sustantivo ‘cargo’.

Se incluyen en esta categoría aquellas personas que por la posición profesional que ostentan participan de algún modo en los asuntos públicos

³⁴³STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J.9º; STS 332/2010, de 24 de mayo, citada en la STS 454, de 10 de febrero, Sala de lo Civil.

³⁴⁴STC 176/2013, de 21 octubre, F.J.7º.

³⁴⁵CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor: 2011, pp.253-291.

(banqueros, empresarios) y aquellas otras cuya única notoriedad radica en que, por su profesión, se exponen ante el público (actores, cantantes, etc.).

Quienes optan por ejercer una profesión de proyección pública aceptan voluntariamente la reducción de la zona de reserva en todo lo relativo y vinculado a su actividad profesional, si bien, conforme la STC 115/2000 “(...) *más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad*”³⁴⁶.

En esta categoría solo se exigirá para soportar injerencias en el derecho a la intimidad cuando la persona no ostente cargo público, es decir, no sea un personaje público. Así, resulta cristalina la distinción e independencia de los conceptos personaje público y personaje con notoriedad/proyección pública.

El TC manifiesta una interpretación amplia de la notoriedad, destacando que “(...) *los denominados personajes que poseen notoriedad pública, esto es, aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos (SSTC 134/1999, de 15 de julio, F.J.7º; 192/1999, de 25 de octubre, F.J. 7º; 112/2000, de 5 de mayo, F.J.8º; 49/2001, de 26 de febrero, F.J. 7º; STEDH caso Tammen, del 6 de febrero de 2001)*”³⁴⁷. Como se infiere es una posición que incluye en el precepto categorías tan variadas como personas que resultan conocidas por la colectividad debido a su profesión, como aquellos que lo son porque comercian su vida privada³⁴⁸.

El TS corrobora esta visión amplia de la notoriedad, afirmando que la proyección pública de una persona se “(...) *reconoce en general por razones*

³⁴⁶STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J.9º.

³⁴⁷STC 99/2002, de 6 de mayo, F.J.7º.

³⁴⁸STC 134/1999, de 15 de julio.

*diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social*³⁴⁹.

Sin embargo, la terminología ‘notoriedad’, no abarca exclusivamente personalidades que alcanzaron notoriedad en los términos expuestos, cualquier ciudadano – persona física privada - puede ver limitada su vida privada por alcanzar relevancia pública en cualquier asunto en que se vea involucrado.

Un ejemplo manifiesto es la casuística objeto de la STC 171/1990³⁵⁰, que eleva a trascendencia pública y de relevancia social un accidente aéreo, por entender que “(...) *la competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público, de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público que traspasan los límites de la esfera privada*”. O cuando “(...) *las personas comunes son atrapadas, de una manera u otra, en el círculo del noticiario, los periodistas tienen tendencia a tratar como personalidades públicas. Parece no importar si esas personas se lanzan ellas mismas en el noticiario (...) o se caen en el noticiario sin cualquier interferencia de su parte (como en los casos de víctimas de un accidente público)*³⁵¹.

Ahora bien, es importante subrayar más una vez que, aunque haya una reducción de la esfera de protección de la intimidad de esas personas, la invasión solo se justifica en la exacta medida de la relación con los hechos que las tornaron notorias. No hay que se hablar en equiparación con las personas que son públicas por su propia condición. De esa forma, los hechos que no sean conexos al evento específico que les confirió notoriedad no pueden ser expuestos, a no ser que, para eso, haya expreso consentimiento³⁵². El TC ya opinó innúmeras veces en este sentido³⁵³.

El crimen³⁵⁴, es otro ejemplo de circunstancia que por su propia naturaleza, escapa de la esfera estrictamente personal del individuo, asumiendo el hecho delictuoso un perfil de interés público, una vez que

³⁴⁹STS de 17 de diciembre de 1997, Sala de lo Civil, entre otras.

³⁵⁰STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J.7º. Caso del Comandante Patiño.

³⁵¹STC 172/1990, de 12 de noviembre, F.J.4º.

³⁵²GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: 2001, Atlas, p.86.

³⁵³Sobre todo en el famoso Caso del Comandante Patiño, STC 171/1990, de 12 de noviembre.

³⁵⁴En la STEDH de 4 de diciembre de 2008, S. y Marper c. Reino Unido, § 100 - el TEDH ha considerado legítima la práctica de análisis del ADN cuando está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido.

representa la transgresión a una norma de conducta social, revelando, de esa forma, como un acontecimiento que interesa a la colectividad³⁵⁵.

Sin embargo, en la confrontación de la libertad de información³⁵⁶ (art. 20.1.d CE) con el derecho a la intimidad de estas personas el TC sustenta repetidamente que “(...) *aquella goza, en general, de una posición preferente*» y que «*para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere, o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa afirmación*», de manera que el valor preferente de la libertad de información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente pueda legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejercitan de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución concede su posición preferente (STC 171/1990, fundamento jurídico 5.º)”³⁵⁷. Por un lado, esta exigencia de que la información sea de interés general viene impuesta por la propia posición del derecho a la información en el sistema político, y por el reconocimiento del derecho a la intimidad, por otro.

³⁵⁵Sin embargo, el derecho a divulgar informaciones referentes a hechos criminosos no es irrestricto, principalmente cuando el hecho es asociado a una persona, sea ella la víctima o el malhechor. El condenado tiene el derecho al olvido, que se presenta conexo al derecho a resocialización del penado. Transcurrido cierto tiempo, y agotada las exigencias de información al público, no se habla más en libre divulgación de los hechos aún que sean públicos – como el crimen. En este sentido decidió el Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia BVerfBE 35, 202 – Caso Lüth “*La protección constitucional de la personalidad no admite, sin embargo, que la televisión, más allá de informar sobre cuestiones de actualidad, se ocupe por ejemplo, en forma de documentales sin límite de tiempo, de la persona y la vida privada del autor de un crimen. Un informe posterior es en todo caso inadmisibile, si éste es susceptible de causar, frente a la información actual, un perjuicio nuevo o adicional al autor del hecho. Especialmente cuando pone en peligro su reinserción en la sociedad (resocialización). Se supone la puesta en peligro de la resocialización cuando se hace un programa sobre un crimen, identificando al autor del hecho, luego de que éste ha sido puesto en libertad o está pronto a serlo*”.

³⁵⁶La libertad de información incluye la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *El desamparo del derecho fundamental al honor de la ‘gente corriente’ tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2007*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, p.206].

³⁵⁷STC 197/1991, de 17 de octubre, F.J.2º.

Pues bien, si la función del derecho a la información es la de ser instrumento para la formación de la opinión pública, es evidente que la información cuya transmisión dicho derecho debe proteger, tiene que ser la información relevante para la formación de dicha opinión. La irrelevante, por ende, no hace parte de este proceso formativo³⁵⁸.

Así tenemos que comprender en qué consiste la relevancia pública. La doctrina de PÉREZ ROYO³⁵⁹ nos enseña que “(...) *la relevancia pública es sinónimo de hecho ‘noticiable o noticioso’, es decir, de todo hecho cuyo conocimiento puede tener interés para los ciudadanos, bien por las personas o las instituciones que intervienen en el mismo, bien porque objetivamente el asunto tiene trascendencia social, aunque sea meramente coyuntural*”. No se trata, por ende, de mera curiosidad ajena³⁶⁰.

Para el TC, concurre un interés público “(...) *constitucionalmente prevalente, digno de protección, cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad*”³⁶¹. Para el Tribunal, lo ‘relevante para la comunidad’ no es todo aquello que despierte interés social sino solo aquello que tenga un valor específico – específicamente democrático, es decir, en el ámbito de lo público³⁶².

Advierte VÁZQUEZ ALONSO³⁶³ que desde la entrada en vigor de la reforma producida por la LO 6/2007³⁶⁴, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a algunas zonas de obscuridad en su jurisprudencia en relación al tema, alcance y la general eficacia de los derechos del artículo 20.

³⁵⁸ Así opinó en muchas ocasiones el TC, entre ellas, mencionamos la STC 165/1987, de 27 de octubre, F.J.10º, “*La libertad de información es un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general*”.

³⁵⁹ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., Op. Cit., p.330.

³⁶⁰ STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.8º.

³⁶¹ STC 190/2013, de 18 de noviembre, F.J.6º.

³⁶² VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, pp.392].

³⁶³ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. Op. Cit., pp.391 y 392].

³⁶⁴ LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Dicho autor hace hincapié del distanciamiento del Tribunal Supremo con relación al concepto de ‘relevancia pública’ esbozado por el Tribunal Constitucional como presupuesto de la libertad de información. En concreto, la combinación de la teoría de la prevalencia de la libertad de información, con un concepto de relevancia pública no estrictamente vinculado al principio democrático sino a la idea de “interés social” había reducido considerablemente el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida, sobre todo para aquellas personas que, de una forma, disfrutasen de una cierta notoriedad pública. Añade el autor que, desde la entrada en vigor del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo, el TC ha censurado hasta en tres ocasiones este incumplimiento reiterado de la doctrina constitucional³⁶⁵.

³⁶⁵La primera, en la STC190/2013, de 18 de noviembre, F.J. 6º, donde el TC además de acotar el concepto de ‘relevante para la comunidad’ el Tribunal presenta consideraciones aclaratorias y hasta mismo novedosas con respeto a su doctrina anterior. La información litigiosa que daba lugar al recurso, versaba sobre la filiación de una persona con cierta notoriedad social, cuya difusión había sido amparado por el TS (STS 3295/2010, de 30 de junio), tomando en consideración tanto la propia notoriedad de la persona, como el carácter especulativo de la información dada, algo que, comenta el autor, en opinión del Tribunal relativizaría la injerencia en la intimidad que supondría su difusión. Para el TC, lo relevante para la comunidad no es todo aquello que despierte interés social sino solo aquello que tenga un valor específico – específicamente democrático, menciona el autor – en el ámbito de lo público, algo que, no puede predicarse de la filiación de una persona. El Tribunal se preocupa de subrayar la importancia del elemento objetivo dentro del concepto de notoriedad, dejando claro que, por mucho interés que puedan despertar los actos de una persona debido a su exposición pública, sólo estará amparada por la libertad de información la transmisión de aquellos hechos relativos a su vida que también desde un punto de vista objetivo revistan notoriedad. Además en otras dos sentencias el TC ha insistido en la necesidad de desvincular el concepto de relevancia pública del de interés social. Se trata de la STC 7/2014 y 19/2014, las cuales tienen en común que el origen de la vulneración de los derechos a la intimidad y la propia imagen, alegadas por los demandantes en amparo, se encontraba en la captación fotográfica y posterior difusión de imágenes sin el consentimiento de sus protagonistas, dentro de sendos reportajes de la denominada ‘prensa del corazón’. En la primera, se trataba concretamente de, imágenes que revelaban la existencia de una relación sentimental entre una conocida actriz con una persona carente de cualquier tipo de notoriedad pública (STC 7/2014, de 27 de enero). El TS, dado el interés público que despertaba el reportaje, en atención a la notoriedad y proyección pública de la actriz que en él aparecía, entendió que debía de aplicarse la doctrina de la prevalencia de la libertad de información, favoreciendo así el conocimiento público de esta relación sentimental sobre la que se presuponía un interés o curiosidad social. Frente a esa interpretación el TC no sólo reafirma la indemnidad de ciertos ámbitos de la privacidad, incluso en aquellas personas con una importante notoriedad social, sino que va a insistir en la improcedencia de aplicar a este tipo de conflictos el marco analítico de la libertad de información. Para el Tribunal, la difusión de este tipo de reportajes en ningún caso puede entenderse amparada por ‘interés público constitucionalmente relevante’. Concretamente el Tribunal insiste en que “no cabe identificar indiscriminadamente interés público, con ‘interés del público’, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad”. Una curiosidad que “lejos de justificar una merma en el derecho a la intimidad, es de la que ha de quedar a salvo ese ámbito de reserva personal constitucionalmente protegido”. En la segunda sentencia, la STC 19/2014, de 10 de febrero la llamada de atención que el TC hace al TS es aún más explícita. El TS no sólo venía desconociendo sistemáticamente las implicaciones de la doctrina constitucional del artículo 20, sino que había dado lugar a una doctrina alternativa que conducía, en la práctica a la desprotección de ciertas parcelas de la intimidad y la propia imagen, de aquellas personas que posean una cierta notoriedad

Así pues, la legitimidad de las intromisiones informativas en el derecho a la intimidad personal y familiar de las personas requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz³⁶⁶, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere³⁶⁷.

En este punto es importante subrayar que información veraz no es sinónimo de información verdadera. Se extrae con claridad de la STC 21/2000, que el requisito veracidad implica la obligación del informador de realizar “(...) con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información (...) con la diligencia exigible a un profesional de la información”³⁶⁸. Además, la STC 129/2009, ha aclarado que “(...) el requisito de veracidad aparece referido al grado de diligencia observado para la comprobación de unos hechos con anterioridad a la publicación de aquéllos y no (basta) con que a posteriori se pruebe la realidad de los hechos”³⁶⁹.

Es decir, para el TC la veracidad no va dirigida a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la

pública. El fallo del Tribunal en este recurso de amparo va a insistir, como los anteriores, en la idea de que aquellas noticias que “carezcan de cualquier trascendencia para la comunidad porque no afectan al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país” no están amparadas por la libertad de información y, por lo tanto, en ningún caso estará justificada la perturbación que alguien pueda sufrir en su privacidad por difusión. VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información. Op. Cit.*, pp.391 y 393].

³⁶⁶ Cuando se habla del requisito veracidad, es importante determinar cuándo una información, a juicio del TC, puede ser calificada como ‘reportaje neutral’. Las notas características del reportaje neutral han sido sintetizadas por la STC 76/2002, de 8 de abril, F.J. 4º; y confirmadas por la STC 54/2004, de 15 de abril, F.J. 7º. Conforme la STC 1/2005, de 17 de enero (Caso Encarna Sánchez), el medio informativo “(...) ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5)”.

³⁶⁷ Pérez Royo añade más un elemento, ‘la forma de transmisión de la información de manera apropiada’, afirmando que: “(...) Si la información, aunque sea veraz y sobre un acontecimiento de interés general, se transmite de una manera que no contribuye en absoluto a formar la opinión pública, porque se centra en aspectos que no tienen el más mínimo interés desde ese punto de vista, dicha información no está protegida por el derecho a la información”. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional. Op. Cit.*, p.332.

³⁶⁸ STC 21/2000, de 31 de enero, F.J.5º.

³⁶⁹ STC 129/2009, de 1 de junio, F.J. 4º.

protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional que ha obrado con diligencia³⁷⁰.

La veracidad debe entenderse, por tanto, como el trabajo diligente de averiguación que el informador ha realizado con carácter previo a la difusión de la noticia, sin que por ello la información sea estrictamente verdadera³⁷¹. Para el TC *“(…) la afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa³⁷²”*. Sin embargo, el TC sitúa en diferente plano el derecho a la intimidad o vida privada y la propia imagen, donde la legitimidad de su proyección se determina *“(…) si lo informado resulta de interés público”* y no *“(…) si la noticia fue veraz o no, (…) ya que tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión³⁷³”*.

Divulgada una información veraz, cuyo contenido atienda a los rigores del marco del interés público, en la ponderación entre los derechos a la información y la intimidad, prevalecerá el derecho a la información, es decir, será legítima la intromisión al derecho a la intimidad. Esta intromisión estará al servicio de la libertad de información, protegida por el artículo 20.1.d) CE, será legítima. Sin embargo si divulgada una información veraz, igualmente revestida del requisito interés público, pero al final se verifica falsa, no habrá violación del derecho a la intimidad del sujeto y sí, violación al derecho al honor³⁷⁴. Conforme doctrina del TC, la calidad de la fuente de la información tendrá un papel determinante para la configuración de una supuesta violación a la honra³⁷⁵.

³⁷⁰SSTC 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de febrero y 144/1998, de 30 de junio.

³⁷¹SSTC 21/2000, de 31 de enero, F.J.5º; 46/2000, de 14 de febrero, F.J.6º; 52/2000, de 28 de febrero, F.J. 5º; 158/2003, de 15 de septiembre, F.J.4º; 61/2004, de 19 de abril, F.J.6º.

³⁷²STC 43/2004, de 23 de marzo, F.J.5º.

³⁷³STC 185/2002, de 14 de octubre, F.J.4º.

³⁷⁴A este respecto la fuente de la información es un elemento muy importante en la determinación de la veracidad. La seriedad e idoneidad de la fuente es determinante para el reconocimiento de una vulneración al derecho al honor o no.

³⁷⁵Obviamente, cuando la información que se transmite resulta no ser veraz, la prueba del cumplimiento del deber de diligencia es particularmente exigente, pues conforme el TC, dicho deber *“(…) no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor*

Por último, cumple enfatizar que el hecho de ser verdadera una información indebidamente divulgada no excluye la violación de la intimidad³⁷⁶. La abundante jurisprudencia se manifiesta en este sentido, como se denota de la STC 115/2000, donde se extrae que, “(...) *la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada*”³⁷⁷.

El TC por inúmeras veces ha pronunciado que, “(...) *la información sea o no veraz*”³⁷⁸, *es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 C.E., ya que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20.4 C.E.), su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional (SSTC 171 y 172/1990, 197/1991, 20/1992)*”³⁷⁹.

Por tanto, ni toda información, que se refiere a los personajes públicos o famosos gozan de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea.

de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador(...)” (STC 172/1990, de 12 de noviembre, F.J. 5º). Sin embargo, “(...) *cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime se ésta puede mencionarse en la información misma*” (STC 178/1993, de 31 de mayo, F.J.5º).

³⁷⁶ *Exceptio veritatis* o prueba de la verdad.

³⁷⁷ STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J.7º. En el mismo sentido, STC 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º

³⁷⁸ Como aseveró el TC en la STC 197/1991, de 17 de octubre, F.J.3º, la excepción de veracidad no resulta legitimadora pues “(...) *se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su «revelación» resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento*”.

³⁷⁹ STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.6º.

Véase STC 20/1992, de 14 de febrero y STC 197/1991, de 17 de octubre.

El autor Manuel Medina Guerrero critica los términos de estas Sentencias por el Tribunal Constitucional, porque “(...) *adolecen de cierta confusión, ya que, en su literalidad, no vienen sino a significar que la veracidad de los datos publicados constituye un requisito ‘sine qua non’ para que pueda existir una vulneración del derecho a la intimidad*”. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch: 2005, Valencia, pp.100 – 102.

III.2. Menores.

Como hemos subrayado innumerables veces, la intimidad está vinculada a la dignidad de la persona. Tratándose de menores de edad, cualquiera lesión que pueda sufrir en este ámbito es, sin duda, susceptible de afectar de forma muy acentuada al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Es decir, una afectación mucho más grave que para cualquier otro sujeto.

El libre desarrollo de la personalidad del menor, ésta es la razón que fundamenta el reforzado amparo judicial nacional e internacional, cuyos mecanismos de protección para hacer efectivo ese reto son muy amplios, como se puede extraer de la introducción de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores³⁸⁰, donde se extrae pasaje de su introducción: *“(…) los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art.154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en segundo nivel, en defectos o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)”*.

Por esa razón el derecho a la intimidad del menor se encuentra sumamente protegido en el ordenamiento jurídico español. La CE en el Capítulo III del Título I, - los principios rectores de la política social y económica-, menciona la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, en especial, la protección integral de los hijos. Se impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad. También señala el art. 39.4 CE que *“(…) los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

³⁸⁰Disponible en: www.fiscal.es Acceso en: 19.04.2013.

Además, en 16 de abril de 2015, se aprobó la ‘Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito’, que entró en vigor a partir de octubre de 2015, cuyo objetivo es de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, con la principal novedad de que dispondrán de ellos, tanto si están personadas en una causa penal, como si no³⁸¹.

Dicha Ley también contiene medidas protectoras a los intereses de los menores de edad³⁸². Establece medidas muy concretas para evitar un mayor sufrimiento del menor. Sobre todo cuando envuelto los medios de comunicación.

Los menores sufren innegablemente un menoscabo superior en sus derechos de la personalidad cuando el tratamiento dado por los medios de comunicación a la noticia no es el apropiado. Esto conlleva el riesgo de agravar la situación del menor, fundamentalmente porque la libertad informativa ejercida sin limitaciones puede suponer un grave atentado a su dignidad, dificultando, aún más, su reintegración en su vida cotidiana y generándose una “segunda victimización”³⁸³ derivada de la publicidad.

La justificativa de todas estas constantes y nuevas garantías está en el *plus* de antijuridicidad imputable a los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor de edad. Así es porque, además de la vulneración del derecho a la intimidad en sí, referidos ataques pueden perturbar su desarrollo mental y moral comprometiendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social³⁸⁴.

³⁸¹ Todo ello sin perjuicio del régimen particular que para las víctimas de terrorismo o las de violencia de género establezca su normativa especial.

³⁸² En resumidas cuentas, algunas de estas medidas protectoras al menor previstas en esta nueva ley, por ejemplo, dispone que las declaraciones del menor podrán ser grabadas para después ser reproducidas durante el juicio. Igualmente, el menor podrá tener un representante legal cuando exista una situación de conflicto de intereses con los progenitores o representantes legales y se tomarán decisiones urgentes sobre la guarda y custodia.

³⁸³ La autora Rosario Serra Cristóbal, hace una crítica a través de su artículo entendiendo que la nueva ley orgánica del estatuto de la víctima del delito, no ha logrado el consenso que se hubiese deseado, sobre todo a una mejor protección de las víctimas del delito frente a los medios de comunicación y frente al afán voraz del público por acceder a cualquier detalle sobre el delito y el proceso penal que le sigue. SERRA CRISTÓBAL, Rosario. *Los derechos de las víctimas frente a los medios de comunicación*. Un blog colectivo sobre derechos humanos. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?cat=1111> Acceso en: 21.04.2013.

³⁸⁴ Ítem 3.1 - Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006.

Como menor de edad podemos entender que son “(...) las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. Definición esta que podemos encontrar en el artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y en el art. 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Entre las normas de carácter internacional que tutelan por el “interés del menor”, encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸⁵, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989³⁸⁶, no siendo, por supuesto, la única norma de carácter internacional con referida protección. También encontramos en la Unión Europea (en adelante UE) iniciativas cuyo propósito es la salvaguarda del derecho a la intimidad de los menores de edad³⁸⁷.

En España, como ya hemos mencionado en sección anterior, tenemos reglamentada la materia en la LODHI y en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aborda, entre otras cuestiones relacionadas con los menores, el derecho a la intimidad de éstos³⁸⁸, conforme se infiere del

³⁸⁵ Artículo 16: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación; 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

³⁸⁶ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE número 313, de 31 de diciembre de 1990).

³⁸⁷ Resolución del Parlamento Europeo A3--0172/1992 sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992 (DOCE número C 241, de 21 de septiembre de 1992): “Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”. Con carácter general, también se puede mencionar el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE número C 364/10, de 18 de diciembre de 2000): “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. El Tratado de Lisboa (DOCE C 306/10, de 17.12.2007) dispone que el artículo 2.3, pfo 2º del Tratado de la Unión Europea quedará redactado de la siguiente manera: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”. JORDÁ CAPITÁN, Eva; DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica; DEL LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto Messía; FLORES RODRÍGUES, Jesús. *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*. El Derecho Editores. Madrid: 2012, p.42.

³⁸⁸ La exposición de motivos de la LO 1/1996, explica que “del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen. Así, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que

artículo 4: “Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”. Una visión conjunta de ambos preceptos evidencia un reforzamiento en la protección de estos derechos de la personalidad sobre los menores de edad.

Aunque muchos autores comparten el entendimiento de que la LO 1/1996 en su artículo 4, a penas reitera un derecho ya asegurado por la CE y por la LODHI³⁸⁹, otros autores como GÓMEZ LAPLAZA³⁹⁰, aluden que el cambio que introduce la LO 1/1996 atañe al consentimiento de los menores como elemento legitimador de intromisiones en su intimidad.

El Artículo 3.1 de la LODHI permitía que los menores, por ellos mismos, prestasen el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, cuestión esta, regulada por los artículos 162 y 267 del Código Civil, el primero para los hijos menores no emancipados sujetos a la patria potestad y, el segundo, para los menores sometidos a tutela.

Además, el citado artículo 162 del Código Civil contempla expresamente los actos relativos a los derechos de la personalidad excluyendo de la representación legal de los padres, cuando “(...) de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez” el hijo pueda realizarlos por sí mismo.

Como subraya la Fiscalía en su Instrucción 2/2006, el Código Civil no contiene una definición de carácter general de cuando se considera ‘maduro’ a

puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa del Ministerio Fiscal”.

³⁸⁹Entre otros autores, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor*, La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº1, 8 de febrero de 1996, pp. 1691-1692. Señala que el reconocimiento de los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen “(...) es sorprendente ya que la Constitución los protege y reconoce dentro del Capítulo Segundo, Sección 1ª, del Título I, y nadie ha pensado, ni por supuesto escrito, que de la protección y reconocimiento de aquellos derechos estuviesen excluidos las personas menores de edad. Tampoco la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen preceptuó que no se aplicaba a los menores. En suma, el artículo 4 de la Ley que se comenta no es más que una pura repetición de algo obvio”. Véase también, LINACERO DE LA FUENTE, María. *Protección jurídica del menor*. Montecorvo, Madrid: 2001, p.100 y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Gerardo Miguel. *Breves consideraciones sobre la protección civil del derecho a la intimidad de los menores*, en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Dir. Rafael Martínez Die, Civitas, Madrid: 2000, p.373.

³⁹⁰GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen. *Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código Civil*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, directores Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XVII, Vol. 1-B, EDERSA, Madrid: 1993, pp.155 y ss.

un menor. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos³⁹¹.

Esta falta de consenso en la materia, como alude la mencionada Instrucción, *"(...) certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate"*.

HOYO SIERRA³⁹² define de manera descriptiva la capacidad natural del menor, como *"(...) un conjunto de aptitudes físicas, psíquicas y sociales que cabe resumir como capacidad de comprensión del alcance de lo que se está realizando y de las consecuencias que de ello se derivan, capacidad de entendimiento y juicio para adoptar decisiones respecto a dichos actos, y como capacidad para comportarse conforme a lo prescrito por el derecho, fundamento esto último de la responsabilidad personal"*. Como tal es un concepto de carácter psicológico que incide jurídicamente.

En una línea más social, O'CALLAGHAN³⁹³ completa la apreciación anterior sobre las condiciones de madurez del menor como *"(...) aquellos actos que en el ámbito social se reputan válidos por estar en el ámbito de su capacidad natural, de entender y querer, que varía según la edad y el contenido y la naturaleza del acto concreto que se realiza"*.

Sin embargo, la relevancia del consentimiento del menor ante las intromisiones a través de los medios de comunicación quedó debilitada con el advenimiento de la LO 1/1996, precisamente por su artículo 4.3 *in fine*, donde expone que: *"Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier"*

³⁹¹GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del menor no emancipado*. Thompson-Aranzadi, Cizur Menor: 2004, pp.47 y 48.

³⁹²HOYO SIERRA, Isabel Araceli. *La evaluación psicológica de la 'capacidad natural' del menor maduro*. En Los menores ante el derecho. Madrid: 2005, p.59.

³⁹³O' CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I, 5ªed., Madrid: 2004, p.276.

utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

De la disposición citada se observa que en los casos de intromisión ilegítima, es irrelevante el consentimiento, aun cuando haya sido otorgado por el propio menor. Circunstancia que atenúa en cierta medida los casos de posibles vulneraciones a este derecho, donde el menor ‘maduro’ haya otorgado su consentimiento³⁹⁴.

Muchos autores³⁹⁵ se han manifestado críticos con la redacción de dicho precepto al suponer una disminución considerable de lo que hasta ahora era un reconocimiento de su capacidad de obrar. Hay incluso, opiniones que tratan de ofrecer una interpretación armónica de las disposiciones relativas a los menores contenidas en ambas Leyes Orgánicas³⁹⁶.

Hay que comprender que si la persona que tiene afectado el derecho a la intimidad es menor de edad y su personalidad está en pleno proceso de desarrollo y desenvolvimiento, se supone, considerando su vulnerabilidad, un daño mucho más peligroso, lo que exige, necesariamente del Estado, una protección mucho más reforzada. Así opinó el TS, manifestando que “(...) *se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas, otorgando el amparo judicial cuando proceda, y con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable y que goza del respaldo constitucional (art. 39.4) e internacional (artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 {LEG 1948,1}, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 {RCL 1977,893}, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre 1966 {RCL*

³⁹⁴La Instrucción 2/2006 sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores pone de manifiesto esta situación, al indicar que si bien la construcción de la teoría de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se erige alrededor del poder de los medios de comunicación, el desarrollo Sociedad de la Información ha acentuado la necesidad de protección de estos derechos.

³⁹⁵Entre ellos mencionamos GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor*. La ley, 8 de febrero de 1996, p.1962.

³⁹⁶RODRÍGUES LÓPEZ, Geraldo Miguel. ‘Breves consideraciones sobre la protección civil del derecho a la intimidad de los menores’, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Rafael Martínez Die (Director), Civitas, Madrid: 2000, pp.377 y 378.

1977,894}, *Declaración de Derechos del Niño de 1959 y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 {RCL 1990, 2712}*)³⁹⁷.

Todas estas transformaciones culturales y sociales operadas en la actual sociedad, sobre todo con el uso de internet, exigieron del ordenamiento jurídico un mayor protagonismo al menor porque hubo un cambio en su *status* social.

Hoy, la doctrina llama esta nueva generación de ‘nativos digitales’³⁹⁸, porque ellos incorporan el dominio de las TIC’s en su ADN competencial³⁹⁹ frente al acceso masivo de las nuevas tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y distintos medios de comunicación social, como vehículo de contactos e intercambios de opiniones ideas etc.

Se suele pensar que cuando un joven está frente a la computadora permanece aislado por lo que parece inconcebible que los nativos digitales son partícipes de un nivel de comunicación como nunca antes había sido posible. Son capaces de procesar ingentes cantidades de información con una tremenda rapidez.

Toda esa realidad ha generado la necesidad de tutelar con mayor atención la persona del menor porque son sujetos especialmente sensibles y en constante proceso de formación. Se verifica una deformación progresiva de la noción de intimidad y no se notan reacciones proporcionales, sobre todo, en esta generación de los ‘nativos digitales’.

³⁹⁷ STS, Sentencia de la Sala 1ª, 621/2003, de 27 de junio (RJ 2003/4312).

³⁹⁸ Este término fue acuñado por Marc Prensky, autor del libro *Enseñar nativos digitales*. Prensky describe a los nativos digitales como las personas que, rodeadas desde temprana edad por las nuevas tecnologías (por ejemplo: computadoras, videojuegos, cámaras de video, celulares) y los nuevos medios de comunicación que consumen masivamente, desarrollan otra manera de pensar y de entender el mundo. Por oposición, define al inmigrante digital como la persona nacida y educada antes del auge de las nuevas tecnologías. Para otros autores ‘Generaciones Búnker’. Nativos digitales: “colectivo que nacido con la tecnología ya plenamente arraigada, tiene otro concepto de la privacidad - (...) - que no habiendo alcanzado el grado de madurez suficiente, se han incorporado con fuerza a las redes sociales - (...) - crecido en el entorno de la tecnología como internet o la telefonía móvil y que, teniendo otro concepto de la privacidad, se sienten cómodos publicando detalles de sus vidas en internet”. LOMBARTE, Artemi Rallo; MARTÍNEZ, Ricard Martínez. (Coordinadores). *Derecho y redes sociales*. Editorial Aranzadi: Navarra, 2010, pp.29-34. En contraposición con los ‘nativos digitales’ se encuentran las personas incorporadas a internet de manera más tardía y fruto de un esfuerzo de alfabetización tecnológica. Estos sujetos, que fundamentalmente ejercen de internautas pasivos, son lectores y visualizadores de contenidos, denominados ‘inmigrantes digitales’ por Prensky. AA.VV. *La formación online. Una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*. Gregorio Casamayor Pérez (Coordinadores), Editorial Graó, Barcelona: 2008, p.211.

³⁹⁹ AA.VV. *La formación online. Una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*. Op. Cit., p.211.

Delineada la protección del derecho a la intimidad de los menores de edad y suponer que sus padres son personajes públicos y personas con notoriedad/famosos, hay que hacer hincapié que *“(...) el principio general de que la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad y a la propia imagen en cada caso concreto solamente es aplicable a los progenitores que estén revestidos de tal nota, sin que quepa transferir tales efectos a sus hijos menores”*⁴⁰⁰.

Así se pronuncia la Fiscalía General del Estado, manifestando que *“(...) los menores, hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos”*. Acrecienta que los casos de personas públicas que explotan el relato de sus intimidades, incluyendo sus hijos deben ser tratados *“(...) de acuerdo con el principio del superior interés del menor y su legitimación autónoma, de modo y manera que, ponderando las circunstancias concurrentes, procederán en su caso a entablar la correspondiente demanda en interés del menor y contra sus progenitores y el medio*⁴⁰¹. Añade la Fiscalía que la persecución, abordaje, fotografías del personaje famoso cuando esté acompañado de su hijo menor de edad y en determinados ámbitos de su vida puede ser considerada vulneración del derecho a la intimidad y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor⁴⁰².

Y, siendo el caso de que el menor sea una persona pública, o con notoriedad pública por sí misma, como por ejemplo, el caso de los artistas, la Fiscalía advierte que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.2 a) de la LO 1/1982⁴⁰³, que permite la captación, reproducción o publicación de su imagen siempre que se lo capte durante un acto público, o en lugares abiertos al público. Observado en estas circunstancias también el principio del

⁴⁰⁰ CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Editorial Aranzadi. Navarra: 2012, p.56.

⁴⁰¹ Citado por CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Editorial Aranzadi. Navarra: 2012, p.55.

⁴⁰² CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *Op. Cit.*, p.56.

⁴⁰³ Art. 8.2 a) LO 1/1982: *“a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”*.

superior interés del menor, donde se extrae que ninguna actividad será legítima, aunque sea en lugar público, que pueda perturbar la vida cotidiana del menor. Es decir, en ámbitos alejados de su dimensión pública o cuando acompañados de acoso o seguimiento desproporcionados, circunstancias estas que pueden dañar el derecho a la intimidad del menor⁴⁰⁴.

III.3. Personas fallecidas.

Lo que se plantea aquí es que, tratándose el derecho a la intimidad de un derecho de la personalidad, si con la muerte del titular del derecho, o sea, con la extinción de su personalidad⁴⁰⁵, también se extingue la protección del derecho a la intimidad.

La LODHI contiene en sus artículos 4, 5 y 6 una regulación relativa al ejercicio de las acciones que surgen de las intromisiones ilegítimas en los derechos de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de personas fallecidas. Establece en síntesis el artículo 4 que tales acciones podrán ser ejercitadas por quien el difunto hubiese designado al efecto en testamento, pudiendo recaer la designación en una persona jurídica, en defecto de designación o habiendo fallecido el designado, por el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del afectado que viviesen al tiempo de su fallecimiento, y a falta de todos ellos, por el Ministerio Fiscal. Siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento. Siendo también aplicable este límite temporal al ejercicio de la acción por las personas jurídicas en los supuestos que proceda.

El artículo 5 pone de relieve que las acciones podrán ser ejercitadas indistintamente por cualquiera de las personas anteriormente señaladas o designadas en el testamento, siempre que en este último caso, el testador no hubiere dispuesto lo contrario.

⁴⁰⁴ CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *Op. Cit.*, p.56.

⁴⁰⁵ Artículo 32 del Código Civil: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”

Finalmente el artículo 6 de la Ley, prevé el ejercicio de la acción por las personas anteriormente referidas, cuando habiéndose producido la intromisión ilegítima en vida del agraviado, este se vio imposibilitado de ejercitar las acciones, o habiéndolas entablado, falleció antes de haber concluido el procedimiento.

Como se nota del análisis de la LODHI, contrasta la ausencia de mención a las personas vivas protegidas por estos derechos, con la prolija regulación que la LODHI contiene a las personas fallecidas. Dedicó 3 de los 9 artículos que tiene la Ley.

Hay un cierto límite legal, el cual define que estas personas solo podrán actuar “(...) cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar” las acciones previstas en el texto “por las circunstancias en que la lesión se produjo”. Las mismas personas “podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

Así, la protección del derecho a la intimidad de la persona fallecida se determina según el momento en que la lesión se produjo. Es decir, aunque la muerte de la persona extingue los derechos de la personalidad ‘la memoria’ de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de la persona⁴⁰⁶.

De especial relevancia sobre el tema, es la STC 231/1988, donde se invoca el derecho a la intimidad la familia del fallecido, “(...) su familia, «afectada en su dolor e intimidad», y, más específicamente su viuda, y hoy demandante, doña Isabel P.M. Desde esta segunda perspectiva, la demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de vídeo -la enfermería de la plaza de toros- y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares (...) Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no

⁴⁰⁶ Así lo indica la LO en su Exposición de Motivos.

sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art.18 de la CE protegen”.

Advierte el Tribunal que es necesario examinar cada caso concreto y cuál es el vínculo que une las personas en estos casos, sin embargo señala que “(...) *no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio, y no - ajeno a la intimidad, constitucionalmente protegible*”⁴⁰⁷.

Se puede, por tanto, inferir de la interpretación del Tribunal Constitucional, que el derecho a la intimidad de las personas fallecidas se extiende a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que el fallecido guarde una especial y estrecha vinculación. Bajo ese supuesto, el derecho a la intimidad de la persona fallecida se extingue, pero los vínculos afectivos con ésta se trasladan a los familiares.

La supervivencia de la intimidad del difunto en cierta forma subsiste y es que, en virtud de la estrechez de los lazos familiares, se da la invasión o perturbación en lo que se refiere a la memoria del fallecido, afectando de esta forma la intimidad de sus parientes.

La memoria de la persona fallecida integra la esfera de la personalidad de sus parientes. Así pues, en este caso serían los propios parientes los afectados y ofendidos por el hecho; que es lo que la doctrina ha catalogado también como intimidad familiar.

La LODHI considera que, la memoria del fallecido es una prolongación de la personalidad que debe ser protegida en caso de agresión a la intimidad de una persona después de fallecida, o también, producida la lesión antes, cuando fallece en pleno proceso judicial⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.4º. En el mismo sentido la SSTC 197/1991, de 17 de octubre y 190/2013, de 18 de noviembre, entre otras.

⁴⁰⁸ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al derecho privado*. Dykinson, Madrid: 2013, p.129.

Merece la pena comentar la STC 43/2004⁴⁰⁹, aunque el litigio versaba sobre violación al honor de una persona fallecida, sin embargo, sus razonamientos son totalmente aplicables al derecho a la intimidad.

El TC analizaba un litigio que involucraba un reportaje-documental⁴¹⁰ en la televisión realizado por una periodista e historiadora, en el que se relataba la trayectoria vital y política de un político catalán que fue sometido a Consejo de Guerra y condenado a pena de muerte por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar. Dicho programa de televisión hizo alusión a una persona ya fallecida - padre de los recurrentes - quien intervino en el Consejo de Guerra con informaciones y opiniones a través de extractos de declaraciones que supuestamente hizo. Los recurrentes esgrimían supuesta ofensa al derecho al honor del fallecido padre.

El TC reconoció que la intención del programa era sufragar una amplia investigación de los hechos y no simplemente una narrativa de ellos, sino que se ha buscado también ofrecer una valoración historiográfica de los mismos. Por tal motivo entendió, el TC, que la realización del documental se inscribía en la libertad de producción y creación científica [art. 20.1 b) CE⁴¹¹].

Así, estableciendo una excepción, el TC aseveró que sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, *“(...) que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”*⁴¹².

Por fin, declara el Tribunal que en el terreno científico *“(...) la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública (...)”* sobre el derecho de

⁴⁰⁹STC 43/2004, de 23 de marzo.

⁴¹⁰“Sumarissim 477”.

⁴¹¹STC 43/2004, de 23 de marzo, F.J.4º.

⁴¹²STC 43/2004, de 23 de marzo, F.J.5º.

tales personas y de sus familiares, “(...) cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica”⁴¹³.

Así que se pone de manifiesto que la regla que hemos visto no es predicable respecto de acontecimientos históricos. A este respecto parece desprenderse de la Sentencia que el análisis histórico es un elemento necesario, fundamental en la creación de una conciencia histórica colectiva y por ello especialmente protegible.

III.4. Personas jurídicas.

Respeto a las personas jurídicas, se denota un claro silencio en la CE con relación a su titularidad a los derechos fundamentales⁴¹⁴. Dicha circunstancia el TC pone de manifiesto en la STC 137/1985⁴¹⁵, donde reconoce la ausencia de pronunciamiento similar al art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LFB).

Sin embargo, en la STC 19/1983, el Tribunal afirma que “(...) la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los arts. 14 a 29 (...) acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como ‘las comunidades’ -art. 16-, las personas jurídicas -art. 27.6- y los sindicatos -art. 28.2-; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -art. 17-, y el derecho a la intimidad familiar -art. 18-; y, por último, en algún supuesto, la Constitución

⁴¹³STC 43/2004, de 23 de marzo, F.J.5º.

⁴¹⁴Salvo la previsión del artículo 27.6 CE: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

⁴¹⁵STC 137/85, de 17 de octubre, F.J.3º: “(...)es ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables(...)”.

utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión ‘Todas las personas’ que utiliza su art. 24”⁴¹⁶.

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, es un derecho que luce la calidad de derecho individual y no puede extenderse al ámbito de las personas jurídicas, dado que estamos hablando de un derecho que emana directamente de la dignidad humana. Es decir, imprescindible para el desarrollo de la personalidad. Un derecho cuya necesidad es reconocida para conservar una calidad mínima de vida. Se adjetiva como un derecho natural, con carácter personalísimo⁴¹⁷, como ya exhaustivamente comentado. Es un derecho tan vinculado a la persona física que, cuando ésta muere y se extingue su personalidad, desaparece su objeto de protección.

Cuando hablamos de ‘persona natural’, hablamos de “(...) *una entidad indivisible de naturaleza racional*”⁴¹⁸, en cuanto la persona jurídica es un sujeto de derechos y obligaciones. Existe, pero no como individuo, sino como institución. Es resultado de una construcción artificial de la técnica jurídica.

Solo con estos razonamientos ya nos parece un tanto lógico opinar que las personas jurídicas no tienen titularidad al derecho a la intimidad. Estar bajo la cobertura de algunas manifestaciones del derecho a la intimidad sí se puede entender, pero titulares del derecho propiamente dicho, no.

El artículo 35 del Código Civil de España otorga personalidad a las personas jurídicas, y en los demás artículos relativos a la persona jurídica (Capítulo II), en ningún de ellos hay cualquier mención que estos pueden reclamar para sí derechos de la personalidad.

Otra razón está en la imposibilidad material de que una persona jurídica tenga un ámbito íntimo o una vida privada. No es posible una intromisión ilegítima en este ámbito de una persona jurídica. En esta hipótesis la intromisión ilegítima sería a las personas físicas que la integran o componen, y no de la persona jurídica como tal⁴¹⁹.

⁴¹⁶STC 19/83, de 14 de marzo, F.J.2º.

⁴¹⁷BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Edit. Reus, Madrid: 2010, p. 34.

⁴¹⁸CLAVERO, Bartolomé. *La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*. Dott. A. Giufrè editore, Estratto dal volumen quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno, 39, Milano: 2010, p.7.

⁴¹⁹REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 213-214.

Ha dicho el TC de forma clara y rotunda que el derecho a la intimidad “(...) que reconoce el art. 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”⁴²⁰.

No obstante, en el mismo año del Auto citado, el TC innova y en la STC 137/85, donde reconoce a las personas jurídicas, de forma expresa, el derecho a una manifestación del derecho a la intimidad – al derecho a la inviolabilidad de domicilio⁴²¹.

Así, mientras el derecho a la intimidad ha sido negado a las personas jurídicas, no sucede lo mismo respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), si bien, se trata de una protección de menor intensidad, limitada al espacio físico necesario e indispensable para que desarrolle sus actividades. La STC 137/1985⁴²² atribuye este concreto derecho a las personas jurídicas, en cuanto sirve a la protección de la actividad de aquellas en función de sus fines.

Como se denota el TC no tiene dificultades en reconocer a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad del domicilio, considerando que este no se restringe a las personas físicas, “(...) siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas”⁴²³.

Distingue el Tribunal entre el contenido constitucional de intimidad (solo atribuible a la persona física) y el reconocimiento de derechos o intereses de la persona jurídica merecedores de garantía y protección que, a pesar de ello no pueden confundirse con aquél.

RODRIGUEZ RUIZ⁴²⁴, no está de acuerdo con este entendimiento del TC, argumentando que “(...) si el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es

⁴²⁰ ATC 257/1985, de 17 de abril, F.J. 2º.

⁴²¹ STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J.2º.

⁴²² STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J.2º.

⁴²³ STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J.3º.

⁴²⁴ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.166 y 167.

sino un aspecto del derecho a la intimidad, como bien asume el Tribunal, mal se comprende que las personas jurídicas puedan ser titulares del primero pero no del segundo". Añade que la cuestión sería solucionada de forma diferente, aunque dicha autora no cree en un cambio en este entendimiento en la Corte Constitucional, si el TC interpretase el derecho a la intimidad como el control sobre nuestras zonas de retiro y secreto que, en términos abstractos el TC asume en algunas decisiones. Así, entiende que nada impide que las personas jurídicas disfruten de un derecho al secreto y, como asevera la autora, se podría argumentar el mismo en relación al retiro, aspecto que parece haber sido reconocido por el TC al admitir la inviolabilidad del domicilio.

Para la doctrina clásica las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos fundamentales. Fiel exponente de esta teoría es SCHMITT⁴²⁵ para quien dentro del Estado no pueden darse derechos fundamentales de una comunidad, natural u organizada (como la familiar), pues lo que hay en tales casos es una garantía institucional.

No obstante, a la persona jurídica puede atribuírsele el carácter de sujeto de derecho, de forma que pueden garantizársele constitucionalmente derechos subjetivos, pero a ello opone Schmitt que, estos derechos son sólo legal-constitucionales, pero no auténticos derechos fundamentales en el sentido básico del principio de distribución.

Asevera LASAGABASTER⁴²⁶ que esta tesis se da por un lado, por el origen de los derechos fundamentales y por otro, por un lastre derivado de las concepciones *iusnaturalistas* de los derechos fundamentales como derechos supra positivos, predicables únicamente de las personas humanas.

No obstante, este autor recuerda que un autor clásico como Jellinek ya advirtió la posibilidad de que se reconociese a las personas jurídicas una esfera libre de la coacción estatal similar a la del individuo, que sólo puede limitarse con fundamento en el derecho en la medida en que no haya en contra motivos basados en la naturaleza de las cosas o en expresas excepciones legislativas.

Es decir, conforme esta tesis, el principio de distribución sí sería predicable de las personas jurídicas y estas serían titulares por sí mismas, y no

⁴²⁵SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza, Madrid: 1992, pp.177-178

⁴²⁶LASAGABASTER, Iñaki. *Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*. [In: AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española - Estudios en homenaje al profesor García de Enterría*. Vol. II, Civitas, año nº 14, nº 40, Madrid: 1994, pp.651-657].

por vía de sustitución de sus miembros, de derechos fundamentales. La cuestión reside, conforme establece el artículo 19.3 de la LFB, en que estos derechos ‘por su naturaleza’ sean ejercitables por este tipo de personas. Así, en Alemania se considera que ciertos derechos nunca pueden ser propios de las personas jurídicas: La dignidad humana (artículo 1.1 LFB); la vida (artículo 2.2. LFB); la objeción de conciencia (artículo 4.3 LFB); los de carácter familiar, matrimonial y de los niños (artículo 6 LFB); o los de asilo, de la nacionalidad y de no ser extraditado (artículo 16 LFB).

La doctrina de JELLINEK⁴²⁷ tiene una postura contra la adoptada por Schmitt, pues entiende que debe ser reconocida la titularidad a las personas jurídicas, al igual que a los individuos, por razón de su misma personalidad, una esfera de actuación libre del Estado, llegando hasta donde lo permitan la naturaleza de las cosas, o las disposiciones expresas de las leyes⁴²⁸.

La cuestión es sí por ‘su naturaleza’ el derecho a la intimidad, como tal, o alguna de sus manifestaciones son susceptibles de ser ostentados por las personas jurídicas. A través de la definición de ‘intimidad’ que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española parece admitir esa posibilidad, donde se extrae en su segunda acepción que intimidad es: “*Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo*”.

WESTIN⁴²⁹, igualmente, considera en su estudio sobre la intimidad que ésta puede ser ostentada, sin ningún género de dudas por grupos, instituciones o asociaciones. En su opinión la intimidad asociativa (‘organizational privacy’) se requiere para que los grupos jueguen el papel de agentes responsables e independientes que se les asigna en las sociedades democráticas. Tienen el derecho de decidir cuándo y en qué medida sus actos y decisiones deben hacerse públicos.

BONILLA SÁNCHEZ⁴³⁰ manifiesta con clareza y propiedad que “(...) *las sociedades no poseen intimidad porque ésta es individual y personalísima y aquellas ni poseen círculo reservado, ni vida privada. Sólo el hombre es capaz*

⁴²⁷JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritto publico subjetivo*. Società Editrice Libreria, Milán: 1912, p.284.

⁴²⁸Citado por REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson, Madrid: 2005, p.216.

⁴²⁹WESTIN, Alan Furman. *Privacy and freedom*. Editorial Atheneum, Nueva York: 1970, p. 42.

⁴³⁰BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Edit. Reus, Madrid: 2010, p.306.

de sentimientos y pensamientos que determinan su personalidad, que persisten a lo largo del tiempo y que le diferencian de los demás hombres”.

Añade el autor que “(...) concederle el derecho a la persona jurídica, además de a sus miembros, facilitaría procesalmente el ejercicio de las acciones de la defensa de la intimidad de los mismos por parte de la entidad como sustituto procesal, cuando la mayoría de ellos decida acudir a los Tribunales, aunque ello suponga la pérdida para la minoría del derecho a no sentirse ofendidos y a no litigar”⁴³¹.

PÉREZ LUÑO⁴³² admite la titularidad por personas jurídicas del derecho a la autodeterminación informativa como un elemento de defensa. Por su parte, la inviolabilidad del domicilio es reconocida a las personas jurídicas por un amplio sector de la doctrina⁴³³, si bien algún autor se muestra reticente, por considerar que no hay protección a la intimidad en esos casos, sino sólo de la propiedad⁴³⁴. Del mismo modo, el secreto de las comunicaciones, para muchos autores puede ser atribuido plenamente a las personas jurídicas⁴³⁵.

REBOLLO DELGADO⁴³⁶ opina por una negativa rotunda de reconocimiento por tratarse de un derecho de la persona.

Y por fin, ROSADO IGLESIAS⁴³⁷ se muestra favorable al reconocimiento de la intimidad de las personas jurídicas de tipo personalista, ya que al proteger tal derecho del ente moral, indirectamente, protegemos el de sus miembros y de los terceros con los que relaciona.

⁴³¹BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Edit. Reus, Madrid: 2010, p.307.

⁴³²PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. [In: AA.VV. *Libertad informática y leyes de protección de datos*. CEC, Madrid: 1990, p.154].

⁴³³LASAGABASTER, Iñaki. *Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*. [In: AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española, - Estudios en homenaje al profesor García de Enterría*, Vol. II, Civitas, ano nº 14, nº 40, Madrid: 1994, p.660]; LUCAS VERDÚ, Pablo. *La teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dykinson, ADP nº 27-28, Madrid: 1997, pp. 11 e ss.

⁴³⁴LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Revista española de estudios de la administración local y autonómica*, nº 25, 1985, pp.31 y ss.

⁴³⁵LASAGABASTER, Iñaki. *Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*. [In: AA.VV: *Estudios sobre la Constitución Española, - Estudios en homenaje al profesor García de Enterría*, Vol. II, Civitas, ano nº 14, nº 40, Madrid: 1994, p. 660]; LUCAS VERDÚ, Pablo. *La teoría de la Constitución como ciencia cultural*. *Op. Cit.*, p.161; TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional España*. Átomo, Madrid: 1988, p.252.

⁴³⁶REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Ed. Dykinson, Madrid: 2005, p.222.

⁴³⁷ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Tirant Blanch, Valencia: 2004, p.188.

La mayoría de la doctrina constitucional sigue la vertiente que la persona jurídica no puede ser titular del derecho a la intimidad porque no tienen intimidad⁴³⁸, puesto que es un atributo individual y personalísimo y aquellas. La persona jurídica no posee círculo reservado, derecho al secreto o al retiro, porque son elementos intrínsecos al género humanos, son dependientes del elemento subjetivo voluntad. Personas jurídicas no tienen voluntad propia, sino la de sus miembros, que se valen de sus representantes para ser expuestas ante terceros. Este es el entendimiento que compartimos.

El TEDH reconoce a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad de domicilio⁴³⁹. Sin embargo, en lo que atañe el derecho a la intimidad no existe un pronunciamiento clarificador donde se puede deducir el reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas.

En general, si analizamos la legislación española sobre el derecho a la intimidad no parece pensada para las personas jurídicas. El artículo 18.1 CE habla del derecho a la intimidad de 'los ciudadanos'. La LODHI no se menciona a las personas jurídicas. En materia de protección de datos personales, la LOPD tampoco les resulta aplicable⁴⁴⁰, puesto que su artículo 3.a), sólo incluye en la definición de 'dato personal', a cualquier información concerniente a personas 'físicas' identificadas o identificables, y el artículo 3.e) define al 'afectado' como la 'persona física' titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del artículo. Así las reseñas que se protegen son todas aquellas que revelan información referente a una persona física.

⁴³⁸Siguiendo esta opinión O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites Honor, intimidad e imagen*. Edit. Reunidas, Madrid: 1991, pp. 109 y 110; CARMONA SALGADO, Concepción. *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del código penal*. CPC 1995, p.424; MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill, Madrid: 1997, p.150.

⁴³⁹STEDH, de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania.

⁴⁴⁰Pérez Luño admite la titularidad por personas jurídicas del derecho a la autodeterminación informativa como un elemento de defensa. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. [In: AA.VV. *Libertad informática y leyes de protección de datos*. CEC, Madrid: 1990, p.154].

III.5. Extranjeros.

El artículo 13.1 CE señala que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*, concretamente la Constitución se refiere al Título I. Similar pronunciamiento contiene el artículo 4.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España que fue sustituida por la LO 4/2000, de 11 de enero (en adelante, LOEx)⁴⁴¹. Todas buscando determinar, por una parte, el contenido constitucional de estos derechos y libertades, su alcance y sus límites. Por otra, la titularidad y ejercicio de estos derechos y libertades por los extranjeros en España.

⁴⁴¹Modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 2/2009, de 11 de diciembre; y 10/2011, de 27 de julio. Conforme comenta Goig Martínez, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de siete de noviembre, el TC resuelve, por primera vez la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, y en ella procede a hacer una nueva interpretación de las potestades del legislador, en virtud del contenido del art. 13.1 CE, a la hora de regular el ámbito de derechos y libertades de los derechos de los extranjeros (Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre). La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los inmigrantes y su integración social, constituyó un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación, sin embargo su vida fue efímera. Su reforma por L.O 8/2000, de 22 de diciembre, afecta a gran parte del articulado, crea nuevos preceptos y nuevas Disposiciones y, principalmente, viene a modificar el espíritu y la intención con que fue aprobada la L.O 4/2000, lo que nos lleva a afirmar que el resultado de esta reforma, es una Nueva Ley de Extranjería. Tras la reforma, que afecta a un 80% de la Ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la L.O 7/1985, al recuperar la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa. A través de los distintos recursos de inconstitucionalidad planteados, se recurre la inconstitucionalidad de los preceptos de la L.O. 8/2000, que dan nueva redacción a los artículos de la L.O. 4/2000 que regulan el derecho de reunión y manifestación (art. 7); el derecho de asociación (art. 8); el derecho a la educación (art. 9.3); el derecho de sindicación (art. 11.1); el derecho a la huelga (art. 11.2); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 22.2) y otros preceptos de la ley, por considerar que vulneran los artículos 17; 18; 19; 21; 22; 24; 25; 27 y 29 de la Constitución en su interpretación por los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por España. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº 22, 2008, pp.625-649.

Los autores que se han ocupado de este tema en ningún momento han puesto en duda que el derecho a la intimidad en todas sus manifestaciones corresponde también a los extranjeros.

A cerca del primero de los temas planteados, es decir, el contenido constitucional de estos derechos, su alcance y límites, la interpretación llevada a cabo por el TC en la STC 107/1984⁴⁴², aclara el significado del artículo 13.1 cuando declara que ello *“(..)* supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término ‘libertades públicas’ no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas”.

Sin embargo, añade el Tribunal, que tal disposición no implica *“(..)* que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley”, sino de las libertades *“(..)* que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados - dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”.

Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad del titular o puede introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida. En el primer caso, en el que se produciría una completa igualdad entre españoles y extranjeros, se encuentran aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme el artículo 10.1 CE constituyen el fundamento del orden político español. Tales son el derecho a la vida, la

⁴⁴²STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J.3º.

integridad física y moral, a la intimidad⁴⁴³, etc. Derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional⁴⁴⁴.

En efecto, hay tres tipos de derechos con respecto a los extranjeros: - aquellos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros; - aquellos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (art. 23 CE)⁴⁴⁵; y - aquellos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y leyes⁴⁴⁶. El derecho a la intimidad pertenece al primer grupo.

Así, la Constitución Española dice de los extranjeros que gozarán de las libertades públicas que se garantizan en ella en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1 CE). Ello no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción lógica: no serían éstos verdaderos derechos fundamentales. Si la Ley los concediera, y no la Constitución, podría la Ley también suprimirlos.

El TC en la STC 115/1987⁴⁴⁷, estableció que en España los extranjeros sí tienen derechos fundamentales, los tienen porque son derechos de carácter personalísimo y por su vínculo con la dignidad humana⁴⁴⁸. Derecho que es el eje de toda orden social, pues como señala el TC *“(...) existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”*⁴⁴⁹. Así sucede con aquellos derechos fundamentales *“(...) que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano’ o, dicho de otro modo, con ‘aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español’”*⁴⁵⁰.

Siendo el derecho a la intimidad un derecho inherente a la dignidad de la persona no hay otro entendimiento sino que el extranjero es titular de este

⁴⁴³STC 17/2013, de 31 de enero, F.J.2º.

⁴⁴⁴SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J. 3º y 99/1985, de 30 de septiembre, F.J.2º.

⁴⁴⁵STC 17/2013, de 31 de enero, F.J.2º.

⁴⁴⁶SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J.4º Y 17/2013, de 31 de enero, F.J.2º.

⁴⁴⁷STC 115/1987, de 7 de julio.

⁴⁴⁸STC 17/2013, de 31 de enero, F.J.2º.

⁴⁴⁹STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J.4º.

⁴⁵⁰STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J.3º.

derecho fundamental⁴⁵¹ en condiciones plenamente equiparables a los españoles.

La jurisprudencia del TEDH igualmente extiende a los extranjeros el derecho a la vida privada independientemente de su situación jurídica (residentes o no, con permiso de trabajo o no, ciudadanos de un Estado miembro o no). Se exige únicamente estar bajo la jurisdicción de un Estado miembro⁴⁵².

Este es el entendimiento solidificado del TC cuando, por innúmeras veces proclama la igualdad entre los españoles y extranjeros en aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1CE), y cita entre otros derecho, el derecho a la vida, la libertad ideológica y la intimidad⁴⁵³.

⁴⁵¹STC 17/2013, de 31 de enero, F.J.2º.

⁴⁵²SSTEDH, Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido de 28 mayo de 1985 y, Berrehab c. Países Bajos, de 21 de junio de 1988.

⁴⁵³STC 107/1984, 23 de noviembre, F.J.4º. En el mismo sentido SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, F.J.2º y 94/1993, de 22 marzo F.J.3º.

IV. El contenido del derecho a la intimidad.

Aunque el derecho a la intimidad constituya un derecho de la personalidad, este derecho es marcado por la relatividad⁴⁵⁴. Su contenido depende directamente de las cambiantes circunstancias sociales, económicas y culturales de cada momento y de cada lugar. Así el derecho a la intimidad no goza de un contenido y reconocimiento semejante a tiempos anteriores. Es un derecho flotante y flexible porque su contenido acompaña la evolución de la sociedad.

Sin embargo, aunque el contenido de este derecho sea reconocidamente variable, hubo varios intentos doctrinales en delimitarlo⁴⁵⁵. Entre estas tentativas merece la pena destacar la célebre doctrina alemana de la *Sphärentheorie* (doctrina de grados concéntricos de soledad en la vida privada) que ha sido atribuida a HUBMANN⁴⁵⁶.

Aunque se haya hecho algunos comentarios de esta teoría en la sección II.2, nos profundizaremos un poco más aquí.

Según esta doctrina el contenido de la intimidad se distingue en tres esferas: - *Privatsphäre*, equivale a noción de lo íntimo y protege el ámbito de la vida personal y familia/r. Aquí entra la imagen de la persona y su comportamiento aún fuera del domicilio, que no debe ser conocido sino por los que se hallan en contacto con él; - *Vertravenssphäre*: es la esfera confidencial,

⁴⁵⁴Los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto pero sí un contenido esencial. Ellos han sufrido y sufren en el Estado constitucional una necesaria adaptabilidad, haciéndolos relativos y hasta cierto punto maleables. Eso implica reconocer que los mismos admiten excepciones y que por tanto, han dejado de ser los derechos absolutos del Estado Legislativo, para ser compatibilizados con otros valores. Estos derechos tienen reconocidos un doble carácter, es decir, son delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano (derechos subjetivos) y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado (elementos objetivos). PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. Marcial Pons, Madrid: 1012, p.192. Véase STC 26/1981.

⁴⁵⁵También intentos en la doctrina italiana con FROSINI y DE MATTIÀ. Véase FROSINI, Victorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Giufre Editore. Milano: 1981, pp. 279 y ss. En la doctrina francesa, KAISER, Pierre. *La protection de la vie privée*. P.U. d'Aix – Marseille, 2ª ed, Aix de Provence: 1990, p.10 y ss. En la doctrina norteamericana es muy conocida la aportación de PROSSER. Véase PROSSER, William. *Handbook of the law of torts*. St. Paul. Mim., 3ª ed. de 1964, pp. 829 y ss. [In: LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996, pp. 198 y ss.].

⁴⁵⁶HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2ª Ed. Böhlau. Colonia: 1967. PP. 268 y ss. [In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid: 1984, pp.328].

la cual abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza. En esta esfera surge un deber de discreción derivado del respeto a la confianza. Aquí se incluyen la correspondencia, memorias, diarios etc. Y la - *Geheimsphäre* que es la esfera del secreto que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado, han de quedar inaccesibles a todos los demás⁴⁵⁷.

La teoría alemana de los círculos concéntricos comporta niveles dentro de las niveles. La esfera del secreto se inserta en el círculo de la intimidad que, a su vez, se insiere en la esfera de la vida privada en sentido estricto⁴⁵⁸.

La formulación de esa teoría se basa en el hecho que “(...) *la sociabilidad de una persona debe servir de limitación a su libertad individual, debiendo la intensidad de la tutela jurídica de la personalidad ser inversamente proporcional a la sociabilidad de la conducta en cuestión*”⁴⁵⁹.

De acuerdo con esta teoría, “(...) *cabría distinguir diferentes esferas dotadas de diversos niveles de protección; de tal modo que la clasificación de una determinada información personal en uno u otro nivel resulta determinante para resolver la controversia: cuanto más se acerque el dato revelado al núcleo duro de lo materialmente íntimo, mayor relevancia deberá exigirse a la*

⁴⁵⁷LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Jurisprudencia y doctrina. *Op. Cit.*, pp. 196 -198.

⁴⁵⁸En la esfera de la vida privada en sentido estricto reposa la camada de la vida privada, la extremidad de la vida particular más perceptible a los observadores externos y menos reveladora de la personalidad de cada uno. Esa primera circunvolución sirve de palco en las relaciones interpersonales superficiales, ejemplificando, por las amistades que se adstringen a los colegas. Perfila el sigilo patrimonial (donde se aloja los sigilos fiscales, financieros y empresariales) y de datos y registros de comunicaciones (ejemplo del sigilo de datos y registros telefónicos o simplemente sigilo telefónico). En esta esfera, segundo la teoría, prevalecen la dimensión material de la vida privada y/o aspectos perfunctorios de los relacionamientos humanos. En la esfera intermedia, esfera de la intimidad, abundan las idiosincrasias del ser humano y florece la dimensión espiritual de la existencia humana, desdoblada en las informaciones confidenciales compartidas con familiares y amigos próximos (sigilo familiar) y con profesionales que tiene contacto con la intimidad de otros por fuerza de la actividad ejercida (sigilo profesional, muchas veces desveladas en el espacio domiciliario, dirección residencial o profesional, permanente o provisoria (sigilo domestico) y, en este caso, relacionada a inviolabilidad del domicilio. La esfera íntima también se envuelve el sigilo del contenido de las comunicaciones privadas (se incluye la telemática, epistolar, telegráfica, radioeléctrica, telefónica e informática), aunque aludieran a las cuestiones públicas. La raíz de la intimidad alberga el círculo nuclear, la esfera del secreto, por la cual orbitan los demás y donde se proyecta la imagen más auténtica de alguien, astricta a diarios y pensamientos o únicamente desvelada a los parientes y amigos más cercanos, y/o aún, a las personas que toman conocimiento de detalles recónditos del individuo por el mister desempeñado. COSTA JUNIOR. Paulo José. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., RT, São Paulo: 1995, pp.34-38. Traducción libre del portugués.

⁴⁵⁹SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito a intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da vida sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: 1998, p.254. Traducción libre del portugués.

*información para considerar que su difusión sea constitucionalmente legítima*⁴⁶⁰.

Esta doctrina alemana ha tenido gran notabilidad al establecer gradaciones en la vida privada, pero también ha sido objeto de muchas críticas. Entre ellas, se destaca MORALES PRATS⁴⁶¹, el cual afirma que, “(...) estas esferas se comunican y pueden pasar a formar parte unas de otras de modo que constituyen una espiral, en la que por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza o bien de esta a la esfera privada.

También asevera MEDINA GUERRERO⁴⁶² que “(...) la teoría de las esferas se ha cuestionado desde diversos planos, y las críticas se han acrecentado en los últimos años, imputándosele que, antes de incrementar la claridad, no ha contribuido sino a producir mayor confusión y desconcierto. Se destaca sobre todo la considerable incertidumbre conceptual reinante, ya que no existe acuerdo ni sobre la descripción de las concretas esferas”⁴⁶³. Añade el autor que “(...) tal vez, el punto más débil de la teoría resida precisamente en la dificultad – por no decir imposibilidad – de trazar unas fronteras nítidas entre las diversas esferas. Difícil separabilidad – ya reconocida por el propio fundador de la teoría, Hubmann – que ha llevado a un sector de la doctrina a sostener la inutilidad de la misma”⁴⁶⁴.

Esta teoría fue acogida en Europa y Estados Unidos⁴⁶⁵. No obstante restó superada por la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, a partir de la

⁴⁶⁰Gerald Neben: *Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem*, p. 236. [In: MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.14].

⁴⁶¹MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*. Ed. Destino. Barcelona: 1984, p.129.

⁴⁶²MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. *Op. Cit.*, p.18.

⁴⁶³La problemática conceptual que se deriva de esta interpretación de las esferas orientada temáticamente se pone claramente de manifiesto en relación con los datos sobre la actividad económica, en los que hay jurisprudencia contradictoria acerca de su inclusión, o no, en la esfera privada (Christian Schlottfeldt: *Die Verwertung rechtswidrig beschaffter Informationen durch Presse und Rundfunk*, p.62. Citado por MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. *Op. Cit.*, p.18.

⁴⁶⁴MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. *Ob. Cit.*, pp.13-14.

⁴⁶⁵SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006, p.30.

Sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre el ‘Censo de Población’⁴⁶⁶, que da origen, a un nuevo derecho en ese ordenamiento jurídico, denominado “autodeterminación informativa”⁴⁶⁷, cuya materia hemos visto en la sección II.3.3. La intimidad hoy, no es solo reserva, secreto, aislamiento, sino también control y poder de exclusión respecto a nuestra vida privada.

Se verifica en el artículo 18.1 de la CE que no hay una delimitación del contenido del derecho a la intimidad, cuyo tenor asegura expresamente la protección a ‘la intimidad personal y familiar’ pero no indica en qué consiste el derecho y sus delimitaciones. Lo mismo ocurre en el texto de la LODHI, donde se limita a enumerar las actuaciones que serán consideradas ‘intrusiones legítimas e ilegítimas’ en el ámbito de dicho derecho.

El derecho foráneo tampoco se aleja de esta verificación que ante las dificultades de definición del contenido de la intimidad, prefieren proclamar el derecho, dejando para la jurisprudencia el relleno de este contenido cuando de la aplicación del derecho al caso concreto⁴⁶⁸.

Sobre esta dificultad, PÉREZ ROYO⁴⁶⁹ consigna de forma muy clara que “(...) no se ha conseguido en parte alguna delimitar con precisión el contenido y alcance del derecho a la intimidad”, para después concluir que parecía que era “(...) como se hubiese un acuerdo bastante generalizado en que sin el derecho a la intimidad no se puede vivir, pero que también no podemos definirlo con precisión”. Al final concluye dicho autor, “(...) el derecho a la intimidad es, pues, un derecho elástico, de contenido variable, que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que tiene que ser delimitado en su contenido de manera casuística, a medida que se va dando respuesta a los problemas que se le plantean”.

En efecto, la constitución del ámbito de lo íntimo se determina a partir de los criterios generales establecidos por la ley y se va perfilando caso por caso,

⁴⁶⁶Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población].

⁴⁶⁷Este se resume en la posibilidad del individuo de determinar, quién, qué y con qué finalidad puede conocer, o utilizar un tercero, datos que nos afectan. Con ello se avanza en el concepto de intimidad desde la perspectiva externa. De esta forma la intimidad no es solo aislamiento y reserva, sino también el control de lo externo a nosotros y que nos pertenece, o que pertenece a nuestra vida privada. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada, Dykinson, Madrid: 2005, p.126.

⁴⁶⁸MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, pp.13-14.

⁴⁶⁹PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Op. Cit., p.293.

a través de la jurisprudencia que hará posible deducir los contornos que definen este espacio vedado a los demás.

El TC tiene un largo tiempo analizando los ámbitos de protección del artículo 18.1 CE. Así que se ha construido una abundante jurisprudencia con base en esta experiencia jurisprudencial. La doctrina sistematiza bloques de materias configuradoras del derecho a la intimidad como: la intimidad corporal⁴⁷⁰; las relaciones matrimoniales⁴⁷¹; las relaciones sexuales⁴⁷²; la vida sentimental⁴⁷³; el estado de salud⁴⁷⁴, el consumo de bebidas alcohólicas y otras drogas⁴⁷⁵; la filiación⁴⁷⁶; y en fin, también el historial penal⁴⁷⁷.

El TC también ha señalado qué asuntos no pueden entenderse comprendidos en el ámbito de cobertura del derecho a la intimidad como la inspección de las cuentas bancarias a efectos fiscales⁴⁷⁸, las actividades económicas⁴⁷⁹ y los datos relativos a las relaciones profesionales en que se desenvuelve la actividad laboral⁴⁸⁰.

Además, VAZQUEZ ALONSO⁴⁸¹, analizando la STC 190/2013⁴⁸², comenta que dicha sentencia explora cuestiones novedosas. Se trata en

⁴⁷⁰SSTC 37/1989, de 15 de febrero, F.J.7º; 57/1994, de 28 de febrero, F.J. 5º B); 207/1996, de 16 de diciembre, F.J. 3º A); 156/2001, de 2 de julio, F.J.4º.

⁴⁷¹STC 47/2001, de 2 de diciembre, F.J.6º. Señalaba el Tribunal Constitucional que "(...)se trata de los momentos en que don [F.R.] es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor [R.]"

⁴⁷²SSTC 89/1987, de 3 de junio, F.J.2º; 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 5º; 224/1999, de 13 de diciembre y 136/2001, de 18 de junio; 121/2002, de 20 de mayo, F.J. 2º y STS de 29 de enero de 1999.

⁴⁷³SSTC 154/199, de 14 de septiembre, F.J. 9º; 121/2002, de 20 de mayo, F.J.2º.

⁴⁷⁴SSTC 202/1992, de 23 de noviembre, F.J. 5º; 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º; 232/1993, de 12 de julio, F.J.2º; 231/1988, 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.6º.

⁴⁷⁵STC 234/1997, de 118 de diciembre, F.J.9º A).

⁴⁷⁶STC 197/1991, de 17 de octubre, F.J. 3º; STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.5º

⁴⁷⁷SSTC 46/2002, de 25 de febrero, F.J.5º y 52/2002, de 25 de febrero, F.J. 4º.

⁴⁷⁸STC 110/1984, de 26 de noviembre, F.J.5º.

⁴⁷⁹STC 143/1994, de 9 de mayo.

⁴⁸⁰STC 142/1993, de 22 de abril; ATC 30/1998, de 28 de enero, F.J. 2º, B).

⁴⁸¹VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, pp.392 y 393].

concreto, de hasta qué punto el artículo 18 ofrece protección a aquello que es íntimo y al mismo tiempo conocido. El TC se pronuncia sobre si estos dejan de estar amparados por el derecho a la intimidad, y por tanto, pueden ser objeto de difusión los aspectos de la vida personal sobre los que se presupone que ha de existir una barrera al conocimiento ajeno pero que, al mismo tiempo, ya son objeto de conocimiento general.

Alude dicho autor que, para el TC “(...) *lo conocido no excluye lo íntimo y quién, no ya desvele, sino simplemente recuerde a la opinión pública datos íntimos pero ya conocidos de una determinada persona, no estará eximido de responsabilidad jurídica por esa difusión*”⁴⁸³. Añade el autor que, con esta doctrina, el TC “(...) *ofrece un grado de protección al derecho a la intimidad de mayor intensidad que el que se puede deducir de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos humanos, donde se ha entendido que es conforme al Convenio excluir la responsabilidad por la difusión de datos íntimos que ya han sido objeto de conocimiento general*”⁴⁸⁴. Desde el aspecto material, concordamos con la conclusión del autor, reconociendo que no es difícil prever las dificultades que se puede enfrentar con esta doctrina cuando necesario fijar responsabilidades concretas por la (re) difusión de hechos ya conocidos, dada la inercia expansiva que facilita la red con respecto a cualquier información.

Con estos razonamientos, se puede afirmar con seguridad que el derecho a la intimidad, delineado originariamente para combatir el asedio de los medios de comunicación, ya cambió, evolucionó y si expandió del puro y simples “*right to be let alone*”⁴⁸⁵ para el derecho de disfrutar de zonas de retiro y secreto⁴⁸⁶ bajo control de quién la disfruta.

En efecto, cuando se habla de intimidad nos referimos a zonas de secreto o retiro voluntariamente elegidas (voluntad) y que estamos siempre

⁴⁸²STC 190/2013, de 18 de noviembre.

⁴⁸³STC 190/2013, de 18 de noviembre, F.J. 7º : “*El hecho de que un dato íntimo haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular –siempre que dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental– no implica que dicho dato deje de estar protegido por el derecho a la intimidad ante una posterior publicación, ya que lo contrario supondría una limitación del derecho y una carga a su titular a iniciar acciones judiciales con la única finalidad de evitar que su pasividad pudiera ser considerada como una renuncia a un concreto ámbito de su intimidad (STC 134/1999)*”.

⁴⁸⁴STEDH, Éditions Plon v. France, de 18 de mayo del 2004.

⁴⁸⁵WARREN, Samuel & BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid: 1995.

⁴⁸⁶Entendimiento del TEDH citado por RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.7.

abiertos a la posibilidad de salir de ellas (reversibilidad), sea por una intromisión externa, sea por decisión propia. Así que hay intimidad donde hay zonas de secreto o retiro voluntario reversibles y el derecho de disfrutarlas consiste justamente en la facultad de controlar tales zonas.

El TC también incluye en el contenido del derecho a la intimidad, aunque de forma no muy clara, la noción de control cuando aseveró que la intimidad es “(...) un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren”⁴⁸⁷, o cuando afirmó que “(...) la garantía de la intimidad, adopta hoy, un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”⁴⁸⁸. De forma que, estas zonas de control o secreto son aquellas en que el individuo puede excluir los demás, espacio en que las cosas, informaciones y actividades pueden permanecer al resguardo de intromisiones ajenas no deseadas, fuera de la mirada del mundo público.

Consonante la doctrina de FARIÑAS MATONI⁴⁸⁹, el derecho a la intimidad es un punto en una línea de tensión entre dos extremos: el egoísta y el altruista. Como en todos los derechos, quizá más en el de la intimidad se hace patente el sentido del ‘yo’, hacia otros o respeto de otros. Ese ‘yo’, base de la propia intimidad, hay que considerarlo:

I. En sí mismo, considerado fundamentalmente en cuanto a sí mismo:

1. Con referencia a su pasado, que es o puede ser evocado en el presente contra su voluntad:

- a) derecho al olvido;
- b) derecho a mantener en secreto los recuerdos personales;

2. Con referencia a su presente, en el que es amenazado o atacado:

2.1) En su propio cuerpo:

- a) Tomas de sangre, orina, etc.;
- b) Datos sobre su salud;
- c) ¿Es el aborto una mera cuestión de la vida privada?;
- d) Narcoanálisis;

2.2) En aspectos no corporales:

- a) identidad;

⁴⁸⁷STC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J.5º.

⁴⁸⁸SSTC 254/1993, de 20 de julio, F.J.7º y 143/1994, de 9 de mayo, F.J.7º.

⁴⁸⁹FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium, Madrid: 1983, pp.314 y ss.

- b) imagen;
 - c) Datos personales;
 - d) ser seguido u observado;
 - e) objetos personales;
 - f) placeres;
3. Con referencia a su futuro en cuanto planeado en el presente, potencialmente amenazado por ataques actuales:
- a) Descubrimiento de planes o proyectos del futuro.

II. En sí mismo, considerado fundamentalmente respecto de los otros:

1. Los otros en cuanto colectivo:
- a) El Estado, en su doble papel de garante y amenaza de la intimidad;
 - b) Personal (garante en cuanto emisor de normas protectoras, amenaza en cuanto compilador de otros datos personales; c - la sociedad y su interés en ser informada;
2. Los otros en cuanto personas concretas;
3. La intimidad ajena como límite y condicionante de la propia (el problema de la divulgación unilateral de un secreto compartido sin el consentimiento de la otra persona:
- a) la intimidad propia compartida: - relaciones familiares (hogar, vida conyugal); - relaciones cuasi familiares (aventuras amorosas, amistades, comunicaciones y cartas); - relaciones profesionales (vida profesional, secreto de los negocios);
 - b) La intimidad propia amenazada por los otros: - individuos concretos (parientes, vecinos, amigos, compañeros de trabajo, superiores, subordinados, extraños); - sociedades, entidades o institucionales especializadas *ad hoc* (detectives, agencias de información o matrimoniales, otras entidades); - el Estado (como administración y/o mediante sus funcionarios que cumplen o extralimitan sus funciones).

Como se nota el autor reconociendo la complejidad y relativismo del derecho a la intimidad, opta por una enumeración de contenidos posibles de ese derecho.

La tesis de Fariñas Matoni es reconocida como maximalista, como del autor MONREAL⁴⁹⁰, hay otros prudentes como PROSSER⁴⁹¹ y FROSINI⁴⁹², y

⁴⁹⁰A La vida privada está compuesta por: 1. Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al condicionamiento ajeno. 2. Aspectos concernientes a la vida amorosa

otros con tesis del contenido reconocidos como minimalistas, como la de Westin que resume los estadios de la *privacy* (Soledad, relaciones íntimas, anonimato y reserva), en el derecho de los individuos, grupos o instituciones de determinar por ellos mismos, cómo y cuanta información acerca de sí es comunicada a los otros.

En su justo medio, el derecho español, como no podía ser menos, debido a la complejidad para determinar el contenido del derecho a la intimidad, según la doctrina y legislación universal, ha constitucionalizado dicha situación en el art.18 CE, al presentar diversos supuestos en los que éste se encuentra, antes que una definición de la intimidad o de elementos que la caracterizan o desvelen su contenido único y hermético.

Esto revela que existe en la práctica una gama variada de aspectos o facetas de la misma, aparentemente sin relación entre sí, pero que constituyen manifestaciones de un único derecho, tal como lo sostiene Vidal Martínez⁴⁹³. Entre esas facetas están: a) la inviolabilidad de Domicilio; b) El derecho al secreto (en comunicaciones, documental, profesional - abogados, notarial, médico, religioso, periodístico, bancario, y c) Intimidad versus tratamiento

y sexual. 3 Aspectos, no conocidos por extraños, de la vida familiar, especialmente, los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo. 4. Defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles. 5. Comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que, de ser conocido, originaría críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen de aquel. 6. Afecciones de la salud, cuyo cumplimiento menoscabe el juicio para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto. 7. Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas. 8. La vida pasada del sujeto, en cuanto puede ser motivo de bochorno para este (derecho al olvido). 9. Orígenes familiares que lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos del estado civil. 10. El cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción, hechos o actos relativos al propio cuerpo que son tenido por repugnables o socialmente inaceptable (ruidos corporales, etc.). 11. Momentos penosos o de extremo abatimiento. 12. En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, etc.). LOPEZ DIAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson, Madrid: 1996, p.207.

⁴⁹¹William Prosser (1964). Agresiones a la *privacy*: 1. La intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado. 2. La divulgación pública de hechos privados. 3. La presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa apariencia o divulgación de hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública. 4. La apropiación indebida, en sentido amplio, de lo que pertenece a nuestro ámbito personal. Citado por LOPEZ DIAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Op. Cit., p.200.

⁴⁹²Vittorio Frosini. 1. Soledad: que supone la imposibilidad física de contactos materiales. 2. La intimidad: sin hallarse aislado el individuo se encuadra en un grupo reducido (ámbito familiar). 3. El anonimato: que mantiene la libertad para identificaciones individuales. 4. La reserva: creación de una barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas. Citado por LOPEZ DIAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Op. Cit., p.199.

⁴⁹³Citado por LOPEZ DIAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Op. Cit., p.210.

informatizado de datos. Cada una de estas facetas ha dado lugar a estudios autónomos cuyas aportaciones más detalladas hicimos en la sección II.3.

En el examen de este tema, se puede verificar que el estudio del contenido del derecho a la intimidad es de tal variedad como de autores que lo exponen. Eso porque es imposible delimitar su contenido.

El artículo 18.1 de la CE se extrae dos matices del derecho a la intimidad, - la personal y la familiar -. Se verifica en la doctrina un consenso que, se es dificultoso delimitar el concepto de derecho a la intimidad, aún más es conceptualizar la intimidad personal, pero podríamos entender esta como aquella intimidad que está referida de forma concreta al individuo, a un espacio psíquico y físico relativo a la persona individualmente considerada, tiene un referente más concreto, la persona. La STC 7/2014 expone con claridad la amplitud y una cierta subjetividad de lo que sea intimidad personal cuando considera que, *“(...) el derecho fundamental a la intimidad personal otorga a su titular cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 197/1991, 176/2013)”*⁴⁹⁴.

Además de la referida intimidad personal, este derecho también incluye la protección de la intimidad familiar, pero no como grupo, pues tiene carácter individual, sino como el derecho de cada persona de un entorno familiar⁴⁹⁵ a que los aspectos íntimos y privativos de tales relaciones, no sean divulgadas sin consentimiento de los afectados. Así la indebida difusión de ciertos eventos *“(...) que puedan ocurrir a padres, cónyuges e hijos”*, afectan a la intimidad como *“(...) un derecho – propio y no ajeno - a la intimidad constitucionalmente protegible”*⁴⁹⁶. También el TC ha determinado que lo que afecta a la intimidad *personal* de los hijos, afecta a la intimidad *familiar* de los padres⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴STC 7/2014, de 27 de enero, F.J.3º.

⁴⁹⁵STC 186/2013, de 4 de noviembre, F.J.6º.

⁴⁹⁶STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.4º.

⁴⁹⁷STC 197/1991, de 17 de octubre, F.J.3º.

El problema que se plantea en la doctrina es, determinar qué debemos entender por ‘familia’. DE CARRERAS⁴⁹⁸, presenta una solución para el impase aseverando que se debe entender por intimidad familiar toda aquella que “(...) *trata de vínculos convivenciales y afectivos, con independencia del vínculo matrimonial*”.

En este contexto el TEDH afirmó que el derecho al respeto a la vida familiar de cada uno, presupone la existencia de una familia, no pudiéndose hacer distinciones entre familia legítima e ilegítima⁴⁹⁹. Y si la relación en cuestión es entre padres e hijos, la vida en común no es una condición imprescindible para hablar de vida familiar. La relación que un matrimonio crea entre los cónyuges debe ser calificada de vida familiar incluso si la vida familiar no está aún plenamente establecida, de modo que un niño nacido de tal unión se inserta de pleno derecho en esa relación, por lo que desde el instante y por el solo hecho de su nacimiento existe entre él y sus padres, incluso si estos no cohabitan, ‘un nexo constitutivo de vida familiar’⁵⁰⁰.

En este contexto, el TC reconoce la idea de ‘familia’ como un marco de solidaridad y dependencia, como comenta RODRIGUEZ RUIZ⁵⁰¹ cuando analizaba el ‘concepto de familia constitucional’ para fines del artículo 39.1 de la CE. Explica la autora que fue en la STC 222/1992⁵⁰², cuando el TC abordó por primera vez la definición de ‘familia constitucional’⁵⁰³, comentando que, “(...) *tras corroborar que ‘nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio’ (F.J.5), este Tribunal llevó a cabo lo que hasta la fecha sigue siendo su mayor intento de aproximación a la noción constitucional de familia, esbozando sus rasgos esenciales. La familia, dice el Tribunal, es siempre ‘un marco de solidaridades y*

⁴⁹⁸DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Régimen jurídico de la información*. Ariel, Barcelona: 1996, p.74.

⁴⁹⁹SSTEDH Marck c. Bélgica, A-31, de 27 de abril de 1979; Johnston y otros c. Irlanda, de 24 de diciembre de 1986.

⁵⁰⁰SSTEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandall c. Reino Unido; Berrehab c. Países Bajos.

⁵⁰¹RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El Tribunal Constitucional y el amparo a las familias*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, pp.460 y 461].

⁵⁰²STC 222/1992, de 11 de diciembre.

⁵⁰³Alude la autora que anteriormente el TC sostenía un concepto de “(...) la familia *stricto sensu* (...) es la generada por el vínculo conyugal y la prole” (ATC 308/1985, de 8 de mayo), que en todo caso “*el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes*” (AATC 156/1987, de 11 de febrero, F.J. 1º; 788/1987, de 24 de junio). RODRIGUEZ RUIZ, Blanca. *El Tribunal Constitucional y el amparo a las familias*. Op. Cit. pp.460 y 461.

dependencias' (F.J.4). Y aunque no concibió la existencia de este marco como territorio exclusivo de la convivencia (vid. también STC 10/2012, de 12 de marzo, esp. F.J.5), sí declaró que en él encajan, si no exclusivamente, sí en todo caso y principalmente las relaciones convivenciales que descansan en un compromiso recíproco de solidaridad y dependencia, en un compromiso, hay que entender, de apoyo y sustento, emocional y material, en los terrenos asistencial y económico". Concluye la autora que, "(...) exactamente qué relaciones convivenciales de dependencia y solidaridad constituyen una familia a efectos constitucionales es algo que el Tribunal no entró entonces ni ha entrado aún a especificar"⁵⁰⁴.

En cuanto a la extensión de la familia, el TEDH afirma que la vida familiar abarca, además de los vínculos paterno-filiales, los existentes entre los parientes más cercanos, como abuelos y nietos, en la medida que aquéllos pueden jugar un importante papel en la vida familiar de éstos⁵⁰⁵.

No obstante, la intimidad familiar a que se refiere el art. 18 CE no tiene esta dimensión. Merece la pena transcribir pasaje de la STC 186/2013⁵⁰⁶, donde el TC, analizando una casuística de reagrupación familiar, perfiló con claridad su posición acerca de las delimitaciones del 'derecho a la intimidad familiar', donde declara que "(...) en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, matizamos que "nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE y dijimos en esa misma resolución que el art. 18 CE (...) regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia (...) el derecho a la intimidad 'se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del

⁵⁰⁴RODRIGUES RUIZ, Blanca. *El Tribunal Constitucional y el amparo a las familia*. Op. Cit., pp.460 y 461.

⁵⁰⁵SSTEDH Marcks c. Bélgica, de 13 de junio de 1979.

⁵⁰⁶STC 186/2013 de 4 de noviembre, F.J.6º

individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. 'No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido' (STC 231/1988)' (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)" (FJ 11). (...)En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE) (...)"⁵⁰⁷.

En la 'intimidad familiar', vamos encontrar especial repercusión de su reconocimiento a los derechos de las personas fallecidas, ya que el hecho atentatorio al derecho a la intimidad personal del fallecido estará vulnerando un derecho propio del que los familiares son titulares, cuyos comentarios más detallados remitimos a la sección III.5 de este estudio.

Así, el art. 18.1 CE no garantiza un contenido concreto y prefijado de la intimidad, sino simplemente el *derecho a poseerla* y a que sea el propio titular el que decida cuál o cuáles aspectos de su vida personal y familiar quiere mantener reservados del conocimiento público. Como señala la STC 115/2000, el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE "(...) *tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 C.E.), frente a la acción y el*

⁵⁰⁷STC 186/2013, de 4 de noviembre, F.J.7º.

*conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (...), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 C.E. garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada*⁵⁰⁸.

Oportuno aún mencionar que en los supuestos de *intimidad compartida* entre dos personas existiría vulneración de este derecho si una de las partes difunde, sin consentimiento del otro, informaciones relativas a esa vida íntima compartida, pues el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo y, por tanto, indivisible. Como señaló, en este caso, el Tribunal Supremo en la STS 1219/2004, sobre un vídeo con cámara oculta al director de un medio de comunicación: *“El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, (...), por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo*⁵⁰⁹.

Así pues, como se denota el contenido del derecho a la intimidad es algo fluctuante pues la intimidad antes de ser un fenómeno jurídico es un fenómeno social, de esta forma su carácter mutante es inevitable.

⁵⁰⁸STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J.4º. En el mismo sentido se manifiestan las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre, 144/1999, de 22 de julio; 115/2000, de 10 de mayo; 83/2002, de 22 de abril; 127/2003, de 30 de junio.

⁵⁰⁹STS 1219/2004, de 10 de diciembre.

Ahora bien, siendo el derecho a la intimidad el resultado de un momento social, con los actuales e imparable avances tecnológicos que involucran el cotidiano de toda la sociedad, es incontestable que la delimitación de su contenido está saliendo de los moldes tradicionales. El impacto de esta convivencia diaria con las nuevas tecnologías de la información está cambiando visiblemente las valoraciones de 'lo íntimo', las pautas de conducta de las personas.

Además, irrefutable que cuanto más tecnología se usa, más fácil es controlar su usuario y, este sometimiento a una vigilancia constante está poniendo cada vez más difícil la tarea de mantener incólume el derecho a la intimidad. Empeora este escenario, la falta de conocimiento de los riesgos del medio, como advierte el autor TOURIÑO⁵¹⁰, *"(...) el ciudadano actúa muchas veces en internet sin tener en cuenta el riesgo que supone la posibilidad de pérdida de control de cualquier información que sale del ámbito privado y que puede pasar a ser de dominio público, con las graves consecuencias que de ello se derivan"*.

Dicho autor hace una referencia muy oportuna al filósofo polaco Zygmunt Bauman, que define nuestra Era como 'tiempos líquidos'. En la concepción del filósofo, la modernidad líquida es un tiempo de incertidumbre, de transición, en el que los individuos, los mismos que durante siglos lucharon por consolidar sus derechos civiles, se encuentran ahora ante el reto de ser libres⁵¹¹.

Razona con propiedad dicho autor, cuando asevera que *"(...) la concepción de la sociedad actual como líquida es posiblemente uno de los mayores aciertos de la sociología contemporánea. El término 'líquido' describe con enorme grafismo el tránsito de una sociedad sólida y estable a una modernidad en la que las estructuras sociales no perduran en el tiempo lo suficiente como para asegurarse y gobernar las costumbres de los individuos. La consecuencia más palpable de todo ello es que las pautas de comportamiento ya no son las mismas y, en ese cambio, internet ha jugado un rol fundamental. El nuevo marco de convivencia propiciado por Internet exige a*

⁵¹⁰TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Edit. Catarata, Madrid: 2014, pp.21-23.

⁵¹¹TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Op. Cit., pp. 23 - 24.

los individuos replantearse la forma de interactuar con los demás en sociedad”⁵¹².

La eclosión de internet ha cambiado nuestras vidas. Internet no ha traído únicamente un cambio tecnológico, sino que también, un cambio en el modo de enfrentarse a la realidad. Nuestros actos ya no se circunscriben como antiguamente, a nuestro entorno inmediato, sino que tienen consecuencias dentro y fuera del mundo físico. Internet ha supuesto una auténtica revolución cultural y social. Su impacto desborda los tradicionales conceptos de Estado y frontera. Con internet el poder se ha vuelto extremadamente extraterritorial y, además y principalmente, ya no está atado por la resistencia del espacio y tiempo.

En ese contexto, VILLAVERDE MENÉNDEZ⁵¹³, añade que “(...) el proceso de comunicación pública sobre el que se asienta el entramado de libertades constitucionales pertenecientes al grupo de los derechos de interrelación con otros (libertades de expresión, información, derecho a la información, honor, intimidad y propia imagen, protección de datos, reunión y manifestación y asociación), ha sido un espacio físico y real de comunicación interpersonal (la plaza pública, la calle, los medios de comunicación...) era un espacio definido físicamente, bien por el espacio en el que tenía lugar el proceso de comunicación (la plaza pública...), bien por el soporte en el que éste se producía (la prensa...) hasta la irrupción del empleo de internet como un foro público de comunicación interindividual mediante redes sociales y otros medios de difusión de opiniones e información imaginables”⁵¹⁴. Internet ha hecho de ese espacio físico un lugar inexistente, efectivamente ‘líquido’ como ahora se da por denominar a todo lo inaprehensible a los sentidos.

Todo ese grado de avance tecnológico de nuestra sociedad y su incesante crecimiento, implica en la multiplicación de nuevos riesgos de

⁵¹²TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Op. Cit., p.24.

⁵¹³VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual*. Espacio Jurídico: *Journal of law*. Edit. Unoesc, Vol. 14, Nº. 3, Chapecó: 2013, p. 58.

⁵¹⁴Para un análisis del proceso de comunicación pública véase cualquiera de los trabajos de Ignacio Villaverde Menéndez, tanto sus libros *Derecho a ser informado. Estado democrático e información*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo 1994, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid: 1995; y *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de ‘proceso de comunicación pública’*. Revista española de derecho constitucional, nº. 68, 2003, pp.121 y ss.

vulneración a la intimidad de las personas. Los ataques que se pueden producir son casi ilimitados.

Las nuevas tecnologías de información no encuentran entrabes en el tiempo, hacen con que los hechos practicados hace mucho tiempo, en momentos distantes, y ya olvidados, pueden, ser rescatados y inseridos en redes sociales de internet, causando nuevas formas intrusiones, actuales, y mucho más ruinosas, más allá de aquellos causados en época pretérita.

Decía el refrán español que ‘no hay mal que cien años dure’. Ese aforismo fue derrumbado sin escrúpulos por los motores de búsqueda de Internet. Si algo ha dado *google* y compañía, es eso, memoria. *Google* es la hemeroteca a la que todos acceden y de la que, por el momento, nadie puede escapar.

Todas las personas tienen recuerdos, buenos y malos. Dentro de esta trama hay que señalar que las personas tienen el derecho a no acordar de los desagradables y este derecho, con internet, puede ser fácilmente vulnerado contra nuestra voluntad. Los motores de búsqueda representan un ‘atestado de muerte’ a este derecho⁵¹⁵, llamado el ‘derecho al olvido’⁵¹⁶. Desarrollaremos este tema en el Capítulo V, sección II.1.

⁵¹⁵Aunque una empresa inglesa llamada *Reputation VIP*, en mayo de 2014, cuando el Tribunal Europeo reconoció el derecho de los ciudadanos a suprimir del buscador aquellos datos irrelevantes y sin interés público que les afecten, creó un servicio *online* que facilita ejercer el derecho al olvido en *Google*, dicha empresa, es un mero intermediario entre el gigante estadounidense y la persona física que quiere eliminar esos enlaces en la Red y, hay que explicar a la multinacional –e intentar convencerla– por qué esos enlaces deberían dejar de existir en la web. Aún no se sabe la efectividad de ese servicio *online*.

Disponible en:

http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/06/26/actualidad/1403766612_730345.html

Acceso en: 19.08.2014

⁵¹⁶El ‘derecho al olvido’, se planteó por primera vez en un caso de la jurisprudencia americana, en un caso muy conocido y que sirvió de precedente para la jurisprudencia posterior, es el de *Melvin V. Reid* en 1931, una película titulada ‘The red Kimono’ (El kimono rojo), utilizó como argumento la vida pasada de una mujer que había sido prostituta, hacia unos siete años antes de la filmación, y que llegó a ser juzgada por un asesinato, siendo absuelta más tarde. Después del juicio, abandonó el tipo de vida que llevaba y contrajo matrimonio llevando, a partir de entonces, una vida digna y honrada. La película narra su vida, utilizando el nombre real de soltera de la afectada, sin su consentimiento y expresando que era un hecho verídico. La interesada demanda a la productora y gana el pleito, pues ‘tenía derecho al olvido’ según el Tribunal, lo cual no es otra cosa que su derecho a la intimidad que se había visto afectado por aquella película. LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996, p.284. El derecho al olvido es, sin duda, un aspecto de la intimidad: es decir, no es lícito rescatar del olvido unos hechos pasados de alguien que en la actualidad lleve una vida normal y regenerada - FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Trívium, Madrid: 1984, p. 112, [In: LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996, p.284].

El carácter viral de internet hace que una información o un contenido, que puede tener un carácter íntimo se convierta por un descuido o una acción impiedosa de una tercera persona en un documento cuyo control haya sido perdido para siempre. Los riesgos son muchos y si renuevan a cada día. El TEDH ya mantiene una aproximación cautelosa ante el fenómeno de internet y los riesgos que puede entrañar, como demuestra la importante sentencia de 10 de octubre de 2013⁵¹⁷.

Lo paradójico del espacio de comunicación que ofrece internet es que, al tiempo de ser un campo abierto de intercambio de mensajes, ofrece la aparente sensación de opacidad, de intimidad, de que nadie nos ve, y además facilita el anonimato y la creación de personajes falsos. Los principios de libertad (el acceso al proceso no podía ser efecto del uso del poder público, del mismo modo que nada puede coartar o imponer el acceso de mensajes al proceso), apertura (cualquiera y cualquier mensaje puede acceder al proceso) y publicidad (el proceso es transparente y accesible a la generalidad) que rigen la garantía constitucional de ese espacio de intercomunicación social, se diluyen en esa su condición *líquida* de la red, inaprehensible a los sentidos, o, para mejor decir, reducida a una pantalla y un teclado de cualquier dispositivo informático imaginable.

La red nos genera la ilusión de que en realidad la comunicación activa o pasiva que establecemos a través suyo es opaca al mundo, no deja rastro; es un proceso de comunicación solo aparentemente libre, abierto y público. Esa aparente opacidad nos estimula a ser menos prudentes con nuestra privacidad en la falsa creencia que estamos a salvo de la mirada ajena. El precio que se paga por hacer uso ilimitado de semejante fuente inagotable e inabarcable de

⁵¹⁷STEDH, de 10 de octubre de 2013, Delfi AS c. Estonia, par. 92. La sentencia examina un caso en el que un portal de noticias fue condenado por los tribunales nacionales a una reparación civil por los comentarios difamatorios que los usuarios habían publicado al hilo de una información divulgada por el portal. Para el Tribunal, el hecho de que la difamación se produjera en un contexto digital constituye un elemento decisivo para calibrar el grado de responsabilidad exigible al portal. En este sentido afirma: *“La difusión de Internet y la posibilidad – o para algunos propósitos el peligro – de que la información una vez publicada siga siendo pública y circule para siempre llama a la prudencia. La facilidad de divulgar información en Internet, y la cantidad de información en ella, significa que es una tarea difícil detectar declaraciones difamatorias y eliminarlas. Ello es así para un operador de un portal de noticias en Internet, como en el presente caso, pero esta tarea es aún más onerosa para una persona potencialmente lesionada, para quien es menos probable poseer recursos para el control continuo de la red. El Tribunal considera que este último elemento es un factor importante en la ponderación de los derechos e intereses en juego”*

información que es la red es la fragilidad de nuestra vida privada. Esto no sucede en el proceso de comunicación pública real, donde de pagar un precio por el acceso a la información o participar en los canales de información es económico⁵¹⁸.

Actualmente, con esta realidad tecnológica, hasta mismo los actos más simples y cotidianos de la vida íntima pueden ser divulgados en escala global, en velocidad extraordinaria, además, con la agravante de poder ser almacenados *ad eternum*. Los perjuicios que pueden causar informaciones falsas o verdaderas, pero, de la esfera de la vida íntima, vehiculadas a través de internet, son potencialmente mucho más nefastas del que en la época en que la propagación de la noticia se daba por los medios tradicionales de divulgación. Así indudable que el contenido del derecho a la intimidad sufrió un cambio significativo con la tecnología.

Es en parte, por todos estos hechos, que se verifica que las violaciones al derecho a la intimidad se crean, recrean y si reciclan a lo largo de los tiempos. Por esta razón que algunos autores, en vez de intentar una definición de este derecho, que siempre correrían serios riesgos de fracaso, prefieren enumerar los contenidos posibles del derecho y, sobre todo, adoptar una concepción “(...) *suficientemente flexible que sea capaz de adaptarse a los cambios y evolucionar en consonancia, sin distorsionar*”⁵¹⁹, es decir, un concepto dinámico para poder acompañar la evolución de la sociedad.

El derecho a la intimidad es un requisito fundamental para una sociedad libre que a través de las TIC's está siendo atacado. Su vulneración no se circunscribe más a la captación de imágenes o a la divulgación de informaciones relativas a la intimidad de las personas. Las nuevas tecnologías de la información han revolucionado la sociedad, y ahora se hace necesario una tutela de este derecho teniendo presente estas nuevas formas de agresión.

Así la intimidad adquiere en el momento actual una nueva perspectiva, un nuevo significado, que debe llevar a entenderla como el derecho de la persona a poder decidir libremente sobre su vida y sus experiencias, íntimas o no, pero que sólo a él afectan. Pero, en la actualidad, a partir del desarrollo

⁵¹⁸VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual*. Espacio Jurídico: *Journal of law*, Edit Unoesc, Vol. 14, Nº. 3, Chapecó: 2013 , pp.57-58.

⁵¹⁹FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Trívium, Madrid: 1984, p.357.

tecnológico de la sociedad, el derecho a la intimidad adquiere un especial sentido, y su tutela y protección alcanza no sólo a los aspectos esenciales e íntimos a los que la intimidad se vinculó tradicionalmente, sino que se hace precisa una revisión de la configuración jurídica de este derecho para ofrecer una concepción más adecuada a la nueva realidad social.

Capítulo Segundo

LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

SUMARIO: I. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; II. LA INEXISTENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES ABSOLUTOS. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; III. LOS LÍMITES DE LOS LÍMITES; III.1. La reserva de ley y el contenido esencial. Garantías normativas frente a las limitaciones; III.2. Principio de la proporcionalidad; IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD; V. LOS DERECHOS A UNA COMUNICACIÓN LIBRE DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. VI. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS. PONDERACIÓN DE DERECHOS Y POSICIÓN PREFERENTE DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN; VI.1. La 'relevancia' de la información como criterio legitimador a la invasión a la intimidad; VI.2. La 'veracidad' de la información como elemento de vulneración del derecho a la intimidad. La 'exceptio veritatis'; VI.3. La Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ERA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

I. La dignidad humana como fundamento de los límites a los derechos fundamentales.

La idea de dignidad aparece en los textos jurídicos indisolublemente ligada al concepto de derechos fundamentales. La referencia a la dignidad personal se realiza en la CE en su art. 10.1, que es la norma de apertura del Título primero, regulador de los derechos y deberes fundamentales. Allí se señala que: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

Se afirma, por tanto, que la dignidad humana es el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto. Por tanto, este precepto constituye el principio rector supremo del ordenamiento jurídico, es decir, es el núcleo de todo el sistema de valores constitucionalmente establecido⁵²⁰.

Si así es, cuando hablamos de ‘límites de los derechos fundamentales’ debemos, por tanto, traer a un primer plano el tema de la dignidad humana. Eso porque esta dimensión del ser humano, junto con la idea de sociedad democrática⁵²¹, son los ejes a través de los cuales debe girar la construcción de una teoría de los límites de los derechos fundamentales⁵²².

MUÑOZ ARNAU⁵²³ afirma que la dignidad de la persona es una de las medidas de los derechos fundamentales, es decir, uno de los criterios para su delimitación. Se erige en límite infranqueable de cualquier acción limitadora del Estado y a la vez debería ser la referencia para ese fenómeno que el TC ha

⁵²⁰ MARÍN CASTÁN, María Luisa. *Notas sobre la dignidad humana*. [In: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. dirigido por R. Morodo y P. Devega, UNAM_FDUCM, Madrid: 2000, vol. III, pp.1725 y ss.].

⁵²¹ La posible tensión entre la existencia de una sociedad democrática y el reconocimiento de los derechos fundamentales (STEDH, Caso *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Bélgica*, de 18 de octubre de 1982), sobre todo cuando se les atribuye a éstos características que tienen que ver con una naturaleza – la humana – que impone sus exigencias a la comunidad política. Por eso, si se entiende la democracia como posibilidad incondicionada de otorgar determinados contenidos a los derechos fundamentales prescindiendo de las exigencias derivadas de la condición humana, la relación entre derechos fundamentales y democracia se hace inmediatamente problemática. Véase MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998, pp. 41-48.

⁵²² MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998, p.49.

⁵²³ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998, p.49.

denominado ‘fuerza expansiva’ de los derechos fundamentales⁵²⁴, en la medida en que aquella actúa en este ámbito como ‘fuerza impulsora’ y, por otra parte ‘limitadora’ de unas potenciales expansiones que no tuvieran en cuenta el contenido propio de la dignidad.

Añade dicho autor que, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales no es un fenómeno cuyo límite pueda encontrarse solo en barreras externas, sino primordialmente en las exigencias derivadas de la naturaleza del hombre como persona, que es lo que da racionalidad a la dimensión objetiva de los derechos. Como se ha encargado de decir STARCK⁵²⁵: *“La dignidad es un concepto clave jurídico-constitucional respecto a la relación del hombre con el Estado, que forma parte de las bases de fundamentación estatal, y que despliega efectos jurídicos en la organización y desarrollo de las funciones estatales, así como en orden a las garantías de la libertad”*.

MUÑOZ ARNAU⁵²⁶ comenta que la CE en el art. 10.1 radica en la dignidad humana el título para reconocer a la persona los derechos inviolables que le son inherentes. El libre desarrollo de la personalidad encuentra en ella su razón de ser, pero también el criterio para reconocer qué es un ‘desarrollo verdadero’. Al reconocerla como fundamento de los derechos, los objetiva y libera del relativismo de los valores; es más, debería someter a los que contiene el artículo 1 como criterio de validez indisponible.

⁵²⁴Para Suárez, el TC ha fijado criterios interpretativos aplicables a la relación de los derechos fundamentales con las normas limitadoras de los mismos, es el principio ‘favor libertatis’ y el principio de la fuerza expansiva de los derechos. Con el primero se trata de garantizar que en aquellos supuestos en que existan dudas a la hora de interpretar y aplicar una norma, ésta debe ser interpretada de aquella manera que suponga una mayor efectividad para el derecho fundamental, tal y como se dispone en el F.J. 3º de la STC 1/1989 de 16 de enero que literalmente proclama que *“(…) la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente aquellos que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dota de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental”*. Por su parte, el principio de ‘fuerza expansiva’ de los derechos fundamentales viene a significar que todas aquellas normas que constituyan un límite a los mismos deben ser interpretadas de forma restrictiva. SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Revista de ciencias jurídicas, nºs 12-13, 2007-2008, p.139.

⁵²⁵STARCK, Christian. *La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán*. [In: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Francisco Fernández Segado (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2008, p.253].

⁵²⁶MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Op. Cit., p.49.

Para mejor comprender el tema de la dignidad humana y las limitaciones que se derivan de esa posición para extraer las consecuencias jurídicas del concepto, urge analizar algunas sentencias del TC.

En la STC 150/1991, el TC señala que “(...) *las normas constitucionales relativas a la dignidad y la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E., así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 C.E., si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución (...)*”⁵²⁷.

En esta sentencia el TC quiere decir que no desea vincular el concepto de dignidad humana a ninguna antropología concreta, y esto es una imposibilidad que el propio TC no puede superar. Sería posible afirmar que la Constitución española no mantiene⁵²⁸ una idea determinada de persona y, por tanto, no puede mantener la de su dignidad, que es una cláusula abierta al contenido que en cada momento las mayorías parlamentarias o la composición concreta que el TC quiera darle.

Lo que no quepa duda es que en cada momento histórico, un Tribunal concreto mantiene siempre una determinada posición ante lo que sea una realidad de esa naturaleza, aunque la considere relativizada por entender que puede haber al respeto otras posiciones legítimas.

En efecto, cuando el TC afirma que “(...) *puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”⁵²⁹, está manifestando una determinada concepción de dignidad humana que, consonante con la CE y, sin duda, deducida de ella, está presente en la cultura jurídica en la que el texto constitucional esta inserido.

⁵²⁷STC 150/1991, de 4 de julio, F.J.4º.

⁵²⁸Muñoz Arnau entiende que sí. MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español. Op. Cit.*, p.50.

⁵²⁹STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º.

El TC, al dar este concepto, hace un 'ajuste' entre el texto de la Constitución y las ideas anteriormente proporcionadas por el mundo cultural en las que el intérprete está situado y sin las que el lenguaje constitucional es confuso, imposible.

Se puede afirmar que se vislumbra una conexión entre el concepto que el TC mantiene sobre lo que es dignidad humana y las que pueden considerarse como posiciones filosóficas dominantes o más congruentes con el espíritu del constitucionalismo.

En las palabras de SPAEMANN⁵³⁰, por ejemplo, extraemos que “(...) *el concepto de dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es sólo ‘fin en sí mismo para sí’, sino ‘fin en sí mismo por antonomasia’*”⁵³¹, añade dicho autor, “(...) *porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos dignidad humana (...) La dignidad humana sólo corresponde a aquellos seres que poseen de hecho aquella propiedad por la cual nos reconocemos unos a otros la racionalidad y la capacidad de autodeterminación moral*”.

De esta forma, acompañamos el entendimiento de Muñoz Arnau en el sentido de que la definición del régimen político que hace la Constitución, es decir, de la enumeración de los valores que propugna y del reconocimiento que hace de los derechos inherentes de la dignidad humana, es legítimo deducir una imagen del hombre y, en consecuencia, de su dignidad a la que está vinculado el máximo intérprete de la Constitución. Así que innecesario que el TC diga que la dignidad es un valor 'espiritual y moral'.

La misma existencia del ordenamiento jurídico sería imposible si se desconociera la dimensión moral del ser humano. La CE, al reconocer los distintos derechos fundamentales, va alineando una idea de lo que es la persona que se aprecia mejor al situarnos en la perspectiva de los deberes. Eso porque, a la persona se le debe respetar, a la vida, su mundo interior y las condiciones externas para garantizarlos la comunicación libre con los demás y la posibilidad de una apertura a lo trascendente que garantiza el derecho a la

⁵³⁰SPAEMANN, Robert. *Sobre el concepto de dignidad humana*. Persona y Derecho, nº 19, 1988, pp.23-24.

⁵³¹Obsérvese la proximidad de esta definición con la mantenida por el TC en la STC 53/1985, de 11 de abril, F.J.8º, citada anteriormente.

libertad religiosa; a la persona se le debe la verdad como manifestación del respeto a su inteligencia, etc.

Además, es cierto, el TC ha reducido la operatividad del artículo 10.1 en relación con los derechos fundamentales al afirmar que dicho artículo “(...) no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo por impedirlo los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, que han configurado el recurso de amparo para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 C.E. (...) pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales (...) sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente”⁵³².

BERMÚDEZ⁵³³, después de recriminar el TC por no sacar más provecho del reconocimiento constitucional de la dignidad humana, reconocía la dificultad para que eso sucediera. Desde el punto de vista doctrinal, observa que (...) *la causa apunta a que los derechos no derivan de la dignidad en cuanto a su contenido material, sino en cuanto a la obligatoriedad del respeto. (...) El derecho y, por tanto, también los derechos fundamentales en la medida que son verdaderos derechos, están referidos a, o protegen, bienes particulares de la persona (...). Si se quiere, protegen a la persona a través de bienes particulares que la constituyen o le pertenecen. Pues bien, esos bienes no derivan directa y materialmente de la dignidad, sino de otro constitutivo de la persona como es su naturaleza, su modo de ser específico. Además, esa derivación no se verifica en abstracto, sino a partir de circunstancias histórico-vitales particulares. (...) Se puede concluir suficientemente que en la estructura genética de los derechos interviene no sólo la dignidad, sino tres elementos: la naturaleza humana – que actúa a la vez como instancia de determinación material y como factor de universalización, de extensión a todo el género humano-; el elemento histórico, también determinante y configurador de las exigencias concretas, a la luz de la naturaleza; y la dignidad humana misma,*

⁵³²STC 57/1994, de 28 de febrero, F. J.3º a).

⁵³³SERNA BERMÚDEZ, Pedro. *La dignidad de la persona como principio del derecho público*. [In: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 2, nº. 4, 1995, pp. 305-306].

que actúa como fuente de la exigencia u obligatoriedad del derecho configurado tópicamente a partir de los otros dos factores”.

En la STC 120/1990, el TC razona que lo que establece el artículo 10.1 “(...) no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in ‘toto’ condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad”⁵³⁴.

En este punto se verifica una aproximación entre la posición del TC y la afirmación de SPAEMANN⁵³⁵ de que la dignidad “(...) señala un último e infranqueable residuo del propio ser como autodeterminación moral posible”.

En esta senda el TC en la mencionada STC 120/1990, ha dicho que la dignidad constituye “(...) un ‘mínimum’ invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁵³⁶.

Es decir, también le otorga el carácter de ‘valor superior’ en cuanto es juicio previo y presupuesto para el enjuiciamiento de los derechos fundamentales, o, como señala la STC 53/1985, representa el “(...) prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los derechos”, conceptuándola como “(...) valor espiritual y moral inherente a la persona (...)”⁵³⁷.

Por eso, el TC vincula de un modo especial a la dignidad de la persona al derecho a la vida y la integridad física y moral, la libertad de ideas y creencias, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o el derecho al honor⁵³⁸.

Una vulneración de cualquiera de estos derechos parece incidir más en este *mínimum* que debe ser protegido para garantizar, como ha dicho el TC, “(...) una calidad mínima de vida humana”⁵³⁹.

⁵³⁴STC 120/1990, de 27 de junio, F.J.4º.

⁵³⁵SPAEMANN, Robert. *Sobre el concepto de dignidad humana*. [In: *Persona y Derecho*, nº 19, 1988, p.27.

⁵³⁶STC 120/1990, de 27 de junio, F.J.4º.

⁵³⁷STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 3º.

⁵³⁸STC 120/1990, de 27 de junio, F.J.4º.

⁵³⁹STC 57/1994, de 28 de febrero, F.J.5º.

Así, con base en estos posicionamientos, el TC ha invocado la dignidad de la persona como límite a la embargabilidad de ciertos bienes y derechos en relación con el derecho a la ejecución de las sentencias firmes⁵⁴⁰.

A partir de la consideración institucional de la persona, se observa un creciente reconocimiento por parte del poder constituido y se aprecia el dinamismo que caracteriza la evolución jurídica de los derechos a ella inherentes. Esta evolución refleja la permanente lucha del hombre por el reconocimiento de aquellos derechos esenciales que conllevan el respeto a la persona, tanto individualmente considerado, como en su desarrollo en sociedad.

La presencia de la idea de la dignidad de la persona como valor constitucional, no sólo centra la pluralidad abierta de 'valores superiores', sino que aparece como criterio integrador y unificador del sistema de los derechos fundamentales⁵⁴¹.

La dignidad, ha constituido - y continua cumpliendo – punto de referencia para el reconocimiento de derechos y facultades, así como para la calificación y valoración de las distintas Constituciones. Como señala FERNÁNDEZ SEGADO⁵⁴² nos hallamos en presencia de un “(...) rasgo sobresaliente del constitucionalismo de la segunda postguerra, que ha elevado la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”.

En definitiva, se evidencia que la dignidad es patrimonio común de todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción alguna, es simplemente, el

⁵⁴⁰STC 113/1989, de 22 de junio, F.J.3º, “El derecho fundamental a que se ejecuten las Sentencias firmes, de trascendental importancia en nuestro sistema jurídico y cuya integración en el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 ha sido reiteradamente declarada por este Tribunal Constitucional (...) Ocorre, no obstante, que la ley, por las más variadas razones de interés público o social, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su acción sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición (...) Los valores constitucionales, que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Constitución”.

⁵⁴¹GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Colección Estudios de derecho, Universidad de Murcia, Murcia: 2003, p.39.

⁵⁴²FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico [In: Teoría y Práctica en la aplicación e interpretación del derecho. A. López Moreno (Directora y Coordinadora). Colex, Madrid: 1999, Cap. II, pp.37 y ss.]*.

macro derecho, es una de las medidas de los derechos fundamentales, es decir, uno de los criterios para su delimitación.

II. La inexistencia de derechos fundamentales absolutos. Los límites de los derechos fundamentales.

En el antaño, se llegó a considerar que los derechos fundamentales tenían un carácter absoluto y por tanto no podían ser restringidos por las Autoridades Públicas. Ejemplo de ello encontramos en los textos jurídicos y políticos más relevantes del Siglo XVIII, como el punto XII de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia al disponer que “(...) *la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos*”.

En mismo sentido se enuncia el artículo 4 de la Declaración de los derechos y del ciudadano cuando en el contexto de la Revolución francesa declara que “(...) *el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos*”⁵⁴³.

Este pensamiento de los derechos fundamentales, como derechos absolutos, encuentran su justificación en el periodo histórico en el que surgen estos textos, es decir, imperaba la corriente *iusnaturalista* que entendía que estos derechos eran inherentes al ser humano y previos a cualquier norma jurídica.

Por otro lado, a finales del Siglo XVIII se estaban derrumbando los regímenes absolutistas, abriéndose un periodo de reconocimiento de derechos y libertades que al estar recién conquistados eran reconocidos y declarados con una gran solemnidad⁵⁴⁴.

No obstante, en la actualidad esta consideración de los derechos fundamentales ha sido superada y es indiscutible el hecho de que éstos pueden ser limitados por el legislador si se dan las condiciones exigidas para ello, pues los derechos fundamentales de un individuo no se ejercen aisladamente, sino que al contrario, deben coordinarse con los derechos de las

⁵⁴³ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998, pp.37-39.

⁵⁴⁴ *Ibidem*

demás personas y otros bienes y valores constitucionalmente relevantes dentro de una sociedad democrática.

El carácter limitado de los derechos fundamentales ha sido reconocido por el TEDH y por el TJUE, como se desprende de la STEDH en el caso *Klass* y otros contra Alemania⁵⁴⁵, de 6 de septiembre de 1978, donde el Tribunal afirma que “(...) juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales” y también de la célebre ‘sentencia *Nold*’ de 14 de mayo de 1974⁵⁴⁶ del TJUE, donde el Tribunal establece que los derechos por él reconocidos “(...) lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidos (...) derechos de este tipo no se garantizan normalmente más que a reserva de las limitaciones previstas en aras del interés público”⁵⁴⁷.

Con respecto a la existencia de derechos fundamentales absolutos en España, una lectura del artículo 10.1 CE podría nos llevar a pensar que éstos tienen un carácter ilimitado, pues el constituyente ha elevado al rango de fundamento político y de la paz social a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes. No obstante eso no significa que cualquier límite que se imponga a los derechos fundamentales conduzca inevitablemente un atentado a la dignidad del ser humano⁵⁴⁸.

Se ha reconocido en la jurisprudencia y en la doctrina igualmente que, los derechos fundamentales anunciados por la Constitución española, lejos de ser absolutos, admiten restricciones.

⁵⁴⁵STEDH, *Klass* y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978.

⁵⁴⁶La "Sentencia *Nold*" es el fallo judicial emitido el 14 de mayo de 1974 por el TJUE en la demanda interpuesta por la empresa alemana J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung, domiciliada en Darmstadt, contra la Comisión Europea. Esta sentencia se ha convertido en parte importante de la jurisprudencia del derecho comunitario europeo pues reconoce como pauta general el predominio de los derechos fundamentales, establecidos en las respectivas constituciones europeas, por encima de las decisiones tomadas por la Comisión Europea o entidades análogas. Si bien la sentencia establece que el derecho comunitario tiene primacía sobre las disposiciones legales nacionales, también debe adaptarse a una "base común de valores" determinada, por ejemplo, por la Convención Europea de Derechos Humanos. De igual manera, la *Sentencia Nold* establece que el "interés general" defendido por las Comunidades Europeas debe tener predominio sobre los intereses particulares, por lo cual se rechaza el reclamo de la entidad demandante.

⁵⁴⁷BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004, pp.35 y ss.

⁵⁴⁸FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 1993, pp.235 y 236.

Este reconocimiento del carácter limitado de los derechos ha sido puesto de manifiesto por el TC desde fechas muy tempranas, ejemplo transparente es la STC 11/1981, donde dispone que: “(...) *ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado. Como todos, el derecho de huelga ha de tener los suyos, que derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos*”⁵⁴⁹.

Posición confirmada posteriormente de forma reiterada por el TC, como se extrae de la STC 181/1990, “(...) *según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para preservar o proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos*”⁵⁵⁰.

Dentro de este contexto, aclarando la cuestión si hay o no derechos fundamentales que no aceptan la imposición de límites, CAMAZANO⁵⁵¹, comenta que no se debe confundir la existencia de prohibiciones categóricas en el articulado de la Constitución (cita como ejemplo el caso de las torturas o de la censura), con derechos fundamentales absolutos.

Estas prohibiciones no son derechos absolutos sino más límites a la capacidad limitadora del legislador a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales (en concreto y siguiendo el ejemplo de la prohibición de torturas y de censura, constituye una restricción para limitar el derecho a la integridad física y moral o a la libertad de expresión y de información).

Lo que prohíbe la Constitución española es más bien aquel trato desigual que no cuenta con una justificación objetiva y razonable. Justificación que además deberá ser proporcionada al fin que se pretende conseguir.

No obstante, quizás, el que más incertidumbres plantea es el carácter relativo de la dignidad humana que es algo más que un derecho fundamental convirtiéndose en la fuente de la que emanan casi todo el haz de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas por la Constitución española.

⁵⁴⁹STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 9º.

⁵⁵⁰STC 181/1990, de 15 de noviembre, F.J.3º.

⁵⁵¹BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004, p.48.

Para más adición, la dignidad de la persona cumple una función legitimadora de todo el sistema político y de la actividad de los Poderes Públicos, en el sentido de que cualquier sistema de gobierno que no garantice y respete la dignidad humana carecerá de legitimidad aunque haya accedido a atribuirse funciones públicas respetando las reglas fijadas por la Constitución y las leyes⁵⁵².

Junto a esta función legitimadora, la dignidad también cumple una labor interpretativa de todas las normas jurídicas que deberán siempre interpretarse y aplicarse de una forma coherente y atenta con la dignidad humana⁵⁵³.

No obstante, lo que se entiende por dignidad tiene un fuerte componente subjetivo pues en su determinación va a influir el sentimiento de autoestima que tenga una persona para considerar si una conducta en concreto ha dañado su dignidad. Este factor hace indispensable establecer unos límites objetivos marcando un umbral máximo sobrepasado el cual ya no habrá vulneración de la dignidad, y también un umbral mínimo que protege a aquellas personas de conductas que aunque subjetivamente ellas no consideran atentatorias a su dignidad, si lo serían valorando los hechos desde un punto de vista objetivo⁵⁵⁴.

Otra cuestión que acredita la teoría del carácter limitado de la dignidad humana es el hecho de que hay que valorar la intencionalidad de la conducta supuestamente vulneradora de la misma, así, por ejemplo, no se puede considerar contraria a la dignidad de la persona una inspección en el aeropuerto con el fin de salvaguardar la seguridad de los pasajeros⁵⁵⁵.

Así que las limitaciones a los derechos fundamentales son elementos perfectamente compatibles con la debida protección del ser humano, son herramientas aptas para la defensa de la persona. TORRES DEL MORAL⁵⁵⁶

⁵⁵² BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Op. Cit., pp.42 y ss.

⁵⁵³ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia; NÚÑEZ RIVERO, Cayetano. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universitas Internacional, Madrid: 2004, pp.22 y ss.

⁵⁵⁴ Relevante en este supuesto es la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo alemán, más conocido como el caso 'Peepshow' (Sentencia BVerwGE 64, 274, 280) que estimó contrario a la dignidad humana el hecho de que una mujer participara en una exhibición como si se tratara de una feria.

⁵⁵⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Op. Cit., p.60.

⁵⁵⁶ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español*. Tomo I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos. Sexta edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid: 2010, p.245.

afirma que “(...) *la libertad es la regla en un Estado democrático de Derecho; su limitación es la excepción y, como tal, debe estar sólidamente justificada*”.

Como sabemos los derechos fundamentales integran el conjunto de derechos inherentes al ser humano, cuya finalidad principal es asegurar el respecto a la dignidad, imponiendo límites al poder estatal y confiriendo garantías de las condiciones mínimas de vida y desarrollo del ser humano a través del respeto a la vida, a la libertad, igualdad y a la dignidad, para el pleno desarrollo de su personalidad.

Son ‘derechos constitucionales’, es decir, derechos subjetivos dotados de la fuerza normativa propia de la Constitución y, más específicamente, de una Constitución que pretende imponerse de modo efectivo a todos los poderes públicos y, muy señaladamente, al propio legislador.

Los derechos fundamentales tienen un carácter doble⁵⁵⁷, porque operan por una parte como ‘delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano’ y, por otra, ‘como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado’⁵⁵⁸.

Sin embargo, reiteramos, los derechos fundamentales, a pesar de su imprescindibilidad, no son derechos absolutos⁵⁵⁹, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, pues todos se encuentran en relación próxima entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales, potencialmente, cabe el conflicto.

El TC ha tenido siempre presente que los límites a los derechos revisten un carácter de excepción, exponiendo que “(...) *cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y cuáles son los*

⁵⁵⁷STC 25/1981, de 14 de julio, F.J.5º.

⁵⁵⁸PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª Ed., *Op. Cit.*, p. 192. Teoría del carácter doble de los derechos fundamentales formulada por primera vez por Konrad Hesse y aceptada por la jurisprudencia constitucional tanto alemana como española.

⁵⁵⁹El TC ha repetido hasta la saciedad cómo ningún derecho fundamental de los que la Constitución reconoce es absoluto o, lo que es igual, de carácter ilimitado. Así por ejemplo, SSTC 133/1986, de 29 de octubre, F.J. 4º; 20/1990, de 15 de febrero, F.J. 3º; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º. Ignacio de Otto Pardo, puso de manifiesto las debilidades conceptuales de la idea de los límites de los derechos como distinta de la determinación de su contenido, con la consiguiente crítica del enfoque de los conflictos entre derechos. DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, pp.95-171.

*intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos*⁵⁶⁰.

Las razones que explican y justifican las limitaciones de los derechos son fácilmente comprensibles. Los derechos fundamentales se insertan en el ordenamiento jurídico como derechos públicos subjetivos respecto de todas las personas o ciudadanos, según los casos, en condiciones de igualdad. La necesaria protección de los derechos de una persona puede exigir la limitación de los derechos de otra. En esta línea, urge verificar qué límites son estos.

En la doctrina se verifica que los límites de los derechos fundamentales pueden ser clasificados según diversos criterios.

GARCÍA CUADRADO⁵⁶¹ distingue entre límites genéricos (si afectan a todos los derechos constitucionales) y específicos (si se refieren sólo a un derecho o libertad concreto) y dentro de estos últimos, diferencia entre límites expresos (los que se encuentran en la propia Constitución) e implícitos (lo que se derivan o pueden deducirse del Texto Constitucional).

MUÑOZ ARNAU⁵⁶², con un entendimiento semejante a García Cuadrado, amplía y distingue los límites específicos en cinco tipos: a) los límites derivados de la propia naturaleza del derecho; b) los derivados de la concurrencia de un derecho con otro; c) los emanados del *status* de determinadas categorías de personas; d) los derivados de exigencias objetivas; y e) los exigidos por circunstancias específicas de carácter temporal.

En primer lugar, el límite de los derechos fundamentales surge, del carácter *universal* o *general* de los derechos, cuyo disfrute simultáneo es

⁵⁶⁰SSTC 26/1981, de 17 de julio; 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 72/1986, de 2 de junio; 59/1995, de 17 de marzo; 170/1996, de 29 de octubre; 67/1997, de 7 de abril. TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.79.

⁵⁶¹GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *Sistema constitucional de derechos y libertades*. Club Universitario, Alicante: 2000, p. 117. Para Peces Barba: "(...) hay que interpretar siempre todos los derechos, teniendo en cuenta su función, aunque partiendo de su vocación de protección y promoción de la dignidad humana". Por ello, "(...) el legislador constituyente debe de recoger y respetar los valores superiores que son expresión de la relación Derecho y poder, y el fondo de moralidad democrática que está detrás de la Constitución". El Tribunal Constitucional alemán señaló que la Constitución contiene un sistema objetivo de valores, expresados y reforzados a través de los derechos fundamentales. A juicio del alto Tribunal alemán, dichos valores objetivos "*deben aplicarse como un axioma constitucional a través de todo el sistema legal*", influenciando tanto al derecho público como al privado. PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III, Madrid: 1995, pp.608 y ss.

⁵⁶²MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998, p.115.

imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. De esta forma, esta titularidad universal de los derechos fundamentales implica, consecuentemente, una primera limitación lógica de los mismos, en la medida en que tales derechos, reconocidos a todos, han de poder ser ejercidos simultáneamente también por todos⁵⁶³.

Admitido el hecho de que el disfrute de los derechos fundamentales ha de poder realizarse al mismo tiempo por todos sus titulares, debe igualmente aceptarse, el límite evidente que se deriva de ello. Es decir, una persona podrá ejercitar su derecho siempre y cuando esto no suponga la imposibilidad de que otro individuo también lo haga.

Siendo esto así, se planteará el problema de la coordinación en el ejercicio de estos derechos. De modo que la resolución de la vigencia efectiva universal y simultánea de los derechos fundamentales requerirá una regulación normativa que compatibilice su disfrute y que habilite una actuación ordenadora y, en su caso, represiva o impeditiva de la autoridad competente.

En segundo lugar, la limitación de los derechos fundamentales, puede derivarse de la coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos.

FERNÁNDEZ NIETO⁵⁶⁴ indica de una forma muy objetiva, una serie de circunstancias inevitables para la formación del actual panorama conflictual de los derechos fundamentales. Oportuno exponerlas de forma sucinta:

- a. El conflicto entre derechos fundamentales es inevitable como resultado de la condición limitada e integrada de todos los derechos fundamentales, pues tales se refieren a ámbitos vitales o relaciones sociales que tienen lugar en el mismo plano de la convivencia;
- b. El conflicto entre los derechos fundamentales no puede resolverse aceptando en principio la superioridad de unos sobre otros. El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentran jerarquizados

⁵⁶³FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Dykinson, Madrid: 2008, p.53.

⁵⁶⁴FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Op. Cit., p.54.

axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a expensas de supra ordenación o jerarquía;

- c. La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales ha de establecerse en cada caso por el TC como consecuencia de una ponderación. Resolución por consiguiente que no busca la aniquilación del derecho no prevalente sino, en la medida de lo posible, la concordancia práctica de ambos derechos.

Podemos verificar que el TC, en la STC 159/1986, reconocerá este punto de vista: *“(...) tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la experiencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorables a la eficacia y a la esencia de tales derechos (...)”*⁵⁶⁵.

Esta condición limitada de los derechos fundamentales se deriva, a veces del propio tenor explícito de la Constitución. Primeramente, de los mismos términos del derecho, que delimitan su objeto refiriéndose a determinados contenido, relaciones o ámbitos vitales.

Así la Constitución de España contrae el reconocimiento del derecho de reunión, exclusivamente a las de carácter pacífico. Otras veces podemos observar que la Constitución se refiere expresamente a restricciones o límites derivados de la colisión del respectivo derecho con otro concreto o contiene limitaciones formuladas en términos más generales, como es el caso de los conflictos de los derechos a una comunicación libre con el derecho al honor, intimidad y propia imagen, en concreto.

No se debe olvidar que en esta relación de tensión, los derechos fundamentales, aunque procedan de los derechos naturales de la persona,

⁵⁶⁵STC 159/1986, de 16 de diciembre, F.J.6º.

tienen como condición previa, por una parte la existencia del Estado, que los garantiza y asegura. No obstante, por otra parte, es precisamente este Estado el que potencialmente es también el fuerte opositor a los derechos fundamentales. Sólo una ponderación sutil y diferenciada entre el ámbito de protección o garantía concedido por los derechos fundamentales y las barreras o límites de éstos pueden representar una salida de este dilema⁵⁶⁶.

En realidad, los derechos fundamentales han sufrido y sufren en el Estado constitucional una necesaria adaptabilidad, haciéndolos relativos y hasta cierto punto flexibles, en todo caso, siempre respetando su contenido esencial⁵⁶⁷. Eso implica reconocer que los mismos admiten excepciones, para ser compatibilizados con otros valores constitucionales en un contexto de ponderación que representa la dimensión comparativa de los derechos fundamentales.

Así que “(...) *todo derecho es libertad ajustada por una dimensión social*”⁵⁶⁸, por tanto, su ejercicio hay que ser limitado por otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos para ser dable la convivencia en sociedad.

El TC ha reconocido desde el principio esta circunstancia, afirmando que “(...) *se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador*”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988, pp.272 y ss.

⁵⁶⁷El contenido esencial no es un fragmento, núcleo interno o reducto del derecho. Es lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo; lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo. La ‘esencia’ del derecho – o el derecho sin más – es lo que ha de mantenerse en el devenir y su determinación, por tanto, no es indagación de un arquetipo imperturbable o desvelamiento de lo oculto bajo lo accesorio o lo contingente. El derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley y en esto consiste su defensa jurisdiccional: en examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como una forma histórica del derecho que la Constitución creó [...]. La declaración constitucional del derecho supone entonces, estrictamente, la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convoca por la Constitución, proporciona al intérprete. JIMÉNEZ CAMPOS, Javier. *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*. [In: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Director Oscar Alzaga, Cortes Generales-Edersa, Madrid: 1996, p.93]

⁵⁶⁸Andrés Ollero Tassara, citado por GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.73.

⁵⁶⁹STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J.7º.

Con base en este posicionamiento del TC, la autora GÓMEZ CORONA⁵⁷⁰ nos indica tres tipos diferentes de límites: los límites necesarios; los que surgen por la articulación con otros derechos y los que respetando el contenido esencial, establece el legislador.

En lo que concierne al primer tipo – límites necesarios -, “(...) se refiere a la fisiología propia de cada derecho, a su naturaleza (...) la identificación del interés jurídicamente protegido”⁵⁷¹. Los límites necesarios, por tanto, se configuran como la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de cada derecho. Sería la propia definición constitucional del derecho.

El segundo tipo, hace mención a – los límites provocados por la articulación con otros derechos – teoría de los límites inmanentes⁵⁷². Son, en verdad, aquellas restricciones que los derechos sufren por su interrelación con otros derechos fundamentales⁵⁷³. Esta es la tesis más común para la aceptación de la existencia de ciertos límites⁵⁷⁴.

A este respecto, ha observado GARCÍA-PABLOS⁵⁷⁵ que aunque es obvio que no existen derechos ‘absolutos’, ilegislables e ‘ilimitados’ en un Estado de Derecho social y democrático, insinuar la existencia de unos límites ‘naturales’, ‘ontológicos’, pacíficos e indiscutibles a los mismos, sólo es el

⁵⁷⁰GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Op. Cit., pp.73-74.

⁵⁷¹BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Civitas, Madrid: 1988, p.233.

⁵⁷²Javier Barnés Vázquez, ha creído ver reflejada en esta categoría, la teoría de los ‘límites inmanentes’ del derecho alemán “(...) en virtud de la cual todo derecho es limitado; no es un absoluto, por lo que debe ceder o sacrificarse ante otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos”. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Op. Cit., p.230.

⁵⁷³En la Constitución germana existen derechos sometidos a reservas específicas de limitación junto a otros que no lo están. Pero, dado que los derechos, por definición, no son absolutos, la doctrina y la jurisprudencia se encontraron ante la necesidad de justificar la imposición de restricciones a aquellos derechos reconocidos sin reserva específica de limitación. Estas restricciones, como es obvio, no podían más que tener su origen en otras normas constitucionales. En este contexto, surge la teoría de los límites inmanentes como único remedio para justificar la imposición de límites a derechos que no lo preveían expresamente. Al respecto puede consultarse GAVARA DE CAVA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1994. Véase también MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1996.

⁵⁷⁴“La doctrina jurídica ha ofrecido una amplia tipología de límites: absolutos y relativos, extrínsecos e intrínsecos, genéricos y concretos. . . Quizá la clasificación más sencilla es aquella que distingue entre los límites internos y derivados de la propia naturaleza del derecho o libertad en el seno de las relaciones intersubjetivas dentro del marco social”. SORIANO DIAZ, Ramón, *Las libertades públicas*. Tecnos, Madrid: 1990, p.112.

⁵⁷⁵GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*. [In: *Libertad de expresión y Derecho penal*. AA.VV. Edersa, Madrid: 1985, pp. 207-208. En el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*. Tecnos, Madrid: 1987, p.53.

resultado de un planteamiento idealista, dogmático o ingenuo, que no se aviene al sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social, resultando ser éste un planteamiento ‘convencional’ que adolece de un notorio positivismo y que cabe por tanto revisar.

La unidad y funcionalidad del orden social no permiten la existencia de expectativas absolutas ni autónomas, y como las fronteras que definen los derechos y libertades son imprecisas, los conflictos resultan inevitables, pues se trata de bienes antagónicos, siendo todo ello consecuencia de la naturaleza plural de orden social y su dinamismo⁵⁷⁶.

El tercer y último tipo, son los límites que, respetando el contenido esencial, establece el legislador. El segundo y tercer tipo corresponderían a los ‘límites específicos’ según clasificación de García Cuadrado y Muñoz Arnau que comentamos anteriormente, aunque con una terminología distinta.

Comenta GÓMEZ CORONA⁵⁷⁷ que, de una primera lectura podría deducirse que el TC estima posible el establecimiento de límites con el único freno que supone el respeto al contenido esencial, sin ningún tipo de condicionamiento adicional, sin embargo, entiende que esta interpretación no parece acertada.

De hecho, el propio TC en su jurisprudencia posterior va a ir perfilando los requisitos que los diversos límites a los derechos deben cumplir para reputarse legítimos. Añade la autora que “(...) parece, por tanto, que en este pronunciamiento el Tribunal está haciendo referencia a la necesaria articulación de los derechos fundamentales, no con otros derechos, sino con bienes y valores dotados de protección constitucional y que, en ocasiones, tienden a recortar el contenido inicialmente protegido de los derechos fundamentales. En todo caso, también resulta exigible el respeto del contenido esencial”⁵⁷⁸.

Así que, considerando que los ‘límites necesarios’ no constituyen auténticos límites, puesto que demarcan el ámbito protegido de cada derecho, el TC reconoce dos clases de límites: - los que se producen en el momento de la armonización con otros derechos fundamentales y los que constituye el

⁵⁷⁶CARMONA SALDADO, Concepción. *Libertad de Expresión e información y sus límites*. Edersa, Madrid: 1991, p.66.

⁵⁷⁷GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, pp.74-77.

⁵⁷⁸GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. *Op. Cit.*, pp.74-75.

legislador para resguardar otros bienes o valores de rango constitucional, respetando siempre su contenido esencial. Ambos podrían englobarse en la mencionada ‘teoría de los límites inmanentes’⁵⁷⁹.

La teoría germana de los ‘límites inmanentes’, ha influenciado la doctrina y jurisprudencia en España y desde muy pronto el TC aludió a los límites que surgen por la articulación con otros derechos⁵⁸⁰.

En la STC 11/1981, el TC nuevamente destaca que ningún derecho es ilimitado, alude a los límites que “(...) *derivan, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. Puede el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial*”. En continuidad aún afirma que “(...) *la constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*”⁵⁸¹.

No obstante se verifica una terminología diversa, la tipología de límites parece la misma⁵⁸². Los límites directos corresponderían con las previsiones expresas en las que el constituyente contribuye a delimitar el contenido de un

⁵⁷⁹ GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional. Op. Cit.*, p.74.

⁵⁸⁰ “El TC sustenta una concepción amplia de los derechos fundamentales, como derechos integrados por todas las facultades que lo conforman, sin atender a las necesarias restricciones que la concurrencia de otros derechos fundamentales imponen. A la concepción amplia se contraponen la teoría estricta, que considera que el contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos es aquél que resta una vez que se ha procedido a armonizar el derecho en cuestión con los otros derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, eliminando de su ámbito constitucionalmente protegido todo lo que, por entrar en conflicto con otros derechos y bienes debe ceder ante ellos”. GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional. Op. Cit.*, p.75.

⁵⁸¹ STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.9º.

⁵⁸² VILLAVERDE MENÉNDEZ, denomina ‘límites lógicos’ a los *elementos de la delimitación del derecho fundamental* y ‘límites explícitos’ a *aquellos otros límites que el enunciado normativo del derecho fundamental le impone expresa y positivamente*. El autor considera que ambos tipos forman parte de la categoría de ‘límites inmanentes’. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense de Madrid-Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2002, pp. 343-344. Peces Barba, habla en límites intrínsecos y extrínsecos. Véase PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Editorial latina, 3ª edición, Madrid: 1980, pp.110-120.

derecho fundamental⁵⁸³. Los límites indirectos serían los que, producto del choque que se origina al momento del ejercicio, el legislador establece de forma general, sin que parezcan explicitados en el texto constitucional⁵⁸⁴.

Sobre los requisitos que debería cumplir este último tipo de límites, los límites inmanentes, explica GÓMEZ CORONA⁵⁸⁵ que “(...) *el Tribunal avanza algo al admitir la imposición de ciertos formalismos al ejercicio de los derechos siempre y cuando no sean arbitrarios, tengan un fundamento constitucional y no hagan impracticable el ejercicio del derecho. Con ello, parece aludirse a la necesaria tarea que el legislador debe desplegar para hacer efectivos los derechos fundamentales*”.

Así que los límites que hemos intentado caracterizar y delimitar tienen que ser interpretados en la práctica en sentido restrictivo. Como mencionado anteriormente, el principio es la libertad y las excepciones son los límites⁵⁸⁶.

Límite es palabra que indica el término o confín de una cosa que en sí puede encerrar la totalidad de su ser. *Límite* no es carencia sino término natural de la realidad en que algo consiste⁵⁸⁷.

Limitación, sin embargo, es restricción o impedimento que hace imposible la plenitud de algo al constituirlo en una realidad carencial. Las acepciones que nos da el Diccionario – la idea de frontera, de lindero – nos

⁵⁸³El Art. 22.5 CE, por ejemplo, que excluye de su ámbito de protección las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y prohíbe a las de carácter secreto y paramilitar. GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Op. Cit., p.75.

⁵⁸⁴Por ejemplo, el derecho de manifestación, no puede ser ejercido con violencia. La libertad de información no puede ejercerse vulnerando el derecho a la intimidad, etc. GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Op. Cit., p.75.

⁵⁸⁵GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Op. Cit., p.77.

⁵⁸⁶TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español*. Tomo I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos. Sexta edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid: 2010, p. 245. PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Editorial latina, 3ª edición, Madrid: 1980, p.120.

⁵⁸⁷El *Diccionario de la Real Academia Española*, en su edición de 1992, proporciona las siguientes acepciones del verbo limitar: “(...) poner límites a una acción o a una cosa; por ejemplo, un terreno; acortar, ceñir, restringir; fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno; estar contiguos dos países, territorios, terrenos etc., lindar; atenerse, ajustarse alguien a algo en sus acciones”. El *Diccionario* define límite como “término, confín o lindero de reinos, provincias, posesiones, etc.”; “fin, término”. Cuando da los significados de limitación indica: “acción y efecto de limitar o limitarse”; también “límite o término de un territorio”. La lectura de los términos antedichos evoca, paradójicamente, más la idea de plenitud que la de carencia o imperfección. Sin embargo, el *Diccionario Anaya de la Lengua*, en una de sus acepciones de *limitación*, es más negativo: “restricción o impedimento, que se le impone a un individuo o es propio de su personalidad, y que dificulta el desarrollo de una actividad” y señala entre las acepciones de *limitar* el “reducir unos derechos a alguien”.

advierten de que, paradójicamente, podría ocurrir que el *desbordamiento* de los límites, la sobreabundante crecida debida a la fuerza misma de una realidad cualquiera, convirtiera al conjunto del que aquella formara parte en algo entitativamente *limitado*⁵⁸⁸.

Un sector de la doctrina como el autor JIMÉNEZ CAMPO⁵⁸⁹, ha establecido la distinción entre ‘límite’, expresión que utiliza para referirse a “(...) *constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido*” y ‘delimitación’⁵⁹⁰ como “(...) *todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*”⁵⁹¹.

La distinción entre “delimitación” y “limitación” de los derechos fundamentales es propia de la teoría interna, según la cual las ‘limitaciones’ a los derechos fundamentales se definen como actos del legislador que los privan de alguna parte de su contenido, que provienen del exterior de su ámbito normativo y están siempre prohibidos.

⁵⁸⁸MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*. Editorial Aranzadi, Pamplona: 1998, p.21.

⁵⁸⁹JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *El legislador de los derechos fundamentales, [In: Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto, Ubaldo Gómez Álvarez (Coordinador), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo: 1993, pp.70 y ss.*

⁵⁹⁰El autor Javier Tajadura Tejada no comparte este entendimiento, afirma que “*Delimitar significa determinar o fijar con precisión los límites de una cosa. En ese sentido delimitación y limitación son términos equivalentes*”. TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantía*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.79.

⁵⁹¹Señala Rodríguez Toubes que “*Igualmente, de la tesis de que los llamados “límites” de los derechos pueden verse no como barreras al ejercicio de los derechos que cercan y reducen el espacio natural y original de éstos, sino como fronteras que delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera ni hay ni nunca hubo derecho. Los únicos límites al ejercicio son los derechos ajenos, que sí actúan como barreras ante derechos en principios más amplios. El autor ejemplifica con el art.18.2 CE, presentado como un derecho a la inviolabilidad del domicilio como un derecho absoluto en el sentido de “triunfo” frente a consideraciones de bien común. Según este autor, la Constitución no reconoce un derecho genérico a la inviolabilidad del domicilio cuyo ejercicio está recortado por la autorización judicial ni concurre delito flagrante. Y también en la medida en que lo permitan ciertas circunstancias de orden público, moral, social o bien común, cuya intervención corresponde evaluar en ultimo termino al Tribunal Constitucional (por ejemplo, es razonable pensar que el derecho del art. 18.2 no incluye la prohibición de que para apagar un fuego los bomberos entren en mi casa sin mi permiso). Estas circunstancias no cercenan mi derecho, sino que lo definen (no lo limitan sino que lo delimitan, si se me permite el juego de palabras): el derecho a la inviolabilidad del domicilio no cubre mi deseo de impedir que entren los bomberos en caso de emergencia (como el derecho a la libertad de expresión no cubre mi deseo de hablar durante un concierto o de gritar “¡Fuego!” en un cine). Ahora bien, una vez definido y delimitado así el derecho, éste se aplica absolutamente con las únicas limitaciones que puedan oponer los derechos ajenos de igual o mayor entidad. De esta forma, aunque una mayoría parlamentaria considere que el bien común se impulsa mejor permitiendo que la policía irrumpa sin autorización judicial allí donde se sospecha seriamente que se guardan drogas cuyo tráfico es ilegal, el derecho del art. 18.2 es un “triunfo” frente a esa posibilidad policial. Sin embargo, es dudoso que prevalezca frente a mi derecho a la vida si huyendo de un psicópata que me persigue con un cuchillo, me refugio en una casa sin permiso de su titular*”. RODRIGUEZ TOUBES, Joaquín. *La razón de los derechos*. Tecnos, Madrid: 1995, p.70.

Por el contrario, la ‘delimitación’ consiste en un acto del Legislador, que define “(...) *los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*”⁵⁹². Es decir, en sentido estricto, límites sólo son los externos, pues los internos suponen más que una limitación, es una delimitación del derecho de que se trate, pues los límites internos lo que hacen es delimitar el contorno de los derechos definiendo quiénes son sus titulares, su objeto o el bien jurídico que pretende proteger, el contenido (haz de facultades que el derecho fundamental otorga a su titular para hacer efectivo su ejercicio)⁵⁹³.

Los límites externos, o límites propiamente dichos constituyen más bien una barrera que excluye de protección conductas que a priori encajarían dentro del tipo normativo del derecho fundamental afectado, pensemos por ejemplo en un periodista que ejerciendo su derecho a la libertad de expresión emite declaraciones insultantes contra una persona concreta, lo que en un principio entraría dentro del ámbito del artículo 20.1 a) CE, está excluido de tal protección por el límite que supone el derecho al honor del aludido, ya que los límites externos tienen como principal función hacer posible la coexistencia pacífica entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.

Se podría así concluir que los denominados límites internos lo que hacen en definitiva es delimitar más que limitar, función esta última que corresponde a los externos.

Por su parte, DE OTTO⁵⁹⁴, distingue entre ‘límite’ y ‘limitación’. Para este autor puede hablarse, de un lado, de *limitación* externa de los derechos y libertades, es decir, incidencia externa sobre un derecho imponiéndole limitaciones que, de otro modo, no tendría y, de otro, de *límites o delimitación*

⁵⁹²JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *El legislador de los derechos fundamentales* [In: Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto, Ubaldo Gómez Álvarez (Coordinador), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo: 1993. p.70 y ss.].

⁵⁹³Clarificadora resulta la STC 9/1988, de 25 de enero, en el F.J. 2º que delimita los contornos del derecho fundamental reconocido en el artículo 28.1 CE cuando establece que “(...) *el artículo 28.1 CE de la Constitución integra como derechos de actividad, los de negociación colectiva, huelga o incoación de conflictos, medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que es llamado por el artículo 7 de la Constitución. Los derechos citados son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, pero es evidente que los sindicatos pueden ostentar facultades o derechos adicionales atribuidos por normas infra constitucionales que pasan a integrar el contenido del derecho*”.

⁵⁹⁴DE OTTO y PARDO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución*. [In: DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, pp.95 e ss.].

de los derechos fundamentales. En el caso de la delimitación del derecho, se trata de averiguar el contenido del mismo para opinar si el ejercicio del derecho en el caso concreto pertenece o no al ámbito del derecho.

Es una tarea de demarcación del contenido del derecho y de fijar sus fronteras para determinar si la conducta, en el caso concreto, se encuadra o no en el ejercicio del derecho. Si la conducta no forma parte del contenido del derecho no cabrá hablar de limitación del derecho⁵⁹⁵. Así pues, en el segundo caso, no cabría hablar propiamente de limitación de los derechos en la medida en la que no hay ejercicio del derecho.

A decir la verdad, a juicio de De Otto, con una óptica más radical, no pueden darse limitaciones externas de un derecho fundamental, sino que siempre habrá un problema de delimitación de los auténticos contenidos de ese derecho, que se resolverá por medio de una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución.

Esta distinción, lejos de tener repercusiones puramente teóricas tiene relevantes consecuencias prácticas, como aclara SUÁREZ⁵⁹⁶, empezando por el artículo 53.1 CE que habilita al legislador para regular el ejercicio de los derechos y libertades respetando su contenido esencial, con lo cual la delimitación que realizan los mal denominados límites internos quedaría sustraída del ámbito del legislador ordinario al afectar su regulación al núcleo mismo del derecho, pues el artículo 53.1 CE prohíbe al legislador incidir en el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Los “límites internos” al formar parte del contenido mismo del derecho son necesarios, y además son declarativos, pues lo que hacen los operadores jurídicos en estos casos, no sólo el legislador sino también los Tribunales y la Administración Pública, es interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los criterios generales del sistema jurídico y sin necesidad de que exista un apoderamiento específico para ello.

Por el contrario, los límites externos o límites en sentido propio no resultan necesarios al no formar parte de la definición misma del derecho

⁵⁹⁵ OTTO y PARDO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución*. [In: DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución. Op. Cit.*, pp.137; 139 y 141].

⁵⁹⁶ SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. *Revista de ciencias jurídicas*, nºs 12-13, 2007-2008, pp.131-134.

fundamental. Sólo existirán en la medida en que los Poderes habilitados para ellos (el legislador) hagan uso de este apoderamiento.

Otra consecuencia práctica de esta distinción, entre *límites internos* o *externos* o más bien entre *delimitación* y *limitación* del derecho, es que en el caso de los 'límites internos' que delimitan los contornos del derecho fundamental, al excluir determinadas conductas del ámbito de su protección hace que se les excluya de la posibilidad de reclamar en amparo al no formar parte del derecho fundamental. Así, por ejemplo, una información que no cumpliera con el requisito de veracidad (lo que implica, como hemos comentado, la concurrencia de diligencia profesional más que de una verdad absoluta) no quedará protegida por una resolución estimatoria del recurso de amparo por vulneración del artículo 20.1 d) CE, ya que una información no veraz está excluida por el constituyente del derecho fundamental a la información⁵⁹⁷.

Los límites externos o límites en sentido estricto deberán en todo caso respetar el contenido esencial de los derechos. Su función principal es armonizar la convivencia entre los distintos derechos e intereses reconocidos en la Constitución. Por otro lado, estos límites deberán estar amparados por la Constitución y además ser necesarios, justificados y proporcionados en una sociedad democrática según reiterada jurisprudencia del TEDH⁵⁹⁸.

Con respecto a los límites externos pueden derivar directamente de la Constitución, como sería el caso del artículo 20.4 CE que dispone expresamente que la libertad de expresión y de información "(...) *tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*".

No obstante, también cabe la posibilidad de que esa derivación constitucional sea sólo mediata o indirecta que son los que prevé el legislador teniendo en cuenta los parámetros fijados por el constituyente⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ *Ibidem*

⁵⁹⁸ STEDH, Asunto Silver y otros de 25 de mayo de 1983 y News Verlags c. Austria, de 11 de enero de 2000.

⁵⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 1993, p.238.

La doctrina clásica clasifica tradicionalmente los límites externos en genéricos y específicos. Los genéricos son aquellos límites que se establecen con carácter general para todos los derechos fundamentales. Éstos vienen expresados por el artículo 10 CE en cuyo apartado primero se dispone que “(...) *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Asimismo, el TC en la STC 2/1982 ha concretado este punto al establecer que “(...) *un límite de cada derecho es respetar los derechos de los demás*”⁶⁰⁰.

El límite genérico que supone el respeto a los derechos de los demás no posee sólo una dimensión subjetiva de conciliar los intereses en conflicto de los titulares, sino que también es posible hablar de una dimensión objetiva, de considerar el texto constitucional como un sistema que debe ser interpretado en su conjunto⁶⁰¹.

Otra clasificación clásica, la cual entendemos como la mejor forma de clasificación, es la que distingue entre límites expresos, enunciados directamente por la Constitución, o bien implícitos, que son aquellos que no aparecen enunciados como tal en el texto constitucional pero que se pueden deducir de una interpretación de la misma.

En este caso, les corresponden al legislador y al TC concretar estos límites implícitos. El legislador haciéndolos explícitos y el TC vigilando para que esa tarea del legislador se desarrolle dentro de los parámetros permitidos constitucionalmente.

El legislador, al concretar estos límites implícitos realiza una tarea que va más allá de la puramente declarativa pues no se limita a decir cuáles son estos límites ya existentes⁶⁰², aunque tampoco, como subraya CAMAZANO⁶⁰³ se puede afirmar que sea una función totalmente constitutiva, pues tiene

⁶⁰⁰STC 2/1982, de 29 de enero, F.J.5º.

⁶⁰¹MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español. Op. Cit.*, p.108.

⁶⁰²Comenta Lidia Suárez que tampoco se puede hablar de una función netamente declarativa del legislador en el caso de los límites expresos pues la Constitución señala los límites expresos de una forma genérica que debe ser precisada por el legislador contando para ello con una amplia libertad, se podría hablar más bien de una labor concretizadora. SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Revista de ciencias jurídicas, nºs 12-13, 2007-2008, p.139, nota 13.

⁶⁰³BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004, p.88.

siempre que moverse dentro de los parámetros fijados por la Constitución, quizás pueda hablarse de una función constitutiva limitada.

Por otra parte, límites específicos son los establecidos por el constituyente para derechos en concreto. Sin embargo el texto constitucional lo único que hace es mencionar la existencia de ese límite para el derecho en concreto, dejando al legislador y a la jurisprudencia del TC la tarea de precisar el contenido esencial del derecho y el alcance de los límites⁶⁰⁴.

Ejemplo de límites específicos, que son por naturaleza siempre expresos, los encontramos a lo largo del enunciado que hace la Constitución de los derechos fundamentales, así por ejemplo el artículo 16 CE menciona el orden público como límite a la libertad ideológica, religiosa y de culto. El artículo 18.2 CE que reconoce la inviolabilidad del domicilio establece como excepción a este derecho la concurrencia de un flagrante delito o la existencia de una resolución judicial en aquellos casos en los que no se cuenta con el consentimiento del titular, que comentamos en el capítulo primero, sección II.3.1. Otro ejemplo de límites específicos, en este caso a los derechos de expresión y de información es el contenido en el artículo 20.4 CE que habla del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia⁶⁰⁵.

Como se nota, los términos utilizados son muchos. Todas estas dificultades terminológicas que son transcripción de un problema de fondo, están presentes también en la doctrina constitucional alemana, de la que HÄBERLE⁶⁰⁶ puede ser ejemplo en este caso, cuando se refiere a la utilización de expresiones distintas para distinguir los diversos modos en que puede ser afectado un derecho fundamental. A este propósito ha dicho: *“El derecho fundamental es un elemento que asume, por así decir, formas siempre nuevas de acuerdo a la situación de conflicto, y que debe ser actualizado y*

⁶⁰⁴SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Revista de ciencias jurídicas, nºs 12-13, 2007-2008, p.139.

⁶⁰⁵MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*. Editorial Aranzadi, Pamplona: 1998, p.67.

⁶⁰⁶HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Traducción de la obra en italiano de Carlos Ramos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 1997. [In: DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, p.177].

concretizado caso por caso, no obstante el hecho de que él ya haya sido fijado en la Constitución”.

Para la teoría häberliana, el legislador que limita los derechos también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés. La función del legislador es limitadora y conformadora a la vez, o sea, al legislador corresponde tanto la concreción de los límites como la determinación del contenido de los derechos fundamentales⁶⁰⁷.

De lo que no cabe duda es que resulta imposible abordar la cuestión de los *límites* de cualquier realidad sin considerar a la vez sus posibles *limitaciones*. No puede ser de otra manera al resultar necesario discernir, en cada caso concreto, lo que quizás es presentado como *límite* y no es más que *limitación*, o al revés.

Como señala STERN⁶⁰⁸, a la hora de desarrollar los derechos fundamentales se ha de atender a los intereses comunitarios que el propio Estado asume. Así en todo caso, la delimitación del contenido de la norma *iusfundamental* reside en la Constitución tanto lo haya expresado el constituyente en la redacción de la misma como si lo hacen los operadores jurídicos *a posteriori*, pues establecerán lo que en la norma se contiene implícita o expresamente.

Esta labor llevada a cabo por el legislador y el TC, encuentra su pleno sentido en la consideración de la Constitución como un todo. De esta manera el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación

⁶⁰⁷ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón, CEC, Madrid: 1993, p.111.

⁶⁰⁸STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la Republica Federal de Alemania*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988, p. 273. Precisamente, porque los derechos fundamentales procuran un espacio para las más diversas actuaciones de los individuos se hace necesario prevenir los conflictos que puedan producirse como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales. A la delimitación de la esfera propia del Estado y a la fijación de los contornos dentro de los cuales los individuos pueden utilizar los derechos fundamentales sirven las limitaciones de los derechos fundamentales fijadas en parte en la propia Constitución o establecidas por el legislador. Estas barreras de los derechos fundamentales, por lo demás, pueden a su vez objeto de limitación (las llamadas barreras de las barreras o límites de los límites). Los factores integrativos se encuentra así, pues ordenados en un triple nivel: esfera de protección de los derechos fundamentales, límites impuestos directamente por la Constitución o admitidos por las leyes; y límites de los límites. La delimitación del derecho viene realizándose por el legislador cuando acomete el desarrollo del mismo (artículos 53.1 y 81.1 CE) o por el TC, como máximo intérprete, quienes en ambos supuestos interpretan la Constitución en su unidad para conocer cómo en ella quedan configurados los derechos y demás bienes jurídicos protegidos.

con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas (SSTC 5/1983 y 160/1986)⁶⁰⁹.

No se encuentra en la Constitución española un precepto en el que de modo explícito se ocupe con carácter general de los límites de los derechos fundamentales, sin embargo, lo que en ningún caso queda cerrado en el ordenamiento español es la posibilidad de que el legislador pueda entrar a conformar tales límites.

La verdad es que observamos que no se localiza en la CE ninguna clausula expresa de intangibilidad que prohíba alterar la concepción que se mantiene sobre los derechos fundamentales, ni siquiera el fundamento que para ellos parece encontrarse en la dignidad humana (art. 10 CE)⁶¹⁰.

En aquellos casos en los que el constituyente se ha decidido por delimitar el contenido de un derecho fundamental de forma directa, se nota que lo más habitual es que lo realice a través de una delimitación negativa. Es decir, se percibe que el legislador no construye el contenido del derecho fijando las facultades que lo integran o precisando caracteres de su naturaleza jurídica que lo prefiguran frente a los demás, y sí lo que se nota es que lo que lleva a cabo es una expresión de ciertas actuaciones o facultades que quedan al margen de su contenido constitucionalmente protegido.

Siendo así, lo más frecuente es que el legislador o el TC determinen el derecho de forma indirecta ante la ausencia de expresión constitucional de sus contornos o fronteras. Y, siguiendo un orden lógico, será el legislador a quien le compete la primera intervención delimitadora o concretizadora del contenido del derecho, ante la más que probable ausencia de una delimitación de sus elementos definidores en la redacción constitucional, que se llevará a cabo desde el reconocimiento constitucional de otros derechos o bienes.

Cuanto a los límites de los derechos fundamentales en sentido estricto, hay que comenzar advirtiendo que, en determinadas ocasiones son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los

⁶⁰⁹STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 3º y STC 160/1986, de 16 de diciembre, F.J.4º.

⁶¹⁰Ana Aba Catoira señala que los límites internos contribuyen a su elaboración en cuanto que lo prefiguran desde las normas constitucionales pues su función es "(...) *identificar el objeto del derecho que crean*" y no "(...) *limitar realidad jurídica alguna, que, como tal no preexiste a la norma primera del ordenamiento. Es ésta, pues, una labor de definición del derecho constitucional*". ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tirant to Blanch, Madrid: 1999, p.157.

derechos, sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución.

El TC ha reconocido esta circunstancia en reiteradas ocasiones señalando que, *"(...) todo derecho tiene sus límites, que en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones"* (STC 11/1981)⁶¹¹.

Son notas comunes a este tipo de límites el operar de modo inmediato y sin necesidad de intervención del legislador, pues como ha afirmado el TC, *"(...) la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional"*⁶¹².

Sin embargo, segundo se extrae de la doctrina especializada, no son los límites explícitos que la Constitución impone los que plantean problemas de interpretación, sino los denominados límites intrínsecos, es decir aquellos que derivan de su mera incorporación y conformación constitucional como tales derechos.

DE OTTO⁶¹³ se ha referido a ellos al escribir que *"(...) cualquier derecho fundamental ampara aquello que ampara y nada más, tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto, circunscriben el contenido del derecho, señala sus límites y fronteras y por ello cabe hablar de límites intrínsecos"*.

⁶¹¹STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.7º; STC 2/1982, de 29 de enero, F.J.5º; 110/1984, de 26 de noviembre F.J.5º y Auto 129/1990, de 16 de Julio, F.J.3º;

⁶¹² STC 77/1985, de 27 de junio, F.J.5º.

⁶¹³DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*. Estudios sobre derecho estatal y autonómico, Civitas, Madrid: 1986. La distinción entre delimitación y limitación es propia de la teoría interna. Dentro del esquema de esta teoría, las limitaciones a los derechos fundamentales se definen como actos del Legislador que los privan de alguna parte de su contenido que provienen del exterior de su ámbito normativo y que están siempre prohibidos. Por el contrario, la delimitación consiste en un acto del Legislativo, que define *"(...) los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental"*. Sin duda, la gran discusión dogmática se ha centrado en las obras de Ignacio DE OTTO Y PARDO. A la que debe añadirse la obra de Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw Hill, Madrid: 1996. CRUZ VILLALÓN, Pedro; y PARDO FALCÓN, Javier. *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 97, 2004. Los autores señalan: *"A diferencia de la ley fundamental de Bonn, la Constitución española no contiene una cláusula general relativa a las condiciones de la "limitación" de los derechos. Lo cual no quiere decir, como es lógico, que los distintos derechos fundamentales carezcan de límites en nuestro ordenamiento; por el contrario, el Tribunal Constitucional ha repetido hasta la saciedad cómo ningún derecho fundamental de los que la Constitución reconoce es absoluto o, lo que es igual, de carácter ilimitado"*.

No obstante, oportuno comentar que aunque la Constitución declare de forma directa los elementos que configuran el contenido del derecho, definiendo sus fronteras, no evita que, en dichos supuestos, el legislador tenga que llevar a cabo una delimitación del elemento configurador. Así nos encontramos con la construcción del concepto de "flagrancia" para elaborar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), pues la flagrancia no se corresponde con una categoría cuyo significado sea general y esté arraigado en la sociedad⁶¹⁴.

HÄBERLE⁶¹⁵ subraya que el legislador está constitucionalmente habilitado para el esclarecimiento de los límites a los derechos. Tan pronto tiene claro el "doble carácter" de los derechos fundamentales, también se aclara su función: el legislador conforma legítimamente los derechos fundamentales; los ejecuta; crea los complejos normativos a través de los que se hacen realidad los derechos fundamentales. Integra, así, a los derechos fundamentales como derechos subjetivos en ordenaciones objetivas. Los derechos fundamentales cuyos límites no fuesen concretizados por el "ordenamiento jurídico general" y que no fuesen conformados por las normas creadas por el legislador, quedarían condenados a la insignificancia.

En ese mismo sentido, el TC ha afirmado que: *"(...) no puede admitirse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados en la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta, es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática de la Constitución y en el Derecho Constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución esta expresión se entiende como derivación directa (...)"*⁶¹⁶.

Así que, considerando la unidad del ordenamiento constitucional español, se admiten límites que derivan de la misma, es decir, que teniendo fundamento constitucional pueden no venir recogidos en la letra de la Constitución, pero encierran valores e intereses constitucionalmente

⁶¹⁴STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J.8º.

⁶¹⁵HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Dykinson, Madrid: 2003, p.153.

⁶¹⁶STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.7º.

protegidos. Respecto de estos límites, que derivan directamente de la Constitución, en todos los casos los derechos fundamentales y el bien jurídico constitucional limitativo de los derechos fundamentales deberían experimentar un proceso de recíproca ponderación, con observancia del *principio de proporcionalidad*⁶¹⁷.

Es acertada la visión global que aporta PECES BARBA⁶¹⁸ sobre la interpretación de los límites de los derechos fundamentales, cuando afirma que la interpretación de los límites debe hacerse teniendo en cuenta la cultura política en que se insertan los derechos, que orientará y guiará el sentido de los límites, y que será diferente, según se plantee desde el punto de vista de la autoridad o desde el punto de vista del titular del derecho. En ese ámbito corresponde a los operadores jurídicos con poder de decisión, especialmente al Tribunal Constitucional, mediar entre esas dos posturas extremas, equilibrando, teniendo en cuenta todas las dimensiones de esa cultura política y jurídicas, el contenido de los derechos y sus límites.

Además, la dimensión temporal e histórica debe igualmente ser considerada, porque se plantea en relación con los límites, lo que hemos sostenido para el conjunto de los derechos, su historicidad, que supone una posibilidad de modificabilidad temporal. Ese cambio puede afectar a los límites, potenciándolos, debilitándolos, o cambiando su sentido. En todo caso, el tiempo, que hace variar las condiciones sociales, la realidad social, en la que los límites se plantean, es un factor relevante y a considerar⁶¹⁹.

⁶¹⁷ STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988, p.273.

⁶¹⁸ PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría general, Universidad Carlos III, Madrid: 1995, p.614.

⁶¹⁹ *Ibidem*

III. Los límites de los límites.

III.1. La reserva de ley y el contenido esencial. Garantías normativas frente a las limitaciones.

Los derechos fundamentales preexisten al legislador, por tanto, la ley no es fuente de los derechos, tampoco los crea ni puede desarrollarlos o regularlos con absoluta libertad, pero desempeña una función esencial en su configuración⁶²⁰.

El importantísimo valor que tienen los derechos fundamentales en los sistemas democráticos, hace que su limitación se vea sometida al cumplimiento de ciertas condiciones y que se interpreten siempre de forma restrictiva.

Las limitaciones de los derechos fundamentales deben estar habilitadas por la ley (art. 53.1 CE) que en determinadas circunstancias y para determinados derechos (como la intimidad), la ley deberá ser orgánica (art. 81.1 CE). En este punto, las exigencias constitucionales son muy superiores a las que se encuentran en el sistema europeo de derechos humanos, pues el TEDH ha estimado que las limitaciones pueden operarse por la ley entendida en sentido material, pero no formal⁶²¹. De esta forma ha admitido que fuentes como los reglamentos⁶²² o la jurisprudencia⁶²³ operen limitaciones sobre los derechos fundamentales⁶²⁴.

A la ley le corresponde la tarea de definir con precisión los elementos objetivos y subjetivos del derecho, así como establecer aquellas limitaciones necesarias para hacerlos compatibles entre sí o para preservar otros bienes jurídicos.

La configuración de los derechos fundamentales está reservada a la ley en dos preceptos distintos: los artículos 53.1 y 81 de la CE. El primero de ellos reserva a la ley ordinaria “(...) que en todo caso habrá de respetar su contenido

⁶²⁰TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.90.

⁶²¹SSTEDH Casos *Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia*, ambos de 24 de abril de 1990.

⁶²²STEDH *Caso De Wild, Ooms y Versyp c. Bélgica*, de 18 de julio de 1971.

⁶²³SSTEDH *Sunday Times II c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991; *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; *Chappel c. Reino Unido*, de 30 de marzo de 1989.

⁶²⁴Si bien no ha aceptado tal virtualidad respecto a las circulares administrativas que sólo obligan dentro de la administración, STEDH *Silver y otros c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1983.

esencial”, la “(...) regulación del ejercicio” de los derechos; el segundo reserva a la ley orgánica su “(...) desarrollo”⁶²⁵.

Se verifica que algunos autores afirman que no es lo mismo ‘desarrollar’ (art. 81 CE) que ‘regularse el ejercicio’ (art. 53.1CE). La doctrina no ha sido capaz de manifestar una respuesta clara a este interrogante.

TEJADA⁶²⁶ asevera que el TC se ha enfrentado a este problema, y no ha podido eludir la mencionada distinción en aquellos casos en los que la impugnación de la ley se ha basado precisamente en el hecho de que no revistiera el carácter de orgánica, cuando (a juicio de los recurrentes) debiera hacerlo.

La doctrina del TC sobre el particular persigue el propósito de restringir al máximo el ámbito de la reserva de ley orgánica. Partiendo de que la reserva de ley orgánica es una protección frente al legislador ordinario y, en consecuencia, se configura como una excepción al principio democrático, el Tribunal entiende que, como toda excepción, ha de ser interpretada restrictivamente. Esta interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica conduce a limitar su alcance. Para el TC “(...) si es cierto que hay materias reservadas a la ley orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a esas materias y que por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria”⁶²⁷.

Con respecto a los derechos fundamentales, como se extrae de las SSTC 76/1983 y 160/1987⁶²⁸, el TC entiende que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales es aplicable sólo a los enumerados en la Sección Primera del Capítulo II, aunque no a todos ellos; que no incluye cualquier norma que de una y otra forma afecte a tales derechos sino sólo aquéllas que tienen como finalidad inmediata el ‘desarrollo directo’ del derecho, el establecimiento de su régimen jurídico propio, e incluso mediante una interpretación aun más restrictiva, no cualquier aspecto del derecho, sino la

⁶²⁵TEDH ha fijado qué debe entenderse por ley en numerosas sentencias entre ellas: STEDH, *The Sunday Times I c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.

⁶²⁶TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantía*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, pp.90-91.

⁶²⁷STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J.21 a).

⁶²⁸SSTC 76/1983, de 5 de agosto, F.J.2º a) y 160/1987, de 27 de octubre, F.J.2º.

definición de sus elementos esenciales y de sus límites consonante STC 132/1989⁶²⁹.

Como LLORENTE⁶³⁰ advierte “(...) *la aparición sucesiva en el tiempo de estas determinaciones restrictivas, evidencia que no son producto de una construcción teórica acabada, sino de una voluntad permanente de reducir en lo posible el ámbito de la reserva de ley orgánica; una voluntad tan fuerte que no duda en recurrir, cuando esas determinaciones parecen insuficientes a argumentos difícilmente admisibles*”.

Acerca del tema comenta TEJADA⁶³¹ que el TC olvida que la reserva de ley orgánica es un instrumento al servicio de la prolongación del consenso constitucional sobre una materia (los derechos fundamentales) que se configura como una de las decisiones constituyentes básicas. En ese sentido, cumple una función protectora de las minorías e impide regular mediante mayorías simples el desarrollo de los derechos fundamentales. Obviamente, la ley orgánica no puede cumplir esa doble función, - de prolongación del consenso y de protección de las minorías - en las Legislaturas en las que un partido político dispone de mayoría absoluta.

En esta senda, advierte LLORENTE⁶³² que “(...) *el uso que hasta ahora se ha hecho de la ley orgánica para la configuración de los derechos, aunque más bien parco y en general razonable, no refleja una concepción clara y es*

⁶²⁹STC 132/1989, de 18 de julio, F.J.16º.

⁶³⁰RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera edición, CEPC, Vol.III, Madrid: 2012, p.87.

⁶³¹Comenta Javier Tajadura Tejada que “*Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la referida voluntad restrictiva —al margen del razonamiento teórico coherente que sería exigible— conduce al Tribunal Constitucional a declarar que las normas procesales y las que establecen la organización judicial no requieren la forma de ley orgánica puesto que no deben ser consideradas como desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución (SSTC 22/86 y 93/88). O que, —causando similar asombro— las normas que establecen el régimen jurídico de la radio y la televisión, pese a su evidente conexión con la libertad de expresión y de información garantizadas en el artículo 20 tampoco deben ser incluidas dentro de la reserva de ley orgánica (SSTC 12/82, 189/91, 31/94 y 127/94). En claro contraste con esas declaraciones —y en virtud además de un razonamiento cuya inconsistencia puso de manifiesto el voto particular formulado por el magistrado Díaz Emil— el Tribunal ha incluido toda la legislación penal en el ámbito reservado al legislador orgánico. El Tribunal llega a esta conclusión —que contrasta como digo con muchos de sus pronunciamientos notoria e injustificadamente restrictivos sobre el alcance de la reserva de ley orgánica— afirmando que las penas privativas de libertad son desarrollo del derecho a la libertad personal*”. TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantía*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, pp.91-92.

⁶³²RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera edición, CEPC, Vol. III, Madrid: 2012, Vol. III, p.87.

difícil adivinar las razones por las que en unos casos se ha preferido la ley orgánica a la ordinaria y, en otros, por el contrario, se ha optado por esta”.

Las Leyes orgánicas sólo pueden emanar de las Cortes Generales, y son por tanto siempre y necesariamente leyes dictadas por el poder central, mientras que las leyes ordinarias reguladoras del ejercicio de derechos pueden ser tanto estatales como regionales. Ahora bien, en virtud del reparto competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España, estas apenas pueden incidir en dicha regulación. La competencia estatal exclusiva para regular las condiciones básicas “(...) *que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*” (art. 149.1.1 CE), y la naturaleza misma de los derechos fundamentales que exige el trato igual de todos los ciudadanos, reduce a aspectos muy marginales la posible participación del legislador autonómico en la regulación del ejercicio de los derechos⁶³³.

Las leyes ordinarias estatales habrán de ser también leyes de Cortes, pero nada impide que la regulación del derecho se lleve a cabo mediante un Decreto legislativo. Lo que sí prohíbe la Constitución es la promulgación de Decretos-Leyes que afecten a los “(...) *derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I*”.

Esta previsión de reserva legal que hace la Constitución española en el artículo 53.1 supone la prohibición de que el legislador habilite mediante una ley vacía de contenido al ejecutivo para incidir en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos, tal y como ha clarificado la STC 42/1987⁶³⁴.

La función principal de la ley que desarrolla el ejercicio de los derechos fundamentales es precisamente la de determinar el ámbito de éste, precisando quiénes son sus titulares, las actividades amparadas y los medios habilitados para su defensa, pues no hay que olvidar que el texto constitucional español se limita a enunciar el derecho o como máximo a hacer una mención de sus elementos esenciales, por lo que será tarea propia del legislador la delimitación

⁶³³TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantía*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.92.

⁶³⁴STC 42/1987, de 7 de abril, F.J.2º, conforme FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 1993, pp.240 y 241.

del contenido del derecho sin que esta función delimitadora pueda considerarse como limitadora de derechos fundamentales.

No obstante, como subraya MUÑOZ ARNAU⁶³⁵, el desarrollo legislativo del ejercicio de los derechos fundamentales no deja de ser problemático pues esa ley de desarrollo podría incurrir en limitaciones excesivas rayando la inconstitucionalidad, por lo que aquí se unen tanto una tarea delimitadora como limitadora, debiendo ser analizada por los operadores jurídicos su adecuación al texto constitucional.

Por lo que se refiere a la posible utilización de Decretos-Leyes, según el autor, no hay ningún obstáculo para ello siempre y cuando se refiera a una regulación incidental y de tipo reglamentario, tal y como ha expresado el TC en la STC 83/1984⁶³⁶.

Dicho todo eso, entendemos que toda regulación del ejercicio es desarrollo, aunque hay derechos que parecen no necesitar de tal regulación. Pero pueden imaginarse desarrollos que no se refieran necesariamente al ejercicio, aunque no cabe duda de que aquéllos siempre se realicen en vista de éste. Por otra parte, la naturaleza de cada derecho requiere un tipo de desarrollo diferente.

Entendemos que el artículo relevante es el 53.1 CE, el cual establece una reserva de ley, que en todo caso debe respetar el contenido esencial para la regulación de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I. Esto es lo definitivo y nos parece que el constituyente no tuvo presente esa posible distinción entre 'regulación del ejercicio' y 'desarrollo'. Si fueran cosas distintas, la CE debería haber hecho mención del respeto al contenido esencial en el art. 81.1; y con más razón, siempre siguiendo la argumentación del TC, pues la regulación frontal parece ser, para él, de más importancia que la regulación del ejercicio, por lo menos es lo que se puede interpretar de la STC 67/1984 cuando declara que *"El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los Poderes Públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (arts. 81 y 53.1 de la Constitución); contenido que puede extraerse en parte de la propia*

⁶³⁵ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español. Op. Cit.*, pp.105 y ss.

⁶³⁶ *Ibidem*

*Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás*⁶³⁷.

Cuanto al deber de respetar el contenido esencial, el art. 53.1 CE establece como límite al legislador cuando desarrolle el ejercicio de los derechos que, en verdad es todo aquello que compone la sustancia del derecho y sin el cual quedaría irreconocible. Esta condición está íntimamente ligada a condición que comentamos arriba, la reserva de ley. Esta tarea de determinación del contenido esencial del derecho fundamental debe de hacerse para cada caso concreto, individualizadamente.

La STC 11/1981⁶³⁸ es muy explicativa a la hora de definir lo que se debe entender por el contenido esencial, declarando que *“(..). constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”*.

Sin embargo, la noción de contenido esencial del derecho fundamental es también un concepto jurídico vago e indeterminado, y como se desprende de dicha sentencia debe ser interpretado de acuerdo con el momento histórico en el que éste deberá ser aplicado, pues el contenido esencial no es algo que deba entenderse fijo en el tiempo, sino que debe evolucionar adaptándose a los cambios sociales.

No obstante toda dificultad, podríamos afirmar que el contenido esencial se erige en un límite infranqueable a la intervención delimitadora del legislador ordinario, creando un núcleo indispensable (el ‘núcleo duro’) a su libertad de configuración, constituye el *límite de los límites* de los derechos fundamentales⁶³⁹.

⁶³⁷STC 67/1984, de 7 de junio, F.J.2º.

⁶³⁸STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.8º.

⁶³⁹SSTC 11/1981, de 8 de abril, F.J.10º; 197/1987, de 11 de diciembre, FF.JJ.4º, 5º y 6º; 117/1987, de 8 de julio, F.J.11º entre tantas otras.

Reconoce PAREJO ALFONSO⁶⁴⁰ que existe una cierta imprecisión en la determinación del contenido esencial que deja una extensa margen de interpretación al TC.

Además no se puede olvidar con relación a la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales que, a pesar de que se dirige con más claridad al legislador, eso no supone ningún obstáculo para que también vincule a la administración y a los tribunales, puesto que son todos los agentes jurídicos y poderes públicos los que están sujetos al cumplimiento de la Constitución, y más en concreto por el artículo 53.1 CE, pues no hay que olvidar que todos los poderes públicos deben aplicar los derechos fundamentales aunque no les corresponda la tarea de su desarrollo.

Con relación a los métodos utilizados para delimitar que es lo que verdaderamente constituye el contenido esencial, separándolo de lo accesorio, de esta cuestión se ha ocupado, desde fechas muy tempranas el TC. En la STC 11/1981⁶⁴¹ ha declarado que *“(...) para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (...). El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo médula de los derechos subjetivos (...). Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*.

⁶⁴⁰PAREJO ALFONSO, Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 3, septiembre-diciembre 1981, pp.185 y ss.

⁶⁴¹STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.8º.

Para el TC, como se extrae de la citada STC 11/1981, los dos caminos no son excluyentes, sino complementarios, pudiendo ser utilizados conjuntamente para determinar el contenido esencial del derecho en cuestión⁶⁴².

La ley reguladora del ejercicio de los derechos fundamentales, además de respetar los preceptos constitucionales debe ser clara en sus términos, previsible en sus consecuencias jurídicas y dotadas de cierta estabilidad siguiendo la doctrina fijada por el TEDH⁶⁴³. Igualmente tiene que reunir el requisito de accesibilidad⁶⁴⁴, de tal modo que sea fácil para sus destinatarios conocer su texto, lo cual normalmente se cumple con la condición de publicidad, que en el caso español se lleva a cabo con la inserción de la nueva norma en el BOE⁶⁴⁵.

Sin embargo hay situaciones que no resulta suficiente delimitar el objeto del derecho fundamental y fijar los límites que cabe imponer a éste. Puede acontecer que sea necesario definir la intensidad en que estos límites deben ser aplicados y es aquí donde entra en juego el principio de proporcionalidad que pasaremos a tratar en la sección siguiente.

III.2. Principio de la proporcionalidad.

El principio de la proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que, como hemos visto, cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Lo que se plantea entonces es de que manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de la proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es

⁶⁴²STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.8º.

⁶⁴³SSTEDH *The Sunday Times I c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Caso Leander c. Suecia* de 26 de marzo de 1987.

⁶⁴⁴SSTEDH *Autronic AG c. Suiza*, de 22 de mayo de 1990; *Caso Silver y otros c. el Reino Unido* de 25 de marzo de 1983; *Caso Groppera Radio y otros c. Suiza*, de 28 de marzo de 1990.

⁶⁴⁵MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español. Op. Cit.*, p.98.

tutelarlos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible.

La finalidad del principio de la proporcionalidad es garantizar que la limitación aplicada al derecho fundamental sea únicamente la imprescindible para que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a una conducta que realmente no puede considerarse incluida en el objeto de un derecho fundamental). Si la intensidad de la limitación es mayor que la que realmente resulta necesaria para cumplir su finalidad se podría deducir que ese límite se convirtió en una forma de disponer del derecho.

El TC indicó que, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga⁶⁴⁶, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos⁶⁴⁷. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable⁶⁴⁸, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido⁶⁴⁹. Ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone⁶⁵⁰ y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial⁶⁵¹.

En parecidos términos, y en lo que es ya una doctrina consolidada, el TC subraya que *“(...) de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”*⁶⁵².

⁶⁴⁶STC 58/1998, de 16 de marzo, F.J.3º y

⁶⁴⁷SSTC 11/1981, de 8 de abril, F.J.7º y 2/1982, de 29 de enero, F.J.5º.

⁶⁴⁸STC 53/1986, de 5 de mayo, F.J. 3º.

⁶⁴⁹SSTC 62/1982, de 15 de octubre, F.J.2º a) y 13/1985, de 31 de enero, F.J.2º.

⁶⁵⁰STC 37/1989, de 15 de febrero, F.J.7º.

⁶⁵¹STC 18/1999, de 22 de febrero, F.J.2º, en el mismo sentido SSTC 11/1981, de 8 de abril; 196/1987, de 11 de diciembre; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de junio y 57/1994, de 28 de febrero.

⁶⁵²STC 14/2003, de 28 de enero, F.J.9º.

En esta senda, muy aclaradora es la STC 207/1996 donde el TC indica los requisitos que “(...) *para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*”⁶⁵³.

Así, el juicio de proporcionalidad consta, por tanto, de tres fases:

- a) *Juicio de idoneidad*: Consiste en determinar la adecuación o no de la medida limitativa concreta al fin perseguido con la limitación impuesta al derecho fundamental. El primer canon del juicio de proporcionalidad exige precisar si la medida es susceptible de lograr el fin que con ella se persigue⁶⁵⁴. La idoneidad que se exige es funcional. Es decir, no basta sólo con su idoneidad como medida restrictiva o limitativa, sino que es preciso que la restricción tenga por objeto limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite;
- b) *Juicio de necesidad*: Consiste en determinar si la medida limitativa resulta o no imprescindible para alcanzar el fin que se persigue con la limitación del derecho. Es decir, verificar que no exista otro medio menos gravoso para lograr el mismo fin;
- c) *Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: Consiste en determinar que el sacrificio exigido al derecho fundamental que se limita no resulta desproporcionado en relación con el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con esa limitación. Ello se traduce en la exigencia de

⁶⁵³STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J.4º e).

⁶⁵⁴Es claramente perceptible aquí el influjo del TEDH en la interpretación del art. 8.2 CEDH y preceptos similares (art. 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH). En este sentido hay que advertir, en primer lugar, que el concepto ‘necesidad’ deberá ser entendido a partir de la conceptualización del mismo hecho por el TEDH (que implica una necesidad o exigencia social imperiosa para la intromisión – Vide SSTEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *Sunday Times II c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991; *Rieme c. Suecia*, de 22 de abril de 1992; *Campbell c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1992.

probar que el daño de estos últimos es real y efectivo, y una vez probado esto que los sacrificios exigidos a uno y otros están compensados⁶⁵⁵.

El requisito de proporcionalidad es igualmente exigido por el TEDH. El TEDH considera que debe asegurarse un justo equilibrio de los intereses en juego, de suerte que no haya desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido⁶⁵⁶.

Así entendido, el TC ha concluido por una exigencia adicional de motivación de todos los actos de los poderes públicos que apliquen límites a los derechos fundamentales⁶⁵⁷. Adicional porque supone un *plus* respecto al deber general de motivación de las sentencias y otro tipo de actuaciones de los poderes públicos⁶⁵⁸. La motivación, por tanto, no es sólo una cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos⁶⁵⁹.

Con arreglo a esta doctrina, el Tribunal entiende que la falta de motivación de la medida restrictiva de un derecho fundamental supone vulneración del mismo⁶⁶⁰ y como ha reiterado el TC, para que también los destinatarios de esa norma jurídica limitadora puedan conocer las razones por las que ven su derecho sacrificado⁶⁶¹, lo que por otra parte aparece estrechamente vinculado a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la correlativa interpretación restrictiva de sus límites⁶⁶².

La correcta aplicación del principio de la proporcionalidad exige que la motivación de la medida limitativa sea de forma expresa puesto que sólo así puede el TC controlar la exactitud de su aplicabilidad⁶⁶³. Eso es porque, como

⁶⁵⁵RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, pp.195-202.

⁶⁵⁶SSTEDH *Gropera Radio AG y otros c. Suiza*, de 28 de marzo de 1990; *Observer y guardian c. Reino Unido de 26 de noviembre de 1991*; *Sunday Times II c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991; *Rieme c. Suecia*, de 22 de abril de 1992; *Campbell c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1992.

⁶⁵⁷SSTC 26/1981, de 17 de julio; 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 72/1986, de 2 de junio; 59/1995, de 17 de marzo; 170/1996, de 29 de octubre; 67/1997, de 7 de abril. TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.79.

⁶⁵⁸TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015, p.84. Vide STEDH, *Caso Silver y otros c. el Reino Unido* de 25 de marzo de 1983.

⁶⁵⁹STEDH, *Caso Silver y otros c. el Reino Unido* de 25 de marzo de 1983.

⁶⁶⁰SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, F.J.5º y 177/1998, de 14 de septiembre, F.J.3º.

⁶⁶¹STC 62/1982, de 15 de octubre, F.J.2º b).

⁶⁶²SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Revista de ciencias jurídicas, nº 12-13, 2007-2008, p.143.

⁶⁶³STC 200/1997, de 24 de noviembre, F.J.4º.

comenta RUIZ MIGUEL⁶⁶⁴, toda limitación debe poder ser controlable jurisdiccionalmente, bien mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1 y 161.1 a) CE), bien mediante el amparo judicial o, en su caso, el recurso de amparo constitucional (arts. 53.2 y 161.1 b) CE y disp. trans. 2ª LOTC), aparte de los procedimientos ordinarios. Además, no olvidando que toda limitación de un derecho fundamental debe ser interpretada restrictivamente y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tal derecho.

⁶⁶⁴RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, p.201.

IV. Los límites del derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad tiene sus limitaciones que pueden estar en la exacta frontera en que la dignidad y la conveniencia del individuo deben ceder ante las exigencias del bienestar general o de la equidad. Así, también es susceptible de limitación, sea en su inevitable articulación con otros derechos fundamentales, como la libertad de información, o en el plan de protección de otros bienes jurídicos, como la seguridad pública, prevención y persecución de delitos.

En la CE hay dos importantes cuestiones reflejadas, en lo que atañe a los límites del derecho a la intimidad. Una se refiere a la constante tensión entre este derecho y los derechos consagrados en el artículo 20 CE – libertad de expresión y libertad de información - en particular el apartado 4 de la norma mencionada, donde establece que dichas libertades *“(...) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*. La otra se encuentra en el artículo 18.4 CE, *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Es innegable que el perfil de la actual sociedad de la información, que explota intensamente la tecnología, ha propiciado el surgimiento de innumerables nuevos riesgos de vulneración a la intimidad frente al avance de las nuevas tecnologías de información, como comentamos en la sección IV del capítulo primero.

La informática resulta hoy imprescindible para el desarrollo de la actividad social. El concepto y riesgos del derecho a la intimidad, adquiere una dimensión mucho más amplia con la incorporación de la informática como técnica imprescindible en todos los ámbitos sociales y económicos de la vida moderna.

De ahí el ordenamiento español da una respuesta a esta realidad. Lo que el apartado 4 del artículo 18 CE contiene es un mandato al legislador para que limite el uso de la informática en protección al derecho al honor y la

intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En España, la ley de desarrollo del art. 18.4 CE es la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Como ha advertido el TC en la STC 37/1989, “(...) *la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad de domicilio y del secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE). Tal afectación del ámbito de la intimidad es solo posible por decisión judicial (...)*”⁶⁶⁵.

La vida en sociedad exige esta premisa para que los más variados derechos puedan convivir en armonía. La libertad, encuentra sus límites en la esfera del derecho ajeno.

Los límites internos pueden venir dados por diversos caminos: por el contenido del derecho, por su naturaleza propia, por la buena fe o por el abuso de derecho. Por lo que hace al contenido y a la naturaleza propia del derecho, remitimos a la sección IV, del capítulo primero de esta investigación. Muy especialmente, afectará a los límites el que se adopte una postura objetivista o subjetivista sobre el concepto de intimidad. Si se considera la intimidad como una cierta esfera objetivamente determinable quizá pueda llegarse a una conclusión distinta sobre el límite de ese derecho que si la considera como autodeterminación informativa⁶⁶⁶.

Según el TC, el ejercicio de los derechos debe encuadrarse, en una pauta de comportamiento que el artículo 7 del Código Civil (en adelante CCV) expresa con carácter general al precisar que “(...) *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. La buena fe ha sido considerada como un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁶⁶⁷, si bien parece que pudiera ser considerada como un límite

⁶⁶⁵STC 37/1989, de 15 de febrero, F.J.7º. Aunque quizá sí que haya algunos derechos absolutos: libertad de conciencia, derecho a no declararse culpable o a no declarar contra sí mismo, entre otros.

⁶⁶⁶RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, pp.195.

⁶⁶⁷SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, F.J.2º y 3º; 88/1985, de 19 de julio, F.J.2º; 61/1988, de 8 de abril, F.J.6º; AATC 171/1985, de 6 de marzo, F.J.3º; 112/1985, de 20 de febrero, F.J.2º; 565/1989, de 27 de noviembre, F.J.2º.

aplicable a los demás derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la intimidad⁶⁶⁸.

GARCÍA TORRES Y JIMÉNEZ-BLANCO⁶⁶⁹, no comparten de esta solución, opinan que los derechos fundamentales son un *quid* distinto a los demás derechos subjetivos y que sólo pueden limitarse con arreglo a los preceptos constitucionales, y no por los del Código Civil. Así que sostienen que el contenido esencial del derecho peligra ante una regla como ésta⁶⁷⁰.

DE OTTO⁶⁷¹, en el mismo sentido afirmaba que un principio de formulación meramente legal, como la buena fe, no podía situarse en pie de igualdad con un derecho reconocido en la propia Constitución.

La categoría del abuso de derechos fundamentales se encuentra constitucionalizada en el artículo 18 de la Ley fundamental de Bonn (en adelante GG) con un carácter bastante restrictivo⁶⁷². El abuso de derecho parece también estar recogido en importantes documentos internacionales: la DUDH⁶⁷³, y el CEDH⁶⁷⁴, aunque autores como ROVIRA VIÑAS⁶⁷⁵ niega que estos documentos consagren la figura del abuso del derecho.

⁶⁶⁸RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, pp.195 y ss.

⁶⁶⁹GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid: 1986, p.128.

⁶⁷⁰*Ibidem*

⁶⁷¹OTTO y PARDO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución*. [In: DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, pp.113-144.

⁶⁷²Art. 18 GG: “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”. Esta figura alemana también se aproxima a la categoría española de la denominada suspensión individual de los derechos fundamentales.

⁶⁷³Artículo 29: “1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad; 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática; 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

⁶⁷⁴Artículo 17: (Prohibición del abuso de derecho) “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

⁶⁷⁵ROVIRA VIÑAS, Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales*. Península, Barcelona: 1983, p.185.

En España el principio no está consagrado en la CE, pero fue aceptado como principio general del Derecho por la jurisprudencia civil⁶⁷⁶ y más tarde recogido en el CCV, en el artículo 7.2: *“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

También el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), ha recogido esta figura, si bien, como se extrae, limitada al ámbito procesal, según el cual, *“Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”*.

Se ha discutido la aplicación de esta categoría a los derechos fundamentales. De una parte, se ha negado esta posibilidad. Dejando a un margen la alusión del artículo 7.2 CCV a las posibles medidas ‘administrativas’, un sector de la doctrina ha negado que la categoría del abuso del derecho pueda tener cabida en materia de derechos fundamentales en general y en el Derecho Constitucional español en particular.

ROVIRA VIÑAS⁶⁷⁷ ha sostenido que muy pocos son los derechos fundamentales a los que se podría aplicar este supuesto teórico y, caso de producirse, podrían muy bien aplicárseles para evitar el abuso de los límites generales que ya existen, resultando superflua la teoría general del abuso. A juicio de dicho autor, si una de las finalidades de los derechos fundamentales es la de servir de límite al ejercicio del poder del Estado, el reconocimiento de un límite especial con las características que definen a la teoría general del abuso, contradice esta finalidad, ya que mediante un límite de esta clase se dota al Estado una arma con la que puede prohibir el ejercicio de cualquier

⁶⁷⁶La sentencia básica es la STS de 14 de febrero de 1944. La jurisprudencia posterior, que apenas aporta nada nueva, consolida esta doctrina. Algunas sentencias hacen hincapié en la caracterización del abuso por la nota de ejercicio antisocial de un derecho subjetivo (a partir de la STS de 22 de septiembre de 1959).

⁶⁷⁷ROVIRA VIÑAS, Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales. Op. Cit.*, pp.184 y 219-220.

derecho fundamental alegando que mediante su uso se intenta la destrucción de la libertad⁶⁷⁸.

En este sentido se han distinguido dos conceptos de abuso: - uno genérico, del que brotarían los límites de los derechos (incluidos los fundamentales); y - otro específico, la teoría del abuso de derecho del ordenamiento civil, ligada al derecho de propiedad, que es considerado como un medio de actuación típico del 'Estado social de Derecho', y que fortalece al Poder Judicial otorgándole amplias facultades de actuación⁶⁷⁹.

También existe el argumento que, considerando el principio de la seguridad jurídica no aconseja reconocer un límite a los derechos fundamentales que no esté expresamente previsto en la Constitución, principalmente cuando la propia Constitución reconoce ya un amplio elenco de límites⁶⁸⁰.

Por otro lado, se ha admitido la teoría en el campo de los derechos fundamentales. ESPINAR VICENTE⁶⁸¹ ha considerado que las pautas elaboradas por la jurisprudencia civil para juzgar el abuso de derecho podrían ser trasladables, sin forzar en absoluto, al ámbito de la intimidad. Esas pautas, a su juicio serían:

- La producción de una lesión patrimonial, a la que podría equipararse una desproporcionada merma en la reputación o, añadimos, una lesión en la intimidad;
- Actitud pasiva de quien sufre la lesión, que se podría constatar en la firme voluntad del afectado en guardar para el ámbito de su intimidad el objeto de la noticia o comentario;
- Intención de daño en quien causa la lesión, que se demostraría si para el agresor primaba más el interés en afectar a la reputación o a la intimidad de la víctima, que el transmitir una información u opinión eventualmente significativa;
- Falta de interés legítimo, que se apreciaría por la ausencia de una relación

⁶⁷⁸ROVIRA VIÑAS, Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p.186.

⁶⁷⁹PIQUERAS BAUTISTA, José Antonio. *El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales*. [In: *Introducción a los derechos fundamentales*. Vol. III, p.864].

⁶⁸⁰PIQUERAS BAUTISTA, José Antonio. *El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales*. Op. Cit., pp.886-887.

⁶⁸¹ESPINAR VICENTE, José María. *La primacía del derecho a la informática sobre la intimidad y el honor*. [In: GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1992, pp.65-66].

entre el informante u opinante y el sujeto en torno a la materia objeto de expresión o información;

- Ejercicio antisocial del derecho, que tendería a confundirse con la salvaguarda de los derechos fundamentales de la Constitución.

En que pese las ponderaciones de Rovira Viñas que, como hemos visto, se manifiestan contrarias a la aceptación de la categoría 'abuso de derechos' fundamentales, nos parece convincente que desde un enfoque jurídico positivo sería posible introducirla en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 10.2 CE. Eso porque, si los derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con la DUDH y demás Convenios internacionales sobre la materia, y si estos tratados acogen el 'abuso de derecho' (art. 29.3 DUDH y 17 CEDH), nos parece que la figura podría tener cabida respecto a los derechos constitucionales garantizados por la CE.

Sea como fuera, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional reconoce la categoría del abuso de derecho, si bien, a diferencia de lo que sucede con la buena fe, no la ha referido al artículo 7.2 CCV, sino que parece configurarla como un principio constitucional autónomo⁶⁸² delimitador de los derechos que tendería a identificar la situación en que hay una extralimitación en el ejercicio del derecho. Nada parece indicar que la categoría no sea aplicable al derecho a la intimidad.

Para el TC, la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones y en otras el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁶⁸³.

Si para el TC los derechos fundamentales no son absolutos, tampoco lo son los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos. En efecto, tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre redacción el interés particular

⁶⁸²SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, F.J.3º; 172/1990, de 12 de noviembre, F.J.2º, entre otras.

⁶⁸³SSTC 11/1981, de 8 de abril, F.J.7º; 2/1982, de 29 de enero, F.J.5º; 91/1983, de 7 de noviembre, F.J.3º; 110/1984, de 26 de noviembre, F.J.5º, entre otras.

subyacente a las primeras, y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción⁶⁸⁴.

Por esta razón tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del “(...) *respeto a la e ley y a los demás*”, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como “(...) *fundamento del orden político y de la paz social*”.

Esto puede relacionarse con la teoría expuesta por el TC en la STC 25/1981⁶⁸⁵, que alude que los derechos fundamentales resultan ser “(...) *elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*”, reiterando el interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.

Se produce, por tanto, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, en el que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente⁶⁸⁶.

La tesis defendida por DE OTTO⁶⁸⁷ parece se aproximar de estas últimas consideraciones en cuanto parece postular una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución merced de la cual es la propia Constitución la que delimita con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho.

La delimitación del ámbito protegido a los límites del derecho a la intimidad conforman, como subraya MARTINEZ⁶⁸⁸ citando Rivera “(...) *la cuestión más espinosa de todas las que puedan estudiarse en relación a éste derecho. Entre el mismo y el derecho de la generalidad a la información, la libertad de e prensa y la misma seguridad de los ciudadanos y del país, se encuentra un amplio margen gris, indefinido, sobre el que todos los autores han puesto el acento*”.

⁶⁸⁴RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, p.199.

⁶⁸⁵STC 25/1981, de 4 de julio, F.J.5º.

⁶⁸⁶SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F.J.6º; 254/1988, de 21 de diciembre, F.J.3º; 20/1990, de 15 de febrero, F.J.4º. [In: RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995, p.200].

⁶⁸⁷DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, p.144.

⁶⁸⁸VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica 5-5-1982*. Ed. Montecorvo, Madrid: 1984, p.67.

Respeto a los requisitos legales de la limitación del derecho a la intimidad, para que su limitación resulte legítima debe reunir los siguientes requisitos⁶⁸⁹:

- a) Existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la investigación de un delito;
- b) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad);
- c) Que como regla general la limitación se acuerde mediante resolución judicial motivada, si bien debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar excepcionalmente a la policía judicial para determinadas prácticas;
- d) Estricta observancia del principio de proporcionalidad de la medida, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

En consecuencia, las medidas limitativas del derecho fundamental a la intimidad no están sujetas a una reserva constitucional de previa resolución judicial, pudiendo adoptarse por otros sujetos, como los miembros de la policía judicial, cuando, existiendo causa legal para su práctica, la misma se ajuste a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Por todas STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J.4º.

⁶⁹⁰ En este sentido STC 70/2002, de 3 de abril, F.J.10º b) 2).

V. Los derechos a una comunicación libre desde la perspectiva constitucional.

En España la primera consagración legislativa de la libertad de expresión aparecen como libertad de prensa. Fue por primera vez recogida por la Constitución de Cádiz de 1812. Y en la Constitución de 1978, España reconoce expresamente la libertad de expresión e información en el artículo 20⁶⁹¹.

Ya la libertad de información como derecho fundamental es de período histórico reciente. Su proclamación como derecho subjetivo fue parte de la estrategia de consolidación del Estado Liberal contra el *ancien régime*. Pero, fue las revoluciones americana y francesa que proclamaran la libertad de información como derecho fundamental en la forma actualmente comprendida⁶⁹².

Como dicho, las libertades de expresión e información están expresas en el artículo 20 CE, párrafo 1, apartados a) y d), respectivamente. Son dos apartados distintos, acogiendo una concepción dual que se separa de la mayor parte de las constituciones y declaraciones sobre derechos fundamentales⁶⁹³.

Hasta 1988 hubo una discusión doctrinal sobre la autonomía entre el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión⁶⁹⁴. En la STC 6/1988, la posición del TC sobre la distinción entre el derecho a la libertad de expresión e información fue concluyente cuando afirmó que “(...) en el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente

⁶⁹¹FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.31.

⁶⁹²PARGA, Jiménez de. *Los Regímenes Políticos contemporáneos*, 6ª ed., Madrid: 1983, pp.153 y ss.

⁶⁹³En el constitucionalismo comparado, con la excepción de la Constitución portuguesa, se reconocen conjuntamente ambas libertades, además, se considera que la libertad de prensa es una concreción de la libertad de expresión. MUÑOZ LORENTE, José. *La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999, p.65.

⁶⁹⁴REBOLLO VARGAS. Rafael. *Aproximación a la Jurisprudencia Constitucional: libertad de expresión y sus límites penales*. PPU, Barcelona: 1992, p.27.

*información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables*⁶⁹⁵.

Un examen del art. 20 CE deja visible que en él albergan dos distintos derechos por su objeto y a veces por sus titulares. Así por una parte se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras que por otra se construye el derecho de información en sus vertientes de comunicar información y de recibirla.

En el constitucionalismo español, como comentamos, la libertad de información prevé, de forma expresa, un doble aspecto al derecho a la información, es decir, dos vertientes, - el derecho de transmitir información y, - el derecho a recibir libremente información veraz⁶⁹⁶. Aunque, según la doctrina, el derecho a recibir información ha tenido menor desarrollo jurisprudencial y doctrinal que el derecho a transmitir información⁶⁹⁷.

El TC se ha referido al derecho a recibir información en la STC 168/1986 manifestando que *“(...) al incluir estos derechos en el art. 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos. El derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades*⁶⁹⁸.

VILLAVERDE MENÉNDEZ⁶⁹⁹ asevera que la jurisprudencia del TC parece avalar la reducción del derecho a recibir información a la garantía institucional de la satisfacción de ese interés colectivo y, en todo caso, la consideración del derecho a recibir información veraz como un derecho de

⁶⁹⁵STC 6/1988, de 21 de enero, F.J.5º, reiterada por el TC en la STC 107/1988, de 8 de junio, F.J.2º.

⁶⁹⁶STC 6/1981, de 16 de marzo, F.J.4º.

⁶⁹⁷FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.41.

⁶⁹⁸STC 168/86, de 22 de diciembre, F.J. 2º. STC 112/2006, de 5 de abril, F.J.11º.

⁶⁹⁹VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Actividad Informativa y Derecho Privado*. Derecho Privado y Constitución, nº 10, p.237.

libertad, y nunca como un derecho a una prestación del Estado, como se desprende de la STC 220/1991 “(...) *el derecho de recibir información veraz (...) es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación*”⁷⁰⁰.

La libertad de expresión es más amplia que la libertad de informar, ya que ésta se refiere a hechos noticiables que tengan apariencia de veracidad, contiene un significado que pretende ser objetivo. Se refiere a la comunicación de hechos mediante cualquier medio de difusión general. Mientras que la libertad de expresión conlleva un matiz subjetivo, tiene por objeto pensamientos o ideas que pueden comportar juicios de valor, creencias y opiniones y que se pueden manifestar de palabra, por escrito o a través del lenguaje simbólico⁷⁰¹, por cualquier medio de difusión ya sea de carácter general o más restringido (pasquines, etc.), aunque se garantice una especial protección en el primer caso.

Como dicho, son dos derechos distintos, pero íntimamente conectados y relacionados, hasta tal punto que se puede considerar que la libertad de expresión y la libertad de información son “(...) *manifestaciones de un derecho general a la libre comunicación*”⁷⁰².

Evidentemente expresión e información con frecuencia no se dan separados, sino, por el contrario, unidos, puesto que con las noticias es frecuente intercalar opiniones propias del informador. De esta forma se considerará que nos enfrentamos a una manifestación de la libertad de expresión o, por el contrario, de la de información de acuerdo con el carácter predominante del mensaje⁷⁰³. Aunque *prima facie* parezca muy sencillo, no siempre son fácilmente distinguibles⁷⁰⁴.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y, en su forma clásica, a los profesionales del periodismo; la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20.1., letra ‘a’

⁷⁰⁰STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J.4º.

⁷⁰¹STC 4/1996, de 16 de enero, F.J.3º.

⁷⁰²SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*. REDC, núm. 32, 1991, p.81.

⁷⁰³SSTC 160/2003, de 15 de septiembre; 9/2007, de 15 de enero; 29/2009, de 26 de enero.

⁷⁰⁴STC 34/1996, de 11 de marzo, F.J.4º.

CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información⁷⁰⁵ y además el juicio valorativo, objeto de la libertad de expresión, no puede someterse a la prueba de la veracidad, puesto que no puede contrastarse con supuesto fáctico ninguno⁷⁰⁶, pueden ser razonables o no, pero no son hechos. Esta doctrina ha sido formulada en contextos muy diferentes por el TEDH⁷⁰⁷.

En este sentido, BONILLA SÁNCHEZ⁷⁰⁸ hace hincapié que “(...) *la veracidad se refiere a los hechos, mientras que en la libertad de expresión puede comprender, no sólo a los hechos, sino a otras realidades subjetivas; repisando, la libertad de expresión es más amplia. En las opiniones o juicios de valor (como libertad de expresión), puede que sean razonables o irrazonables, estúpidas o inteligentes, pero no es necesario que exista la exigencia veracidad en el sentido de exactitud, tan sólo que no sean injuriosas o vejatorias*”.

El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, en sus dos vertientes, se configuran en la Constitución y en la jurisprudencia del TC como libertades frente al Estado. Son derechos que nacen directamente de la Constitución y sus titulares, que son todos los ciudadanos, no tienen que esperar un reconocimiento por parte del Estado, basta con la no injerencia de los poderes públicos, como dispone la STC 77/1982⁷⁰⁹. Es decir, sólo precisan de la abstención por parte de la administración.

Sin embargo, la CE aún impone a los poderes públicos actuaciones positivas. En virtud del art. 9.2 de la CE, los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integren sean reales, facilitando la pluralidad de los medios de difusión. Como se extrae de la STC 6/1981 “(...) *la libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el art. 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para*

⁷⁰⁵SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio.

⁷⁰⁶ZAMORA, Miguel Agudo, [In: AA.VV. *Manual de derecho constitucional. Miguel Agudo Zamora (Coordinador)*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid: 2012, p.508].

⁷⁰⁷STEDH, *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986.

⁷⁰⁸BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus S.A, Madrid: 2010, p.118. En este sentido SSTC 4/1996, de 19 de febrero, F.J.2º; 278/2005, de 7 de noviembre, F.J.2º; 174/2006, de 5 de junio.

⁷⁰⁹STC 77/1982, de 20 de diciembre, F.J.1º.

*remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género*⁷¹⁰.

Asimismo, la CE impone específicamente al legislador la regulación de la garantía de acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas en España. Esta garantía debe ser articulada por el legislador⁷¹¹.

En este sentido, si el derecho de acceso es denegado de manera discriminatoria o arbitraria supondrá un menoscabo del derecho del grupo a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones, lo que efectivamente supondría una vulneración de los derechos a la libertad de expresión e información. Por tanto, existe una obligación positiva de actuación del legislador que garantice el acceso a los medios públicos de comunicación social a los grupos sociales más representativos.

Pues bien, estas libertades son imprescindibles para lograr una opinión pública libre en el marco del pluralismo político, en una sociedad democrática, porque construyen la opinión pública, esencial para dar contenido a varios principios del Estado constitucional. La libertad de información y expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática⁷¹². La existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa⁷¹³.

El TC español ha sostenido desde sus primeras sentencias que sin una comunicación pública libre *“(...) quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática (...) que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política*⁷¹⁴. Eso es porque, como afirma RODRÍGUEZ RUÍZ⁷¹⁵ *“(...) la*

⁷¹⁰STC 6/1981, de 16 de marzo, F.J. 5º.

⁷¹¹SSTC 86/1982, de 23 de diciembre y 63/1987 de 20 de mayo.

⁷¹²STEDH, de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España*.

⁷¹³STC 121/1989, de 3 de julio, F.J.2º; STEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *Sunday time c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Barthold c. Alemania*, de 25 de marzo de 1985 y *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986.

⁷¹⁴STC 6/1981, de 16 de marzo, F.J.3º.

democracia garantiza que todos los individuos que así lo deseen puedan participar en el proceso de adopción de decisiones políticas sobre la base de los principios de libertad e igualdad”.

En otro pronunciamiento el TC califica a la opinión pública como una institución política fundamental, “(...) *indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*”⁷¹⁶, y que “(...) *el principio democrático (...) presupone (...) el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos*”⁷¹⁷.

El régimen jurídico de estos derechos solo puede entenderse de forma adecuada teniendo en cuenta dos aspectos esenciales: 1. Su dimensión individual y significado político y, 2. Su aspecto institucional. El primer aspecto liga estos derechos al principio de dignidad de la persona (art. 10 CE) y el segundo al principio democrático (art. 1 CE)⁷¹⁸.

Las razones son obvias porque privar una persona de su derecho a comunicarse libremente hiere gravemente su dignidad y le condena a un indiscutible empobrecimiento intelectual y moral. Su otro aspecto se comprende porque subraya la indispensabilidad de la libertad de expresión en el sistema democrático.

Cuando hablamos de derechos no podemos dejar de hablar de garantías, porque derechos sin garantías serían ‘letras muertas’.

FREIXES⁷¹⁹ en su doctrina distingue dos tipos de garantías, a) garantías establecidas directamente por la Constitución y, b) garantías que, aun mencionadas en la Constitución, requieren una ley reguladora que les otorga efectividad.

Cuanto a las garantías establecidas directamente por la Constitución, hablamos de las que se encuentran en el propio artículo 20, es decir, la

⁷¹⁵RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.32.

⁷¹⁶STC 12/1982, de 31 de marzo, F.J.3º.

⁷¹⁷STC 159/1986, de 16 de diciembre, F.J.8º.

⁷¹⁸SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*. [In: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo: 1993, p.432].

⁷¹⁹FREIXES SANJUÁN, Teresa. *Libertades Informativas e Integración Europea*. Colex, Madrid: 1996, p.77.

prohibición absoluta de censura previa (art. 20.2 CE) y el secuestro judicial como el único posible (art. 20.5 CE).

El TC ha manifestado que por censura previa puede entenderse cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra, es decir, todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más sutiles, como aclaró la STC 187/1999 donde afirma que *“(...) hemos dicho ya que la ‘verdadera censura previa’ consiste en ‘cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente a hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido (STC 52/1983) (...) Tampoco lo es la autodisciplina del editor, cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción, como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica (STC 176/1995)”*.

FERREIRA FILHO⁷²⁰ señala que la prohibición de la censura consiste *“(...) en la verificación, anterior a la divulgación, de la compatibilidad entre un pensamiento que se quiere expresar y las normas legales vigentes. Tal verificación, obviamente, presupone un texto sobre el cual se haga el examen, en el que excluye la manifestación del pensamiento por la palabra hablada espontánea, o no leída, evidentemente”*, y concluye afirmando que *“(...) la censura es, pues, siempre previa. Censura, a ‘posteriori’ es represión”*.

Este límite de prohibición absoluta de la censura previa es una garantía para todos los derechos del artículo 20 CE. Una muestra de la fuerza constitucional en contra la censura previa es que el artículo 20.2 CE no puede suspenderse en caso de estado de excepción o de sitio, por lo que la prohibición de censura sigue vigente incluso bajo circunstancias extraordinarias como se extrae del artículo 55.1 CE.

La LO 9/1984⁷²¹ había previsto en su artículo 21.1 la facultad a la autoridad judicial de cerrar cautelarmente un periódico o una emisora de radio o televisión cuando al medio de información le sea imputado un delito relacionado con la actuación de bandas armadas o grupos terroristas, sin embargo, el TC en la STC 199/1987, interpretó como una medida que

⁷²⁰GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manuel. *Comentários a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: 1999, Saraiva, p.34. Traducción libre del portugués.

⁷²¹Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

conduciría indirectamente a una especie de autocensura⁷²². Alude dicha sentencia: “(...) *no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de «autocensura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho*”⁷²³.

Cuanto a la segunda garantía expresa en el art. 20.5 CE, donde se asegura que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial, es decir, determina que el único secuestro que otorga todas las garantías es el secuestro judicial.

Es decir, la Constitución excluye categóricamente el secuestro ordenado por una autoridad administrativa. Sin embargo, el art. 20.5 CE al contrario de la previsión del art. 20.2 que comentamos anteriormente, sí se puede quedar suspendido en los estados de excepción y sitio, razón por la cual en tales situaciones extraordinarias cabría el secuestro administrativo⁷²⁴. Por secuestro, debemos comprender conforme doctrina de FERNÁNDEZ ESTEBAN⁷²⁵ como “(...) *una medida consistente en la retención por parte de los poderes públicos de cualquier obra impresa, sonora o audiovisual; esto es, de cualquier obra producto de la libertad de expresión, en razón de la presunta infracción legal cometida por dicha obra*”.

Referente a las garantías que, aun que mencionadas en la Constitución, requieren una ley reguladora que les otorgue efectividad, debe ser mencionada la clausula de conciencia, el secreto profesional, el control parlamentario de los

⁷²²FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.34-35.

⁷²³STC 199/1987, de 16 de diciembre, F.J.12º.

⁷²⁴*Ibidem*

⁷²⁵FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.35.

medios de comunicación públicos y el respeto del pluralismo social y lingüístico⁷²⁶.

La cláusula de conciencia de los profesionales de la información ha sido reconocida en el art. 20.1 d) CE como elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información veraz⁷²⁷. Estamos tratando de un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función periodística.

La ley reguladora de dicha cláusula de conciencia es la LO 2/1997, de 19 de junio. Su articulado responde a la necesidad de otorgar a los profesionales de la información un derecho básico en la medida en que ellos son el factor fundamental en la producción de informaciones. Su trabajo está presidido por un indudable componente intelectual, que ni los poderes públicos ni las empresas de comunicación pueden olvidar.

La información no puede ser objeto de consideraciones mercantilistas, ni el profesional de la información puede ser concebido como una especie de mercenario abierto a todo tipo de informaciones y noticias que son difundidas al margen del mandato constitucional de veracidad y pluralismo.

En consecuencia, los elementos definidores de esta Ley Orgánica tienen un doble punto de partida: en primer lugar, la consideración del profesional de la información como agente social de la información, que ejerce su trabajo bajo el principio ineludible de la responsabilidad; y, en segundo lugar, la concepción de las empresas de comunicación como entidades que, más allá de su naturaleza jurídica, empresas públicas o privadas, participan en el ejercicio de un derecho constitucional, que es condición necesaria para la existencia de un régimen democrático⁷²⁸.

Pues bien, como hemos comentado, el derecho a una comunicación libre, rechaza frontalmente la posibilidad de censura previa. Esa previsión, sin embargo, no significa que sea este un derecho absoluto.

⁷²⁶FREIXES SANJUÁN, Teresa. *Libertades Informativas e Integración Europea*. Colex, Madrid: 1996, p.77.

⁷²⁷FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.35.

⁷²⁸Exposición de motivos de Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. BOE de 20 de junio de 1997.

Como comentamos detalladamente en la sección segunda, no existen derechos absolutos, ilimitados. La postura por el TC, en relación a la inexistencia de derechos ilimitados, no deja lugar para la duda⁷²⁹.

A pesar de la claridad del TC en este punto, el tema de los límites a los derechos fundamentales aparece siempre como cuestión compleja y fuertemente contestada. Como afirma GARCÍA-PABLOS⁷³⁰, el problema de los derechos y libertades no es tanto el de su consagración formal, como el de su vigencia efectiva “(...) o si se prefiere enunciar de otro modo: el problema de los derechos y libertades es el problema de sus límites”.

La tesis más común para la aceptación de la existencia de ciertos límites, es la teoría de los ‘límites inmanentes’⁷³¹, que comentamos detalladamente en la sección II del capítulo segundo de esta pesquisa. En resumidas cuentas, según este planteamiento, “(...) los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto”⁷³².

En el caso del derecho a una comunicación libre, la propia Constitución en el apartado 4 del artículo 20⁷³³ indica los límites a los derechos establecidos

⁷²⁹STC, 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º; STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 9º. No mismo sentido STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 9º. El carácter limitado de los derechos fundamentales ha sido reconocido por el TEDH y por el TJCE, como se desprende de la STEDH, caso Klass y otros contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978, donde el Tribunal afirma que “El Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales” y de la célebre ‘sentencia Nold’ de 14 de mayo de 1974 del TJCE, donde establece que los derechos por él reconocidos “(...) lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidos (...) derechos de este tipo no se garantizan normalmente más que a reserva de las limitaciones previstas en aras del interés público”.

⁷³⁰GARCÍA-PASLOS DE MOLINA, Antonio. *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*. [In: *Libertad de expresión y Derecho penal*. AA.VV. Edersa, Madrid: 1985, p.206].

⁷³¹“La doctrina jurídica ha ofrecido una amplia tipología de límites: absolutos y relativos, extrínsecos e intrínsecos, genéricos y concretos, etc. Quizá la clasificación más sencilla es aquella que distingue entre los límites internos y derivados de la propia naturaleza del derecho o libertad en el seno de las relaciones intersubjetivas dentro del marco social”. SORIANO DIAZ, Ramón, *Las libertades públicas*. Tecnos, Madrid: 1990, p.112.

⁷³²MARTIN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988, p.110.

⁷³³Art. 20 CE: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; (...)d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. (...)4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los

en ese artículo vinculando no solo al legislador sino que también a los ciudadanos en el ejercicio de su libertad de expresión. Así que los derechos de los demás son el primer límite que hay que considerar de la libertad de expresión, al igual que ocurre con el resto de los derechos constitucionales.

Así que las limitaciones específicas de los derechos a una comunicación libre hay que fundamentarse en algunos de los límites expresos en el artículo 20 CE. Sin embargo, esta garantía a estos derechos se minimiza cuando se verifica que uno de los límites es una clausula abierta al legislador.

Los límites a los derechos a una comunicación libre pueden agruparse en cuatro apartados según la doctrina⁷³⁴: El primer límite, de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, entre los cuales indica expresamente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así que, los derechos recogidos en el art. 18.1 CE, son sin duda, especialmente vulnerables frente a los excesos en el ejercicio de las libertades de la comunicación. Así, siempre que haya una colisión entre derechos fundamentales, será necesaria la mitigación de uno de ellos, para prevalecer, en el caso concreto, la solución que mejor armonice con el sistema constitucional como un todo. Siempre respetado el contenido esencial del derecho mitigado.

El segundo límite es la protección de la juventud y la infancia. Esta enunciación constitucional no se refiere a un derecho, sino que a un objetivo constitucional que proviene de determinados valores, principios y derechos reconocidos en la misma, como la dignidad (art. 10.1 CE); los derechos del artículo 27 (derecho a la educación) y principios como los del artículo 39 (protección integral de los hijos). Tanto el TC como el TEDH se han concentrado en la protección de la moral sexual de los jóvenes. Consonante la STC 62/1982, la protección de la juventud y la infancia justifica una especial

preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

⁷³⁴LOPEZ GUERRA, Luis María. *Algunas consideraciones sobre los límites a la libertad de expresión*. 2 Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos (1989-1990), p. 301. Véase también FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp. 35-40; SALVADOR CODERCH, Pablo. *El derecho a la libertad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1993 y CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites*. Edersa, Madrid: 1991.

intensidad en las limitaciones a la publicidad y distribución de obras literarias u objetos que pidieran considerarse pornográficos⁷³⁵.

En especial, en la STC 52/1995 el Tribunal resuelve un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo. *“El TS había estimado conforme a Derecho una resolución administrativa de la Dirección General de Correos y Telégrafos que prohibió la circulación postal de una revista calificada como pornográfica basándose en el decreto 1189/82 sobre publicaciones y espectáculos públicos que prohibía la exhibición, venta fuera de los establecimientos especiales y circulación postal de este tipo de prensa. Y reconoció el derecho de una actora a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, declarando la nulidad de la sentencia del TS. El fallo del TC no se basa en un desmerecimiento de la protección de la juventud y la infancia, principio constitucional de primer orden que el TC reafirma en su sentencia, sino en el cumplimiento del requisito formal de una norma con rango de ley, garantía imprescindible para la limitación del derecho fundamental a la libertad a la libertad de expresión”*⁷³⁶.

La mención a los límites contenidos en los preceptos de leyes que desarrollen el Título I posiblemente sea el aspecto más complejo del art. 20.4 de la Constitución. FERNÁNDEZ ESTEBAN⁷³⁷ menciona como ejemplo arquetípico de esta limitación el Código Penal español. Subraya dicha actora que esta mención constitucional se refiere al Título I de la Constitución, y no a los derechos del Título I, con lo que se permite una mayor amplitud en la limitación. Leyes que puedan tener por objeto la protección de derechos o intereses colectivos más que un determinado derecho constitucional limitan, pues, los derechos a una comunicación libre.

Aquí lo importante es saber que estas leyes de desarrollo tampoco pueden incluir límites sin cualquier restricción. Inicialmente, las limitaciones que derivan del contenido esencial de otros derechos fundamentales o incluidos en el Título I, así como las que derivan de otros objetivos constitucionales

⁷³⁵STC 62/1982, de 15 de octubre, F.J.4º.

⁷³⁶STC 52/1995, de 23 de febrero, F.J.4º, [In: FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p. 37]. Esta sentencia ha sido comentada por Jesús González Pérez. *La pornografía en el Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 91, 1996, pp.467-475.

⁷³⁷FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.38.

expresos no necesitan mayor justificación⁷³⁸. El TC en la STC 66/1982 realiza una interpretación conjunta de los artículos 20.4 y 53.1 CE, declarando que “(...) *la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20 de la constitución.*”

Esto disminuye la duda si las limitaciones contenidas en las leyes de desarrollo del Título I afectan o no al contenido esencial de la libertad de expresión, problema que puede resolverse tomando en consideración el artículo 10.2 CE⁷³⁹.

En un primer momento podría hacer pensar que los derechos de comunicación están subordinados a los demás derechos. Sin embargo, no es así y los derechos que actúan como límite, es decir, los derechos del Título Primero de la CE, especialmente los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y la protección de la juventud y la infancia requieren una ponderación necesaria y casuística entre los derechos involucrados.

Los derechos reconocidos en el apartado primero del art. 18 de la CE tienen la peculiaridad de recibir una doble mención constitucional: en el art. 18.1 CE, en cuanto derechos substantivos, y en el art. 20.4, como límites de los derechos a una comunicación libre.

Esta mención es el fiel reflejo de la contraposición en que se encuentran ambos bloques de derechos, que se manifiesta en la frecuente existencia de conflictos entre unos y otros, y que ha originado una sostenida jurisprudencia.

Ahora pasaremos a analizar más detalladamente el derecho a la intimidad como límite a las libertades comunicativas

⁷³⁸FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, p.39.

⁷³⁹A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos coinciden en admitir los siguientes límites: seguridad nacional, orden público, protección de la moral, de la reputación y los derechos ajenos. FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. . *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, p.39.

VI. El derecho a la intimidad y las libertades comunicativas. Ponderación de derechos y posición preferente del derecho a la información.

Como subrayamos en la sección III.1 del capítulo primero de este estudio, sobre el derecho a la intimidad de los personajes públicos, las libertades comunicativas son derechos fundamentales básicos en un Estado democrático constitucional y tienen una doble faceta⁷⁴⁰: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para la expansión de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

Así pues, estamos hablando de libertades que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social. Exigen no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino que también se respete su derecho, como miembros de un colectivo, a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La compleja relación que existe entre las libertades comunicativas y el derecho a la intimidad expreso en el art. 18.1 de la CE constituye un clásico del derecho. Eso porque el ámbito natural de limitación del derecho a la intimidad son las actividades de los medios de comunicación, añadidas a estas, las nuevas posibilidades que manifiestan las TIC's, reproduciendo un aumento significativo tanto en los riesgos de vulneración del derecho a la intimidad, como los efectos de esta vulneración⁷⁴¹.

Junto a la declaración expresa del derecho a la intimidad contenida en el art. 18.1, la CE contiene otra mención expresa a este derecho en el art. 20.4, acentuando su carácter de límite de las libertades reconocidas en ese precepto (es decir, a la libertad de expresión, art. 20.1.a; de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, art. 20.1.b; de cátedra, art. 20.1.c y de información, art. 20.1.d), en los preceptos de las leyes que

⁷⁴⁰Esto no es exclusivo de las libertades comunicativas, sino que es un denominador común de los derechos fundamentales. El doble carácter de los derechos fundamentales es una constante en la jurisprudencia del TC.

⁷⁴¹GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.78.

desarrollen y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Aunque ese fundamento inicialmente motivó la jurisprudencia del TC a una interpretación de sobreprotección de éstos frente al ejercicio de las libertades de expresión y de información⁷⁴², el TC poco tiempo después cambió de postura. Más precisamente con la STC 104/1986, en la que el TC asevera que “(...) *se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras*”⁷⁴³.

A partir de ahí, el Tribunal empieza a hacer mención a la necesidad de ponderar los distintos intereses y derechos en juego en cada caso concreto para determinar cual derecho es el preponderante, aunque introduciendo algunos elementos que van a prejuzgar de entrada esa necesaria labor de ponderación⁷⁴⁴.

Dicha sentencia destaca que: “*El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como*

⁷⁴²Verifícase esta primera interpretación en la STC 120/1983, de 15 de diciembre, F.J. 1º: “*La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1*”. En sentido parecido el ATC 413/1983, de 22 de septiembre, F.J.3º, en el que se destaca como “(...) *la mera lectura del art. 20 de la Constitución acredita que tales derechos fundamentales no son ilimitados sino que tienen como límites, entre otros, el derecho al honor de los afectados*”. Véase HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y propia imagen*. Colex, Madrid: 1990, pp.101 y ss.

⁷⁴³STC 104/1986, de 17 de julio, F.J.5º.

⁷⁴⁴GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.79.

límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo).

Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales”.

Como se nota, el TC ya opina por un sistema de preponderancia de las libertades comunicativas debido a la función esencial que cumplen en la democracia. Esta necesidad quedó aún más evidente en un momento que el autor HERRERO-TEJEDOR⁷⁴⁵ nombra de “conurrencia normativa” entre los derechos del art. 18.1 y las libertades del 20.1 de la Constitución y en la que “(...) queda clara la posición preferencial de estas últimas, y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información no quede desnaturalizado”.

La STC 159/1986⁷⁴⁶, es aún más precisa a ese respecto, cuando el TC afirma que, “(...) por otra parte, es preciso destacar, por lo que se refiere al precepto constitucional en que se apoya el presente recurso, que el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre,

⁷⁴⁵HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Colex, Madrid: 1990, p.109.

⁷⁴⁶STC 159/1986, 16 de diciembre, F.J.6º.

garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su STC 6/1981, de 16 de marzo, hasta la más reciente 104/1986, de 17 de julio, al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político».

Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución, si de una parte implica, como señalan las Sentencias impugnadas, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”.

Evolucionando aún más, ahora la regla es, en general, de ponderar⁷⁴⁷ y conciliar todos estos derechos, teniendo en cuenta, eso sí, la dimensión institucional que poseen las libertades de expresión e información⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷Para intentar solucionar ese problema, Canotilho e Vital Moreira sugieren lo siguiente: “En verdad, la problemática de la restricción de los derechos fundamentales supone siempre un conflicto positivo de normas constitucionales, a saber, entre una norma consagrada de cierto derecho fundamental y otra norma consagrada de otro derecho o de distinto interés constitucional. La regla de solución de conflicto es de máxima observancia de los derechos fundamentales involucrados y la suya mínima restricción compatible con la salvaguarda adecuada de otro derecho fundamental o otro interés constitucional en causa. Por consiguiente, la restricción de derechos fundamentales implica necesariamente en una relación de conciliación con otros derechos o intereses constitucionales y requiere necesariamente una tarea de ponderación o de acuerdo práctico de los derechos o intereses en conflicto. No se puede hablar en restricción de un determinado derecho fundamental en abstracto, fuera de la suya relación con un concreto derecho fundamental o interés fundamental distinto”. Citado por:

La verdad es que la técnica de la ponderación es una consecuencia lógica del carácter no absoluto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas⁷⁴⁹.

Es esa necesidad actual de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas influya en la resolución de los conflictos de derechos que las involucran, que ha llevado en ocasiones a hablar de una “posición especial” de las mismas en las democracias constitucionales. Eso porque, de acuerdo con su especial naturaleza, en el momento de la ponderación de los intereses en conflicto debe partirse de la presunción de preeminencia del derecho a la libertad de información, pues no es un mero derecho subjetivo individual, sino que integra el orden público en el marco de una sociedad democrática. La posición preferente cesará cuando se demuestre que el otro derecho adquiere mayor peso en el caso concreto⁷⁵⁰. En este sentido se ha manifestado la reciente STC 18/2015⁷⁵¹.

Otro aspecto del ejercicio de las libertades comunicativas es la previsión constitucional expresa de la prohibición de censura (art.20.2 CE)⁷⁵². La libertad de información, por lo tanto, rechaza frontalmente la posibilidad de censura previa. Sin embargo, hay que subrayar que es inherente al concepto de

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., Saraiva, São Paulo: 2005, p.134. Traducción libre del portugués.

⁷⁴⁸PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor: 2003, p.132.

⁷⁴⁹SARAZA JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi, Pamplona: 1995, p.201.

⁷⁵⁰GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl. *Libertad de expresión y ponderación de derechos*. Revista el Mundo del Abogado, nº 146, junio, México: 2011, pp.31-32.

⁷⁵¹STC 18/2015, de 16 de febrero, F.J.4º.

⁷⁵²Artículo 20.2 CE: “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Consonante STC 187/1999, de 25 de octubre, F.J.5º “(...) Como censura hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión (...) Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse ‘autocensura’. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscripto está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen “(...)En tal sentido hemos dicho ya que la ‘verdadera censura previa’ consiste en cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente a hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido (STC 52/1983, de 17 de junio) (...)Tampoco lo es la autodisciplina del editor, cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción, como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica (STC 176/1995, de 11 de diciembre)”

censura, el carácter previo de la verificación. La censura es, pues, siempre previa. Censura 'a posteriori' es represión⁷⁵³.

Esa previsión, sin embargo, no significa por supuesto, que sea una libertad absoluta, encontrando algunos de sus límites, como hemos visto, en el derecho a la intimidad, y en caso de vulneración de derechos habrá responsabilidad posterior del autor y/o responsable por las noticias injuriosas, difamatorias, mentirosas, en relación a eventuales daños materiales o morales, por tanto, la prohibición constitucional a la censura no debe ser encarada como un medio de asegurar la impunidad de la libertad de información indebida, y sí, como un ejercicio de la democracia.

Aún con relación a las libertades del artículo 20 CE, un primer momento el TC entendió que el derecho a comunicar, el derecho a la información, no era sino una concreta aplicación de la libertad de expresión, *"(...) cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales (...)"*⁷⁵⁴. Posteriormente modificó este criterio y aclaró que *"(...) aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto ad extra como ad intra, en las relaciones jurídicas, especialmente las de carácter laboral, en que quien ejerce el derecho fundamental se puede encontrar unido con otras personas. En el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables"*⁷⁵⁵.

En definitiva el TC reconoce que se trata de dos derechos distintos aunque a reglón seguido, igualmente, admite que en la práctica *"(...) no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación*

⁷⁵³GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manuel. *Comentários a Constituição brasileira de 1988*. Saraiva, São Paulo: 1999, p.34. Traducción libre del portugués.

⁷⁵⁴STC 6/1981, de 16 de marzo, F.J. 4º.

⁷⁵⁵STC 6/1988, de 21 de enero, F.J. 5º.

*de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante*⁷⁵⁶.

Por tanto el objeto de la libertad de expresión lo constituyen los pensamientos, ideas opiniones, incluidas las apreciaciones y los juicios de valor y el de la libertad de información hechos noticiables.

Para el TC esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y hechos, de otro, *“(.. .) tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz”*⁷⁵⁷.

Los medios de comunicación se han constituido en el principal vehículo para que se verifique la publicidad y la transparencia, no sólo de los hechos sociales sino de la actuación del Estado. Sobre todo la prensa constituye un gran informador en el contexto de las grandes sociedades contemporáneas y el gran intermediador entre el Estado y la sociedad civil.

Efectivamente, la relación entre difusión de la información, conocimiento social de los hechos y control del poder es hoy en día uno de los elementos decisivos del sistema democrático.

Aunque se tiene que estar atento, puesto que, como advierte SERRA CRISTÓBAL⁷⁵⁸, estamos también acostumbrados a informaciones elaboradas por periodistas no demasiado documentados en asuntos judiciales a conocer

⁷⁵⁶STC 6/1988, de 21 de enero, F.J. 5º.

⁷⁵⁷STC 41/2011, de 11 de abril, F.J. 2º.

⁷⁵⁸SERRA CRISTÓBAL, Rosario. *Los derechos de la víctima frente a los medios de comunicación*. [In: Un blog colectivo sobre derechos humanos, en 19 de abril de 2015.

Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3756> Acceso en: 21.04.2015.

datos que están bajo el secreto del sumario; a noticias que presentan errores o simplifican enormemente la realidad; o a reportajes que únicamente vienen a alimentar una avidez sin sentido de información por parte de las personas. Pensemos igualmente en el fenómeno de los juicios paralelos o en la transformación del proceso mismo en una especie de espectáculo informativo.

Cuando todo ello sucede, no sólo desaparece la funcionalidad de la libertad de informar, sino que, además, pueden ocasionarse daños en los derechos de la personalidad de cualquiera de las partes implicadas en el proceso.

Dentro de este contexto nace la Ley 04/2015, de 27 de abril⁷⁵⁹, el Estatuto de la Víctima del Delito⁷⁶⁰ que entró en vigor en octubre de 2015. Esta Ley ha nacido con la finalidad de proteger las víctimas del delito de una libertad informativa sin limitaciones que puede suponer un grave atentado a su dignidad, dificultando, aún más, su reintegración en su vida cotidiana y generándose una segunda “victimización”.

El derecho a ser informado solo cubre, y no siempre, el derecho a serlo de lo que es de “interés público”. Debemos partir de la finalidad del derecho a comunicar y recibir información, recordando los requisitos necesarios para entender que el ejercicio de tales derechos se ajusta a la finalidad perseguida. Estos requisitos son la veracidad y la relevancia pública de los datos o información que se transmiten y que la información sea necesaria para la

⁷⁵⁹El Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea la sociedad en España, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad. Por ello aglutina en un único texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima (el marco normativo garante existente hasta ahora incluye derechos exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular), de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos), y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española. El Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

⁷⁶⁰BOE nº 101, de 28 de abril de 2015.

comprensión de la noticia de la que forma parte⁷⁶¹, como veremos adelante.

VI.1. La ‘relevancia pública’ de la información como criterio legitimador a la invasión a la intimidad.

Ahora veremos qué criterios o elementos el TC considera relevantes para dictaminar la lesión del derecho a la intimidad o, en su caso, la posición preferente de las libertades de expresión e información.

El criterio esencial para determinar si una información merece la protección del derecho a la intimidad y, por tanto, su divulgación resulta ilegítima o, por el contrario, constituye ejercicio legítimo del derecho a comunicar información es la ‘relevancia de la información’.

Este requisito se aplica tanto al ejercicio de la libertad de expresión como de la libertad de información, independientemente del derecho con el que entre en conflicto: al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

El problema surge a la hora de establecer que se entiende por relevancia pública, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado y por lo tanto difícil de precisar.

No obstante, en un intento de conceptualización y de delimitación de su contenido, se puede decir que una información tiene interés social y relevancia pública cuando, más allá de satisfacer la curiosidad o el interés individual de determinadas personas por hechos o datos de otras, puede contribuir a fomentar el debate en una sociedad democrática.

Por consiguiente, es y reside en tal criterio – la relevancia de la información - el elemento final de valoración para dirimir eventuales conflictos entre las pretensiones de información y de reserva⁷⁶². Por el contrario, la

⁷⁶¹STC 46/2001, de 25 de febrero.

⁷⁶²STC 185/2002, de 14 de octubre, F.J. 4º. Por su parte, la STC 204/1997, de 25 de noviembre, F.J.2º declara: “(...) el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el art. 18.1 C.E., en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”.

eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente⁷⁶³.

Se nota, por tanto, que una opinión o una información pueden tener relevancia pública por razón de su objeto (materia sobre la que versa) y por razón del sujeto (persona a la que se refiere la información u opinión). Ambos aspectos pueden justificar por sí solos la relevancia pública de la información u opinión aunque no es necesario que se den conjuntamente.

Hay que considerar que la noción de interés público o relevancia pública de la información es un concepto normativo y no sociológico⁷⁶⁴, por lo tanto, no se identifica con la curiosidad ajena⁷⁶⁵, como se extrae de la reciente STC 18/2015⁷⁶⁶; o el carácter noticioso de un hecho a juicio de los medios⁷⁶⁷. Interés 'del' público no es sinónimo de interés público. No es un juego de palabras sin importancia: el primero se hace equivaler al cotilleo y no se puede alegar para invadir la vida privada de una persona.

En este sentido el TC ha considerado que carecen de interés público y constituyen una intromisión ilegítima en la intimidad, por ejemplo: la comercialización de un vídeo en el que se incluyen imágenes de la agonía de un torero (STC 231/1988, de 2 de diciembre); la publicidad de la identidad y las actividades de la madre natural del hijo adoptivo de una conocida artista (SSTC 197/1991, de 17 de octubre y 134/1999, de 15 de julio); la divulgación de que un profesional de la arquitectura padece SIDA (STC 20/1992, de 14 de febrero); o del padecimiento por un Marqués de una enfermedad en una parte íntima del cuerpo (STC 232/1993, de 12 de julio); la publicación de los cuidados

⁷⁶³STC 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2º.

⁷⁶⁴MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad Personal y Familiar*. Aranzadi Editorial, Cizur Menor: 2002, p. 69.

⁷⁶⁵En este punto conviene tener presente la jurisprudencia del TEDH que en el caso Von Hannover v. Alemania, de 24 de junio de 2004, delimita este concepto, poniendo el acento en que las fotos cuestionadas en aquel caso no contribuían a un debate de interés público, ya que en ellas Carolina de Mónaco, la demandante, no estaba cumpliendo ninguna función oficial ni se encontraba en un acto público. GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, pp.119-120.

⁷⁶⁶STC 18/2015, de 16 de febrero, F.J.4º y STC 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º, entre tantas otras.

⁷⁶⁷STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.8º.

estéticos y hábitos hogareños de una famosa (STC 115/2000, de 5 de mayo); o la reproducción de una fotografías de una mujer desnuda, vinculada con una secta objeto de un proceso penal (STC 156/2001, de 2 de julio); relatar las relaciones afectivas de una persona (STC 83/2002, de 22 de abril) o el mostrar el cuerpo de una actriz en *top-less* (STC 19/2014, de 10 de febrero), entre tantas otras.

El Tribunal Constitucional considera públicamente relevante, por ejemplo, 'la presentación pública de un libro'⁷⁶⁸; la ocurrencia de un accidente aéreo⁷⁶⁹, y también materias criminales⁷⁷⁰, entre otras situaciones⁷⁷¹.

Por ello la información protegida desde el punto de vista del art. 20 CE, cuando entra en conflicto con alguno de los derechos expresados por el art. 18.1 CE, es aquella que se refiere a *"(...) un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos"*⁷⁷².

PÉREZ ROYO⁷⁷³ asevera que *"(...) la relevancia pública es sinónimo de hecho 'noticiable o noticioso', es decir, de todo hecho cuyo conocimiento puede tener interés para los ciudadanos, bien por las personas o las instituciones que intervienen en el mismo, bien porque objetivamente el asunto tiene trascendencia social, aunque sea meramente coyuntural"*, reiterando por tanto, no se trata, de mera curiosidad ajena.

El TEDH tiene manifestado en este mismo sentido innúmeras veces, como se puede extraer de la Sentencia del caso *Von Hannover* contra *Alemania*⁷⁷⁴, *verbis*: *"(...) el Tribunal considera que conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos, incluso controvertidos, que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales (...) y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que (...) no desempeña dichas funciones (...) el Tribunal considera, por tanto, que en este caso la publicación (...) tenía como único fin, (...) satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida*

⁷⁶⁸STC 232/1993, de 12 de julio.

⁷⁶⁹SSTC 171/1990, de 12 de noviembre y 172/1990, de 12 de noviembre.

⁷⁷⁰STC 52/2002, de 25 de febrero.

⁷⁷¹STC 121/2002, de 20 mayo.

⁷⁷²STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.9º; en el mismo sentido STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J.9º.

⁷⁷³PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.330.

⁷⁷⁴STEDH Caso Von Hannover c. Alemania, de 26 de marzo de 1985.

privada(...), no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante”.

Respeto al tema, la STC 219/1992, recogiendo lo ya declarado en otras sentencias anteriores por el TC, declara: “(...) *no cabe olvidar que como los demás derechos fundamentales, el derecho a comunicar o recibir libremente información no es absoluto (STC 254/1988), pues su ejercicio se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública. De este modo, es obvio que la libertad de información no puede invadir la esfera de la intimidad personal y familiar en cuanto ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás (STC 231/1988), de suerte que el derecho reconocido en el artículo 18.1 constituye un límite estricto de esa libertad ‘ex’ artículo 20.4 CE y más allá de este ámbito – esto es, respecto a hechos de la vida social – el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa – por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrado, como antes se ha dicho – pues es dicho elemento el que le convierte en noticia de general interés*”⁷⁷⁵.

Desde el punto de vista del objeto al que se refiere la opinión o información, debe tener – relevancia pública – con independencia de que las personas involucradas sean públicas o privadas; al tratarse de asuntos de interés público, contribuye a la formación de la opinión pública libre. Así que una persona común puede ser involucrada en un tema de relevancia pública y tener su intimidad legítimamente invadida.

Sin embargo, cuando alguien de carácter privado se vea circunstancialmente involucrado en un asunto que por su trascendencia revista interés público, el debilitamiento de su derecho, aunque se produce igualmente, es menor que si se tratara de una persona pública ya que éstas, “(...) *al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad*”. A las personas privadas “(...) *se les debe reconocer un ámbito superior de privacidad*”⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ STC 219/1992, de 3 de diciembre, F.J.3º.

⁷⁷⁶ Por ambas menciones, STC 173/1995, de 21 de noviembre, F.J.3º - “El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada

Posición diversa es la que defienden los que consideran que en principio toda conducta de un individuo que tenga un carácter antijurídico, puede y debe ser conocido más allá del ámbito que el sujeto pretende mantener reservado para sí mismo o su familia. Por tanto, el hecho de que se mencione la antijuridicidad del acto en cuestión, justificaría ciertamente su conocimiento público⁷⁷⁷.

En este sentido, el TC ha reiterado que puede predicarse de un asunto bien por la persona que interviene en el mismo o bien por el hecho en sí⁷⁷⁸. En el primer caso, como comentado en la sección III.1 del capítulo primero de este estudio donde comentamos sobre los sujetos titulares del derecho a la intimidad, el hecho de que una persona esté incluida en la categoría de 'personaje público', no significa que no goce de su derecho a la intimidad, aunque tendrá el contenido del derecho modulado en atención a esta calidad. Además de por su calidad de personaje público habrá que atender a la relevancia pública del hecho transmitido y dependiendo de ello, cabrá considerar el asunto o no de relevante públicamente⁷⁷⁹. El TC en la STC 19/2014⁷⁸⁰ advierte que *"(...) si bien es aceptable que el concepto de interés noticiable sea aplicado a los programas de entretenimiento, dicho carácter del medio o de las imágenes publicadas no permite eludir ni rebajar la exigencia constitucional de relevancia pública de la información que se pretende divulgar al amparo de la libertad de información. De aceptarse ese razonamiento, la*

del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos".

⁷⁷⁷ESPINAR VICENTE, José María. *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, Citado por GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid: 2005, p.167.

⁷⁷⁸STC 136/2004, de 13 de septiembre, F.J.5º, *"Asimismo, como hemos recordado recientemente (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3), el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7)".*

⁷⁷⁹STC 176/2013, de 21 octubre.

⁷⁸⁰STC 19/2014, de 10 de febrero, F.J.8º.

notoriedad pública de determinadas personas –que no siempre es buscada o deseada– otorgaría a los medios de comunicación un poder ilimitado sobre cualquier aspecto de su vida privada, reduciéndolas a la condición de meros objetos de la industria de entretenimiento”. En el mismo sentido se manifestó el TC en la reciente STC 18/2015⁷⁸¹.

Hay muchas resoluciones sobre estos temas, desde la ya clásica sentencia del caso “Paquirri” (STC 211/1988, de 2 de diciembre), pasando por los casos Tous-Montiel (STC 197/1991, de 17 de octubre, sobre la protección del derecho de los menores, hijos de personas públicas), hasta el más conflictivo asunto Preysler (STEDH de 13 de mayo de 2003).

No obstante, como dicho, cualquier ciudadano – persona física privada - puede ver limitada su vida privada por alcanzar relevancia pública en cualquier asunto en que se vea involucrado. Un ejemplo manifiesto es la casuística objeto de la STC 171/1990, que eleva a trascendencia pública y de relevancia social un accidente aéreo, por entender que *“(...) la competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público, de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público que traspasan los límites de la esfera privada”*⁷⁸². Así es porque cuando las personas comunes son atrapadas, de una manera u otra, en el círculo del noticiario, *“(...) los periodistas tienen tendencia a tratar como personalidades públicas. Parece no importar si esas personas se lanzan ellas mismas en el noticiario (...) o se caen en el noticiario sin cualquier interferencia de su parte (como en los casos de víctimas de un accidente público)”*⁷⁸³.

La STC 176/2013, recuerda igualmente que *“(...) no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto al elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (STC 197/1991, F.J. 4º)”*⁷⁸⁴. Añade el TC que *“(...) la notoriedad pública no priva al sujeto del derecho a mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado*

⁷⁸¹STC 18/2015, de 16 de febrero, F.J.4º.

⁷⁸²STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J.7º.

⁷⁸³STC 172/1990, de 12 de noviembre, F.J.4º.

⁷⁸⁴STC 176/2013, de 21 octubre, F.J.7º.

*de su vida (...), sin que su conducta en su actividad pública elimine el derecho a la intimidad de su vida personal, si por propia voluntad decide mantenerla alejada del conocimiento general, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva*⁷⁸⁵.

Tampoco se puede hablar del derecho al insulto, de tal forma que una información veraz, públicamente relevante, sobre personalidad pública, que contribuye a formar la opinión pública y transmitida por un profesional del periodismo en un medio de comunicación institucionalizado, puede ser un ejercicio ilegítimo del derecho a la información por los insultos y expresiones vejatorias que en la información se vierten.

En este sentido se menciona la STC 105/1990⁷⁸⁶ donde el locutor de la radio informó que el Presidente de la Federación Española y parlamentario de las Cortes de Aragón, gracias a un fraude en su declaración de residencia, había recibido ilícitamente retribuciones por desplazamientos a las sesiones de las Cortes.

La noticia era veraz y fue probada en juicio. Sin embargo, en el programa de radio el periodista deslizó comentarios sobre los supuestos defectos físicos del Presidente de la Federación y parlamentario, también sobre su valía moral, *“(...) ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión, y que es a veces de difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre*⁷⁸⁷”.

El análisis de la relevancia exige una serie de circunstancias subjetivas y objetivas, puesto que, como comenta GÓMEZ CORONA⁷⁸⁸ *“(...) si un*

⁷⁸⁵STC 176/2013, de 21 octubre, F.J.7º.

⁷⁸⁶STC 105/1990, de 6 de junio, F.J.8º.

⁷⁸⁷En el mismo sentido SSTC 85/1992, de 8 de junio; 240/1992, de 21 de diciembre, de y 336/1993, de 15 de noviembre.

⁷⁸⁸GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014, p.119.

ciudadano de a pie comete una infracción de tráfico, difícilmente el asunto podrá ser calificado de relevante públicamente. Sin embargo, si el que lo comete es el titular de la Dirección General de Tráfico, la cuestión cambia”, o otro ejemplo, podríamos afirmar que sería justificable la divulgación de datos de la vida aventurera y promiscua de un político que discursa como su ideario el moralismo de las costumbres.

Así que, se puede decir que, la intimidad del personaje público cederá espacio todas las veces en que tenga pertinencia entre el hecho ocurrido en el ámbito de la intimidad de la persona pública y la condición que la misma ostenta en la sociedad, de modo a afectar de alguna manera el interés público. Por otro lado, asuntos privados, sin repercusión funcional, son excluidos del ámbito de la publicidad, como, por ejemplo, los dramas familiares y la orientación sexual de un político⁷⁸⁹, subrayando, siempre y cuando no tenga conexión con sus funciones.

Como se nota, la cuestión no termina aquí. La relevancia pública es un criterio determinante pero hay que analizarla con la persona cuya intimidad es desvelada, no solo por el hecho en sí.

La exigencia de la relevancia de la información es lógica, puesto que la función del derecho a la información es la de ser instrumento para la formación de la opinión pública, es evidente, por ende, que la información cuya transmisión dicho derecho debe proteger tiene que ser la información relevante. La irrelevante, por muy veraz que sea, no contribuye a formar la opinión pública y en consecuencia no es información a los efectos del ejercicio del derecho a la información⁷⁹⁰.

La libertad de información consistirá en garantizar el ‘pluralismo de la información’, y evitar el monopolio por parte de los poderes económicos o políticos del ejercicio de un derecho fundamental que es esencial en la construcción de una sociedad libre y democrática. Sin el mantenimiento de una comunicación pública libre, quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución española consagra y se falsearía el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda

⁷⁸⁹LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito a intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Edit. Del Rey, Belo Horizonte: 1998, p.150.

⁷⁹⁰STC 165/1987, de 27 de octubre, F.J.10º.

ordenación jurídico-política de España. Eso es porque, en las palabras de RODRÍGUEZ RUÍZ⁷⁹¹ “(...) *la democracia garantiza que todos los individuos que así lo deseen puedan participar en el proceso de adopción de decisiones políticas sobre la base de los principios de libertad e igualdad*”.

La necesidad del requisito ‘relevancia pública’ como criterio legitimador a la invasión a la intimidad ha sido resaltada reiteradamente por la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, hasta tal punto que se puede decir consolidado. Sin embargo, advierte VÁZQUEZ ALONSO⁷⁹² que, desde la entrada en vigor de la reforma producida por la LO 6/2007⁷⁹³, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a algunas zonas de obscuridad en su jurisprudencia en relación al tema, alcance y la general eficacia de los derechos del artículo 20.

Dicho autor hace hincapié del distanciamiento con relación al concepto de ‘relevancia pública’ como presupuesto de la libertad de información entre el TS y el TC, “(...) *en concreto, la combinación de la teoría de la prevalencia de la libertad de información, con un concepto de relevancia pública no estrictamente vinculado al principio democrático sino a la idea de “interés social” había reducido considerablemente el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida, sobre todo para aquellas personas que, de una forma, disfrutasen de una cierta notoriedad pública*”⁷⁹⁴.

En la STC 190/2003, el TC manifiesta que, “(...) *concorre un interés público constitucionalmente prevalente digno de protección cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad*”⁷⁹⁵. Para el Tribunal, subrayando, lo ‘relevante para la comunidad’ no es todo aquello que

⁷⁹¹RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.32.

⁷⁹²VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014, pp.391 y 392].

⁷⁹³LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC).

⁷⁹⁴VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. *Op. Cit.*, pp.391 y 393].

⁷⁹⁵STC 190/2013, de 18 de noviembre, F.J.6º.

despierte interés social sino solo aquello que tenga un valor específico – específicamente democrático, es decir, en el ámbito de lo público⁷⁹⁶.

El que confiere el rango de ‘protección preferente’ a la libertad de información y expresión en un Estado Democrático es la contribución a la formación de la opinión pública libre. Esta ‘posición preferente’ justificará *prima facie* que en caso de conflicto con el derecho a la intimidad sea éste el llamado a ceder, siempre y cuando la relevancia pública de la información lo merezca. De esta manera, el ‘interés público’ se convierte en un elemento delimitador del derecho a la intimidad, que solo puede esgrimirse en ausencia de aquella. No olvidando que la existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa que se traduce en el derecho individual de comunicar hechos y al derecho difuso de ser de ellos informado⁷⁹⁷.

El TC ha considerado asuntos de relevancia pública todos aquellos que tengan que ver con el funcionamiento del sistema democrático y en general todo lo que se pueda reconducir al funcionamiento de los poderes del Estado y de los servicios públicos⁷⁹⁸ y las conductas contrarias a los valores constitucionales. Consonante STC 29/2009, *“En numerosas ocasiones hemos advertido ya “que reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la*

⁷⁹⁶VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. [In: AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*. Op. Cit., p. 392].

⁷⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Vol. 1, nº. 235, p.1-36, jan/mar 2004.

⁷⁹⁸En este sentido, apunta Gómez Corona que se ha considerado que gozan de relevancia pública casos de mal funcionamiento de organismos públicos, como los servicios de prensa del Ministerio de Justicia (STC 6/1988, de 21 de enero); un establecimiento penitenciario (STC 143/1991, de 1 de julio); o cuestiones relativas a la gestión en el ámbito universitario (STC 101/2003, de 2 de junio). En general, cualquier tema relativo a la gestión de intereses colectivos, como las obras en una carretera de determinado término municipal (STC 278/2005, de 7 de noviembre) o un desalojo violento llevado a cabo por la policía municipal en auxilio de una comisión judicial (STC 72/2007, de 16 de abril); todo lo atinente a la comisión y persecución de delitos (STC 52/2002, de 25 de febrero) – Sobre este asunto, casos como prevaricación (STC 160/2013, de 15 de septiembre) o de tráfico de drogas (STC 158/2003, de 15 de septiembre). También las posibles irregularidades en un proceso de adjudicación de un servicio en una Diputación provincial (STC 160/2003, de 15 de septiembre, F.J. 6º) o el intento de golpe de Estado del 23-F (STC 50/2010, de 4 de octubre)- actividades terroristas (STC 159/1986, de 12 de diciembre). GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Op. Cit., pp.119-120.

opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo” (por todas, STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 10). Del mismo modo hemos observado que resulta relevante para la sociedad democrática el conocimiento de conductas xenófobas que “atentan contra el núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5). Esta relevancia alcanza su grado máximo cuando tales conductas se producen en el contexto de una campaña electoral, pues entonces han de ponerse en conexión con la función constitucional de la existencia de una comunicación pública libre como garantía del principio de legitimidad democrática (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3) para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Así ninguna duda hay sobre la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos contrarios a los valores constitucionales sucedidos en el contexto de una campaña electoral, con independencia de su posible relevancia penal y de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia”⁷⁹⁹.

No obstante, no se puede olvidar que sobre el requisito ‘relevancia pública’ pesa el ‘tiempo’, que es considerado en los más diversos ordenamientos como un factor a tomar en consideración al enjuiciar posibles vulneraciones de la intimidad⁸⁰⁰.

Creemos que la dificultad para considerar ‘el transcurso de tiempo’ como factor de pérdida de la relevancia se evidencia en fijar un trazado de líneas directrices claras que permitan objetivar para diferentes grupos de casos, cuándo un asunto puede considerarse que ha dejado de ser relevante para la opinión pública, reintegrándose la protección de la esfera privada frente a las

⁷⁹⁹STC 29/2009, de 26 de enero, F.J.5º.

⁸⁰⁰Influido por el derecho estadounidense, el Tribunal inglés de apelación también ha asumido que el transcurso del tiempo podría cambiar el status público de un asunto (*R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Granada Television Ltd. ([1995])*). La referencia jurisprudencial británica procede de *Elizabeth Paton-Simpson: “Private Circles and Public Squares: Invasion of Privacy by the publicación of ‘Private Facts’”, p.319 [In: MEDINA GUERRERO, Manuel. La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.131]*.

intromisiones de los medios de comunicación. La firmeza de una sentencia⁸⁰¹ podría ser un criterio para ‘medir’ la pérdida de la relevancia pública del acontecimiento, sin embargo la condición de algo noticioso no se pierde de un momento al otro, necesita un tiempo hasta que decline la opinión pública.

En este sentido, de la jurisprudencia alemana encontramos el famoso caso *Lebach*⁸⁰² donde ‘el tiempo’ prevaleció a la hora de calibrar la relevancia pública de la información, porque a la hora de calibrar la relevancia no solo habrá de atenderse el interés de la colectividad en mantener la discusión, sino también los intereses del afectado en su resocialización. Este interés a la resocialización en la jurisprudencia alemana pasa a operar como punto de orientación decisivo para precisar los límites temporales existentes entre una información actual y legítima y un posterior debate que habría de reputarse ilegítimo⁸⁰³.

Como se nota el lapso de tiempo también es un factor a considerar junto con otros para determinar si una información alcanza límites irrazonables al revelar hechos penales de una persona, que ha reanudado su vida. Sería el ejemplo de la divulgación del nombre e identidad actual de un criminal que se ha reformado y su nueva vida es consecuentemente arruinada por la revelación de un pasado que é ha dejado atrás⁸⁰⁴. Estamos hablando del ‘derecho al olvido’, inherente a los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE, en cuya virtud el transcurso del tiempo ‘extinguiría’ la relevancia de los acontecimientos, resultando así constitucionalmente inaceptable la nueva divulgación (trataremos del tema de forma detallada en la parte tercera de esta investigación). Tanto la jurisprudencia constitucional⁸⁰⁵ existente sobre la

⁸⁰¹MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Op. Cit.*, p.131.

⁸⁰²BVerfGE 35, 202, 235.

⁸⁰³En Estados Unidos, el caso conocido como “El kimono rojo”. *Melvin v. Reid*, 112, Cal.App. 285, 297 p. 91 (1931). Ocho años después de que una mujer, que ejercía la prostitución, saliera absuelta de un proceso por homicidio, se realizó una película basada en estos hechos en la que se utilizó su nombre de soltera; en ese momento, la afectada había contraído matrimonio y su nuevo círculo de amistades desconocía por completo aquellos acontecimientos. El Tribunal californiano de apelación apreció la vulneración de la privacidad, enfatizando especialmente la circunstancia de que la película interfería seriamente en la rehabilitación de la demandante.

⁸⁰⁴Véase FAYOS GARDÓ. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2000, p.61.

⁸⁰⁵SSTC 144/1999, de 22 de julio, F.J.8º; 46/2002, de 25 de febrero, F.J.5º; 52/2002, de 25 de febrero, F.J.4º.

divulgación de los antecedentes penales, como la posición sostenida desde un sector de la doctrina⁸⁰⁶.

Sobre el tema 'la intimidad como límite de la libertad de información y de la expresión' opina MURILLO DE LA CUEVA⁸⁰⁷ que "(...) *la ponderación entre el derecho a la intimidad y las libertades de expresión e información no está desequilibrada 'ab initio' en favor de estas últimas, sino compensada. De manera que la revelación de la vida íntima de una persona cuando ésta no la consienta, ni la exteriorice, no revista un marcado interés público su conocimiento, ni venga exigida – por ejemplo, en el curso de un proceso judicial – ha de generar en quien la efectúe una responsabilidad jurídica que los derechos a expresarse libremente y a transmitir información veraz no podrán eximir*".

Ambas libertades, expresión e información, podrán ser ejercidas por cualquier persona⁸⁰⁸, sin perjuicio de que, al menos el derecho a la información sea habitualmente ejercida por los profesionales de la información⁸⁰⁹, lo cual conducirá a que éstos cuenten con garantías específicas como son la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional⁸¹⁰.

⁸⁰⁶O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa, Madrid: 1991.

⁸⁰⁷MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, citado por SARAZA JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi, Pamplona: 1995, pp.433-434.

⁸⁰⁸STC 6/1981, de 16 de marzo, F.J.4º.

⁸⁰⁹Véase COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, pp.51-76].

⁸¹⁰La cláusula de conciencia desarrollada por la LO 2/1997, de 19 de junio - de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, por la que se permite la rescisión del contrato laboral a esos profesionales cuando el medio de comunicación cambie sustancialmente su línea ideológica u orientación informativa, o cuando se produzca un traslado dentro de la empresa que suponga una ruptura con la orientación profesional del informador (art. 2), habiéndose admitido el cese de la relación previo al ejercicio de la acción (STC 225/2002, de 9 de diciembre). Por otra parte admite la negativa motivada por parte de los profesionales de la información para 'la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la información' (art. 3). La finalidad de la ley es 'garantizar la independencia' en el ejercicio de sus funciones (art. 1). Quedan fuera del marco de protección otros trabajadores de empresas informativas (STC 199/1999, de 18 de noviembre). El secreto profesional de los profesionales de la información no se ha regulado aun, por lo cual se plantean dudas en torno a su alcance, lo que ha conducido, por ejemplo, a que no se considerara suficientemente contrastada una información de la que no se quiso revelar la fuente (STC 21/2000, de 31 de enero).

Por otra parte, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse restringido o matizado para determinados colectivos como funcionarios o fuerzas armadas⁸¹¹, o como consecuencia de una relación laboral⁸¹².

La combinación de la noción subjetiva de información protegida *prima facie* por el derecho a la intimidad y una interpretación estricta del concepto de interés público determina que el profesional de la información, antes de publicar datos relativos a una persona o familia, deba evaluar detenidamente si tal divulgación queda cubierta por el discurso público en el que éste debe desenvolverse. De lo contrario, el silencio es la conducta constitucionalmente exigida.

Esta conclusión puede generar, a primera vista, un cierto rechazo, por todo lo expuesto sobre la importancia de la libertad de información en un Estado Democrático, sin embargo, argumentamos que, a diferencia del derecho al honor, la intimidad es un bien intensamente vulnerable, cuya afectación no se neutraliza con más discurso. Quien insulta a otro no merece crédito y quien imputa a otro, hechos falsos o inveraces puede ser rectificado por el afectado. Pero quien ve divulgada su intimidad queda indefenso, la palabra no ayuda a eliminar una lesión ya producida y si la toma para desmentir lo divulgado contribuye a darle publicidad agravando aún más el daño⁸¹³.

Una vez expuesto lo anterior se puede concluir que la concurrencia de la relevancia pública de una información dentro de los parámetros comentados, integran una de las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad aunque no la única, ya que el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982 regula las causas de justificación con carácter general, que se van a ver más adelante.

⁸¹¹SSTC 241/1999; de 20 de diciembre; 102/2001, de 23 de abril.

⁸¹²SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 90/1999, de 26 de mayo.

⁸¹³Un ejemplo la STS, de 23 de abril de 1999 (RJ 1999, 4248), - divulgación por prensa y radio del hecho de que la actora fue sorprendida el día de la celebración del banquete de su boda haciendo el acto sexual con una persona distinta del su esposo.

VI.2. La ‘veracidad’ de la información como elemento de vulneración del derecho a la intimidad.

La veracidad es un requisito imprescindible en la libertad de información garantizada en el Art. 20.1 d) de la CE, donde asegura que *“Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”*.

El precepto constitucional exige la veracidad en el caso de la información, lo cual se ha interpretado como necesidad de veracidad subjetiva, es decir, se trata del hecho de que el informante haya actuado con diligencia, haya contrastado la información de forma adecuada a las características de la noticia y a los medios disponibles⁸¹⁴, puesto que de exigirse una verdad objetiva eso haría imposible o dificultaría en extremo el ejercicio de la libertad de información.

Esto nos lleva a exponer las conclusiones de una tendencia jurisprudencial⁸¹⁵, ya firmemente consolidada en la actualidad que mantiene que: *“(…) se debe establecer que la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir*

⁸¹⁴SSTC 6/1988, de 21 de enero; 240/1992, de 21 de diciembre; 47/2002, de 25 de febrero; 75/2002, de 8 de abril, entre otras.

⁸¹⁵STS 105/1990 de 6 de junio: *“(…) no se exige que la veracidad en la información sea absoluta, puesto que basta con que la esencia del hecho sea veraz, aunque contenga inexactitudes, y que dicha información haya sido contrastada y comprobada empleando la debida diligencia exigible a un buen profesional excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”*. Esta tendencia ha sido el precedente que ha servido de base a otras sentencias posteriores.

como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas⁸¹⁶”.

Para el TC, con relación al requisito de la veracidad, ha señalado que “(...) la libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia⁸¹⁷”.

Para el Tribunal es esa garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquella, rechazando como tal derecho constitucional la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como de las noticias gratuitas o infundadas⁸¹⁸.

También ha insistido reiteradamente el TC en que el concepto de veracidad no coincide con el de ‘verdad’ de lo publicado o difundido⁸¹⁹, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’, no está privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas sino más bien estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y se debe exigir que los que trasmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. Desde en punto de vista constitucional la información veraz es la información diligentemente buscada y contrastada.

Sin embargo, tenemos que dejar igualmente claro que la veracidad no ha de ser absoluta, la información puede ser veraz aunque tenga inexactitudes, toda vez que el derecho a la información también protege los errores informativos intrascendentes pues, “De otro modo, la posibilidad ilimitada de acciones civiles por tales pequeños errores podría ser una amenaza latente

⁸¹⁶STC 172/1990, de 12 de noviembre. F.J.3º. También, en este sentido, se pronuncia la SSTC 197/1991, de 17 de octubre, 21/2000, de 31 de enero, F.J.5º, y STC 129/2009, de 1 de junio, F.J.4º “(...) el requisito de veracidad aparece referido al grado de diligencia observado para la comprobación de unos hechos con anterioridad a la publicación de aquéllos y no con que a posteriori se pruebe la realidad de los hechos”.

⁸¹⁷STC 50/2010, de 4 de octubre, F.J.5º.

⁸¹⁸STC 50/2010, de 4 de octubre, F.J.5º.

⁸¹⁹PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Actualización por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, 11ª Ed., Madrid: 2007, p.340.

que pusiese en peligro el espacio constitucionalmente protegible en una sociedad democrática para la comunicación libre de informaciones⁸²⁰.

Por tanto, más allá de verdades absolutas y de meros errores intrascendentes, el requisito de la veracidad debe entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la haya hecho con diligencia exigible a un profesional de la información, mostrando una razonable diligencia en la búsqueda de lo cierto o si se prefiere de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información.

La ‘veracidad’ de la información es un criterio legitimador de la libertad de información, sin embargo, delante del enjuiciamiento sobre la vulneración del derecho a la intimidad, la *exceptio veritatis*⁸²¹ tiene un papel distinto, no es legitimadora, es un elemento irrelevante⁸²². En esta circunstancia el elemento determinante no es la veracidad sino que el hecho sea de interés público⁸²³.

Las informaciones íntimas no pueden ampararse en su “veracidad” para ser reputadas legítimas, aunque no se puede negar que existe una intensa relación entre la ‘veracidad de la información’ y ‘la intimidad’, eso porque cuanto más verdadera y más completa es la información, mayor es el daño y el agravio infligido a la esfera privada⁸²⁴.

La abundante jurisprudencia en España manifiesta que la veracidad de la información no excluye la vulneración de la intimidad, como se desprende de la STC 115/2000, donde se extrae que “(...) *la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada*”⁸²⁵.

⁸²⁰STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J.8º.

⁸²¹Excepción de la verdad, es decir, que si se demuestra que la información que se realiza es cierta y goza de veracidad no se podrá perseguir a la misma como ilícita ya que no habrá por tanto intromisión ilegítima ni atentado contra la intimidad. LÓPEZ DÍAS, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996, p.282.

⁸²²SSTC 134/1999, de 15 de julio; 20/1992, de 14 de febrero y STC 197/1991, de 17 de octubre.

⁸²³“El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado”. STC 172/1990, de 12 de noviembre, F.J. 7º. Ver STEDH, Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania, de 20 de noviembre de 1989.

⁸²⁴MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación. Op. Cit.*, p.105.

⁸²⁵STC 115/2000, de 5 de mayo, F.J. 7º. En el mismo sentido, STC 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º.

El TC ha destacado, en frase afortunada, que “(...) *tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión*”⁸²⁶. Así que, la verdad de lo divulgado o la diligencia en la obtención y contraste de la información publicada no es excusa de intromisión en el derecho a la intimidad.

De esta regla de la irrelevancia de la veracidad de la información en relación con las intromisiones en la intimidad puede extraerse, también, alguna consecuencia no del todo evidente: la publicación de rumores que afecten a la intimidad no constituye intromisión ilegítima si el rumor se refiere a un tema de interés público⁸²⁷, conforme expuesto en sección precedente.

Además, oportuno registrar que, como hemos visto, en cuanto la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo; la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20.1., letra ‘a’ CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información⁸²⁸, eso porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo y además no está vinculada a la ‘veracidad’⁸²⁹.

En este sentido, hace hincapié BONILLA SÁNCHEZ⁸³⁰ que “(...) *la veracidad se refiere a los hechos, mientras que en la libertad de expresión puede comprender, no sólo a los hechos, sino a otras realidades subjetivas; repisando, la libertad de expresión es más amplia. En las opiniones o juicios de valor (como libertad de expresión), puede que sean razonables o irrazonables, estúpidas o inteligentes, pero no es necesario que exista la exigencia veracidad en el sentido de exactitud, tan sólo que no sean injuriosas o vejatorias*”.

⁸²⁶STC 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º. En el mismo sentido, SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, F.J.3º; 197/1991, de 17 de octubre, F.J.2º; 115/2000, de 5 de mayo, F.J.8º; la tesis ya había sido mantenida inicialmente por la STS, de 18 de julio de 1988.

⁸²⁷STS de 8 de mayo de 1999: “(...) *la publicación del rumor de crisis matrimonial y de que el matrimonio (entre Alberto Alcocer y Esther Koplowitz) estaba al borde de la ruptura poseía un evidente interés general por los cuantiosos intereses económicos afectados en caso de una división del patrimonio conyugal*”.

⁸²⁸SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio.

⁸²⁹ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la personalidad*. Marcial Pons, Madrid: 2012, p.82. En este sentido ver STC 107/1988, de 8 de junio.

⁸³⁰BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus S.A, Madrid: 2010, p. 118. En este sentido SSTC 4/1996, de 19 de febrero, F.J. 2º; 278/2005, de 7 de noviembre, F.J.2º; 174/2006, de 5 de junio.

La libertad de expresión como derecho de expresar juicios de valor no es posible calificar los mensajes por su veracidad o falsedad. Así que, el juicio valorativo, objeto de dicho derecho, no puede someterse a la prueba de la veracidad, puesto que no puede contrastarse con supuesto fáctico ninguno⁸³¹, pueden ser razonables o no, pero no son hechos. Esta doctrina ha sido formulada en contextos muy diferentes por el TEDH⁸³².

Así que, conforme la reciente STC 18/2015⁸³³, divulgada una información veraz⁸³⁴, cuyo contenido atienda a los rigores del marco del interés público (los límites inmanentes según doctrina del TC), en la ponderación entre los derechos a la información y la intimidad, prevalecerá el derecho a la información, es decir, será legítima la intromisión al derecho a la intimidad. Esta intromisión estará al servicio de la libertad de información, protegida por el artículo 20.1.d) CE, será legítima. Sin embargo si divulgada una información veraz, igualmente revestida del requisito interés público, pero al final se verifica falsa, no habrá violación del derecho a la intimidad del sujeto y sí, una violación al derecho al honor⁸³⁵.

En este contexto, si hablamos de veracidad de la información, aun tenemos que hablar de 'reportaje neutral', que es aquella en que el medio informativo ha de ser mero transmisor de informaciones, limitándose a informar sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia⁸³⁶. De modo

⁸³¹ZAMORA, Miguel Agudo, [In: AAVV. *Manual de derecho constitucional*. 3ª Edición, Tecnos, Madrid: 2012, p.508].

⁸³²STEDH, Lingsens c. Austria, de 8 de julio de 1986.

⁸³³STC 18/2015, de 16 de febrero, F.J.8º.

⁸³⁴Cuando se habla del requisito veracidad, es importante determinar cuándo una información, a juicio del TC, puede ser calificada como 'reportaje neutral'. Las notas características del reportaje neutral han sido sintetizadas por la STC 76/2002, de 8 de abril, F.J. 4º; y confirmadas por la STC 54/2004, de 15 de abril, F.J. 7º. Conforme la STC 1/2005, de 17 de enero (Caso Encarna Sánchez), el medio informativo "(...) ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, F.J. 4º). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, F.J. 5º) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, F.J. 3º). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, F.J. 7º, y 144/1998, de 30 de junio, F.J. 5º)".

⁸³⁵A este respecto la fuente de la información es un elemento muy importante en la determinación de la veracidad. La seriedad e idoneidad de la fuente es determinante para el reconocimiento de una vulneración al derecho al honor o no.

⁸³⁶STC 41/1994, de 15 de febrero, F.J.4º.

que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral⁸³⁷. En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: en estos casos, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.

Las notas características del reportaje neutral han sido sintetizadas por la STC 76/2002⁸³⁸ y confirmadas por la STC 54/2004⁸³⁹, siendo ellas "a) *El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)].*

b) *El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido".⁸⁴⁰*

De acuerdo con la STC 76/2002 "(...) en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5)"⁸⁴¹.

Asevera PEREZ ROYO⁸⁴² que se puede entender que (...) en los casos de reportaje neutral, el responsable de la veracidad del contenido de las declaraciones no es el medio que las difunde, sino quien las realiza para que

⁸³⁷STC 144/1998, de 30 de junio, F.J.5º.

⁸³⁸STC 76/2002, de 8 de abril, F.J.4º.

⁸³⁹STC 54/2004, de 15 de abril, F.J.7º.

⁸⁴⁰STC 54/2004, de 15 de abril, F.J.7º.

⁸⁴¹STC 76/2002, de 8 de abril, F.J.4º c). PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.328.

⁸⁴²PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.329.

los medios de comunicación las recojan, si bien el medio de comunicación debe responder, primero, de la existencia objetiva de las declaraciones que constituyen el núcleo de la información y, segundo, de la relevancia pública del contenido de dichas declaraciones (STC 232/1993)”. Añade el autor, “(...) obviamente, cuando la información que se transmite resulta no ser veraz, la prueba del cumplimiento del deber de diligencia es particularmente exigente (...) pues, como dice el TC, dicho deber ‘no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (STC 172/1990, F.J.3º)”.

Sin embargo, consonante STC 178/1993, “(...) cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma”⁸⁴³. Así que, la fiabilidad de las fuentes de la información y comprobación de la noticia son los dos elementos que integran el deber de diligencia exigido en el ejercicio del derecho a la información. Por lo general, ambos son exigibles, aunque excepcionalmente la fiabilidad de la fuente puede eximir la obligación de contrastar la noticia. En tal caso, se entiende que la simple mención de la fuente es garantía suficiente de la veracidad de la información que se transmite y que no es precisa una comprobación posterior. Pero sólo excepcionalmente⁸⁴⁴.

Podemos por fin concluir que la legitimidad de las intromisiones informativas en el derecho a la intimidad personal y familiar de las personas requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere⁸⁴⁵.

⁸⁴³STC 178/1993, de 31 de mayo, F.J.5º.

⁸⁴⁴PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.329.

⁸⁴⁵Pérez Royo añade más un elemento, - ‘la forma de transmisión de la información de manera apropiada’-, afirmando que: “(...) si la información, aunque sea veraz y sobre un acontecimiento de interés general, se transmite de una manera que no contribuye en absoluto a formar la opinión pública,

VI.3. La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La LO 1/1982 desarrolla los derechos contenidos en el artículo 18 de la CE. Siempre que se estudia la LODHI se hace referencia a que la misma se ‘olvidó’ de recoger los derechos fundamentales a la libre expresión e información, derechos que limitan o son limitados por los tres derechos fundamentales que la ley recoge⁸⁴⁶.

Como hemos visto, la jurisprudencia ha tenido que llenar este vacío tan importante a través del concepto de interés público. Así las intromisiones previstas por la Ley vendrán justificadas por el interés público de la información, y por lo tanto si se da el mismo no se podrá reclamar por su vulneración.

La LODHI tipifica las intromisiones al derecho a la intimidad que se consideran ilegítimas y legítimas en sus artículos 7; 2.2 y 8 respectivamente. Los que inciden específicamente sobre el derecho a la intimidad están descritos en el artículo 7, donde sus apartados 1 y 2 se refieren a la forma de obtención de una información; el apartado 3 se refiere a la divulgación de una información; y el 4 en el quebrantamiento de confianza⁸⁴⁷.

Conforme se infiere de dicha ley, para que se produzca la vulneración del derecho a la intimidad a través de la obtención de una información de manera ilegítima (art.7), no es necesario que se la divulgue *a posteriori*, basta obtener la información. De la misma manera habrá vulneración con la

porque se centra en aspectos que no tienen el más mínimo interés desde ese punto de vista, dicha información no está protegida por el derecho a la información”. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. 13ª edición. Op. Cit., p.332.

⁸⁴⁶CORDERO CUTILLAS, Iciar. *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI [In: AA.VV. Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014, p.25].*

⁸⁴⁷LO 1/1982 - Artículo 7 – “(...) inciden en el derecho a la intimidad, en particular, los apartados: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción; 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo; 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.

divulgación de la información aunque la información se haya obtenido de manera legítima⁸⁴⁸. Se denota, por tanto, que las intromisiones del artículo 7, son independientes y distintas entre sí aunque puedan estar conectadas en un caso concreto.

Las referencias inseridas en el artículo 7, como reconocido en la jurisprudencia, no se puede considerar *numerus clausus*⁸⁴⁹. Este entendimiento el TS, desde las primeras sentencias que dictó en aplicación de la LODHI, dejó claro que “(...) *allí donde se ofrezca un hecho atentatorio al honor de la persona, deberá acudir esta Ley*”. Desvanece así cualquier duda acerca del posible *numerus clausus* de las intromisiones ilegítimas enumeradas en el art. 7 de la Ley.

Además el fundamento de esta posición se encuentra en la propia exposición de motivos de la LODHI en la que, efectivamente, se dice que el artículo 7 recoge “(...) *en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro*”. No podría ser otro el entendimiento, puesto que los constantes cambios sociales exigen esta apertura legal, no se admite en los tiempos actuales leyes fijas porque, como afirman DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, “(...) *la aparición constante de nuevas formas de agresión a estos derechos harían necesarias unas continuas leyes sobre la materia*”⁸⁵⁰;

El artículo 2.2 y 8.1 de la LODHI⁸⁵¹ enuncia como elemento legitimador de una intromisión el ‘*consentimiento expreso del titular*’⁸⁵², consentimiento este

⁸⁴⁸PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.294.

⁸⁴⁹STS de 28 de octubre y de 4 de noviembre de 1986.

⁸⁵⁰DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho Civil*. Vol. I, Tecnos, Madrid: 2003, p.354.

⁸⁵¹Artículo 2.2 LO 1/1982: “*No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios*”.

Artículo 8.1: “*No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*”.

⁸⁵²Consentimiento de menores de edad está reglamentado en el artículo 3 de la LO 1/1982: “*1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de*

que será revocable en cualquier momento, no obstante deberán indemnizarse los daños y perjuicios eventualmente causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas – artículo 2.3; y “(...) los casos de actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley” o, “(...) cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante” – artículo 8.1, en estos casos, es legítima la intromisión.

Una circunstancia frecuentemente analizada en las últimas sentencias sobre intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen es justamente ‘la ausencia de consentimiento’. El art. 2.2 dispone expresamente que “(...) no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizado por ley o cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

En esta senda y siguiendo la argumentación del TC en la popular STC 208/2013⁸⁵³, que tiene como causa la entrevista a un discapacitado emitida en un programa de televisión. Podemos afirmar que la ausencia de consentimiento de la persona respecto de la difusión de su imagen o la investigación y divulgación de datos relativos a su intimidad es un factor decisivo a la hora de ponderar los derechos en conflicto pues, lo que se pretende con la tutela de los derechos del art. 18.1 CE, en su dimensión constitucional, no es sino “(...) que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”⁸⁵⁴.

Lo que se pretende, por tanto, es que la persona pueda controlar el acceso y a la divulgación de información sobre su vida privada, sea esta veraz o no, independiente que esta entrada en la intimidad tenga causado daño o no. La clave de la vulneración del derecho a la intimidad, se encuentra en su

madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez”.

⁸⁵³STC 208/2013, de 16 de diciembre.

⁸⁵⁴CORDERO CUTILLAS, Iciar. *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI* [In: AA.VV. *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014, p.138].

consentimiento⁸⁵⁵, su anuencia como titular del derecho, y este consentimiento “(...) no tiene que ser formulado por escrito, no es un contrato formal, pero debe ser concluyente y expreso, por lo que puede ser incluso verbal”⁸⁵⁶. Así pues, si hay consentimiento, no hay violación de la intimidad; si no hay, en principio hay violación, ya que hay matices como vimos anteriormente (artículos 2.3 y 8.1 LODHI).

Debemos recordar otra vez que el derecho a la intimidad personal se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, que deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Por ello, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada.

Así lo ha manifestado el TC en un asunto relativo a la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de dos empleadas de una empresa mediante el acceso a los ficheros informáticos en que quedaban registradas las conversaciones mantenidas entre ambas trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y sin clave de acceso⁸⁵⁷.

Otra sentencia relativamente reciente que analizó la ausencia del consentimiento, fue la STS 137/2014, de 31 enero, que se refiere a la difusión del contenido de una conversación telefónica entre una conocida duquesa y su esposo a través de un programa de televisión de gran audiencia. En palabras del TS, “*La divulgación de las conversaciones telefónicas y la subrepticia grabación de la voz del Sr. A. sin su conocimiento ni consentimiento, sólo persigue satisfacer el malsano interés de aquellos que tienen una especial*

⁸⁵⁵ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, p.294.

⁸⁵⁶ ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de La personalidad*. Marcial Pons, Madrid: 2012, p.57.

⁸⁵⁷ STC 241/2012, de 17 diciembre.

atracción o morbosidad por conocer las más profundas intimidades del personaje famoso (...) el hecho de que los demandantes hagan pública su relación y que admitan la realización de reportajes, no implica la pérdida de sus derechos fundamentales al honor y a la intimidad, ni legitima a cualquier medio de comunicación a invadir sin el menor recato o mesura la esfera de intimidad que los actores desean mantener reservada, sin intromisiones ajenas. Resulta evidente que las conversaciones telefónicas de los actores constituyen un aspecto de su vida privada que quieren reservar (no hay constancia de que nunca hayan dado publicidad a las conversaciones telefónicas mantenidas entre ellos), y están en su legítimo derecho de preservar frente a la curiosidad e intromisión ajena, por lo que no tienen por qué soportar ni tolerar la revelación de tales conversaciones telefónicas de carácter totalmente privado e íntimo en las que se emiten expresiones de cariño, atención e interés propias del ámbito muy particular de dos personas vinculadas sentimentalmente. La divulgación de las mismas a través del canal de televisión afecta al ámbito de su más privada intimidad, por lo que los actores merecen tutela y amparo judicial”; y añade, “(...) que la intromisión se produce aun cuando no se interfiera el canal de comunicación -lo que, por otra parte, podría ser constitutivo de delito tipificado en el artículo 197 del Código Penal- y la intimidad se vulnera aunque se reproduzcan exclusivamente las palabras de uno de los interlocutores que es, precisamente, sobre el que se produce la escucha; y ningún efecto contrario ha de derivarse del hecho de que dicha conversación tenga lugar a bordo de un tren, donde es escuchada por otras personas, pues el titular del derecho puede renunciar a parte de su intimidad aceptando ser oído por las personas que se encuentran alrededor y no por ello ha de perder su derecho a oponerse a que dichas palabras se reproduzcan en un programa de televisión, pues ello supondría una total eliminación del derecho a proteger la intimidad en el ámbito que su titular considere oportuno”⁸⁵⁸.

Respecto al consentimiento de los menores de edad e incapaces, deberá prestarse por ellos mismos si su madurez le permiten, artículo 3.1

⁸⁵⁸También resultan interesantes la STC 19/2014, de 10 de febrero, la STS 388/2009, de 09 de junio y la STC 12/2012, de 30 de enero. CORDERO CUTILLAS, Iciar. *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI [In: AA.VV. Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014, pp.138-139].*

LODHI. En los demás casos, el consentimiento habrá de otorgarse por escrito por su representante legal, quien estará obligado a dar ciencia previa del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio fiscal se opusiera, resolverá el juez (artículo 3.2 – LODHI).

Con respeto al consentimiento de las personas fallecidas, corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento, pudiendo la designación recaer en una persona jurídica (art. 4.1 de la LODHI), no habiendo designación o, habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4.2). Y a falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento (art.4.3).

Excluida la ilegitimidad en consecuencia de la otorga de consentimiento que, como hemos visto es elemento decisivo para caracterizar la vulneración del derecho, podríamos sistematizar las intromisiones ilegítimas contempladas por el legislador bajo una triple perspectiva:

- La primera configurada en la *forma de obtención de la información*⁸⁵⁹, como uso de aparatos de escucha o cualquier medio que se pueda grabar o reproducir la vida íntima ajena – Artículo 7, apartados 1 y 2;
- La segunda, configurada en la *divulgación de la información*, abarca cualquier forma de divulgación ilegítima de la vida íntima ajena, así como revelar o publicar contenidos de cartas, memorias etc., aquí conviene reiterar que referida conducta caracterizará la vulneración del derecho aunque la información se haya obtenido de manera legítima – Artículo 7.3; y,
- La tercera, por *quebrantamiento de la confianza* que es aquella basada en la revelación de datos íntimos conocidos en razón de una actividad profesional y oficial, aquí no hay ausencia de consentimiento pero hay una desviación del fin

⁸⁵⁹Véase STC 12/2012, de 30 de enero, FF.JJ.6º y 7º.

para el que se suministró la información lo que convierte su uso en intromisión ilegítima⁸⁶⁰.

Es oportuno subrayar que en los supuestos de intromisiones ilegítimas que contempla el artículo 7 de la LODHI, no se encuentra referencia alguna sobre la ‘veracidad’ de los hechos o datos divulgados acerca de la intimidad ajena, y en el artículo 8 de la misma, tampoco recoge la ‘*exceptio veritatis*’ como causa de justificación de quien viole o atente contra el derecho a la intimidad de otro, por lo que, va a ser el juez, quien se pronunciará acerca de la relevancia de la veracidad.

Corroborar, por ende, que la veracidad es irrelevante cuando se trata de la invasión a la intimidad, y que las informaciones obtenidas por medios prohibidos (art. 7.1 y 7.2 de la LODHI) no pueden ampararse en la ‘veracidad’ para ser consideradas legítimas, lo mismo se puede decir con respecto a la divulgación (art. 7.3) de los hechos relativos a vida de una persona o de la familia.

Los pronunciamientos del TC no son divergentes, como se denota, entre muchas otras, la STC 197/1991⁸⁶¹, donde se extrae un pasaje: “*En cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces*”.

Sin embargo, la regla de la ‘veracidad’ no es absoluta, después de años aplicando e interpretando la LODHI y, aunque esta no mencione expresamente, la jurisprudencia reconoce dentro de un carácter general que, la intromisión en la intimidad ajena está justificada, es decir, no es antijurídica, cuando con la ‘veracidad’ concurre con la ‘relevancia pública’ de la noticia y ‘ausencia de elementos superfluos’ en la divulgación de la noticia⁸⁶². Así, regla general, la ‘veracidad’ de una información por sí sola no justifica una intromisión en la intimidad ajena⁸⁶³.

⁸⁶⁰PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición. *Op. Cit.*, pp.294 y 295.

⁸⁶¹STC 197/1991 de 17 de octubre, F.J.7º.

⁸⁶²José Enrique Bustos Pueche. *Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia*. Citado por, LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996, p.286.

⁸⁶³STS 186/2013, 20 de marzo, antecedentes de hecho 4.2: “(...) y cabe recordar al respecto que en la jurisprudencia de este tribunal el requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento

Por fin, en una valoración global de la LODHI, creemos que no puede hablarse de una buena ley. Verificamos que en la doctrina, se le han atribuido varios defectos, sobre todo olvidarse de que los derechos que regula no se recogen sólo positivamente en el art. 18.1 de la Constitución, que se limita a garantizarlos, sino también en el art. 20.4, que los configura de forma negativa, como límites expresos de las libertades de expresión e información. Y ni una sola palabra se dedica en la Ley a estas libertades.

Sin embargo, la doctrina también reconoce que la ley ha servido para mucho, prueba de eso son las innumerables sentencias que se han dictado en su aplicación. Algunos de sus preceptos, además, es especialmente acertado y novedoso: el art. 9 por ejemplo, prevé una amplia tutela judicial, incluso cautelar, presume el perjuicio y hace una progresista interpretación del daño moral y su evaluación.

Por su parte, las reconocidas carencias de la ley vino a suplirlas el TC, con una doctrina tan rica que hoy en día no se entiende la LO 1/82 sin la correcta interpretación que de ella ha hecho el supremo intérprete de la Constitución, como encontramos en la STC 104/1986, que viene a sentar una importantísima doctrina donde honor, intimidad y propia imagen suponen unos derechos que deben ponerse en uno de los 'platos de la balanza', para efectuar un *balancing* con las libertades comunicativas. Con la escasa base que la LO 1/82 suministra, y apoyándose directamente en el texto de la Norma Suprema, el TC ha logrado desarrollar los tres derechos regulados.

«según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa», como hemos declarado en la STC 172/1990, de 12 noviembre . Por tanto, la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, «ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» del derecho fundamental (STC 20/1992, de 14 Febrero)».

VII. El derecho a la intimidad en la Era de la sociedad de la información.

Los avances tecnológicos y la creación de internet han impactado sobre el 'modelo de sociedad' provocando una auténtica revolución. Se ha producido un cambio excepcional en las estructuras productivas, económicas, políticas, sociales y culturales, como consecuencia de esta revolución tecnológica⁸⁶⁴.

Jamás, como en la sociedad de la información⁸⁶⁵, las personas han estado tan expuestas a ojos extraños en su vida cotidiana. Internet, la red de redes, está cada vez más presente en todos los espacios donde se desarrollan actividades humanas, difícil no encontrarla en todos los lugares.

Las nuevas tecnologías permiten no sólo nuevas, más fáciles y más sofisticadas formas de comunicación, sino también, y como contrapartida, la posibilidad técnica de que se produzcan más injerencias en las mismas. Cada vez que alguien utiliza el *e-mail*, navega por internet o participa en un grupo de noticias, está revelando de una forma consentida o no, datos acerca de su

⁸⁶⁴Muñoz Machado, Santiago. *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus, Madrid: 2000, p.11.

⁸⁶⁵Se ha puesto de relieve la inexistencia de un elemento único identificador del nuevo escenario social que se presenta actualmente, acogándose distintos enfoques en función de los valores que se consideran determinantes del mismo. Un primer sector, defensores de las corrientes económicas, afirman que la característica fundamental de la nueva sociedad es la naturaleza de su economía, enfatizando el auge del sector servicios y el declive del empleo industrial. En segundo lugar, otros entienden que el elemento definitorio es el consumo de bienes y servicios de información. Junto a ellos, en tercer lugar, otros afirman que la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación constituye la base fundamental para definir la sociedad. Por último, se añaden dos enfoques: el crítico, que pone de relieve el peligro que supone la aplicación de las nuevas tecnologías para las libertades y la democracia, ante la prepotencia de las grandes corporaciones; y los que al analizar esta nueva sociedad parten de la evolución de las sociedades estableciendo las diferencias entre las distintas etapas. Vid. el análisis que sobre las distintas concepciones en materia de evolución al futuro de la sociedad tecnológica ha realizado PETRISSANS AGUILAR, Ricardo. *El futuro y la sociedad digital. La necesidad de una reflexión*. Serie Estudios, Montevideo: 2000, pp. 18 y ss. Como consecuencia de los distintos posicionamientos desde los que ha sido analizada la sociedad actual, se ha empleado diversas terminologías para referirse a la misma: - sociedad de la información; - sociedad informatizada; - sociedad digital; - sociedad multimedia; - sociedad tecnotrónica; - sociedad del futuro; - cibernsiedad. Así, en la doctrina, abogan por el término sociedad de la información: AGUADERO FERNÁNDEZ, Francisco. *La sociedad de la información: vivir en el siglo XX*. Acento, Madrid: 1997; CARRASCOSA, José Luis. *InformAcción. De la era industrial a la sociedad de la información*. Espasa Calpe, Madrid: 1991, entre muchos otros. Son vocablos, en general amplios, que tienden a configurar su significado aunque delimitándolo vagamente, pues, en definitiva, todos ellos se emplean para hacer referencia a un mismo fenómeno, "(...)el hecho de que la información tienda a convertirse en el elemento central sobre el que gravitan las principales fuerzas económicas y sociales que estructuran las sociedades avanzadas(...)". ZAVALA ALARDÍN, Gonzalo. *La sociedad informatizada. ¿Una nueva utopía?* Trillas, México: 1990, p.20.

personalidad, gustos, creencias, etc., que pueden ser utilizados por terceros o por el Estado para los fines más variados.

Expertos de todo el mundo alertan de que nunca antes la intimidad de los ciudadanos había estado tan amenazada. La verdad es que, la defensa de la intimidad ha empezado a carecer de sentido desde el momento en que cada transacción, cada contacto que realizamos con una nueva tecnología podemos ser rastreados por alguien. No que alguien nos vigile a cada momento, pero la tecnología permite que quien quiera hacerlo, lo haga. Eso es suficiente. En estos casos no es la tecnología la amenaza y sí sus usuarios que deturpan sus finalidades.

Es innegable que los avances de las TIC's están produciendo cambios determinantes en distintos ámbitos, sobre todo en el derecho fundamental a la intimidad, en la vida personal y social de los individuos, sea en sus relaciones de trabajo, en la comunicación entre las personas y en los procesos de socialización, etc.

Las nuevas tecnologías y sus efectos en la sociedad facilitan la implantación de nuevas formas de control social, público y privado, ya que permiten detectar electrónicamente cualquier acto o movimiento que sus usuarios realicen, especialmente aquellos realizados en la *web*.

Las TIC's, además de propiciar un irrefutable crecimiento económico sin precedentes en todo el planeta, han permitido la captación y mercantilización de datos personales y que la información circule a escala mundial con una rapidez inconcebible. Hoy, las personas, más que destinatarios de la información, corren el riesgo de convertirse en sus rehenes. Así es porque el acceso a las informaciones disponibles permite la creación de retratos que muestran los principales hábitos y prácticas de una persona (teoría del mosaico de Madrid Conesa), revelando facetas de las cuales el propio individuo muchas veces no es consciente y que pueden ser utilizados para diversos fines⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶Conforme noticia del periódico *Elmundo.es* de 07.06.2013 – EEUU 'espía' a través de los servidores de Apple, Google o Facebook - *"El Gobierno de Barack Obama no sólo tiene información sensible de millones de llamadas telefónicas, también tiene acceso directo a los datos y a los servidores de poderosas empresas de Internet como Google, Facebook o Apple. Una presentación en PowerPoint de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) a la que ha tenido acceso los diarios 'The Guardian' y 'The Washington Post' probaría el control de EEUU sobre el contenido de determinados e-mails, fotografías, vídeos conversaciones de chat o transferencia de archivos.(...)*

Disponible en: http://www.elmundo.es/america/2013/06/07/estados_unidos/1370577062.html

Con esta realidad mundial, conservar el derecho a la intimidad intacto está se tornando muy difícil. Los satélites cada vez más modernos exhiben imágenes que eran inimaginables hasta hace poco tiempo, como el *google street view* por ejemplo y los *drones* que invaden cualquier espacio. Dentro de todo este avanzado universo tecnológico, no sólo la prensa, empresas o los órganos públicos, sino que también cualquier persona puede invadir la intimidad ajena sin salir de casa.

Algunos hablan de la “industrialización de la indiscreción”⁸⁶⁷ como pauta del comportamiento del Estado, de los órganos de comunicación social y también de los particulares cuya curiosidad acerca de la vida ajena se manifiesta asombrosa.

De forma paralela a estos hechos no se puede dejar de mencionar los relevantes problemas con el nuevo papel de los *media* en las sociedades democráticas modernas. Actualmente se configuran como agentes e indicadores de los cambios de valores, gustos y tendencias culturales, que se conectan a los nuevos ‘perfiles de la intimidad’ a través de los órganos de la comunicación social. En efecto, tenemos significativos cambios en los límites entre lo ‘público y lo privado’, lo ‘privado y lo íntimo’, estimulando la unión de la información y de la intimidad en un espacio sin fronteras nítidas.

Con esta realidad, esta cada vez más difícil mantener las garantías de preservación de la intimidad en los moldes tradicionales frente a las agresiones nacidas a la luz de la sociedad informatizada.

Toda esta mudanza en el comportamiento de la sociedad derivado de la convivencia diaria con las nuevas tecnologías de la información, cambió el concepto del derecho fundamental a la intimidad.

Estos nuevos sistemas socio-técnico-informáticos no solo han puesto de manifiesto el poder de la innovación informática y los beneficios que sin duda aportan, como también han revelado nuevas amenazas y desafíos en materia de protección a la intimidad de los ciudadanos.

Nadie es indiferente a los avances tecnológicos de las últimas décadas ni a los cambios que estos han desencadenado. La información generada a través de los sistemas informáticos e internet se ha convertido en un valor sin

Acceso en: 11.04.2015.

⁸⁶⁷ZUBIRIS DE SALINAS, Fernando. *Libertad de expresión y derecho penal*. Edersa, Madrid: 1989, p.244.

precedentes al conseguir una inimaginable capacidad de almacenamiento, acceso y operatividad en tiempo real.

Es inevitable, dentro de este contexto tecnológico, que en el seno de las sociedades modernas el ámbito de la intimidad sufra un proceso paulatino de erosión.

La sociedad de la información está totalmente inmersa en las nuevas tecnologías, en un *hábitat* donde estamos en permanente contacto con el mundo y vigilados por el mundo. El tema no es sencillo ya que se involucra con un avance tecnológico que se mueve a un ritmo superior al de la legislación, que crea lagunas y contradicciones, y que convierte en anacrónica toda posible regulación.

El derecho a la intimidad ha adquirido nuevas dimensiones en la sociedad de la información, hasta el punto que algunos autores le han dado nuevas denominaciones en virtud de las nuevas características sociales y tecnológicas que le hacen diferir sustancialmente de lo que entendíamos por intimidad en la era industrial. La tecnología ha introducido cambios integrales en nuestras vidas y en sus diferentes ámbitos de desarrollo ofreciendo nuevas oportunidades y potencialidades, pero generando una mayor vulnerabilidad ante la multiplicación de registros, controles, datos y estadísticas.

Algunos autores hablan de las políticas de 'seguridad nacional' de los gobiernos de los países occidentales y el proceso de mercantilización de los datos personales que están convirtiendo a la sociedad de la información en una sociedad de la vigilancia. Se está generalizando una globalización represiva donde los ciudadanos están adquiriendo un perfil de vida de cristal.

Capítulo Tercero

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: I. NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN. CONCEPTOS BÁSICOS; I.1. El mundo digital y el mundo analógico; I.2. Las infraestructuras, los medios de transmisión y el ancho de banda; I.3. Internet; I.3.1. Web 1.0, Web 2.0 y Web 3.0; II. LAS TECNOLOGÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD - *PRIVACY ENHANCING TECHNOLOGIES* (PET) Y LA *PRIVACY BY DESIGN* (PBD).

I. Nuevas tecnologías de información. Conceptos básicos.

En esta sección se introducen algunas nociones básicas relativas a las nuevas tecnologías. No se trata de introducir conceptos complejos que, quizá, dificultarían la comprensión general y ofuscarían los problemas jurídicos subyacentes. La comprensión del 'mundo tecnológico', es necesaria para tener idea de la amplitud de este universo, para entender el modo en el que se van a ver afectados los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Como ya hicimos hincapié en la introducción, la distinción entre información y comunicación vendría dada porque la primera pretende la libre difusión de datos de todo tipo, y tendencialmente es abierta, la comunicación busca acercar a las personas y facilitar los contactos y la transmisión de todo tipo de mensajes y opiniones entre ellas, de modo que tendería más bien a un contexto más cerrado o privado. Con todo, se ha destacado acertadamente que el aspecto más interesante de las nuevas tecnologías es la convergencia entre la tecnología de las telecomunicaciones, la informática y la radiodifusión, de manera que *"(...) en el futuro inmediato ya no tendrá sentido entender el teléfono como algo diferente de la televisión y esta como algo muy distinto de un periódico"*⁸⁶⁸. Por tanto, con la realidad tecnológica es cada vez más difícil, y tiene menos sentido, distinguir entre la información y la comunicación, y ello aboga por una visión amplia y convergente de las nuevas tecnologías⁸⁶⁹.

Las NTI se modifican constantemente e inmersos en este proceso de aceleración histórica, los permanentes cambios en materia de tecnologías informáticas: nuevos modelos, más pequeños, más veloces, con más funciones; modificaciones de software, hardware, de modos de uso, requieren desde los términos en uso, algunas definiciones, como intentaremos demostrar en las próximas paginas.

Para mejor comprensión y por la practicidad presentaremos algunos conceptos básicos en un glosario:

⁸⁶⁸FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw Hill, Madrid: 1998, p.XX.

⁸⁶⁹Sobre esta convergencia entre los sectores de las TIC, véase GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El Derecho de Internet*. [In: AA.VV. *Principios de Derecho de Internet*. Pablo García Mexía (Director), Tirant to Blanch, Valencia: 2005, en particular pp.121 y ss.; y LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales*. Bosch, Barcelona: 2000, pp.17 y ss.].

1) *ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line - Línea de suscripción digital asimétrica = Banda Ancha)*: Dan acceso de alta velocidad a internet a través de las líneas telefónicas. Es un modo de comunicación remota en la que existe una banda ancha de frecuencias para transmitir información y enviar a la vez por los diferentes canales o frecuencias de la banda, por lo que en el mismo tiempo transmite más información. Permite realizar juegos en red, teletrabajo, videoconferencias.

2) *Autopista de la información*: Red que permite la transmisión de textos, imágenes y sonidos. Se suele utilizar como sinónimo de internet, aunque su significado es más amplio⁸⁷⁰.

3) *Bluetooth*: sistema de conexión inalámbrica de escaso alcance, unos 10 metros. Los principales objetivos que se pretenden conseguir son: - Facilitar las comunicaciones entre equipos móviles; - Eliminar los cables y conectores entre éstos; - Ofrecer la posibilidad de crear pequeñas redes inalámbricas y facilitar la sincronización de datos entre equipos personales. Los dispositivos que con mayor frecuencia utilizan esta tecnología pertenecen a sectores de las telecomunicaciones y la informática personal, teléfonos móviles, computadoras portátiles, ordenadores personales, impresoras o cámaras digitales.

4) *Buscadores (motores de búsqueda o search engine)*: herramienta de *software* utilizada para la localización de páginas disponibles en internet. Constituye un índice generado de manera automática que se consulta desde la propia red. Las empresas que mantienen estos instrumentos de navegación se financian mediante la publicidad que insertan en sus páginas de acceso. Otros autores lo definen como el conjunto de programas coordinados que se encargan de visitar cada uno de los sitios que integran la red, empleando los propios hipervínculos contenidos en las páginas web para buscar y leer otros sitios, crear un enorme índice de todas las páginas leídas (catálogo), para presentar direcciones de internet. Escribiendo una palabra clave en la caja de búsqueda se encuentran hipervínculos hacia páginas que contienen dicha

⁸⁷⁰ Conforme Dra. Maricruz Castro Ricalde, "*Albert Gore, como vocero de la política de William Clinton, en 1992, propuso este término*" y continúa explicando que se empleó para crear espacios y medios de vinculación social, económico y de tecnología; que posibilitan la circulación de datos e información de forma simultánea hacia cualquier lugar del planeta. Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx> nº27, 2002. Acceso en: 03.02.2016.

palabra clave, aunque a veces el contenido de la página no representa los datos que se desean encontrar. Ejemplos: (<http://www.google.com>); (<http://www.alltheweb.com>).

5) *CAD (computer aided detection o detección asistida por ordenador)*: usada por la ingeniería y la arquitectura, y también la medicina, dentro del campo de las imágenes médicas digitales y del análisis de dichas imágenes. Se la emplea en medicina por ejemplo, para lograr una prospectiva de las imágenes médicas. La CAD, como técnica digital avanzada permite detectar enfermedades partiendo de imágenes de radiografías, RMN, TAC, ecografías etc. La tecnología CAD posibilita analizar y relacionar por eje, las imágenes médicas buscando problemas de salud, valiéndose de un *software* diseñado a tal propósito, que señala las áreas afectadas y detectadas por dicho procedimiento.

6) *Cibercultura*: cultura nacida de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en medios de comunicación como internet. Cultura de polaridades, de opuestos, de ventajas y desventajas, de libertad absoluta, anonimato, cibercrimes; constituida por ciberciudadanos con derechos y obligaciones.

7) *Ciberespacio*: nuevo medio de comunicación que surge de la interconexión mundial de los sistemas de datos. Incluye la infraestructura material de la información digital y el universo de informaciones que contiene.

8) *CD (Compact disk o disco compacto)*: disco compacto de sonido que se lee mediante un dispositivo de rayo láser. Sistema de almacenamiento de información de modo digital.

9) *Comunidad virtual*: en términos de Howard Rheingold⁸⁷¹, comunidad virtual es "(...) una agregación social que emerge de la red cuando un número suficiente de personas entablan discusiones públicas durante un tiempo lo suficientemente largo, con suficiente sentimiento humano, para formar redes de relaciones personales en el ciberespacio".

10) *Convergencia digital*: es la integración de la computación con las telecomunicaciones. Permite el manejo simultáneo de voz, textos, datos,

⁸⁷¹Es un crítico y ensayista estadounidense especializado en las implicaciones culturales, sociales y políticas de las nuevas tecnologías de la información, como Internet y la telefonía móvil.

imágenes por medio de medios electrónicos; que partiendo de diferentes tecnologías, convergen en un mismo canal.

11) *Correo electrónico*: es una herramienta telemática, es decir, aquella herramienta basada en un conjunto de técnicas y servicios que combinan las telecomunicaciones y la informática y que se constituye en el correo del Tercer Milenio. Correo sin barreras de tiempo y espacio, que viaja en fracciones de segundos, con textos, sonidos e imágenes. Se puede enviar el mensaje de correo electrónico a uno o varios remitentes al mismo tiempo, con dirección visible o encriptada, con listas de distribución públicas o privadas.

12) *Directorio*: lugar en la red donde se encuentra la información de modo jerárquico, más restringida y conforme a diversas opciones, ejemplo: (<http://www.yahoo.com>); (<http://www.altavista.com>); (<http://www.aol.com>); (<http://www.dmoz.org>).

13) *Dominio (domain)*: Sinónimo de dirección de una página principal (*homepage*) en internet. El término dominio se usa asimismo para referirse a la identificación de uno o varios servidores conectados a la red. La asignación de dominios está regulada por el llamado DNS (*Domain Name System* - Sistema de Nombres de Dominio).

14) *DVD (Digital Video Device)*: Dispositivo digital de almacenamiento masivo de datos y películas con alta calidad de video y sonido.

15) *Extranet*: Red de telecomunicaciones mundial que agrupa redes internacionales, nacionales, regionales y locales. Su funcionamiento se basa en un sistema uniforme para asignar direcciones y en la utilización de protocolos de comunicación comunes que en el caso de la extranet, se hace extensiva a los clientes, proveedores y colaboradores de una organización.

16) *Fotoblog (FotoLogs o Flogs)*: Es un archivo personal de fotografías, una especie de bitácora, donde por lo general, día a día se publican fotos.

17) *FTP* (siglas inglesas de *File Transfer Protocol* - *protocolo de transferencia de archivos*): Procedimiento utilizado para transferir archivos entre ordenadores conectados a internet.

18) *Grupo de noticias (newsgroup)*: A modo de pizarra de anuncios, cada usuario miembro del grupo, escribe su aporte y todos los miembros del mismo pueden leerlo y opinar en la Red. Algunos tienen moderadores y otros son abiertos.

19) *Herramientas telemáticas*: Aquellas herramientas, basadas en un conjunto de técnicas y servicios que combinan las telecomunicaciones y la informática, por ejemplo: el *chat*, los foros, *e-mail*, etc.

20) *Hipertexto*: Lenguaje de programación que permite establecer vínculos entre diferentes bloques de información y moverse rápidamente entre ellos. El hipertexto fue integrado en la *World Wide Web* para crear referencias cruzadas entre las páginas disponibles en internet y de esta manera facilitar el salto de una a otra. Un texto marcado puede remitir a otro texto como a una imagen, un vídeo o un sonido, estableciéndose así un vínculo “hipermedia” (entre diferentes medios).

21) *Hipervínculo*: Pasaje de una página *Web* que remite a otro bloque de información.

22) *Homepage*: La página de inicio de una dirección en la *Web*. Suele contener una serie de hipervínculos que sirven de menú y permiten acceder a otros documentos relacionados.

23) *HTML (HyperText Markup Language o lenguaje de marcación de hipertextos)*: Lenguaje empleado para la realización de documentos de hipertexto e hipermedia. Es el lenguaje empleado para generar páginas en internet con textos, gráficos y enlaces (*links*).

24) *Hotspots*: puntos de acceso abierto a internet, que generalmente emplean tecnología WI-FI.

25) *HTTP (Hyper Text Transfer Protocol o Protocolo de transferencia de hipertexto)*: Es el protocolo de transferencia de hipertexto; el sistema mediante el cual se envían las peticiones de acceder a una página de internet y la respuesta de esa *web*, brindando la información que se verá en pantalla de la computadora.

26) *INTERNET (interconneted networks)*: Redes interconectadas.

27) *INTRANET (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)*: **Es** una red TCP/IP de una empresa u organización, que enlaza a empleados y miembros de una organización, etc. y su información, de tal manera, que aumenta la productividad de aquellos, facilita el acceso a la información y convierte la navegación por los recursos y las aplicaciones de su entorno informático.

28) *Ipod*: es un reproductor de música digital, de pequeño tamaño, que consta de un disco duro y fue desarrollado por *Apple Computer*. Reproduce archivos

MP3, WAV, AAC/M4A, AIFF y Apple Lossless. La capacidad del disco duro es de hasta 60 GB y se conecta a través de un puerto USB. Se requiere del reproductor con su respectivo software instalado. Se emplea también como calendario, despertador, tiene juegos, notas de voz y textos.

29) *LAN (local area network)*: Red de área local.

30) *MAN (metropolitan area network)*: Red de área metropolitana

31) *Metabuscadores*: herramienta utilizada para la localización de páginas disponibles en internet, realizando una metabúsqueda, de una palabra clave, en varios buscadores al mismo tiempo, ejemplo: (<http://www.metacrawler.com>) y (<http://www.inter-net.com>).

32) *MP3*: Formato de compresión de archivos audio con calidad CD. Posibilita almacenar música de alta calidad ocupando un mínimo espacio. Para reproducir estos archivos, se necesita un software específico.

33) *MP4*: es la extensión oficial para la nueva generación de archivos MPEG-4. Almacenarán diferentes tipos de datos, desde música a imágenes, y la idea es intentar ser un formato único, en el que se podría incluso almacenar datos de diferentes tipos en un mismo archivo. Los formatos que componen un MP4 estándar son: Sonido: MP3, AAC y Apple Lossless como principales; Video: MPEG-4, MPEG-3 y MPEG; Imagen: JPG y PNG; Subtítulos: XMT y BT.

34) *Multimedia*: Integración en un mismo soporte digital de diferentes 'medios' o tipos de información: texto, imágenes, vídeo, sonido.

35) *Notebook (laptop o computadora portátil)*: ordenador portátil de un tamaño reducido, que resulta de fácil transportación. Tiene gran capacidad de memoria para almacenar datos y dispone de una batería, lo que le permite trabajar sin estar conectada a la red de electricidad.

36) *TIC (nuevas tecnologías de la información y la comunicación)*: Se refieren a un conjunto de procesos y productos que son el resultado del empleo de nuevas herramientas surgidas del campo de la informática, soportes de la información y canales de comunicación, relacionados con el almacenamiento, procesamiento y transmisión digital de la información. Entran tanto las computadoras personales como los equipos multimedia, las redes locales, internet, intranet, extranet, software, hipertextos, realidad virtual, videoconferencias, por nombrar algunos. Diríamos que estas nuevas

tecnologías están centradas alrededor de la informática, la microelectrónica, los multimedia y las telecomunicaciones.

37) *Página Web (Web page)*: Archivo disponible en la *World Wide Web* o que tiene el formato necesario para aparecer en ella. Visualmente se muestra en la pantalla del ordenador como si fuera una página.

38) *PALM*: Es tanto el nombre asignado a computadoras de mano como PDAs y el nombre de la compañía más relevante en el mercado de los mismos. El sistema operativo que llevan estas computadoras también se llama: Palm OS. Las computadoras de mano con aplicaciones del sistema Palm OS llevan libretas de direcciones; calculadora; calendario, gastos, tareas, comunicaciones.

39) *PDAs (Personal Digital Assistant o Asistente digital personal)*: Es una como computadora de mano. En sus inicios se empleaba como agenda electrónica y ahora se puede utilizar como computadora con correo electrónico, navegación en Internet, crear documentos.

40) *Podcasting*: consiste en crear archivos de sonido (generalmente en mp3 u ogg) y poder suscribirse mediante un archivo RSS (*Really Simple Syndication*) de manera que permita que un programa lo descargue para que el usuario lo escuche en el momento que quiera, generalmente en un reproductor portátil.

41) *Portales temáticos*: Son los puentes o puertas de acceso a la información de modo temático. Son páginas que ofrecen conexiones a otras páginas y direcciones en la red. Son horizontales cuando ofrecen una temática variadas o verticales cuando tiene un tema específico; por ejemplo: un portal de computación, gastronomía, comunicación.

42) *Protocolo*: Término tomado del lenguaje diplomático que se utiliza para designar las reglas y convenciones necesarias para intercambiar información en un sistema de telecomunicaciones. Un protocolo funciona como un lenguaje común que tiene que poder ser interpretado por cualquier ordenador conectado a una red. La internet se basa en el protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*).

43) *Proveedor*: Empresa o entidad que proporciona acceso a Internet, normalmente a cambio del pago de una tarifa.

44) *RSS*: Es parte de la familia de los formatos XML desarrollado específicamente para sitios de noticias y *weblogs* que se actualizan con

frecuencia y por medio del cual se puede compartir la información y usarla en otros sitios web o programas. A esto se le conoce como sindicación.

45) *Servidor (server)*: Ordenador de alta potencia que permanece conectado a una red 24 horas al día y que almacena datos que pueden ser recuperados desde otros ordenadores.

46) *Sitio*: Son páginas dedicadas a un tema sin conexiones a otros sitios. Son destinos finales de internet.

47) *Sociedad de la Información (SI)*: Se habla de la 'Si' como la sociedad donde las personas tienen un acceso ilimitado a la información generada por otros y caracterizada por considerar al conocimiento como un valor agregado de la economía. En esta sociedad, el conocimiento se multiplica al infinito debido a los procesos de aceleración histórica y herramientas tecnológicas disponibles, que se hace imposible abarcar en su totalidad.

48) *Sociedad del Conocimiento (SC)*: La sociedad que permite informarse y conocer, agregando conciencia a la información, en un entorno científico – tecnológico posmoderno, donde la investigación más la tecnología suman una ecuación igual al progreso y poder. La Sociedad de la Información (SI) pone énfasis en la capacidad de acceder a depósitos de información, mientras que la Sociedad del Conocimiento se refiere al procesamiento de la información para extraer pautas y leyes más generales.

49) *TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)*: Conjunto de protocolos de comunicación que son utilizados en internet para poner en relación unos ordenadores con otros.

50) *Tecnología multimedial*: Una forma de transmisión de información a través de sistemas informáticos en la que se combinan diferentes medios de comunicación (textos, gráficos, sonidos, videos, imágenes fijas y móviles) y cumple con tres requisitos: medios integrados en un todo coherente, dar al usuario información en tiempo real y permitan interactividad por parte del usuario.

51) *URL (Uniform Resource Locator ó Localizador uniforme de recurso)*: Modo estandarizado de indicar una dirección de una página *web*.

52) *Videoconferencia*: Sistema de comunicación multimedial que permite, a través de una red de computadoras, que varios participantes puedan verse y

hablar en tiempo real, estando a distancia. Se transmite de forma bidireccional y simultánea, imágenes y sonidos.

53) *VoIP*: La voz sobre el protocolo de internet, es una tecnología que consiste en la integración de datos y voz. Transporta las comunicaciones de voz por la *web*. Se pueden generar redes corporativas integradas con voz y datos; generar directorios de una intranet con mensajes personales; poseer redes privadas mediante voz que sustituyen a las redes privadas virtuales (VPN).

54) *VPN (Virtual Private Network)*: Red privada virtual. Las redes privadas virtuales crean un túnel o conducto de un sitio a otro para transferir datos y a ello se le llama encapsulación. Los paquetes de datos van encriptados de forma tal que los datos son ilegibles para los extraños. La VPN debe ser capaz de verificar la identidad de los usuarios y restringir el acceso a la VPN a aquellos usuarios que no estén autorizados. Así mismo, debe proporcionar registros estadísticos que muestren quien tuvo acceso, a cuál información y cuándo.

55) *Weblog*: Página de internet que posee un programa especial mediante el cual se colocan oraciones, mensajes, propuestas instantáneamente y se interrelaciona con los lectores de modo inmediato.

56) *WI-FI (Wireless Fidelity)*: Tecnología que permite conectar un ordenador o cualquier otro tipo de dispositivo electrónico (PDA) a internet de forma inalámbrica. Estas conexiones se hacen desde lugares privados o públicos, dependiendo del tipo de acceso que ofrezcan a los usuarios. Las conexiones públicas pueden ser abiertas (cibercafé) o cerradas (biblioteca), mientras que las conexiones privadas atienden específicamente al sector de las empresas.

57) *WI-MAX (Worldwide interoperability for Microwave Access)*: Es un protocolo certificado que fundamenta la interoperabilidad de productos fijos y portátiles con estándares IEEE 802.16, dirigido al acceso mediante microondas (ITESM, Campus de Monterrey, Diplomado en Gobierno electrónico para la competitividad y el desarrollo).

58) *World Wide Web (también llamada Web, WWW o W3)*: Subconjunto de internet en el que la información se presenta en páginas con formato HTML, las cuales tienen la ventaja de permitir saltar de unas páginas a otras mediante el llamado hipertexto, de forma tal que el usuario puede navegar entre páginas

relacionadas con un simple clic del mouse (ratón). Combina texto, imagen y sonido en una misma página⁸⁷².

Se conocen tres etapas en la evolución a Internet⁸⁷³: 1. *Web 1.0* - Se basa en la Sociedad de la Información, en medios de entretenimiento y consumo pasivo (medios tradicionales, radio, TV, email). Las páginas web son estáticas y con poca interacción con el usuario (web 1.0, páginas para leer); 2. *Web 2.0* - Se basa en la Sociedad del Conocimiento, la autogeneración de contenido, en medios de entretenimiento y consumo activo. En esta etapa las páginas web se caracterizan por ser dinámicas e interactivas (web 2.0, páginas para leer y escribir) en donde el usuario comparte información y recursos con otros usuarios; *Web 3.0* - Las innovaciones que se están produciendo en estos momentos se basan en sociedades virtuales, realidad virtual, *web* semántica, búsqueda inteligente. Veremos adelante de forma más detallada.

I.1. El mundo digital y el mundo analógico.

Para poder apreciar las ventajas y los inconvenientes del mundo digital, ya decía NEGROPONTE⁸⁷⁴ es mejor reflexionar sobre la diferencia entre *bits* y átomos. Los átomos constituyen el mundo, el *bit*, por el contrario, es el DNA de la información. Es tan solo un número. Los *bits* han sido siempre el elemento básico de la información y de los ordenadores, pero durante los últimos 30 años se ha conseguido digitalizar cada vez más información, auditiva y visual, por ejemplo, reduciéndolos de igual manera a números.

Digitalizar representa convertir en números lo que se quiere transmitir. La información se traspone por medio de códigos. La digitalización viabiliza que diferentes tipos de datos y de información, como el sonido, el texto

⁸⁷²Por todas, AVOGADRO, Marisa. *Glosario de Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*. Revista Electrónica Razón y Palabra, nº 55, febrero, México: 2007.

Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx/comunicarte/2007/febrero.html>

Acceso en: 02.02.2016.

⁸⁷³BELLOCH, Consuelo. *Las Tecnologías de la Información y Comunicación en el aprendizaje*. Material docente [on-line], Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. Universidad de Valencia, Valencia: 2012, pp.5-6.

Disponible en <http://www.uv.es/bellochc/pedagogia/EVA1.pdf> Acceso en: 23.02.2016.

⁸⁷⁴NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital*. Ediciones B, Barcelona: 1996, p.11.

alfanumérico y la animación creada con ordenador, puedan combinarse o presentarse de manera separada. Si los textos, la voz y las imágenes pueden convertirse en números, podrán ser tratados del mismo modo y transmitidos por las mismas líneas. El fenómeno multimedia es simplemente el resultado de la digitalización de todo tipo de señales.

La mejor forma de exponer de forma sencilla la diferencia entre la información digitalizada y la información analógica es a través de un ejemplo muy aclarador aportado por FERNÁNDEZ ESTEBAN⁸⁷⁵, donde ilustra que es como tener un libro en papel, es decir, átomos, o tenerlo en un *pendrive* en *bits*. El libro puede ser enviado a un destinatario en Melbourne a través del correo, haciendo que los átomos de las páginas del libro más el sobre, viajen por avión a través de todo el globo. El libro o, mejor dicho, la información que constituye el libro también puede ser enviada a través de internet, con lo cual viajan *bits*, es decir, un conjunto de combinaciones de 0 y 1 a través de la línea telefónica en tiempo real, y su receptor australiano podrá imprimir los *bits* del libro inmediatamente en la impresora. Actualmente es posible digitalizar cualquier tipo de información: textos, música, fotografías o películas, por lo que, siguiendo el ejemplo, podría enviarse una grabación de una canción con vídeo incluido en una cinta con el correo o enviarla a través de internet. Lo mismo sucede con las fotografías, en el caso de que estén digitalizadas.

Otro cotejo que podemos crear es entre el disco de vinilo, que es un medio analógico, y el disco compacto (en adelante CD), *bits*. El disco de vinilo es un conjunto de grietas más o menos profundas que leída por la aguja del tocadiscos transmiten a éste la información de graves o agudos. Por el contrario, el CD es un conjunto de ceros y unos, que no tienen ninguna relación 'natural' con la información que contienen, sino que son un código numérico que debe ser leído e interpretado por el lector del CD; sólo después de descifrado por el láser genera la música, fotografías o consecución de fotogramas.

La base de la informática y de los nuevos sistemas de telecomunicación es la digitalización de la información. Hasta la actualidad la digitalización no había sido utilizada para aplicaciones como la radiodifusión, debido a la

⁸⁷⁵FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.4.

inmensa capacidad que se necesitaba para transportar la información digitalizada, especialmente las imágenes en movimiento.

Una de las razones por las que se produce la digitalización de periódicos, revistas y todos los medios de comunicación es porque a través de ella se alcanza niveles muy altos de comprensión⁸⁷⁶. Con las técnicas de compresión, la información necesaria para transmitir imágenes en movimiento puede reducirse a una cantidad muy inferior a la capacidad requerida si la información no se halla comprimida.

Se consigue la compresión a través de una técnica que estanca la información sobre la imagen y envía sólo la información necesaria para definir los cambios que se han producido con la imagen precedente. Cuanto más se comprime la información, menor cantidad de información tiene que ser transmitida, lo que resulta en una mayor posibilidad de transmisión.

La digitalización de la información es la clave para entender las nuevas tecnologías y lo que éstas ofrecen. Puede decirse que la generalización de la digitalización de la información ha operado una división radical en la información entre lo analógico y lo digital. El mundo digital es el mundo de la información convertida en dígitos y el mundo analógico es todo lo demás.

I.2. Las infraestructuras, los medios de transmisión y el ancho de banda.

También está entre los conceptos esenciales para comprender las posibilidades de las NTI, las infraestructuras, los medios de transmisión y el ancho de banda. Abordaremos estos conceptos de forma sucinta porque esta noción ayuda a entender cuál es el entorno fáctico de los problemas jurídicos.

Dada la amplitud de las infraestructuras, tecnologías e instrumentos utilizados, y a efectos de una mejor sistematización, cabría quizá distinguir las tecnologías según diversos criterios⁸⁷⁷:

⁸⁷⁶ NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital. Op. Cit.*, p.31.

⁸⁷⁷ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.1 – 27.

- a) en función de la vía o canal de comunicación utilizado: cable telefónico, otros tipos de cables, tecnología telefónica inalámbrica, ondas hertzianas, satélite, etcétera;
- b) en función del tipo de aparato utilizado como receptor (y, en su caso, también emisor): televisor, teléfono fijo o móvil, fax, receptor GPS, ordenador, otros electrodomésticos;
- c) en función del tipo de contenido de la comunicación: contenido audiovisual, mensajes de todo tipo, voz, archivos informáticos (que a su vez pueden incluir cualquiera de los anteriores contenidos, o bien otros), otros datos;
- d) en función del tipo de comunicación en sentido propio: televisión, radio, teléfono, páginas *web*, correo electrónico, *chat*, etc.

Este intento de clasificación pone de relieve que a un mismo tipo de comunicación puede accederse desde diferentes aparatos y por vías distintas, que a su vez son susceptibles de utilización para transmitir o recibir contenidos variados.

Las infraestructuras de comunicación son predominantemente físicas (cables, conducciones, edificios). Lo más importante son los cables (de cobre, coaxial, de fibra óptica), aunque también hay infraestructuras que poseen elementos aéreos como el emisor de ondas herzianas (el emisor de televisión o radio) y el satélite. La infraestructura hay que distinguirla de los medios de comunicación. El medio de comunicación es la forma como la información viaja a través de las infraestructuras. Cada infraestructura tiene su propio medio de transmisión. Ya el ancho de banda es la capacidad de pasar información a través de un canal determinado en un tiempo dado. Así tendremos los canales de banda ancha y de banda estrecha según nos hallemos ante una infraestructura que pueda transmitir información rápidamente (fibra óptica) o lentamente (cable de par trenzado). Los canales de banda estrecha pueden transmitir textos, datos y la voz humana, pero son demasiados lentos para transmitir imágenes o películas, ya que éstas requieren la transmisión de muchos más *bits* y, por tanto, canales de banda ancha⁸⁷⁸.

Aun se puede diferenciar las infraestructuras terrestres entre cables de par trenzado, cables coaxiales y cables de fibra óptica.

⁸⁷⁸FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.1 - 27.

Los cables de cobre del teléfono se conocen como 'par trenzado'. Estos cables quedarán con su posibilidad de transmisión pequeña frente a las exigencias de los servicios avanzados de telefonía y el multimedia. Es considerado un medio de banda estrecha debido a la limitada capacidad de transmisión⁸⁷⁹.

El cable coaxial es el cable de las antenas de televisión. Es un cable de cobre que lleva un revestimiento exterior que permite la transmisión de información y la minimización de pérdidas e interferencias, por lo que ofrece bastante ancho de banda. Es un cable que comparado a la fibra óptica tiene un elevado coste de instalación y mantenimiento. Ha dejado, en razón de esta desventaja, de ser competitivo⁸⁸⁰.

Ya el cable de fibra óptica supone un salto enorme en la tecnología. Se trata de una fibra constituida de un vidrio purísimo, del grosor de un cabello, que transmite impulsos luminosos generados por láser. Es la pureza del vidrio que constituye la base de la fibra y esta pureza es impresionante. La transparencia de este vidrio es tan extraordinaria, comenta TANENBAUN⁸⁸¹, que si los océanos estuvieran llenos de él en lugar de agua, el fondo marino podría verse desde el exterior con la misma claridad como se ve la superficie terrestre desde un avión.

Además, la fibra óptica tiene la capacidad de realizar grandes recorridos sin necesidad de repetidores intermedios, tampoco no se ve afectado por la interferencia electromagnética, la corrosión química o la caída de tensión eléctrica. Es mucho más ligera que las demás, no hay pérdida de información y es muy difícil de interceptar⁸⁸². Por tanto, mucho más segura.

Respecto a las infraestructuras aéreas hay que distinguir entre los emisores de ondas herzianas terrestres y los satélites. Los emisores más importantes presentes en la Tierra son las emisoras de radio, televisión y telefonía. Los emisores de ondas herzianas desde el espacio son los satélites. Un satélite geoestacionario asegura un servicio continuo de radiodifusión a

⁸⁷⁹FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.1 - 27.

⁸⁸⁰*Ibidem*

⁸⁸¹TANENBAUM, Andrew S. *Computer Networks*. Prentice Hall PTR, 1996, p.88. Citado por FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op.Cit., p.8.

⁸⁸²TANENBAUM, Andrew S. *Computer Networks*. Prentice Hall PTR, 1996, p.93. Citado por FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.8.

zonas pequeñas de la extensión de un país o regiones grandes, como continentes, pudiendo llegar a cubrir hasta aproximadamente un tercio de la superficie terrestre⁸⁸³.

Las infraestructuras son distintas según el tipo de onda utilizado. Son ellas, las ondas de radio, microondas e infrarojos.

Las ondas de radio son las más anchas del espectro. Son fáciles de generar, pueden viajar por largas distancias y son utilizadas en la comunicación del interior y exterior de los edificios. Sin embargo, las interferencias son un problema y son absorbidas por la lluvia⁸⁸⁴. La mayor dificultad de las ondas de radio es que ofrecen un estrecho ancho de banda, o sea, la cantidad de información que puede transmitirse a través de ellas es relativamente pequeña.

Las microondas son un tipo de onda que supera los 100 MHz. Este tipo de onda tiende a viajar verticalmente y su capacidad para viajar largas distancias la hace apropiada para la comunicación vía satélite. Sin embargo no penetran bien en los edificios razón por la cual se hace necesaria la instalación de una antena receptora en el exterior. También son utilizadas para la comunicación con teléfonos móviles, puertas de seguridad etc.

Finalmente las ondas de infrarojos y las ondas milimétricas se usan para las comunicaciones a corta distancia, como por ejemplo, el mando de una televisión⁸⁸⁵.

Las infraestructuras aéreas emiten la información en forma de ondas herzianas, o desde la Tierra, o desde el espacio a través del 'éter'. Las ondas herzianas son ondas electromagnéticas 'por aire'. El éter constituye lo que se denomina por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 y en la nueva Ley General de Telecomunicaciones, que le sustituirá, el dominio público radioeléctrico.

Los satélites estacionarios se mantienen en órbita a 35.000 kilómetros de distancia de la Tierra, es decir, en un espacio exterior de 141 billones de kilómetros cúbicos. Aunque todo este espacio nos da una impresión de capacidad de transportar mucha información, no es así, además el peligro de

⁸⁸³ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, pp.1 – 27.

⁸⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁸⁵ TANENBAUM, Andrew S. *Computer Networks*. Prentice Hall PTR, 1996, p.94. Citado por FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, p.9.

interferencias entre ondas requiere una inflexible distribución de su capacidad⁸⁸⁶.

Para comprender lo que significa el dominio público radioeléctrico, FERNÁNDEZ ESTEBAN⁸⁸⁷ ilustra con mucha propiedad, utilizando el ejemplo de una tarta. Ilustra “(...) *el éter como una tarta, cuya configuración jurídica es la de dominio público radioeléctrico. La tarta del dominio público radioeléctrico es, por definición, limitada. Por ello, debe ser repartida a través de títulos de uso que otorga el Estado. Una porción de espectro radioeléctrico se atribuye a la radiodifusión, otra porción a la emisión por satélite, otra porción a las comunicaciones por radio, otra porción a la emisión por satélite, otra porción a la telefonía móvil y así sucesivamente*”.

La limitación natural del dominio público radioeléctrico se entiende mejor con la expresión ‘ancho de banda’, que representa a la capacidad de transmitir información de un medio. El ancho de banda disponible en el éter es escaso si lo comparamos con el ancho de banda de las infraestructuras terrestres.

Ya la capacidad de transmisión o ancho de banda de la fibra óptica es casi infinita. Según investigaciones, muy pronto podrán enviarse más de un billón de *bits* o *terabit* por segundo, lo que significa que una fibra óptica del tamaño de un cabello humano es capaz de transmitir en un segundo todos los ejemplares que un periódico como *The Times* ha transmitido hasta ahora. Una fibra óptica de estas características podría transmitir un millón de canales de televisión simultáneamente y es casi doscientas mil veces más rápida que el cable de par trenzado⁸⁸⁸. Además, no es exceso afirmar que la fibra óptica siempre puede ser producida por el hombre, mientras el éter, es producido por la naturaleza y no es una fuente inagotable.

Tanto la información analógica cuanto la digital pueden ser transmitidas por las infraestructuras terrestres y aéreas, sin embargo, la transmisión digitalizada de la información presenta varias ventajas frente a la transmisión analógica.

⁸⁸⁶FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.9.

⁸⁸⁷*Ibidem*

⁸⁸⁸NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital*. Ediciones B, Barcelona: 1996, p.39.

La primera ventaja es que la señal analógica siempre tiende a tener pérdidas, que son acumulativas, en cuanto la transmisión digitalizada no sufre pérdidas.

La segunda es que la información digitalizada, por sus características que ya comentamos, sobre la compresión de la información y de la presencia de *bits* que informan de otros *bits*, permite el envío de más información, más variada y en mucho menos tiempo que la información analógica. Esta característica, sumada a las posibilidades de las nuevas estructuras, abre una cantidad de posibilidades inconcebible.

La tercera es que la transmisión digitalizada es más económica que la transmisión analógica, ya que no requiere ser reproducida tras pasar por, potencialmente, cientos de amplificadores en una transmisión intercontinental⁸⁸⁹.

Por fin, en los casos de las transmisiones por satélite, la utilización del espectro radioeléctrico no usadas por los emisores de ondas herzianas desde la Tierra, añadido a la emisión digital de la información, está colocando la red por satélite a la frente de las telecomunicaciones, compitiendo con la red de fibra óptica⁸⁹⁰.

I.3. Internet.

Internet se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias a internet cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más variadas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversas especies, y por supuesto, puede comunicarse con otros usuarios de la red sin limitaciones de número y distancia. Hoy internet ha convertido en realidad la idea del 'hogar global', en la

⁸⁸⁹TANENBAUM, Andrew S. *Computer Networks*. Prentice Hall PTR, 1996, p.105. Citado por FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, p.10.

⁸⁹⁰FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales. Op. Cit.*, p.11.

medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

Podríamos definir internet como un sistema mundial de comunicaciones que permite acceder a información disponible en cualquier servidor mundial, así como interconectar y comunicar a ciudadanos alejados temporal o físicamente. Es la 'red de redes', también denominada 'red global' o 'red mundial'.

El ser una 'red de redes' implica la coexistencia de una multitud de intereses en un espacio común accesible al usuario, que tiene la posibilidad de disfrutar de una enorme cantidad de información y servicios.

Algunas de las características de la información de internet han sido analizadas por CABERA⁸⁹¹ como representativas de las NTI's, las cuales pasaremos a exponer:

Información multimedia: El proceso y transmisión de la información abarca todo tipo de información: textual, imagen y sonido, por lo que los avances han ido encaminados a conseguir transmisiones multimedia de gran calidad.

Interactividad: La interactividad es posiblemente la característica más importante de las TIC's para su aplicación en el campo educativo. Mediante las TIC's se consigue un intercambio de información entre el usuario y el ordenador. Esta característica permite adaptar los recursos utilizados a las necesidades y características de los sujetos, en función de la interacción concreta del sujeto con el ordenador.

Interconexión: La interconexión hace referencia a la creación de nuevas posibilidades tecnológicas a partir de la conexión entre dos tecnologías. Por ejemplo, la telemática es la interconexión entre la informática y las tecnologías de comunicación, propiciando con ello, nuevos recursos como el correo electrónico, etc.

Inmaterialidad: En líneas generales podemos decir que las TIC's realizan la creación (aunque en algunos casos sin referentes reales, como pueden ser las simulaciones), el proceso y la comunicación de la información. Esta

⁸⁹¹CABERO, Julio. *Cibersociedad y juventud: la cara oculta (buena) de la Luna*. Citado por AGUIAR, María Victoria y FARRAY, Josefa Isabel. *Un nuevo sujeto para la sociedad de la información*. Netbiblo, A Coruña: 2005, pp.13-42.

información es básicamente inmaterial y puede ser llevada de forma transparente e instantánea a lugares lejanos.

Mayor Influencia sobre los procesos que sobre los productos: Es posible que el uso de diferentes aplicaciones de las NTI presente una influencia sobre los procesos mentales que realizan los usuarios para la adquisición de conocimientos, más que sobre los propios conocimientos adquiridos. En los distintos análisis realizados, sobre la sociedad de la información, se remarca la enorme importancia de la inmensidad de información a la que permite acceder internet. En cambio, diversos autores han señalado justamente el efecto negativo de la proliferación de la información, los problemas de la calidad de la misma y la evolución hacia aspectos evidentemente sociales, pero menos ricos en potencialidad educativa, económica, comercial, etc. No obstante, como otros muchos señalan, las posibilidades que brindan las TIC's suponen un cambio cualitativo en los procesos más que en los productos. El notable incremento del papel activo de cada sujeto, puesto que puede y debe aprender a construir su propio conocimiento sobre una base mucho más amplia y rica. Por otro lado, un sujeto no sólo dispone, a partir de las TIC's, de una "masa" de información para construir su conocimiento sino que, además, puede construirlo en forma colectiva, asociándose a otros sujetos o grupos.

Instantaneidad: Las redes de comunicación y su integración con la informática, han posibilitado el uso de servicios que permiten la comunicación y transmisión de la información, entre lugares alejados físicamente, de una forma rápida.

Digitalización: Su objetivo es que la información de distinto tipo (sonidos, texto, imágenes, animaciones, etc.) pueda ser transmitida por los mismos medios al estar representada en un formato único universal. En algunos casos, por ejemplo los sonidos, la transmisión tradicional se hace de forma analógica y para que puedan comunicarse de forma consistente por medio de las redes telemáticas es necesario su transcripción a una codificación digital, que en este caso realiza bien un soporte de *hardware* como el *modem* o un soporte de *software* para la digitalización. Penetración en todos los sectores (culturales, económicos, educativos, industriales...). El impacto de las TIC'S no se refleja únicamente en un individuo, grupo, sector o país, sino que, se extiende al conjunto de las sociedades del planeta. Los propios conceptos de 'la sociedad

de la información' y 'la globalización', tratan de referirse a este proceso. Así, los efectos se extenderán a todos los habitantes, grupos e instituciones conllevando importantes cambios, cuya complejidad está en el debate social hoy en día⁸⁹².

Innovación: Las TIC's están produciendo una innovación y cambio constante en todos los ámbitos sociales, como ya hemos comentado. Sin embargo, es de referir que estos cambios no siempre indican un rechazo a las tecnologías o medios anteriores, sino que en algunos casos se produce una especie de asociación con otros medios. Por ejemplo, el uso de la correspondencia personal se había reducido.

El internet es el gran ícono de las NTI y es el eje de nuestra investigación, razón por la cual carece de una digresión histórica de esta revolucionaria red mundial.

Internet surgió en el entorno de la tecnología militar norteamericana en la década de sesenta, cuando el DARPA (*Advanced Research Projects Agency*)⁸⁹³ empezó a hablar de conectar distintos ordenadores, con el fin de intercambiar paquetes de información de manera sencilla y segura⁸⁹⁴.

El objetivo de este proyecto era crear una red amplia de ordenadores en la que la información pudiera ir de unos a otros a través de vías distintas, de manera que si un área era atacada en una acción bélica, la información pudiese llegar por un camino u otro a su destinatario.

La clave de este sistema era la inexistencia de un centro neurálgico que controlase la red, pues éste sería un punto vulnerable del sistema. Con esta filosofía nació ARPAnet, que constituye el antecesor inmediato de internet, que en sus orígenes interconectaba cuatro centros universitarios (UCLA, Stanford, Santa Bárbara y Utah).

En 1964, aparece el primer artículo científico de la teoría de la conmutación de paquetes, que es aquella que "(...) *establece un sistema de transmisión de la información basado en la fragmentación de esta información en partes más pequeñas, los paquetes, y el envío posterior de estos paquetes*

⁸⁹²BECK, Ulrich. *What Is Globalization?* Polity Press, Cambridge: 1999, p.35.

⁸⁹³Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada, es una Agencia del Departamento de Defensa de los Estados Unidos.

⁸⁹⁴HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de Internet*. [In: AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Miguel Peguera Poch (Coordinador), Editorial UOC, Barcelona: 2005, p.21].

de manera independiente”⁸⁹⁵. Hasta aquel momento utilizaban la comunicación de circuitos, que es aquella en que se establece un circuito o camino fijo entre emisor y receptor por donde circula ordenadamente toda la información⁸⁹⁶. Así empieza la gran revolución tecnológica.

Al principio de los años setenta se hicieron las primeras demostraciones públicas de ARPAnet junto con una de sus aplicaciones estrella, el correo electrónico⁸⁹⁷. Así pasa el internet a ser utilizada para fines académicos y científicos.

La red creció tanto que la ARPAnet no conseguía más controlar el tráfico digital, por eso fue creado un nuevo sistema para sustituir este sistema, el TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol – Protocolo de control de transmisión/Protocolo de internet*). Al TCP cabría repartir los mensajes en paquetes de un lado y unirlos en otro. Descubrir el camino adecuado entre el remitente y el destinatario y enviarlos era la función del IP⁸⁹⁸.

La filosofía inicial de internet y, en concreto, la de los protocolos TCP/IP iba encaminada a la compartición y libre circulación de información entre los usuarios de la red. Por lo tanto, en este entorno no tenía sentido poner ningún tipo de restricciones por lo que respecta a accesos y seguridad. Por este motivo se argumenta que internet, tal como se la conoce hoy día, tiene una carencia estructural en lo concerniente a temas de seguridad.

A comienzos de los años 80 aparecen infinidad de redes, que finalmente acaban vinculándose entre sí. Durante los últimos años ochenta se creó lo que puede entenderse como una columna vertebral que atraviesa los Estados Unidos (NFSNET) y que hace crecer de manera exponencial las conexiones,

⁸⁹⁵ HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de Internet*. Op. Cit., p.21.

⁸⁹⁶ Para entender de manera clara la diferencia entre la conmutación de paquetes y la conmutación de circuitos, Jordi Herrera Joancomartí establece el siguiente símil de comunicación: “Supóngase que un autor quiere enviar desde su casa el libro que ha escrito a la editorial donde trabaja su editor. Para enviar el libro, puede hacer dos cosas: telefonar a un taxi para que recoja el libro en su casa y lo lleve a la editorial o telefonar a cinco mensajeros diferentes para que cada uno de ellos lleve un capítulo distinto del libro hasta la editorial. En el primer caso, toda la información circulará por un mismo camino (el que decida el taxista) y llegará al mismo tiempo y por orden (todos los capítulos del libro, uno tras otro). Esto es lo que ocurre con una conmutación de circuitos. En el segundo caso, cada capítulo del libro circulará por un camino diferente (el que cada mensajero elija) y, por lo tanto, quizá lleguen en diferente orden de aquél en el que el autor los ha enviado, según el recorrido y el tráfico que haya encontrado cada mensajero. Éste sería un ejemplo de conmutación de paquetes, en el que cada paquete representa un capítulo del libro”. *Ibidem*.

⁸⁹⁷ PEGUERA POCH, Miquel; AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Op. Cit., p.22.

⁸⁹⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Juruá, Curitiba: 2003, p.01.

especialmente entre las universidades⁸⁹⁹. También la década de 80, las empresas fueron autorizadas a entrar en la red. Posteriormente el internet fue liberado al público. Hoy las posibilidades son infinitas. El mundo todo está conectado en internet y indiscutiblemente se tornó el mayor y más rápido instrumento de información existente.

Uno de los servicios más extendidos de internet, junto con el correo electrónico, es el servicio *web*, conocido por las siglas WWW (*World Wide Web - rede mundial de computadores*). La base de este servicio es el protocolo HTTP (*HyperText Transfer Protocol - Protocolo de Transferencia de Hipertexto*). Este servicio fue diseñado a finales de la década de los años ochenta por investigadores del CERN (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire - Consejo Europeo para la Investigación Nuclear)⁹⁰⁰, con el fin de acceder fácilmente a la información distribuida por las diferentes sedes del centro. El servicio *web* permite el acceso a la información por medio de documentos de hipertexto (páginas *web*) que incluyen información en cualquier tipo de formato (texto, fotos, vídeos, audio) y que están referenciados entre sí⁹⁰¹.

Con esa disponibilidad del internet en la red pública mundial (1980) y con la avasalladora diseminación de las TIC's en escalas sin precedentes, la interacción entre las personas y corporaciones de diferentes países se tornó más fácil, ágil y accesible, posibilitando la creación de grupos sociales, empresas y comunidades virtuales, permitiendo la consolidación de relacionamientos de forma exclusivamente virtual. Nunca existió en la historia, una interacción del individuo con su entorno tan productiva como en la actualidad. Internet aumenta la información disponible, multiplica la posibilidad de establecer relaciones de comunicación.

Esta realidad hizo nacer la sociedad de la información, la sucesora de la sociedad industrial, con una cultura transnacional, globalizada y conectada en red.

⁸⁹⁹VEGA FERNÁNDEZ, José María; GALÁ GALÁN, Susana. *Internet. Al día en una hora*. Anaya Multimedia, Madrid: 1996, pp.15 y ss.

⁹⁰⁰La Organización Europea para la Investigación Nuclear (nombre oficial), comúnmente conocida por la sigla CERN (sigla provisional utilizada en 1952, que respondía al nombre en francés *Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire*, es decir, Consejo Europeo para la Investigación Nuclear), es el mayor laboratorio de investigación en física de partículas del mundo.

⁹⁰¹HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de Internet. Op. Cit.*, p.22.

Internet, como vimos, nació a partir de la ARPAnet para unir universidades y redes de ordenadores de titularidad militar⁹⁰², alcanzando hasta los más de tres mil trescientos sesenta y seis millones, doscientos sesenta y un mil, ciento cincuenta y seis usuarios en 2015⁹⁰³. Internet es una especie de anarquía organizada que crece de manera impresionante.

Es un mundo totalmente virtual cuyo impacto afecta directamente a nuestras nociones de 'tiempo' y 'espacio', constituyendo un 'ciberespacio' sin una entidad física como 'lugar'⁹⁰⁴, pero que crece de manera imparable y 'alberga' (en sentido figurado) dimensiones importantes de la vida de millones de personas⁹⁰⁵.

Así que internet tiene también aspectos políticos, económicos, culturales y sociales⁹⁰⁶. Es, en alguna medida, una 'sociedad' virtual, una comunidad mundial. Y por supuesto, como todo fenómeno social, pero también como fenómeno tecnológico, tiene también implicaciones en el ámbito jurídico.

La tarea de gestión de internet la lleva a cabo la ISOC (*Internet Society – sociedad de internet*), sociedad de voluntarios cuyo trabajo es conseguir un intercambio global de información a través de la tecnología que ofrece internet. Existen otros grupos que garantizan la viabilidad de internet desde el punto de vista técnico, como es la IRTF (*Internet Engineering Task Force - Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet*). Estas sociedades se encargan simplemente de dar el visto bueno a los distintos recursos de la red. La realidad es que nadie gobierna internet, no existe una entidad que diga la última palabra sobre lo que se debe o no se debe hacer. Cada red integrante de internet tiene sus propias reglas. Internet, como dicho, es la red de redes, y dentro de ella hay subredes

⁹⁰²Sobre la historia de Internet, entre otros, LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales*. Edit. Bosch, Madrid: 2000, pp. 37 y ss.; ANDRÉS BLASCO, Jorge de. *¿Qué es Internet? [In: Principios de Derecho de Internet*. Pablo GARCÍA MEXÍA; Pablo (Director).Tirant lo Blanch, Valencia: 2005, pp. 30 y ss.; o CASTELLS, Manuel. *La galaxia Internet*. Areté, Barcelona: 2001, pp.23 y ss.].

⁹⁰³Actualizados al 30 de noviembre de 2015.

Disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> Acceso en 15.02.2016.

⁹⁰⁴Al respecto, son muy interesantes las consideraciones de Pablo García Mexía, *Op. Cit.* pp.99-101.

⁹⁰⁵Una de las creaciones de la web <http://secondlife.com/>, establecida en el año 2003, es exactamente eso, una segunda vida, una vida en un mundo virtual 3D en el que los usuarios pueden participar, mediante la creación de un 'avatar' o imagen virtual propia, modificándolo y ejerciendo las más diversas dimensiones de la vida humana, desde circular, hasta comprar y vender (incluyendo tierras en el propio *second life*), o asistir a centros de enseñanza. Pero ya se han denunciado 'violaciones virtuales', como se refleja por ejemplo en <http://www.baquia.com/noticias.php?id=12334>.

⁹⁰⁶Al respecto, Pablo García Mexía, *Ob. Cit.* pp. 101-104, quien aboga por una perspectiva sintética e integradora de Internet, que tenga en cuenta todas estas dimensiones, así como las tecnológicas.

que, aunque sean más pequeñas aglutinan a millones de personas (Compuser, America on line)⁹⁰⁷. Paralelas a internet existen numerosas redes comerciales a través de las cuales se realizan millones de transacciones. Se trata de las *'intranets'*, no conectadas a internet y utilizadas en su mayor parte por bancos. Es el caso de Megared o IGR⁹⁰⁸.

World Wide Web o WWW, como ya mencionamos, es la parte más afamada y con mayor crecimiento de internet. Es una trama mundial de servidores distribuidos en internet y que ofrecen la información en formato hipertexto. El hipertexto es un concepto que designa información altamente interconectada. Una página de hipertexto puede contener todo tipo de elementos, como enlaces a otras páginas de la red, imágenes, gráficos, sonido o animación⁹⁰⁹.

El protocolo para transmitir por la red los documentos de hipertexto es el HTTP (*HiperText Transfer Protocol*) y los documentos están escritos en un lenguaje denominado HTML (*Hipertext Markup Language*). Cuando un usuario de internet entra en la Red gracias a los programas que permiten esta posibilidad (Mosaic, Netscape, entre otros), conecta con un documento HTML del servidor que tenga especificado en las preferencias de su programa. La página inicial por omisión es la del servidor de la compañía que otorga el acceso a Internet al usuario. Desde ese momento, es suficiente con pulsar palabras o imágenes sensibles para tener acceso al documento o servidor conectado gracias al enlace hipertexto y presente en cualquier punto de la red mundial⁹¹⁰.

Así que no es una tarea fácil describir lo que sea o lo que significa internet. Sin duda es mucho más fácil utilizarla. Todas las formas de

⁹⁰⁷ Son proveedores de servicio en línea que se crearon para que sus abonados accedieran a redes exclusivas aunque posteriormente se hayan incluido enlaces de correo electrónico con Internet. Estas organizaciones evolucionan constantemente para ofrecer acceso completo a Internet. Compuserve es el sistema de información en línea para ordenador personal (PC) más utilizado del mundo. Proporciona, mediante accesos vía línea telefónica, servicios de correo electrónico, foros de noticias, bases de conocimiento, etc. Todo ello entre usuarios dados de alta dentro de la red (gestiona su propio espacio de direcciones), aunque también ofrece a sus abonados la posibilidad de acceder a Internet a través de sus servidores. Disponible en: <http://www.nodo50.org/manuales/internet/otrasredes.htm> Acceso en: 29.04.2015.

⁹⁰⁸ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, pp.24-25.

⁹⁰⁹ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.25.

⁹¹⁰ *Ibidem*

comunicación informática son posibles a través de ella. Generalmente se accede a través de la red telefónica, hay accesos de servicio público y restringido, libres y de pago... Puede imaginarse como un tabón de anuncios gigantesco y abierto a todos. Las instituciones oficiales lo utilizan para difundir sus puntos de vista, las empresas para darse a conocer, las universidades para proyectar enseñanzas, los usuarios particulares para su ocio etc.⁹¹¹

A estas alturas podría parecer que resulta innecesario definir internet. Sin embargo, el término no siempre se usa con toda propiedad ni en idéntico sentido, y de hecho en ocasiones, como comentamos, se hace referencia a un 'método de interconexión de redes de computadoras'⁹¹², una 'red mundial de redes'⁹¹³, como un 'sistema de comunicación transnacional'⁹¹⁴. Desde luego, internet es todo esto, pues su definición depende de la perspectiva que se adopte para su acercamiento.

Desde el punto de vista 'físico', considerado como infraestructura, es en efecto una red de redes de ordenadores, una red de área amplia⁹¹⁵ que utiliza diversas tecnologías (cable, línea telefónica, tecnología inalámbrica, etc.) para interconectar las diversas redes, a través de un protocolo. Eso sería internet en el espacio físico del 'mundo real'.

Pero internet es también todo un 'espacio virtual', un medio de intercomunicación de terminales (de personas) en el que confluyen multitud de

⁹¹¹ANTONIO MILLÁN, José. *Internet. Pierda el miedo a la Red que está cambiando el mundo*. El país Suplemento, 20/10/96, p.62.

⁹¹²Así, la wikipedia en español señala que "*Internet es un método de interconexión de redes de computadoras implementado en un conjunto de protocolos denominado TCP/IP y garantiza que redes físicas heterogéneas funcionen como una red (lógica) única. De ahí que Internet se conozca comúnmente con el nombre de «red de redes», pero es importante destacar que Internet no es un nuevo tipo de red física, sino un método de interconexión*".

⁹¹³Carlos Esebbag Benchimol y Julian Martínez Valero señalan que "*(...) en una primera aproximación podríamos decir que Internet es una red mundial de redes de ordenadores, que permite a estos comunicarse de forma directa y transparente, compartiendo información y servicios a lo largo de la mayor parte del mundo*". ESEBBAG BENCHIMOL, Carlos. y MARTÍNEZ VALERO, Julian. *Internet*. Quinta reimpresión. Anaya, Madrid: 1977, p.29.

⁹¹⁴Paloma Llana González, afirma que "*(...) Internet es un sistema, que no un medio, de comunicación transnacional que, gracias a unos estándares comunes y usando tecnologías y redes de telecomunicación, permite el intercambio y la obtención de información mediante el uso de diversas modalidades de comunicación en línea*". LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales*. Edit. Bosch, Madrid: 2000, p.35.

⁹¹⁵Esta expresión (en inglés *Wide Area Network*, WAN) se utiliza para referirse a las redes que deben usar telecomunicaciones para conectarse entre sí, frente a las redes de área local (*Local Area Network*, LAN), que unen varios ordenadores próximos, por ejemplo en el mismo edificio.

servicios en sentido multidireccional⁹¹⁶: 1) servicios de navegación, como *World Wide Web*, WWW o 'la web' (como ya mencionamos y reiteramos, quizá el más conocido de los servicios que se ofrecen a través de internet, hasta el punto de que a veces se confunde con esta misma, es un sistema de documentos de hipertexto o 'páginas web' basadas en el protocolo 'http', y que pueden contener todo tipo de información), buscadores y 'wikis' (sitios *web* colaborativos que pueden ser editados por varios usuarios); 2) servicios de comunicación, mediante correo electrónico, listas de correo, 'chats', foros, CMS (sistemas de gestión de contenido), vpn (red privada virtual), etc.; 3) servicios de datos, a través de FTP (protocolo de transferencia de archivos), *web hosting* (alojamiento web), redes P2P (*peer to peer*, entre iguales, es decir, sin seguir el esquema servidor-cliente) o P2M (*peer to mail*, almacenamiento de archivos en cuentas de correo *webmail*); 4) servicios multimedia: teléfono VoIP (voz sobre IP, que es el protocolo Internet), televisión y radio, videoconferencia, juegos on line; 5) servicios comerciales, como comercio electrónico o banca electrónica; 6) servicios de acceso remoto, como telnet, o de obtención remota de información, como *gopher*.

El ciberespacio es un término que proviene de las novelas de ciencia-ficción⁹¹⁷ y que define el espacio conceptual en donde palabras, relaciones humanas, datos, son manifestados empleando la tecnología de las telecomunicaciones a través de los ordenadores⁹¹⁸.

La noción de ciberespacio se ha convertido gracias a internet en una realidad que cobra cada vez más importancia. Internet no sólo es un milagro tecnológico que nos permite posibilidades de comunicación jamás soñadas; también es un espacio social, una alternativa al mundo 'real', en el que se desarrollan un número creciente de actividades humanas: comerciales, educativas, de ocio y, entre muchas, ilícitas.

⁹¹⁶Aunque los trabajos citados en notas anteriores contienen diversas enumeraciones de los servicios disponibles a través de Internet, seguimos el criterio de sistematización usado por la wikipedia, aunque añadiendo algún servicio no mencionado en dicha web. Para toda la terminología técnica y específica de Internet, aparte de usar la propia *web*, puede consultarse, entre tantos otros y como libro sencillo GALO, Igor. *Diccionario de Internet*. Acento, Madrid: 2001.

⁹¹⁷FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.26.

⁹¹⁸FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Op. Cit., p.27.

Así que, hay que estar atento, como advierte NEGROPONTE⁹¹⁹ “(...) *toda tecnología o dadora de la ciencia posee su lado oscuro, y la vida digital no constituye excepción*”.

I.3.1. Web 1.0; Web 2.0 y Web 3.0.

En esta sección, los conceptos básicos de las NTI empiezan a ser más interesantes. Iniciamos con la Web 1.0, que se refiere a un estado de la *World Wide Web*, y cualquier página web diseñada con un estilo anterior del fenómeno de la Web 2.0. Es en general un término usado para describir la Web antes del impacto de la ‘fiebre punto com’ en el 2001, que es visto por muchos como el momento en que el internet dio un giro⁹²⁰.

La web 1.0 se refiere a los inicios de la red de redes, tal y como la conocemos actualmente. Y está caracterizada por ser una web estática cuyo principal activo es un texto, los contenidos eran unidireccionales. Es decir, se trata de la forma más simple que adoptó internet en sus inicios, donde ya constituía una absoluta novedad el poder acceder – con más o menos dificultad – a la información ofrecida por el propietario del sitio web. En este sentido, uno de los rasgos que más destaca en la 1.0 es la unilateralidad de comunicación a través de la web⁹²¹, tal y como indica CAMISER⁹²², “(...) *unos hablaban y otros oían*”.

El concepto Web 1.0 surgió simultáneamente al de Web 2.0, y se usa en relación con este segundo término para comparar ambos⁹²³.

En la web 1.0 no había conversación alguna sino que el funcionamiento de la web se limitaba a una serie de personas conectándose a la web para

⁹¹⁹ NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital. Op. Cit.*, p.39.

⁹²⁰ O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Web_1.0#cite_note-1 Acceso en: 10.04.2016.

⁹²¹ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, pp.38-39.

⁹²² Artículo de Sebastian Camiser titulado “*Las características de la web 1.0, 2.0 3.0 y su influencia en el marketing*”. Citado por DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.39.

⁹²³ REVUELTA DOMÍNGUEZ, Francisco Ignacio; y PÉREZ SÁNCHEZ, Lourdes. *Interactividad de los entornos en la formación on-line*. UOC, Barcelona: 2011, pp.55-57.

consultar páginas y obtener información que, en algunos casos no se encontraba completamente actualizada porque no había herramientas técnicas y tecnológicas para esta actualización. Su principal componente y protagonista era el texto, complementado por el lenguaje 'html'⁹²⁴ y, en ocasiones, por hipervínculos⁹²⁵.

Así que, internet estaba lejos de la experiencia interactiva en la que se ha convertido. Las principales características de la web 1.0 eran las siguientes, - los usuarios tenían un papel pasivo, eran meros receptores de la información publicada, consumidores-lectores; - no se podía añadir comentarios ni nada parecido; todas sus páginas se creaban de forma fija y muy pocas veces se actualizaban; tenía un carácter principalmente divulgativo. Era posible una interacción entre usuario y productor, sin embargo, mínima, limitada a la posibilidad de rellenar formularios de contacto o boletines de inscripción, pero nunca abierto a un diálogo real y eficaz; - la tecnología utilizada para ofrecer contenidos era de carácter cerrado en la mayoría de las ocasiones, sin que los usuarios ni terceros pudieran servirse de dicha tecnología para la generación de nuevos contenidos⁹²⁶.

Una de sus principales carencias es que no era 'social', es decir, no daba importancia a las relaciones, la interacción y al factor 'personal' que, como vamos ver, es uno de las principales características de la web 2.0⁹²⁷.

Con la web 2.0, o web social, por el enfoque colaborativo y de construcción social de esta herramienta, el protagonista pasa a ser el usuario en el desarrollo de contenidos e interacción entre ellos, convirtiéndose no tan solo en consumidores, sino al mismo tiempo en generadores de contenido⁹²⁸.

Un sitio Web 2.0 permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí

⁹²⁴Según Davara Fernández de Marcos, 'html' es un lenguaje de programación que se utiliza para el desarrollo de páginas de Internet. Se trata de siglas de 'HyperText Markup Language', es decir, Lenguaje de marcas de Hipertexto, que podría ser traducido como Lenguaje de Formato de Documentos para Hipertexto. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.39, nota 17.

⁹²⁵El hipervínculo es aquella referencia o elemento de navegación que permite pasar de un documento electrónico a otro o a diferentes partes del mismo documento. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.39, nota 18.

⁹²⁶AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.18.

⁹²⁷DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.40.

⁹²⁸AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.18.

como creadores de contenido generado por usuarios en una comunidad virtual, así la red se convierte en una plataforma técnica.

De este modo, los usuarios contribuyen a alimentar la red, y forman parte de los procesos de generación de los contenidos disponibles en dicha red (dando un proceso de retroalimentación de la misma). Como afirma AGUSTINOY⁹²⁹, con esta evolución, internet se ha convertido en un lugar de encuentro, un nuevo sistema de comunicación. La web 2.0 ha dado lugar a un gran número de comunidades de usuarios, agrupados alrededor de una plataforma común. Es, en este contexto, en el que han surgido las redes sociales, uno de los productos definitorios de la web 2.0.

Las principales características de la web 2.0, indicadas por dicho autor son:

- La red se ha convertido en un punto de publicación y acceso multilateral a información, en el que la información ya no es unilateral (generada unilateralmente por los editores de información, de acuerdo con el modelo tradicional de publicación), sino que proviene de múltiples fuentes de información, en un régimen de descentralización;

- Como consecuencia de la circunstancia anterior, se produce la interoperabilidad entre los distintos recursos, es decir, el usuario se convierte en partícipe en la generación de contenidos. Por lo tanto, el usuario deja de lado su condición de usuario pasivo o unilateral en sentido estricto, y forma parte de la red en una doble vertiente: como usuario así como generador de contenido y, por tanto, de información. De hecho, estos usuarios de la web 2.0 ya empiezan a identificar como 'prosumidores', entendiendo que ya no solo 'consumen' contenidos, sino que además los 'producen';

- La red ofrece la información a los usuarios a través de una pluralidad de formatos. En efecto, el contenido disponible a través de la web 2.0 no consiste únicamente en texto, sino que permite compartir la información a través de otros muchos formatos como imagen, vídeo, música, etc.;

- Se trata de una herramienta de comunicación masiva e inmediata que permite la comunicación entre distintos focos de información de manera instantánea. Así, los contenidos generados pasan a estar disponibles para el

⁹²⁹AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales. Op. Cit.*, p.19.

resto de usuarios de forma casi inmediata. Además, la web 2.0 permite a los usuarios seleccionar qué contenido quieren ver y bloquear la información que no les interesa⁹³⁰.

La web 3.0, la 'web semántica', la 'web geoespacial', la 'web 3D' o 'data web', no es más que un paso adelante respecto a la web 2.0, es decir, no se trata de un cambio tan drástico como el que supuso el paso de la web 1.0 a la 2.0 por cuanto, la web 3.0 se basa en gran medida, en los elementos, herramientas y actitudes que mejor y mayor acogida han tenido entre los usuarios y, con ayuda de la técnica y la tecnología, los mejora, los perfecciona para lograr un mejor resultado.

La idea radica, más allá de que los usuarios proporcionen información y los sometan a sistemas etiquetados comprensibles que faciliten la búsqueda a la posibilidad de que sea el propio 'software' – y no, por tanto, labor de los usuarios – el que sea capaz de procesar su contenido, razonar con este, combinarlo y realizar deducciones lógicas para resolver problemas cotidianos automáticamente⁹³¹.

La web 3.0 facilita la accesibilidad de las personas a la información, sin depender de qué dispositivo use para el acceso a ella. Una web con la que interactuar para conseguir resultados más allá del hecho de compartir "información", que esta información sea compartida por cada persona de una forma inteligible y de provecho para ella y sus necesidades en cada circunstancia, y que, además, está diseñada bajo parámetros de rendimiento eficiente, optimizando los tiempos de respuesta, optimizando los consumos energéticos globales del sistema, optimizando las exigencias técnicas y tecnológicas, optimizando los conocimientos y capacidades que se requiera al usuario ya que es una web más intuitiva, humanizada. Es una web, segundo DAVARA⁹³², enfocada al bien común, a la integración universal de las personas y ser herramienta para el desarrollo sostenible.

Mientras en la web 2.0 se ha desarrollado una tecnología que ha posibilitado a un gran número de personas el compartir, la colaboración, la

⁹³⁰ AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, pp.18-19.

⁹³¹ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, pp.38-52.

⁹³² *Ibidem*

co-creación, la comunicación, la web 3.0 plantea extender esto a más personas, usos y aplicaciones, y dotar de sentido humano y de repercusión para el beneficio social y medioambiental.

En verdad, todo se reduce a facilitar la labor del usuario, al hecho de poner a disposición toda la técnica y tecnología que sea necesaria para que el tiempo invertido por el usuario sea tiempo de calidad, sin tiempo perdido, buscar erróneas o innecesarias y, por tanto, creando una web integrada al completo en la sociedad de la información, eficaz, eficiente sencilla, en fin, sin necesidad de muchos y complejos procedimientos informáticos.

II. Las Tecnologías de protección del derecho a la intimidad - *Privacy Enhancing Technologies (PET)* y la *Privacy by Design (PbD)*.

La mayoría de las personas considera la tecnología como un riesgo para la intimidad. Y realmente puede ser así, como se ha indicado antes. Estamos llegando a un nivel de posibilidades técnicas tan alto que se hace difícil incluso defender algunos derechos, como la intimidad, sin recurrir a la propia tecnología para buscar providencias técnicas.

Ésta es la idea de las PET's o técnicas garantes. La tecnología que produce el riesgo, también puede ser, si se dan las circunstancias propicias, una manera de proteger efectivamente la intimidad. Los principios o recomendaciones a los legisladores apuntan tímidamente a esta posibilidad⁹³³. Los ingenieros, a base de subvenciones públicas en proyectos de investigación europeos, ya han empezado a proponer prototipos que pronto serán adoptados por las redes sociales⁹³⁴.

Las 'Tecnologías de protección del derecho a la intimidad' (PET) son sistemas tecnológicos destinados a reducir y, en su caso, suprimir el impacto de las NTI sobre los derechos de protección de datos e intimidad de los usuarios, sin que ello suponga menoscabo alguno respecto a las funcionalidades de los sistemas tecnológicos⁹³⁵.

Históricamente se ha considerado que la inclusión de medidas de seguridad basadas en tecnología suponía automáticamente sacrificar el control o las funcionalidades de una aplicación a cambio de un aumento de privacidad.

No obstante, es posible, mediante el uso de PET transformar tecnologías invasivas en tecnologías garantes de la privacidad en las que no sea necesario renunciar a funcionalidades o seguridad. Este tipo de tecnologías permiten

⁹³³ ROIG, Antoni. *E-privacidad y redes sociales*. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, nº 9. Universitat Oberta de Catalunya, diciembre de 2009, p.47.

⁹³⁴ Workshop on Privacy and Protection in Web-based Social Networks, 8 de junio del 2009, en el marco de la International Conference on Artificial Intelligence and Law. Barcelona, en prensa. ROIG, Antonio. *E-privacidad y redes sociales*. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, nº 9. Universitat Oberta de Catalunya, diciembre de 2009, p.47.

⁹³⁵ ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, pp.44-51].

minimizar el uso de datos personales, maximizar la seguridad de la información y dar el control a los individuos sobre la misma⁹³⁶.

Algunos ejemplos de PET son:

- La disociación (anonimización o mantenimiento anónimo) automática de los datos. Los datos deben ser almacenados en un formato que permita identificar al interesado únicamente durante el tiempo necesario para la consecución de las finalidades para las que fueron obtenidos inicialmente. Así, una vez que los usuarios no se encuentren activos, será, por tanto, necesario disociar los datos de aquellos;
- El uso de instrumentos de cifrado que impidan el acceso no autorizado a la información transmitida a través de internet, evitando así el tratamiento no autorizado e ilícito de los datos personales publicados en Internet;
- El uso de anuladores de 'cookies', que impiden que el sitio web pueda instalar en los equipos de los usuarios ficheros que, de forma automática y sin que el usuario lo conozca, recopile toda la información estadística y relativa a los accesos que el usuario lleva a cabo durante su navegación;
- La Plataforma de Preferencias de Privacidad (P3P), que permite a los usuarios analizar y comparar las políticas de privacidad de los sitios web que visita, otorgándole un informe sobre la adecuación de éstas a la normativa aplicable;
- Los sistemas de gestión de identidad, que permiten el control por parte de los usuarios de los datos que revelan sobre sí mismos en cada transacción, como los promovidos por el proyecto PRIME (Privacy and Identity Management for Europe)⁹³⁷.

No obstante el uso de PET especialmente sofisticadas no es la única posibilidad, dado que para evitar que determinados datos sean accesibles en el marco de amenazas de captura de información automatizada, es posible adoptar medidas como la transformación de la información personal que es

⁹³⁶ MEGÍAS TEROL, Javier. *Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad*. [In: AA.VV. *Derechos y redes sociales*. Artemi Rallo LOMbarTE y Ricard Martínez Martínez (Editores), Civitas, Cizur Menor: 2013, p.79].

⁹³⁷ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

muestra en el perfil del usuario (nombre, e-mail, etc.) a imágenes, o añadir marcas de agua a las fotografías que permiten trazar luego su uso⁹³⁸.

Tal como se menciona en la Comunicación de la Comisión sobre el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, la administración electrónica debe emplear PET para generar la confianza necesaria y prestar un servicio satisfactorio.

Como subraya ROIG BATALLA⁹³⁹, la relación entre la tecnología y el derecho es doble: por un lado tenemos un estudio jurídico de un nuevo ámbito, como son las tecnologías de la información y las comunicaciones (en inglés IT Law; por Information Technology Law); por otro lado, tenemos la aplicación de recursos tecnológicos a problemas jurídicos (IT for Lawyers, por Information Technology for Lawyers).

Según dicho autor, en España, existen cada vez más juristas interesados en la problemática de las nuevas tecnologías. Sin embargo, no sucede lo mismo con la aplicación de tecnología para resolver problemas informáticos. En efecto, los trabajos de los ingenieros, en este caso, no llegan a los profesionales del Derecho en general sino, en su caso, a los beneficiarios directos de la tecnología en cuestión.

Esta situación contrasta con la de algunos países, con Institutos de Derecho y Tecnología y seminarios multidisciplinares sobre, por ejemplo, privacidad y redes sociales, con asistencia mixta de juristas (IT Law) e ingenieros (IT for lawyers). Este diálogo multidisciplinar no sólo ofrece la posibilidad de conocer los estudios llevados a cabo con otras metodologías sobre un mismo objeto, cosa ya de por sí enriquecedora; también permite descubrir cómo se está modelando el objeto de las TICs.

Así, por ejemplo las Agencias de protección de datos están reclamando en el campo de la privacidad en las redes sociales la aplicación de un principio nuevo: la *privacy by design*⁹⁴⁰.

⁹³⁸MEGÍAS TEROL, Javier. *Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad*. [In: AA.VV. *Derechos y redes sociales*. Artemi Rallo LOMBarte y Ricard Martínez Martínez (Editores), Civitas, Cizur Menor: 2013, p.79.

⁹³⁹ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, pp.44-51].

⁹⁴⁰La recepción de este principio puede encontrarse, por ejemplo, en el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información

Esta expresión alude a la protección tecnológica de la privacidad desde el mismo momento del diseño de la aplicación, es decir, desde su concepción. Pues bien, no puede entenderse esta propuesta sin conocer la evolución de las tecnologías garantes de la privacidad: las PETs (*Privacy Enhancing Technologies*).

Para TEROL⁹⁴¹, en 'Privacy by Design' (en adelante PbD) se parte del hecho que todos los requisitos relacionados con el tratamiento de datos personales y privacidad se deben identificar, analizar e incorporar de forma integrada y sistemática en las especificaciones iniciales del nuevo sistema. Para ello, es necesario evaluar todos los procesos y flujos de información previstos en el sistema, analizando sus implicaciones en privacidad desde un punto de vista holístico, preventivo y con un foco más allá del marco jurídico vigente.

Aunque tradicionalmente se ha asumido como un mal necesario que la adopción de las NT necesariamente implica erosionar el derecho a la privacidad de las personas, mediante el uso de PbD es posible incorporar desde el principio las consideraciones de privacidad en la tecnología.

El sistema de 'Privacy by Design' se establece con base en siete principios que podrían resumirse en los siguientes términos⁹⁴²:

1. Proactivo y no reactivo. Preventivo, no remediador: un sistema basado en este enfoque no espera a que los riesgos se materialicen, ni ofrece remedios para resolver infracciones de privacidad una vez que ya ocurrieron – su finalidad es prevenir que ocurran. En resumen, PbD llega antes del suceso, no después⁹⁴³.

mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad (2010/C 280/01), de 16 de octubre de 2010. ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.45, nota 15].

⁹⁴¹MEGÍAS TEROL, Javier. *Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad*. [In: AA.VV. *Derechos y redes sociales*. Artemi Rallo LOMBarte y Ricard Martínez Martínez (Editores), Civitas, Cizur Menor: 2013].

⁹⁴²AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, pp.58-61.

⁹⁴³Ver el document 'Privacy by Design: los 7 principios fundamentales. Disponible en: <https://www.pricaybydesign.ca/content/uploads/2009/08/7foundationalprinciples-spa-nish.pdf> Acceso en: 2.02.2016. AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.59.

2. Privacidad como configuración predeterminada: La protección de los datos personales se protegerán de forma automática. De ese modo, si una persona implicada en tales procesos no adopta una determinada acción, la privacidad de los datos se mantendrá intacta. Para tener privacidad no implica acción alguna es automática.

3. Privacidad infiltrada en el diseño: la privacidad no es un elemento complementario del proceso de diseño y construcción de los sistemas informáticos, sino la raíz y esencia de los mismos, constituyendo su parte integral sin reducir su funcionalidad.

4. Funcionalidad completa: Se pretenden evitar dicotomías innecesarias como, por ejemplo, la búsqueda de un equilibrio entre privacidad y seguridad, de modo que la primera puede llegar a sacrificarse en aras a garantizar la segunda. En este sistema, rige el principio general de 'todos ganan' y se huye a la máxima 'si alguien gana otro pierde', dado que su aceptación supondría aceptar la posibilidad de una reducción en el grado de protección de datos a favor de otros elementos sustanciales del sistema como su estabilidad o su seguridad.

5. Protección extremo a extremo en el ciclo de vida: Los sistemas de recogida y tratamiento de datos asegurarán unos niveles máximos de protección de la información tanto en su recogida como en las posteriores fases de las que se componga el ciclo de vida de tales datos en los citados sistemas. De este modo, los datos se recogerán, tratarán, y finalmente destruirán asegurando plena seguridad y sin demoras, estableciéndose una administración segura de siglo de vida de la información, desde un extremo a otro de su existencia.

6. Visibilidad y transparencia: La explotación de los sistemas técnicos que vayan a utilizarse para el tratamiento de datos personales deberán estar estructurados y funcionar conforme a su diseño original, garante de unos niveles óptimos de protección de tales datos. Así, sus componentes y operaciones deberán ser transparentes para sus usuarios, de modo que éstos tengan una imagen fiel en todo momento del status de cumplimiento de los niveles de protección de datos personales.

7. Respeto por la privacidad del usuario: El usuario es el elemento prioritario principal. De este modo, los intereses de tales usuarios deberán

configurar los sistemas, implicando el desarrollo de elementos en los mismos como, por ejemplo, configuraciones predefinidas de privacidad alta, sistemas adecuados de notificaciones así como establecer medios de opciones para los perfiles de usuario de fácil gestión.

Estos principios se pueden aplicar a la construcción de:

- Sistemas de información y Aplicaciones (como las redes sociales y otras);
- Prácticas de negocio y procesos (desde el diseño de operaciones hasta la gestión de flujos financieros);
- Diseño de redes de comunicaciones y sistemas físicos (sistemas de vigilancia, comunicaciones en internet o monitorización).

Una red social garante de la privacidad construida siguiendo la filosofía PbD debe asumir como principio base que el usuario es dueño de su información, y que por tanto, no sólo debe mantener sino reforzar sus derechos y privacidad. De hecho, el 'European Data Protection Supervisor' (EDSP) recomienda el uso de la filosofía de 'Privacy by design' y sugiere la adopción de esquemas de certificación de la privacidad y de los datos personales⁹⁴⁴.

Los ingenieros pretendían proteger inicialmente la privacidad con parches tecnológicos *a posteriori*. Los problemas ligados a esta opción pronto fueron evidentes: coste añadido y problemas de interoperatividad con la aplicación de base. Se propuso entonces incorporar principios de diseño que fueran respetuosos con la privacidad.

Esta posibilidad fue teorizada por una persona que desde su cargo de Comisionado para la protección de los datos personales en Ontario (Canadá) podía tender un puente entre los dos ámbitos, el europeo y el americano. Ann Cavoukian propuso así el nombre de '*privacy by design*', un campo de colaboración entre el jurista especializado en IT Law y el ingeniero de IT for Lawyers⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴MEGÍAS TEROL, Javier. *Privacy by design, construcción de redes sociales garantes de la privacidad*. [In: AA.VV. *Derechos y redes sociales*. Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Editores), Civitas, Cizur Menor: 2013, p.67].

⁹⁴⁵CAVOUKIAN, Ann *Privacy by Design... Take the Challenge*. Citado por ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.45, nota 15].

Muchos institutos de derecho y tecnología ya disponen de equipos multidisciplinares que colaboran en proyectos de aplicaciones tecnológicas para el mundo del Derecho. En el proyecto Neurona⁹⁴⁶, se adaptaron las sanciones de la LOPD a una ontología jurídica⁹⁴⁷. La estructura que contiene los conceptos relevantes, así como las relaciones entre éstos, permite su incorporación a un programa. De esta manera, el resultado es una herramienta automatizada dotada de conocimientos expertos.

Todavía, segundo ROIG⁹⁴⁸, estamos lejos de la sustitución del profesional en la toma de decisiones, si es que ello es posible, o acaso deseable, en algún caso. Seguramente, otras herramientas mejorarán en un futuro inmediato lo conseguido con las ontologías jurídicas. El objetivo del proyecto Neurona, más modestamente, pretendía dotar al empresario de unas alertas de seguridad por incumplimiento de los supuestos de hecho sancionables en materia de protección de datos. Con ello, una empresa con este programa tendría una herramienta de gestión de la privacidad, entendida como protección de datos, con un sistema de alertas automáticas. La inevitable intervención del jurista o del responsable de los datos acontecía entonces previo aviso de posible mal uso o incumplimiento de obligaciones. Ello evitaba, en parte al menos, los controles generales preventivos y concentraba las soluciones en aquellos ámbitos considerados sospechosos por un aviso automático.

Concluyendo, la 'Privacy by Design' requiere que los arquitectos y operadores mantengan en una posición superior los intereses de las personas, ofreciendo medidas tales como predefinidos de privacidad robustos, notificación apropiada, y facultando opciones amigables para el usuario.

⁹⁴⁶ NEURONA, proyecto de investigación industrial (TSI-020100-2008-134). Principal Investigador: Daniel Chávarri Coordinador: S21sec. Ministerio español de Industria, Turismo y Comercio. Período 2008 a 2009. A partir de 2011, empieza otro proyecto continuación del anterior, cuyo objetivo consiste esencialmente en ampliar los módulos de alarmas. ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.46.].

⁹⁴⁷ Una ontología es un conjunto de conceptos relacionados por un experto, en nuestro caso, en protección de datos.

⁹⁴⁸ ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.48].

Hay que mantener al usuario en el centro de las prioridades, siempre. La otra reflexión que podemos extraer de todo esto es que parece ya plantearse si es necesario establecer ciertas restricciones al desarrollo tecnológico. Hasta la fecha, la tecnología es una fórmula que avanza sin parar, sin restricciones, sin límites, sin reglas tratando de producir mejoras en el día a día aunque estas muchas veces sean necesidades ficticias o creadas para satisfacer ciertos intereses.

En el 'Privacy by design' se pone fin al 'todo vale'. Se determina que es necesario antes de la construcción de un nuevo aparato o servicio pensar en qué impacto potencial tiene para la intimidad del usuario. Es lo que la doctrina especializada llama 'Privacy Impact Analysis (PIA)' que es una reflexión respecto a la finalidad de lo que se va a construir y las consecuencias posibles que pudiera tener para la intimidad del usuario.

Obviamente entendemos que esto no va a gustar a muchos modelos de negocio, actuales o futuros y la presión por evitar o minimizar la aplicación de este criterio de diseño ocurrirá. Ante una filosofía basada en la explotación voraz de información en beneficio de las grandes empresas orientadas a maximizar sus beneficios y una filosofía basada en el interés del afectado y el control a su gusto de su intimidad atendiendo a sus criterios o intereses, se crearán tensiones importantes que condicionarán seguramente los desarrollos reglamentarios de los marcos de protección de datos. Habrá que ver si finalmente la futura directiva o cualquier otra regulación a nivel mundial defiende el interés de las personas o se somete a los intereses de los 'mercados'. Habrá que ver si es el hombre quien domina la tecnología o creamos un segundo Dios (La economía ya es el primero) que somete al hombre.

Capítulo Cuarto

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INTERNET Y SUS LÍMITES

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS; II. UNA REVOLUCIÓN LLAMADA INTERNET; III. LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN EN INTERNET. LA DELIMITACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN ANTE LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN Y EL EJERCICIO DE UNA COMUNICACIÓN LIBRE; IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INTERNET; V. LA RENUNCIA DE DERECHOS Y EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ESPACIO VIRTUAL; VI. REDES SOCIALES DE INTERNET COMO FORMA DE LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD; VI.1.Las Redes Sociales; VI.1.1. Riesgos que plantean las redes sociales al derecho a la intimidad; VI.1.2. Marco jurídico aplicable; VI.1.3. Los derechos a la protección de datos en las redes sociales; VI.1.4. Colectivos especialmente vulnerables: Menores de edad e incapaces; VI.1.5. Medidas empleadas para proteger el derecho a la intimidad de los usuarios en las redes sociales; VII. OTROS LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN; VII.1.La seguridad pública y el derecho a la intimidad en tiempos de terrorismo; VII.2. La videovigilancia pública como medida de seguridad. Un análisis de la ley orgánica 4/1997 bajo el prisma del derecho a la intimidad.

I. Cuestiones previas.

La influencia de las nuevas tecnologías de información es un fenómeno global. Esta irrigación provocada por las TIC's, cuya representación máxima es Internet, no debe ser comprendida a partir de la lógica binaria del bien y del malo. Necesita sí ser pensada para que no se pierda de vista el papel de las instituciones, de las organizaciones, de la sociedad civil y de nosotros mismos en el contexto de esas profundas transformaciones.

El *slogan* adoptado por SICHEL⁹⁴⁹, - *ATAWAD (anytime, anywhere and anydevice)* es, profundamente sugestivo. Indica que la inexistencia de espacio, tempo y localización son las principales expresiones de la actuación del internet.

De la misma forma, en este contexto, gana procedencia la alusión de GUILLEBAUD⁹⁵⁰ al mundo cibernético como siendo el Sexto Continente, porque es no solo desterritorialización, cuanto profundamente inmediatizado. No está en lugar alguno y está en todo lugar. Se torna instrumento poderoso no solo para viabilizar las comunicaciones y negocios de toda orden, mas también para solidificar la vigilancia global que más allá de ser un problema para los Estados y para la democracia, ya profundamente desafiados y fragilizados por ese nuevo continente computacional, representa un problema – y un desafío – geopolítico difícil de controlar en la medida en que hay que reconocer que los (aún) escasos marcos normativos nacionales e internacionales son tímidos y, a menudo, impotentes para hacer frente a su invasión.

La tecnología es uno de los rasgos definidores de nuestra época – la Era digital. Es el principal motor del desarrollo del mercado global y está también presente en todas las manifestaciones de la vida cotidiana de las personas, desde los ámbitos laboral y profesional hasta los de la investigación y el entretenimiento.

Sin embargo, las TIC's han propiciado profundos cambios en la información y comunicación haciendo posible procesar, almacenar y transmitir

⁹⁴⁹Significa: *a cualquier hora, en cualquier lugar, desde cualquier dispositivo*. SICHEL, Olivier. *L'échiquier numérique américain. Quelle place pour l'Europe?* Programme États-Unis de l'Ifri. Paris: 2014, p.18.

Disponible en: <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/pp20final.pdf> Acceso en: 2.02.2016.

⁹⁵⁰GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O princípio de humanidade*. Ideias & Letras, São Paulo: 2008, p.38.

grandes cantidades de información sin restricciones de espacio, tiempo, cantidad y formato.

Como asevera PÉREZ LUÑO⁹⁵¹, el advenimiento de la era tecnológica ha supuesto un progresivo extrañamiento del hombre respecto de su entorno social; una radical mutación económica, así como una paulatina desaparición de las fronteras técnicas que anteriormente permitían diferenciar los sectores industriales de la telecomunicación, la radiodifusión, la televisión o la informática integrados ahora en los denominados *interactive home media*.

Estos fenómenos han generado, a su vez, nuevas formas de vida social en las que sólo ha variado el marco externo del sistema societario, sino el propio contenido de las relaciones interhumanas⁹⁵².

Hoy en día, se dice, irónicamente, que gozamos de más intimidad que nuestros antepasados precisamente gracias al anonimato de la vida urbana y los medios tecnológicos⁹⁵³.

Sin embargo, consideramos que en etapas anteriores de desarrollo tecnológico, el respeto a la vida privada se centraba en el uso de los sentidos, tales como la vista o el oído. Se permanecía así dentro de los límites de relaciones naturales y los muros de una casa. La soledad de un lugar desierto, eran suficientes para asegurar la protección de la intimidad y para excluir el conocimiento o la difusión de las acciones y de las palabras de un individuo o de varias personas unidas entre sí por vínculos confidenciales.

Actualmente es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo o de espacio; se pueden realizar fotografías en la noche y a gran distancia, llevar a cabo un control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, la investigación sobre la salud genética etc. Todos estos ejemplos representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Así, la injerencia específica del ordenador en las diversas parcelas y

⁹⁵¹PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Fundesco, Madrid: 1987, p.14.

⁹⁵²*Ibidem*.

⁹⁵³FLAHERTY, David. *Privacy in Colonial New England*. Charlottesville, University of Virginia Press, 1971, p.55.

en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable⁹⁵⁴.

Cada ciudadano registrado en un banco de datos está sujeto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida.

Justo de esta relación existente entre el proceso de informatización de la sociedad y los derechos y libertades, tanto de los ciudadanos como de los grupos sociales se vislumbra la potencial posibilidad de quiebra del derecho a la intimidad que este proceso puede suponer. Estos ataques se traducen en diversos atentados contra diferentes derechos y libertades y, en definitiva, en una merma intolerable de los ciudadanos.

Dentro de este contexto tecnológico encontramos los servicios de redes sociales, que tienen hoy en día un valor y relevancia social indiscutibles. Nadie duda ya de que nos encontramos ante una potente herramienta de comunicación, de relación entre personas y de transmisión de información entre las mismas que está modificando nuestra forma de relacionarnos.

Las redes sociales están revolucionando por completo el proceso de comunicación pública de la información, hasta el punto de abrirlo a toda ciudadanía.

En efecto, con este auge del internet surgen nuevos escenarios y hasta ahora desconocidas realidades a las que el derecho tiene que dar respuesta, obligándonos a replantearnos hasta qué punto el ordenamiento jurídico es eficaz en el universo actual.

Todos los días generamos una descomunal cantidad de información digital que queda almacenada, bien en servidores en poder de terceros, bien en la memoria de nuestros propios dispositivos electrónicos, y que puede revelar un profundo conocimiento de nuestra personalidad.

Todo este tránsito hacia la civilización tecnológica está afectando profundamente el derecho a la intimidad, porque la cultura tecnológica está cambiando el comportamiento de las personas y de los grupos sociales implicando en una remodelación en la noción de intimidad.

⁹⁵⁴PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data*. [In: AA.VV. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Luis García San Miguel (Editor), Tecnos, Madrid: 1992, pp.36-38].

Este nuevo contexto nos conduce a la revisión del concepto de intimidad y a valorar la ineludible necesidad de adaptarlo a las nuevas características de las sociedades con un alto grado de innovación y desarrollo tecnológico, especialmente en el ámbito de la información y la comunicación.

En la década de los setenta ya se anunciaba el fin de la vida privada⁹⁵⁵ frente al desarrollo de técnicas y herramientas que hicieron posible la comunicación masiva y la vigilancia de las personas a través de dispositivos que implican una intromisión directa en el desarrollo normal de sus vidas.

El Juez William Douglas decía ya en 1966 en su voto disidente de la Sentencia dada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de 'Osborn v. United States', que "(...) *estamos entrando rápidamente en la era en que no habrá privacidad, en la que todos estarán sujetos a vigilancia todo el tiempo, en la que no existirán secretos para el gobierno. (...) Las fichas de todos los ciudadanos aumentan en número y tamaño. Ahora las están pasando a ordenadores de forma tal que por el simple gesto de apretar un botón, todos los miserables, los enfermos, los no populares y las personas de la nación que se aparten de lo uniforme puedan ser instantáneamente identificados. Estos ejemplos demuestran que por todas partes la privacidad y dignidad de nuestros ciudadanos están siendo reducidas, a veces a través de pasos imperceptibles. De forma individual, cada paso puede ser de poca importancia. Pero cuando se ve como un todo, comienza a emerger una sociedad muy diferente a cualquiera que hemos visto - una sociedad en la cual el gobierno puede entrometerse en las regiones secretas de la vida del hombre a voluntad (...)*"⁹⁵⁶.

Nos preguntamos qué diría hoy frente a técnicas más avanzadas que permiten un seguimiento y vigilancia continua y la posibilidad incluso de

⁹⁵⁵ URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: un conflicto permanente*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona: 1977, pp.27-28.

⁹⁵⁶ Traducción libre del inglés. "(...) *we are rapidly entering the age of no privacy, where everyone is open to surveillance at all times; where there are no secrets from government. (...)The dossiers on all citizens mount in number and increase in size. Now they are being put on computers, so that, by pressing one button, all the miserable, the sick, the suspect, the unpopular, the off-beat people of the Nation can be instantly identified. These examples and many others demonstrate an alarming trend whereby the privacy and dignity of our citizens is being whittled away by sometimes imperceptible steps. Taken individually, each step may be of little consequence. But when viewed as a whole, there begins to emerge a society quite unlike any we have seen -- a society in which government may intrude into the secret regions of man's life at will*". Voto disidente del juez William Douglas. Tribunal Supremo de los EE.UU, Caso Osborn v. United States, 385 U.S. 323, 12 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/323/> Acceso en: 9 de mayo de 2015.

controlar a las personas a través de la utilización de dispositivos biométricos⁹⁵⁷, disponibles no sólo para el gobierno sino también para los particulares, o aún, la revolución social ocasionada por las redes sociales en Internet, donde el límite entre lo público y lo privado tiene su línea cada vez más tenue.

Los actuales sistemas de la información y de la comunicación se han convertido en la mayor amenaza a la intimidad porque cuentan con sofisticadas herramientas de vigilancia generalizada, bases de datos masivas y la capacidad de almacenar y distribuir la información en todo el mundo a tiempo real.

Con esta realidad el derecho fundamental a la intimidad adquirió nuevas faces cuya preservación en los moldes tradicionales se está tornando cada vez más difícil.

Las nuevas tecnologías, sin duda, han sido detonantes de esta realidad y, sobre todo, desde la creación de la web 2.0 que hoy se presenta a través de muchos servicios.

La potencia de las TIC's han sido la causa de la aparición de nuevos medios de comunicación con características muy diferentes a los existentes hace una década. La convergencia entre telecomunicación audiovisual e internet ha modificado todo el panorama de la comunicación en el mundo, dando lugar a una nueva etapa histórica en el desarrollo de los medios de comunicación.

El internet, la gran estrella, dejó de ser un espacio de información para convertirse en un espacio virtual alimentado por el consumo de sus propios usuarios – ‘prosumidores’⁹⁵⁸. Los usuarios pasaron a actuar como productores y consumidores; interesados y responsables; se convirtieron en sujetos que construyen y depositan información.

⁹⁵⁷Según la Real Academia de la Lengua Española la biometría es el “*estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos*”. Disponible en: www.rae.es Real Academia Española. Acceso en 10 de mayo de 2015. Este término es comúnmente utilizado hoy en día, sin embargo, para referirse a la implementación de dispositivos automáticos que miden e identifican características biológicas e intransferibles propias de las personas que permiten reconocerlas, como, por ejemplo, las huellas dactilares, el iris del ojo, la palma de la mano o la voz, entre otras.

⁹⁵⁸Conforme Francisca Ramón Fernández, “*Los consumidores de información se convierten en –prosumidores, ya que producen información que luego ellos mismos consumen. Se fomenta, pues, la colaboración y el intercambio de información entre los usuarios*”. *La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.16].

En efecto, urge hacer igualmente una inevitable redefinición de las libertades de expresión e información en función de estas nuevas capacidades de actuación proporcionadas por el internet, porque en internet, como asevera COTINO HUESO⁹⁵⁹ “(...) *la ruptura del tiempo y el espacio en la red, y sobre todo los caracteres esenciales de internet como multimedia, su hipertextualidad y su interactividad provocan una profunda alteración de los esquemas clásicos de la Teoría de la Comunicación*”.

Todo este proceso ha producido un progresivo extrañamiento del hombre respecto a la naturaleza, paulatinamente sustituida por un ambiente artificial⁹⁶⁰. Vemos cómo se generan nuevos canales de interacción social, haciendo que surja junto al mundo “físico” un mundo “virtual”, cuya regulación no puede quedar fuera del amparo del Derecho⁹⁶¹. Las señales de alerta se disparan ante los nuevos peligros que dichas tecnologías representan.

Todo este escenario está involucrando gravemente la preservación del derecho a la intimidad, pues facilitan la divulgación indiscriminada de la intimidad de manera que se convierten en una auténtica tentación para cualquier ciudadano.

De otro lado, existen razones de seguridad que impulsan la divulgación de datos personales, cuya necesidad aumenta, en una llamada ‘sociedad del riesgo’ con el fin de mejorar la seguridad ciudadana, llegando incluso a justificar como legítimas ciertas intromisiones en la intimidad de las personas, como por ejemplo, cuando el propio Estado graba a la ciudadanía en una calle comercial para mantener el orden o cuando se permite una vigilancia audiovisual del empresario sobre la actividad laboral de sus propios empleados, etc.

Las nuevas tecnologías de información han supuesto, por una parte, grandes ventajas y beneficios, tanto para las personas en general como para las empresas y Administraciones Públicas porque facilitan sus objetivos, sean

⁹⁵⁹COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los ‘blogs’)*. [In: AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de derecho de Burgos, Burgos: 2005, pp.58-59].

⁹⁶⁰PÉRES LUÑO, Antonio-Enrique. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Fundesco, Madrid: 1987, p.21.

⁹⁶¹Véase CLIMENT BARBERÁ, Juan. *Derecho y nuevas tecnologías*. Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia: 2001, pp.70 y ss.

estos personales o profesionales y también facilitan sus funciones, puesto que permiten su realización de una manera más eficiente y rápida.

Por otra parte, el desarrollo de estas mismas tecnologías ha acarreado nuevos riesgos para los derechos y libertades de los ciudadanos debido a la capacidad de las entidades y personas tanto públicas como privadas, de acumular informaciones personales en formato digital para finalidades muy diversas y no siempre perfectamente identificadas.

La pérdida de control sobre estas informaciones puede incidir de manera directa en los derechos y libertades ya que esta capacidad de acumulación de grandes cantidades de datos personales hace posible su alteración, manipulación y transmisión a terceros de manera rápida, lo cual incide en la libertad de elección y decisión de los individuos ante la incertidumbre de si sus comunicaciones, actividades o elecciones serán registradas por entidades desconocidas y para finalidades que igualmente ignoran.

Así, dentro de este escenario que comentamos, el tratamiento de datos personales ha de incluirse entre los fenómenos que contaminan las libertades – *'liberties pollution'*, es decir, ante la situación de *"erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías"*⁹⁶².

El uso desviado de la tecnología de tratamiento de datos personales supone además claros peligros para la libertad y para la propia dignidad e identidad personal. Las nuevas tecnologías permiten nuevas maneras de injerencia en este ámbito protegido. Tratamos de instrumentos que son infractores potenciales de la vida privada y que se manifiesta de manera prolongada en el tiempo, sin que la persona se dé cuenta de ello.

Si los beneficios que han proporcionado el progreso tecnológico para las sociedades contemporáneas son incuestionables, estas ventajas vienen acompañadas de nuevos desafíos que hay que abordar ineludiblemente.

Las nuevas amenazas que atentan contra la intimidad nos llevan a examinar y aportar nuevos horizontes sobre una construcción jurídica moderna que ha de evolucionar y definirse para responder ante estos nuevos desafíos.

A continuación trataremos de algunos conceptos básicos de las NTI.

⁹⁶²GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004, p.11.

II. Una revolución llamada internet.

Con el advenimiento de la internet (1969), su disponibilidad en la red pública mundial (1980) y, con la avasalladora diseminación de las nuevas tecnologías de información en escalas sin precedentes, la interacción entre las personas y corporaciones de diferentes países se tornó más fácil, ágil y accesible, posibilitando la creación de grupos sociales, empresas y comunidades virtuales, permitiendo la consolidación de relacionamientos de forma exclusivamente virtual. Nunca existió en la historia, una interacción del individuo con su entorno tan productiva como en la actualidad.

En este entorno nació la 'sociedad de la información', la sociedad del siglo XXI, con una cultura conectada en red. Se ha producido un cambio excepcional en las estructuras productivas, económicas, políticas, sociales y culturales, como consecuencia de esta revolución tecnológica⁹⁶³.

Nadie es indiferente a estos avances de las últimas décadas ni a los cambios que, sobre todo, el internet ha desencadenado en distintos ámbitos de la vida personal y social. Hoy, a través de internet las personas pueden trabajar, prestar servicios médicos o educativos, realizar compras, etc. Internet ha llevado a la creación de un nuevo mundo virtual.

Vivimos una nueva Era, en un *hábitat* donde la comunicación a través de la *web* y de los dispositivos móviles dio voz al diálogo interactivo. Hoy en día, en cualquier lugar, estamos en permanente contacto con el mundo, porque todos disponemos de varios terminales, ya sean ordenadores portátiles, tablets, teléfonos móviles, smartphones, smartwatches o cualquier otro dispositivo, desde los que recibimos y emitimos información a todas partes del mundo gracias a internet.

Actualmente internet hace parte de nuestra realidad, la del mundo en que vivimos y la que sigue marcando casi imperceptiblemente, pero a pasos agigantados, nuestra cotidianidad en todos los ámbitos de la comunicación con esa plena integración y convergencia que se ha producido en el mundo virtual.

⁹⁶³A este respecto, véase MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación de la red. Poder y derecho en internet*. Taurus, Madrid: 2000, pp.11 y ss.

El teléfono móvil es el ejemplo más sencillo, en su utilidad actual, el uso para llamadas es ya lo menos importante. Según estudio realizado por la empresa Ericsson en el año de 2014⁹⁶⁴, su uso para llamadas telefónicas está desapareciendo, si se mantiene hasta 2019 será por el acceso a telefonía en países que hasta ahora no disponían de estos terminales ni tecnología, como en zonas de África o Asia, no obstante, en Europa y Estados Unidos ha llegado más allá, ahora el negocio se busca en los datos, en las aplicaciones, no en las llamadas.

Los terminales disponen de innumerables aplicaciones a las que podemos acceder desde el mismo terminal, que además nos sirven para enviar archivos de texto, música o realizar transacciones bancarias, pagos etc. De igual modo, nos ayuda a conducir mediante el GPS, nos permite consultar algo en cualquier buscador en internet, ver una película, leer periódicos entre muchas otras actividades. ¿Qué diría Gutenberg de esta realidad?

Se ha producido la convergencia de los medios de comunicación con el advenimiento del internet. El mundo de las TIC's ha hecho viable que el acceso a un único terminal permita recibir toda la información posible en un abrir y cerrar de ojos. Somos emisores y receptores al mismo tiempo⁹⁶⁵, con una frecuencia constante en recepción de múltiples informaciones, y al tiempo con una obsolescencia de nueva información actualizada.

Internet representa así un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas, es una 'plaza pública', el 'ágora de la comunidad global'⁹⁶⁶. Si a esta realidad unimos la posibilidad de participación en la creación de información y en el ejercicio de la libertad de expresión, con este nuevo contexto la perspectiva jurídica ha dado un importante y radical cambio.

⁹⁶⁴ Disponible en:

http://www.ericsson.com/res/docs/2014/ericsson-mobility-report-june-2014.pdf?_ga=1.102266376.82726047.1400079640%20 Acceso en: 07.04.2016.

⁹⁶⁵ Se ha afirmado que en internet el público no es consumidor, sino 'prosumidor' de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos. COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director), Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, p.59].

⁹⁶⁶ Así lo define el informe final de la Comisión Especial sobre Redes informáticas del Senado español, aprobado el 9 de diciembre de 1999 – Publicado en el Boletín Oficial del Senado de 27 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/10812.PDF> Acceso en 10.04.2016.

Se denota con la convivencia con internet una transformación no sólo de carácter individual, de las personas físicas, sino, también de las personas jurídicas, ya que, internet ha modificado completamente los procesos de comunicación empresarial, el intercambio de bienes y servicios, la agilización de gestiones y, en muchos casos, una clara disminución de costes. Las empresas actualmente tienen una vida *online* tan amplia que precisan de los servicios de los *community manager* para interactuar en red⁹⁶⁷.

Resulta innegable el protagonismo del internet en el desarrollo económico y productivo actual. Las empresas no han permanecido ajenas a este proceso tecnológico, incluso con modificaciones significativas de los contornos y perfiles del régimen ordinario del trabajo.

Las redes sociales, que comentaremos en una sección específica adelante, también han cambiado nuestro modo de relacionarnos, donde ha surgido la interrelación como la gran protagonista.

El modo como nos comunicamos actualmente, es decir, electrónicamente, ha cambiado de forma significativa en unos pocos años. Inicialmente, a través de la *web* 1.0, internet era un punto de acceso unilateral a la información. Los contenidos eran unidireccionales, de modo que el usuario tenía un perfil pasivo, consumiendo tales contenidos, sin poder interactuar, ni con ellos, ni con los responsables de los correspondientes sitios *web*, tampoco con los demás usuarios, era un espectador⁹⁶⁸.

Así, en este contexto, como hemos visto, internet pasó para una evolución hacia la denominada *web* 2.0. En este nuevo entorno, los usuarios han pasado a ser protagonistas en el desarrollo de contenidos e interacción entre ellos, convirtiéndose no tan sólo en consumidores, sino al mismo tiempo en generadores de contenido⁹⁶⁹.

Se ha creado un efectivo diálogo entre receptores y emisores, y no solo se trata de informaciones sin más, también se cierran negocios jurídicos y se ejercitan todo tipo de derechos en la red, lo que hace que surja un nuevo

⁹⁶⁷SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.34.

⁹⁶⁸AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, pp.17-18.

⁹⁶⁹COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director), Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, p.59].

campo abonado para la constante creación de relaciones jurídicas que se firman con un 'clic'.

Personas, empresas y profesionales han sufrido mudanzas con esta revolución, cambios tan radicales que han afectado a nuestras vidas modificando nuestros hábitos de comportamiento más arraigados.

Simplemente todo es posible de colgarse en la red. En efecto, ese 'todo' también es susceptible de llegar a nuestros terminales. De hecho, se recibe tanta información cada segundo que incluso se habla de 'contaminación informativa'⁹⁷⁰, cuya configuración ocurre cuando no podemos diferenciar la recepción de noticias útiles de las inútiles o nocivas.

Como se nota, las TIC's han provocado una mudanza exponencial en muchos ámbitos de nuestra vida. Un cambio tomado por natural, sin darnos cuenta en muchos casos, o sin existir, en los nativos digitales, (comentaremos sobre los nativos digitales en sección propia) percepción de cambio alguno. No obstante, con cierta perspectiva permite hacer consideraciones sobre aspectos de base sobre los que asentar una realidad que trae consigo una nueva problemática legal, porque el derecho de las NT se ha insertado en nuestro cotidiano y los problemas ni siempre tienen una solución fácil o, hasta mismo, no se conoce.

Por tanto, urge comprender esta compleja realidad *online*, es más, es una prioridad, para poder entender y tratar de solucionar los diferentes problemas legales que nacen de esta inclusión tecnológica en nuestro día a día, entre ellos, la vulneración del derecho a la intimidad, tema que nos toca en esta investigación. Estamos ante los efectos de una revolución con nombre y apellidos llamada internet, la 'red de las redes'.

⁹⁷⁰SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.35.

III. Las libertades de información y expresión en internet. La delimitación de las tecnologías de información y comunicación ante las libertades de información y expresión y el ejercicio de una comunicación libre.

Vivimos en la Era de la información y de la comunicación, y con internet nace todo un nuevo espacio social, el ciberespacio, a través del cual las personas pueden comunicarse sin fronteras y en tiempo real. Internet ha llevado a la creación de un nuevo mundo virtual. Se presenta así como un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas, y, entre todas ellas, la libertad de expresión es su 'reina'. En este sentido, el Juez Dalzell definía este medio como una “(...) *conversación sin fin a lo largo y ancho del planeta*”⁹⁷¹.

No obstante, con esta realidad surgen dificultades en la delimitación de las nuevas tecnologías de información y comunicación a través de las que se ejerce en la libertad de información y expresión y las que son aptas para el ejercicio de una comunicación libre, es decir, el cambio que se empieza a ocurrir en los conceptos tradicionales.

Dentro de la actual realidad virtual, a la cual estamos sumergidos, no cabe duda que las libertades de expresión e información adoptan nuevos perfiles a partir del desarrollo de este medio y de los caracteres propios de la sociedad de la información.

Posiblemente, a partir de las finalidades clásicas de estas libertades informativas, habrá que considerar la atribución de una protección fortalecida en internet en razón de la formación de la opinión pública libre y garantía del sistema democrático y su doble dimensión como derecho subjetivo y principio objetivo. Estas construcciones y categorías deberán readaptarse a un entorno jamás pensado.

⁹⁷¹A never-ending worldwide conversation. Stewart Dalzell, Juez del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania, sentencia del caso ACLU c. Janet Reno, 96-963, de 11 de junio de 1996. Traducción de FERNÁNDEZ ESTEBAN, María. Luisa. “*Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)*”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 53, Mayo-agosto, 1998, pp. 283-311, especialmente p.284.

Hasta el momento el tratamiento jurídico de estas libertades lo atraía en buena medida la resolución jurisprudencial de conflictos en torno a los medios de comunicación clásicos.

Como afirma COTINO HUESO⁹⁷² puede decirse en general que la sobreprotección de estas libertades queda mitigada cuanto se ejercían a través de medios de comunicación interpersonal (palabra, teléfono, cartas, etc.), al margen de los medios de comunicación institucionalizados. En estos contextos, en muchos casos, las libertades de expresión e información pierden por lo general, la sobreprotección que confiere la aplicación de la categoría de la relevancia pública y la alusión a la garantía institucional de la opinión pública libre. A partir de ahora va a ser muy difícil diferenciar material y jurídicamente los medios de comunicación de los diferentes modos de comunicación de internet, la comunicación de masas, de la comunicación interpersonal. Por ello, no va ser sencillo saber cuándo aplicar tales constricciones y categoría jurídica que hasta ahora han reforzado por lo general del discurso en los medios de comunicación clásicos.

Las TIC's, debido a su poder de convergencia, afectan a todos los sistemas de comunicación que hasta este momento han sido considerados como sistemas independientes.

De igual manera, y en cualquier caso, la rotura del tiempo y el espacio en la red, y sobre todo los caracteres esenciales de internet como multimedia, su hipertextualidad y su interactividad⁹⁷³ incitan una profunda alteración de los esquemas clásicos de la Teoría de la comunicación. En internet la distinción tradicional entre emisor y receptor de información sobre la que se basa la división entre sistemas de comunicación y medios de comunicación social tiende a disiparse: todos son editores y el receptor se adueña de la información⁹⁷⁴.

⁹⁷²COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director), Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, pp.51-76].

⁹⁷³LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. *Modelos de comunicación en internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2004, pp.37-68.

⁹⁷⁴FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.89.

Las NT's, y en especial la implantación de la red de banda ancha, tienen el poder de cambiar el centro de control de la comunicación de los medios de comunicación social a una gran parte del público. En el intercambio de información existen al menos dos partes que interactúan, ninguna de ellas es pasiva, ya que las dos poseen la capacidad de enviar información⁹⁷⁵. Se ha afirmado que en internet el público no es un consumidor, sino 'prosumidor' (prosumer) de información, es decir, una mezcla de consumidor y productor de contenidos⁹⁷⁶.

La figura del periodista, redactor, editor etc. acaba por ser casi imposible definir porque los tradicionales sujetos del periodismo clásico pueden identificarse ya en muy pocos casos con los nuevos fenómenos de internet. Así la jurisprudencia del TC, como la controvertida STC165/1987, donde el Tribunal ha considerado que la libertad de información alcanza su máximo nivel "(...) si es ejercida por profesionales de la información", a través de los "(...) cauces normales de formación de la opinión pública"⁹⁷⁷, tiene aplicación adecuada solamente para el mundo analógico, es decir para los medios de comunicación tradicionales.

El derecho a la información y la libertad de expresión son los derechos de comunicación por excelencia que más se ejercitan en la red. El TEDH en sentencia de 18 de marzo de 2013, dictaminada en el caso Ahmet Yildirim⁹⁷⁸, reconoció que el acceso a internet es en nuestros días la manifestación esencial del ejercicio de los derechos de información y de libertad de expresión.

Toda esta realidad difumina la posible división entre modos de comunicación interpersonal y medios de comunicación en internet, a los que atribuir, en principio, una protección reforzada de la libertad de expresión e información. Así como ello genera una serie de problemas de difícil superación para la atribución de responsabilidades.

⁹⁷⁵FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1998, p.90.

⁹⁷⁶BOWMAN, Shayne y WILLIS, Crist. *Nosotros, el medio. Cómo las audiencias están modelando el futuro de las noticias y la información*. Citado por COTINO HUESO, Lorenzo. *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director), Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, p.59].

⁹⁷⁷Por ambas STC 165/1987, de 27 de octubre, F.J.10º.

⁹⁷⁸STEDH, Ahmet Yildirim c. Turquía, 18 de marzo de 2013.

Hasta ahora las respuestas constitucionales a estos fenómenos parecen anacrónicas y difícilmente proyectables para el futuro. Se hace referencia al esquema de responsabilidad del TC respecto de las ‘cartas al director’⁹⁷⁹.

Esta visión, como la establecida en la mencionada STC 165/1987, privilegiando el ejercicio de la libertad de información por profesionales de ésta a través de los cauces ordinarios de formación de la opinión pública, deberá ser adaptada a la nueva situación, ya que no existe más un monopolio de la información.

La pregunta que surge es ¿Cómo se va a garantizar la ‘veracidad’ de la información cuando se pasa de una situación de oligopolio de la información propia de las relaciones unidireccionales de los medios de comunicación de masas a una situación en la que cualquier usuario de la red puede ser emisor de contenidos?; ¿Cómo se va a garantizar en internet que cierta información puede ser considerada veraz?

Es cierto que es posible consultar en internet la versión digital de periódicos que ya existen en el mundo analógico. No obstante, no es menos cierto que la vitalidad de internet reside en el intercambio de información entre

⁹⁷⁹Véase SSTC 336/1993, de 15 de noviembre FF.JJ.2º y 7º; 15/1993, de 18 de enero; 3/1997, de 13 de enero y 4/1996, de 16 de enero. La doctrina de las cartas al director: Es habitual que los medios de comunicación escritos (y, desde hace un tiempo, los medios de comunicación radiofónicos o televisivos) dejen un espacio, una sección, para que las personas ajenas al medio de comunicación puedan ejercer su propia libertad de expresión o su libertad de información (las cartas al director son un buen exponente de ello). Los escritos (o las intervenciones en los espacios de participación de los oyentes en programas radiotelevisivos) de estas terceras personas pueden lesionar los derechos de terceros del art. 18.1 CE, con lo cual se ha planteado cuál es la responsabilidad de los medios de comunicación en los que se publican estas cartas lesivas. En estos casos, y siendo necesario proteger estos espacios para que los ciudadanos puedan disponer de un medio a través del cual ejercitar sus libertades del art. 20 CE, la responsabilidad de los medios de comunicación se ha modulado a través de la doctrina de las cartas al director (doctrina también aplicable, a nuestro juicio, a los espacios de participación de los oyentes de programas radiotelevisivos): resumidamente, dicha doctrina supondría que la responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación de la carta dependería de la “*diligente identificación*”, por parte del medio de comunicación, del autor de la carta. Este deber de revelar la identidad del autor estaría encaminado a evitar “(...) *la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado (...)*” (STC336/1993), o del derecho a la intimidad, añadimos. Las “*cartas al director*” no pueden ser anónimas, porque de lo contrario las mismas podrían ser utilizadas como “*cobertura*” para atentar impunemente contra el honor o la intimidad de las personas. Si el medio de comunicación no ha sido diligente en la identificación del autor, la “*carta al director*”- “(...) *no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, (...) de suerte que al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido (...)*”. Eso no significa que automáticamente el medio de comunicación sea responsable de intromisión ilegítima, sino que la responsabilidad civil se atribuirá al medio de comunicación si, previa ponderación de las libertades de expresión y/o de información, se llega a la conclusión de que ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad de un tercero (en este sentido, la STC 3/1993, de 13 de enero).

usuarios o de fuentes de usuarios. En el mundo digital, el material puede ser manipulado muy fácilmente; puede ser distribuido y incluso modificado, introduciendo material subliminal. ¿Cómo controlar la veracidad de la información suministrada?

No encontramos respuestas a esta y otras cuestiones que suscita internet bajo la perspectiva de la libertad de expresión e información. Encontramos 'visiones' sobre muchas de ellas por la doctrina y por la jurisprudencia. Creemos que de esto se trata, de ir sembrando el camino aún carente de literatura jurídica en este mar de dudas que suscita un fenómeno que, aun cumpliendo más de cuarenta años, resulta cada día más novedoso.

Esta convergencia entre las diversas TIC's, que ha traído todos estos cuestionamientos, es un fenómeno imparable, y ha generado una gran y creciente dificultad para delimitar los medios dedicados a la transmisión pública de información, y los dedicados a la comunicación privada; entre los 'tradicionales' medios audiovisuales y los medios de telecomunicación⁹⁸⁰.

Cada vez es más necesario distinguir entre el 'aparato', la vía y el tipo de comunicación en sentido estricto. Eso porque, un mismo instrumento puede utilizarse para la transmisión o recepción de informaciones abiertas o comunicaciones cerradas, a través de medios muy diferentes.

Por ejemplo, hoy es perfectamente posible utilizar el teléfono móvil, medio destinado en principio a la transmisión de comunicaciones tradicionalmente cerradas, para acceder a Internet, que es principalmente un medio de difusión de información en principio tradicionalmente abierto. Al contrario, podemos utilizar la televisión para leer el correo electrónico - medio de comunicación tradicionalmente cerrado.

⁹⁸⁰Esta difícil distinción tiene consecuencias jurídicas más generales, como la dificultad para articular un régimen jurídico diferente de las telecomunicaciones y del sector audiovisual, como todavía hace el Ordenamiento español. Véase al respecto GARCÍA MEXÍA, Pablo (director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2005, pp.124-126, quien, para el caso de Internet, propone una nueva distinción, que separaría la regulación del acceso a la red, por un lado, y los contenidos de la misma, por otro. Sobre la llamada 'convergencia multimedia', véase por ejemplo FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel. *Digitalización y convergencia multimedia. Desafíos jurídicos de la comunicación social ante el avance tecnológico*. [In: AA.VV. *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador), Tirant to Blanch, Valencia: 2007, pp.235 y ss.].

Todo eso es porque internet, en sentido amplio, actúa como el gran centro de toda esta convergencia, al unificar la informática, las telecomunicaciones y los medios audiovisuales ‘tradicionales’⁹⁸¹.

Hoy podemos acceder a internet sin utilizar obligatoriamente un ordenador, es posible también a través de un teléfono, en el televisor, en el coche, entre otros medios; y sea cual sea el aparato utilizado para ese acceso, a través de la red podemos ver la televisión, escuchar la radio, llamar por teléfono, leer el correo electrónico, impartir o asistir a una videoconferencia, entre innúmeras otras actividades.

Pues bien, esta cercanía que comentamos, tiene efectos en el ámbito de los derechos fundamentales. Entre ellos, puede destacarse la dificultad para delimitar el ejercicio de las libertades de expresión e información, por un lado, y la libertad de las comunicaciones, al servicio de la cual está el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por otro.

En la STC 114/1984, el Tribunal destacó que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, supone una consagración de la libertad de las comunicaciones, que es su bien jurídico protegido⁹⁸². Por lo demás, “(...) *en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no solo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo*”⁹⁸³. Por tanto, se trata de la posibilidad de que las personas se comuniquen libremente entre sí a través de cualquier medio, sin recelo a interceptaciones externas, ni por terceros ni por los poderes públicos, que puedan afectar al proceso comunicativo, al contenido de la comunicación, o a su soporte⁹⁸⁴, siendo la protección del mensaje comunicativo el objetivo último del derecho⁹⁸⁵.

⁹⁸¹GARCÍA MEXÍA, Pablo. *Principios de Derecho de Internet*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2005, pp.121-122.

⁹⁸²STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.7º: “(...) *El derecho al «secreto de las comunicaciones (...) rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones*”.

⁹⁸³STC 123/2002, de 20 de mayo, F.J.5º, y STC 281/2006, de 9 de octubre, F.J.3º.

⁹⁸⁴Ciertamente, el TC ha distinguido, señalando que el soporte no se protege de forma directa, sino indirecta, ya que su protección está al servicio de la del mensaje en él contenido (STC 281/2006, de 9 de octubre, F.J.3º).

⁹⁸⁵En efecto, la STC 281/2006, de 9 de octubre, si bien referida al concepto de ‘comunicación postal’, que el TC equipara al de ‘correspondencia’, da algunas pautas bien interesantes para delimitar los

El TC aún subrayó que “(...) el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación”⁹⁸⁶. La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de la comunicación, cualquiera que sea la técnica utilizada⁹⁸⁷; pero para entrar en el ámbito de esta garantía constitucional se requiere necesariamente la utilización de un medio o soporte determinado (sea o no tecnológico) apto para una comunicación privada cuyo secreto sea susceptible de mantenerse⁹⁸⁸.

En este punto es donde se produce la dificultad para delimitar, en ciertos supuestos, el ejercicio de este derecho con las libertades de expresión e información, teniendo en cuenta que, como ya hemos comentado, cada vez son más los medios aptos tanto para una comunicación privada como para la difusión pública de la información o de opiniones⁹⁸⁹.

Es innegable, que esta delimitación es necesaria, y no como mero ejercicio teórico, sino porque los requisitos constitucionales para la intervención, y las consecuencias de la misma, son bien distintas en uno y otro caso: mientras que en el caso del secreto de las comunicaciones es inadmisibles la interceptación de las mismas y el conocimiento por terceros de su contenido⁹⁹⁰, así como su difusión, salvo resolución judicial⁹⁹¹; cuando lo que se ejerce es la libertad de expresión y/o de información lo que prohíbe la Constitución es justamente el impedir la difusión de la información o las

perfiles del derecho al secreto de las comunicaciones, acudiendo al concepto de ‘mensaje’ para precisar el ámbito de protección del derecho.

⁹⁸⁶STC 123/2002, de 20 de mayo, F. J.5º.

⁹⁸⁷STC 70/2002, de 3 de abril, F.J.9º c).

⁹⁸⁸DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español*. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nº 2, 2006, pp.125 y ss., sobretudo pp.130-131.

⁹⁸⁹DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español*. *Op. Cit.*, pp.125 y ss.

⁹⁹⁰STC 114/84, de 29 de noviembre, F.J.7º.

⁹⁹¹STEDH, de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras c. España.

También, STEDH Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984; - STEDH, de 24 de abril de 1990, Kruslin y Huvig c. Francia; STEDH, de 25 de junio de 1998, Halford c. Reino Unido y STEDH, de 25 de marzo de 1997, Kopp c. Suiza.

opiniones transmitidas (salvo el secuestro judicial previsto en España en el artículo 20.5 CE)⁹⁹².

El secreto de las comunicaciones tiende a evitar el conocimiento y difusión de su contenido; las libertades de expresión e información, justamente al contrario, tienden a posibilitar la difusión de cualquier opinión o información. En el primer caso se protege una comunicación restringida, en el segundo una comunicación amplia o 'de masas'⁹⁹³.

Está claro que las libertades de expresión e información sirven a una finalidad bien distinta, dado que son un instrumento que posibilita una comunicación 'pública' libre, mientras el secreto de las comunicaciones es un instrumento al servicio de la libertad de las comunicaciones 'privadas', y este debe ser, a nuestro juicio, el criterio fundamental para delimitar el ejercicio de ambos derechos.

Así que cuando la comunicación se realice a través de un medio o soporte que, atendidas las circunstancias del caso, sea idóneo para una comunicación privada, estaremos ante un supuesto de ejercicio de la libertad de comunicaciones, con independencia del cuál sea el aparato utilizado para llevar a cabo ese proceso comunicativo. En contrario, cuando el medio permita en el caso una difusión abierta del contenido de la comunicación, estaremos ante la libertad de expresión y/o de información⁹⁹⁴.

Hay que atender, por tanto, al tipo de comunicación utilizado, y examinar si el mismo es, como tal, idóneo para una comunicación privada.

Sin duda que esta delimitación, aparentemente clara desde la perspectiva teórica, plantea supuestos más dudosos en la práctica, que parece ir aumentando a medida que las NTI's se desarrollan y avanzan hacia una mayor flexibilidad.

Aun dentro del ámbito del secreto de las comunicaciones, como comentamos en la parte primera de esta investigación, podemos encontrar supuestos en los que, por la propia naturaleza del proceso comunicativo, la

⁹⁹²STC 6/81, de 16 de marzo, F.J.3º.

⁹⁹³DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Pensamiento Constitucional Año XIV n° 14, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2010, p.41.

⁹⁹⁴DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p.42.

comunicación no puede ser totalmente cerrada, sino que requiere o permite, según los casos, el conocimiento por algún tercero, de forma que el secreto admite grados dependiendo de las características técnicas del medio empleado para la comunicación⁹⁹⁵.

En este sentido, por ejemplo: una tarjeta postal incorpora un texto abierto, o al menos con el mismo nivel de accesibilidad que la misma dirección del destinatario, la empresa que proporciona el servicio de correo electrónico emplea un servidor propio por el que transitan todos los mensajes de sus clientes (o trabajadores), aunque ello no le da derecho para conocer o divulgar los contenidos de estas comunicaciones⁹⁹⁶.

A medida que se va avanzando en el grado de ‘apertura’ del medio, nos encontramos con supuestos más dudosos, como la videoconferencia o video llamada, las páginas *web* de acceso limitado o que difunden de forma restringida contenido audiovisual o sujeto a propiedad intelectual, o la televisión difundida de forma restringida a través del teléfono móvil.

En todos estos casos será necesario valorar el tipo de comunicación (y no el contenido, ya que de este solo dependerá, en su caso, una vulneración de la intimidad)⁹⁹⁷ para determinar si estamos ante una comunicación privada o pública. Por ejemplo, la difusión a través de la *web* apunta a una comunicación pública, aun cuando el acceso sea restringido, y la interceptación de su contenido no vulnera el secreto de las comunicaciones⁹⁹⁸ (lo que sí sucedería

⁹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas, Madrid: 2005, p.312.

⁹⁹⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español*. *Op. Cit.*, p.163.

⁹⁹⁷ PÉREZ UGENA, María y PÉREZ UGENA, Álvaro. *Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías*, [In: *datospersonales.org*. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 6, diciembre de 2003]. Afirman de manera confusa que “(...) el desarrollo de productos convergentes resta valor a esta clásica distinción entre soportes y nos hace acudir a los contenidos para determinar la aplicabilidad del régimen del secreto. Así, en Internet habrá que estar a la utilización del medio (...)”. En nuestra opinión, como se expone en el texto, no es el contenido lo que ha de tenerse en cuenta, sino el tipo de medio o soporte y su idoneidad para la transmisión de mensajes privados.

Disponible en:

http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_457444_458301_0_12142500,00.html

Acceso en: 07.03.2016.

⁹⁹⁸ Aunque también se puede vulnerar la intimidad. La STEDH, de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, apunta la idea de que la navegación por Internet se encuentra protegida por el artículo 8 del convenio, aunque no es muy explícita a la hora de determinar si la protección dispensada a la consulta de páginas *web* deriva de la protección de la vida privada, o de la ‘correspondencia’.

si el mismo contenido se difundiera por vía 'privada' como el correo electrónico); otro tanto sucedería con la televisión a través del móvil⁹⁹⁹.

En principio, como todos sabemos el teléfono celular es claramente un medio apto para la comunicación privada, y ese es su objetivo fundamental, lo que defendería por entender que toda comunicación llevada a cabo a través del mismo está siempre protegida por el secreto de las comunicaciones¹⁰⁰⁰.

Sin embargo, el teléfono móvil es solo un aparato receptor (o emisor), susceptible de ser utilizado para muchos fines, entre ellos el acceso a formas de telecomunicación, y a otras de información. En el primer caso (conversación telefónica en sentido propio, correo electrónico a través del móvil), estaremos ante un ejercicio de la libertad de las comunicaciones protegidas por el derecho al secreto de estas; pero en el segundo, es decir, cuando el móvil se utiliza para el acceso a informaciones que se difunden, aunque sea con carácter restringido (por ejemplo, cuando se accede desde el móvil a Internet, o a contenido audiovisual como la televisión), estamos en realidad ejerciendo el derecho a comunicar y recibir información, o bien a la libertad de expresión, aunque por otras razones, habitualmente económicas, se pueda restringir el acceso.

⁹⁹⁹ Conforme Revorio, en principio, el teléfono celular es claramente un medio apto para la comunicación privada, y ese es su objetivo fundamental, lo que abogaría por entender que toda comunicación llevada a cabo a través del mismo está siempre protegida por el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, el teléfono móvil es solo un aparato receptor (o emisor), susceptible de ser utilizado para muchos fines, entre ellos el acceso a formas de telecomunicación, y a otras de información. En el primer caso (conversación telefónica en sentido propio, correo electrónico a través del móvil), estaremos ante un ejercicio de la libertad de las comunicaciones protegidas por el derecho al secreto de estas; pero en el segundo, es decir, cuando el móvil se utiliza para el acceso a informaciones que se difunden, aunque sea con carácter restringido (por ejemplo, cuando se accede desde el móvil a Internet, o a contenido audiovisual como la televisión), estamos en realidad ejerciendo el derecho a comunicar y recibir información, o bien a la libertad de expresión, aunque por otras razones, habitualmente económicas, se pueda restringir el acceso. Obviamente, el conocimiento por terceros o la difusión no autorizada de ese contenido puede vulnerar otros derechos, desde la intimidad a derechos civiles vinculados a la propiedad intelectual, pero no el secreto de las comunicaciones. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Pensamiento Constitucional Año XIV, n° 14, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2010, p.43.

¹⁰⁰⁰ En efecto, una videoconferencia a través de un teléfono móvil, o de Internet, realizada de forma restringida entre varias personas (con independencia del número de estas), y sin acceso abierto al lugar de la transmisión o la recepción, estará protegida por el secreto de las comunicaciones. En cambio, una videoconferencia que se transmite a una sala abierta al público, a la que en principio puede acceder cualquier persona, o cualquiera perteneciente a un colectivo, pero en la que el número de asistentes no es cerrado, no estará protegida por este derecho. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p.43.

Obviamente, el conocimiento por terceros o la difusión no autorizada de ese contenido puede vulnerar otros derechos, entre ellos, la intimidad, pero no el secreto de las comunicaciones.

En fin, en otros casos, como la videoconferencia, aun cuando en principio esta es un medio idóneo para la transmisión de comunicaciones o mensajes privados, habrá que tener en cuenta el medio utilizado, y hasta el contexto, para determinar si existe o no protección por el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰⁰¹.

En definitiva, compartimos el entendimiento que siendo necesaria la delimitación entre los dos derechos, y dado el número creciente de supuestos conflictivos, se debe acudir a estas ideas, que valoran el sentido y finalidad de cada uno de los derechos, para intentar resolver cada caso concreto.

Como se nota, junto con el desarrollo de las NTI surgen significativos cambios en los conceptos clásicos de las libertades y derechos. Entendemos igualmente necesaria la reconceptualización de estas libertades ante el fenómeno de las TIC's.

¹⁰⁰¹ Así entendemos que, una videoconferencia a través de un teléfono móvil, o de Internet, realizada de forma restringida entre varias personas (con independencia del número de estas), y sin acceso abierto al lugar de la transmisión o la recepción, estará protegida por el secreto de las comunicaciones. En cambio, una videoconferencia que se transmite a una sala abierta al público, a la que en principio puede acceder cualquier persona, o cualquiera perteneciente a un colectivo, pero en la que el número de asistentes no es cerrado, no estará protegida por este derecho.

IV. El derecho a la intimidad en internet.

Como hemos afirmado a lo largo de esta investigación, la intimidad se muestra como una realidad jurídica en constante evolución. Y ahora, los avances tecnológicos de las últimas décadas han incidido considerablemente en la evolución del concepto y la protección jurídica de la intimidad.

Hoy internet es nuestra realidad, la del mundo en que vivimos y la que sigue marcando casi imperceptiblemente, pero a pasos agigantados, nuestra cotidianidad en todos los ámbitos de la comunicación con esa plena integración y convergencia que se ha producido en el mundo gracias a internet.

Sin embargo, internet también posibilita muchas agresiones al derecho a la intimidad, en verdad, entendemos no se trata - 'la tecnología' - el riesgo, y sí, sus usuarios que hacen mal uso de ella.

La red no es solo un medio de comunicación, sino que también se configura como un nuevo medio de vigilancia. Presenta un potencial para agredir la intimidad sin precedentes. La jurisprudencia ha afirmado que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas han obligado a extender la protección de la vida privada¹⁰⁰².

Los peligros que amenazan a la intimidad desde internet, como ya hemos comentado, provienen tanto del Estado como de particulares y empresas, lo que supone una afirmación tan rotunda que pide a gritos mecanismos de defensa que hagan eficaz la protección horizontal de derecho (*Drittwirkung*) y no solo frente a las agresiones del poder público.

Desde el ámbito jurídico constitucional resulta, por tanto, obligado que no ocupemos de esta 'nueva frontera' del derecho a la intimidad, dónde se están construyendo las bases de la sociedad futura y en los que están presentes nuevos retos como la superación de las fronteras físicas entre los Estados, la dificultad de perseguir los sitios de internet situados extraterritorialmente, las diversas concepciones de la libertad de expresión o las dificultades procesales para la persecución de las infracciones administrativas y los delitos cometidos a través de la red.

¹⁰⁰²STC 110/1984, de 26 de noviembre, F.J.3º.

La intensidad con la que internet está modificando muchos hábitos sociales puede llevar a la obligación de modular muchas de las categorías jurídicas que se han ido construyendo como protección de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, aunque la aparición de internet es relativamente reciente, los cambios en los hábitos sociales que ha supuesto son de tal envergadura que todavía son difíciles de prever las consecuencias sociales que pueden aún implicar.

Los ataques que se pueden producir en internet son casi ilimitados¹⁰⁰³, puesto que siempre existirá alguien que descubra un nuevo fallo en algún sistema para penetrar en él y cometer fechorías.

En internet, el peligro es invisible. Últimamente los medios de comunicación no dejan de ofrecer noticias relacionadas con la vulneración de la intimidad fundamentalmente en estos tres aspectos:

- Por una parte, la mayor exposición y vulnerabilidad de la intimidad personal inherente a la utilización de Internet, puesto que es sencillo rastrear el uso que un individuo hace de este medio de comunicación;
- Por otra parte, la progresiva extensión y facilidad del empleo de aparatos de filmación de la imagen (cámaras digitales y teléfonos móviles,

¹⁰⁰³Entre las principales agresiones contra la intimidad que suponen violación de información en internet podemos destacar de forma sucinta: 1. *Sniffers* - Son programas usados para “escuchar” los paquetes que viajan por las redes filtrando el ‘username’ y la contraseña en conexiones *telnet*, *rlogin*, *ftp*, etc. Se usan para visualizar o desviar información privilegiada. Se usan habitualmente para averiguar *passwords* de cuentas y acceder posteriormente a ellas; 2. *Crackers* - Mismo apelativo que se otorga a los usuarios deshonestos, pero en esta caso describe un software de dominio público pensado para ayudar a los administradores de sistemas multiusuario, trabaja sobre los ficheros de *passwords* de sistemas multiusuario para averiguar qué usuarios han elegido contraseñas débiles al proteger sus cuentas. Puede ser un arma muy peligrosa puesto que en sistemas *Unix* sin contraseña de seguridad es una puerta de entrada abierta a los piratas de la red; 3. *Xwatchwin* - Software de dominio público pensado para fines docentes. Permite capturar sesiones *Xwindow* de un nodo concreto y observar lo que realiza. En manos de usuarios malintencionados puede ser una herramienta muy dañina pues permite violar la intimidad de la persona observada sin que lo note; 4. *Hijacking* - Consistente en tomar el control de una conexión ya establecida de forma que se suplanta al usuario que realmente establece la conexión, el cual queda “colgado” y acaba retirándose de la conexión, dejando al *hijacker* trabajando en el sistema en el más absoluto anonimato; 5. *Spoofing* - La más habitual de estas técnicas es el *IP spoofing*, ya que a través del comando *nlsloop* puede observarse qué máquinas forman parte de una red, el comando *ping* puede usarse para comprobar cuáles de las anteriores están “vivas” y cuáles paradas sea por la causa que sea. Se escoge una máquina “no viva” y se aprovecha su dirección IP para engañar a sus posibles emisores y para capturar información que vaya dirigida a ella. Este tipo de ataque se realiza desde dentro de las organizaciones (intranets) donde puede pincharse la red local sin mayor problema. Como se nota los modos de agresiones son muchos y de formas variadas. GONZÁLEZ, José Luis; SANCHEZ, Marisol. *Autopistas de la información e internet (Tecnología, Servicios Peajes y normas de navegación)*. Universidad de Extremadura, Cáceres: 1998, pp.411-413.

destacadamente), unido a la posibilidad de que cualquier ciudadano aisladamente pueda difundir luego sin esfuerzo estas filmaciones en Internet (“colgándolas” en páginas *Web* como comentamos);

- Y por último, la progresiva configuración, tanto por entes públicos como privados, de bases de datos informáticos con datos personales, que por la propia naturaleza de este soporte pueden ser vulnerables frente a intromisiones externas.

Jamás, como en la sociedad de la información, las personas han estado tan expuestas a ojos extraños en su vida cotidiana. Internet está cada vez más presentes en todos los espacios donde se desarrollan actividades humanas, difícil no encontrarla en todos los lugares.

Internet permite no sólo nuevas, más fáciles y más sofisticadas formas de comunicación, sino también, y como contrapartida, la posibilidad técnica de que se produzcan más injerencias en las mismas. Cada vez que alguien navega por internet o participa en un grupo de noticias, está revelando de una forma consentida o no, datos acerca de su personalidad, gustos, creencias, etc., que pueden ser utilizados por terceros o el Estado para los fines más variados.

Ni siquiera cuando nos encontramos tranquilamente navegando por internet desde el ordenador de casa estamos libres de la prospección y el cotilleo ajenos. Algunos hábitos de conducta ante el ordenador nos convierten en fáciles víctimas del mirón cibernético. La tecnología podrá vencer cualquier barrera que establezcamos para proteger nuestra intimidad.

La protección de los datos personales en el marco de internet y las redes sociales es una cuestión de gran importancia, porque en el momento en que entramos en internet, por decirlo gráficamente, vamos dejando rastro de nuestra actividad sobre todo por la función que realizan las denominadas *cookies*¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴Mónica Vilasau Solana y María Ángel Vila Muntal señalan que “(...) muchos de los datos pueden parecer irrelevantes, algunos ni siquiera se esconden. Sin embargo, una información poco trascendente, si entra dentro d un engranaje y se acumula a otra información, puede acabar adquiriendo un gran valor”. VILASAU SOLANA, Mónica y VILA MUNTAL, María Ángel. *Intimidad y datos personales en internet*. [In: AA.VV. *Principios de derecho de la sociedad de la información*. Miguel Peguera Poch, (Coordinador), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra: 2010, p. 154]. Sobre la teoría del mosaico, véase MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Editorial Universidad de Valencia, Valencia: 1984.

Acceder a internet o crearse una cuenta en una red social es gratuito, pero tal y como ha puesto de relieve la doctrina el 'identificarse' tiene un valor extraordinario porque gracias a ella la información, o mensaje o la publicidad son personalizadas. El proveedor, o el anunciante, ya no se dirigen a categorías de internautas sino a sujetos concretos. Y lo más importante, tienen la capacidad de establecer o identificar círculos de confianza y gracias a ellos la viralidad de los mensajes multiplica la eficiencia y la eficacia de los tratamientos¹⁰⁰⁵.

Las redes sociales que se basan en perfiles provocan que sus usuarios publiquen una considerable cantidad de datos personales, y a pesar de poder determinar el nivel de privacidad o del círculo de personas que puedan acceder a los mismos, no llegan a ser conscientes de las implicaciones que comporta el compartir tanta información. Es más, se considera que se vuelcan los datos de los usuarios de forma masiva sin utilizar de forma exhaustiva las herramientas de control que se pone a su disposición¹⁰⁰⁶.

Internet representa así un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas y, como no podría ser diferente, la libertad de expresión es su 'reina'. Hablamos de un espacio a través del cual la comunicación salva cualquier género de impedimento espacial y temporal. La libertad de expresión adopta entonces nuevos perfiles a partir del desarrollo de este medio y de los caracteres propios de la sociedad de la información. Internet se convierte así en el nuevo paradigma de la libertad de expresión y con ella nace un nuevo marco para lesiones de derechos, sobre todo de los derechos al honor, la propia imagen e intimidad.

En España, la LODHI, que es la norma básica de protección de estos derechos desde el punto de vista civil, fue promulgada en un momento en que las TIC's, o mejor dicho internet, prácticamente era inexistente. Básicamente la aplicación de esta norma se ha centrado en los conflictos que han surgido en

¹⁰⁰⁵MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma*. [In: AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte Y Ricard Martínez Martínez (Editores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013, pp.91-92].

¹⁰⁰⁶SOLER PRESAS, Ana. *Am I in Facebook?. Sobre la responsabilidad de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen del sujeto*. [InDret, 3/2011, p.9].

los medios de comunicación tradicionales: televisión, radio, prensa, sobre todo en caso de personajes famosos.

El problema que se plantea es que, esta norma, que tiene más de treinta años, no contempla las TIC's, es decir, internet, aunque sí habla en el art. 7 de aparatos de filmación o dispositivos ópticos. No obstante, esta ley ya nació o ha sido en algunos puntos puesta en duda por su redacción y su poca claridad en algunas cuestiones¹⁰⁰⁷. Además, como se infiere en la doctrina, provocó polémica en su momento por los defectos que tenía así como por sus ausencias¹⁰⁰⁸.

Así que la protección de la intimidad frente a la dimensión global que alcanza una publicación en internet, es uno de los aspectos que más debate o inquietud han suscitado. Sin embargo, las garantías propias de los derechos tradicionales también son aplicables y mantienen su vigencia, aunque se esté frente a nuevos medios de comunicación, puesto que, como señala ROIG: *“(…) los derechos tradicionales, como por ejemplo la intimidad o la libertad de expresión, pueden ofrecer perfectamente garantías frente a vulneraciones tecnológicas. Eso sí, hay que hacer el esfuerzo de estudiar y conocer las posibilidades infractoras de las nuevas tecnologías”*¹⁰⁰⁹.

Esta dimensión global que alcanza una publicación en internet se encuentra clara en una sentencia del TEDH - caso Mosley contra Reino Unido¹⁰¹⁰. En este caso, el demandante había sido objeto de un artículo en el *'News of the World'*, encabezado con fuertes titulares y en el cual se mostraban fotografías suyas participando en actividades sexuales, a las que se atribuía una naturaleza sadomasoquista y nazi, extraídas a partir de las imágenes de un video grabado sin su consentimiento. Esta noticia se acompañaba de un enlace a una página web en la que se podía ver este vídeo editado a partir de las imágenes grabadas por uno de los participantes en las actividades sexuales, de forma secreta y previo pago.

¹⁰⁰⁷YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La Ley del honor, veinte años después*. [In: Diario La Ley, nº 5591, Sección doctrina, 19 de julio de 2002].

¹⁰⁰⁸FAYOS GARDÓ, Antonio. *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [InDret 4/2007, p.7]

¹⁰⁰⁹ROIG, Antoni. *Comentario Jurisprudencial. Derecho Público y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)*. Revista catalana de dret públic, nº 35, 2007, p.11.

¹⁰¹⁰STEDH, Caso Mosley c. *The United Kingdom*, de 10 de mayo de 2011.

Para se ver la potencia de internet, dicho vídeo fue visto en internet 1,4 millones de veces, en un solo día. La versión *online* fue visitada 400 000 veces. Ciertamente a Gutenberg causaría una gran sorpresa. Los tribunales británicos, entendieron que se había producido una vulneración del derecho a la 'privacy', que no había connotaciones nazis, y que no existía justificación alguna para la publicación de este artículo sobre su vida privada junto con las imágenes y condenaron por daños a una fuerte sanción económica al periódico.

V. La renuncia de derechos y eficacia frente a terceros del derecho a la intimidad en el espacio virtual.

Como hemos visto a lo largo de esta investigación, en verdad, es el titular del derecho a la intimidad quién delimita lo que sea su intimidad, aunque hay circunstancias, según posicionamiento del TC, es dable seleccionar como un grupo de temas que, por su contenido, podría identificarse con ‘lo íntimo’ y que, por ende, integraría el ámbito de cobertura del artículo 18.1 CE, como la intimidad corporal, la vida sexual, acoso sexual, vida sentimental, estado de salud, el momento de la muerte de una personal; las relaciones matrimoniales; y la filiación, etc.¹⁰¹¹

El legislador, los jueces y Tribunales fijarán los límites a esa decisión, a la ‘intimidad’ así acotada, imponiendo al titular del derecho la publicidad de lo que él pretendía íntimo, o dando garantía a quien se la dio en contra de la voluntad de su titular acudiendo a aquéllos bienes, intereses o derechos constitucionales garantizados aptos para esa función limitadora¹⁰¹².

Definida así, en resumidas cuentas, la intimidad del artículo 18.1 CE, su vulnerabilidad en la red es enorme, porque cada vez que se revela información por ese medio abarcaría sustentar que se ha renunciado al derecho a la intimidad, dejando desamparado a su titular, víctima de su propio poder de decisión sobre lo que considera íntimo o no. La pregunta es: ¿Estamos delante de una renuncia del derecho a la intimidad en estos casos? Entendemos que no.

La materia que plantea el derecho a la intimidad en el espacio virtual que recrea la red, es la aparente renuncia que de él se hace por su titular

¹⁰¹¹STC 37/1989, de 15 de febrero; 156/2001, de 2 de julio; 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero; 70/2009, de 23 de marzo; 159/2009, de 29 de junio; 224/1999; de 13 de diciembre; 207/1997, de 27 de noviembre; 151/1997, de 29 de septiembre; 136/2001, de 18 de junio; 121/2002, de 20 de mayo; 154/1999, de 14 de septiembre; 20/1992, de 14 de febrero, 232/1993, de 12 de julio; 231/1988, de 2 de diciembre; 234/1997, de 18 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 144/ 1999, de 22 de julio, entre otras. [In: MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, pp.24-29]. STC 37/1989, de 15 de febrero, F.J.7º; STC 231/1988, de 2 de diciembre; STC 83/2002, de 22 de abril; STC 47/2001, de 2 de diciembre, F.J.6º; STC 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º; STC 134/1999, de 15 de julio, F.J.5º.

¹⁰¹²STC 159/2009, de 29 de junio, F.J.3º.

engañado, posiblemente, por la falsa sensación de control y 'privacidad' que ofrecen sus instrumentos de interrelación¹⁰¹³.

Si la intimidad es, en definitiva, información reservada a uno mismo, donde el titular detiene *"(...) el poder de resguardar ese ámbito reservado (...) para sí y su familia de una publicidad no querida"*¹⁰¹⁴, y en consecuencia, *"(...) el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido"*¹⁰¹⁵, lo que produce la red es que a través de muchos de sus medios de comunicación con terceros se crea la impresión de una comunicación interpersonal sustraída al conocimiento de otras personas, protegida por tanto por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 CE) antes que por el derecho a la intimidad.

Sin embargo, no es así, porque en algunas veces las condiciones de uso de ese canal nos indican su condición de canal asequible a terceros; en otros porque una vez divulgada esa información ya no puede considerarse íntima, o por lo menos ya no lo es para la otra parte de la comunicación de manera, y como se ha pronunciado el TC en la STC 114/1984, su empleo por él, incluso su transmisión a otros, no es una violación del derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰¹⁶.

Inicialmente, la persona que desvela información 'íntima' a otra persona, estaría desamparada si ha consentido tácita o expresamente que un tercero la reciba. Si a ello sumamos que, si ese tercero emplea o revela a otros esa información, cabe pensar que al no ser un poder público no habría lesión ni del derecho a la intimidad ni del derecho al secreto de las comunicaciones pues el usuario es un particular respecto del que la eficacia de los derechos fundamentales resulta reducida.

¹⁰¹³Sobre el tema véase ETZIONI, Amitai. *Los límites de la privacidad*. 1ª Ed., Edisofer S.L., Edit. B de F, Montevideo, Buenos Aires: 2012.

¹⁰¹⁴SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.3º; 236/2007, de 7 de noviembre, F.J.11º; 60/2010, de 7 de octubre, F.J.8º, entre otras.

¹⁰¹⁵STC 196/2004, de 15 de noviembre, F.J.2º, y STC 206/2007, de 24 de septiembre, F.J. 4º.

¹⁰¹⁶STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J.8º.

¿Se trata, además, de un problema de eficacia entre terceros de derechos fundamentales? Según VILLAVERDE¹⁰¹⁷, y con quién comulgamos entendimiento, no es el caso.

Cada vez que la persona toma una decisión relativa a la información que de sí va a revelar a otros y a qué otros la va a revelar, ejerce su derecho fundamental a la intimidad, no está renunciando a él¹⁰¹⁸. El titular dispone de su derecho y consiente la “intromisión” en esa esfera, territorial o informacionalmente. En rigor, no es una renuncia al derecho, porque no se abdica de él, sino su mero ejercicio¹⁰¹⁹.

Otra cosa es que en ese ejercicio del derecho medie un consentimiento expreso o tácito del titular del derecho. En definitiva, ejercer el derecho a la intimidad es consentir o no que un tercero acceda a lo que cada cual tiene por íntimo. Y como ha indicado el TC en la STC 117/1994, ese consentimiento es revocable en cualquier momento¹⁰²⁰, decisión que se impone sobre los terceros que hayan accedido a esa información impidiéndoles su uso. Obviamente, el acceso previo no se torna en intromisión ilegítima una vez revocado el consentimiento, pues éste carece de efectos retroactivos. Ahora bien, deja sin efecto cualquier pacto o negocio jurídico relativo a la revelación de aquella información¹⁰²¹.

Estos son los términos del alcance de la eficacia entre terceros del derecho a la intimidad. Su eje es el consentimiento sobre el acceso a la información originalmente considerada íntima. La intromisión contraria al artículo 18.1 CE del tercero privado en el derecho a la intimidad se produce cuando no contaba con el consentimiento de su titular porque le está imponiendo el deber unilateral de soportar el acceso a aquello que ha querido sustraer al conocimiento ajeno.

El TC a través de la STC 173/2011 así ha declarado con mucha claridad cuando ha afirmado que “(...) *no obstante lo anterior, hemos afirmado que el*

¹⁰¹⁷VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La intimidad, ese ‘terrible derecho’ en la era de la confusa publicidad virtual*. Espaço Jurídico, Vol. 14, nº 3, 2013, pp.57-72.

¹⁰¹⁸Sobre el tema véase FRUMER, Philippe; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid: 2013.

¹⁰¹⁹FRUMER, Philippe; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid: 2013, pp.95 y ss.; y 103 y ss.

¹⁰²⁰STC 117/1994, de 25 de abril, F.J.3º y STC 159/2009, de 29 de junio, F.J.3º.

¹⁰²¹STC 117/1994, de 25 de abril, F.J.6º.

consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto “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” (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad (FJ 9)”¹⁰²².

Cuando se utiliza un medio virtual de comunicación prestado por la red, y a través suyo se revela una información personal, el titular del derecho fundamental está tolerando la intromisión en su ‘intimidad’, el acceso de otra persona a su esfera privada y el uso de la información así adquirida. A partir de de ahí, entrará en juego el derecho a la protección de datos. Un instrumento jurídico que confiere al sujeto que ha autorizado el acceso a su intimidad para seguir manteniendo un poder de control sobre el uso y destino de esa información¹⁰²³.

¹⁰²²STC 173/2011, de 7 de noviembre, F.J.2º.

¹⁰²³Por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.5º.

VI. Redes sociales de internet como forma de limitación del derecho a la intimidad.

En la actual sociedad de la información, como venimos afirmando a lo largo de esta investigación, internet se ha convertido en un gran fenómeno que, sin duda, ha revolucionado la manera de pensar, actuar, buscar información, trabajar y, en definitiva, relacionarse a nivel global gracias a sus funcionalidades, herramientas y aplicaciones. En este sentido, una de las herramientas que mejor acogida ha tenido en los últimos años son las llamadas redes sociales (en adelante SRS – servicios de redes sociales).

La entrega voluntaria de datos personales a través de las redes sociales, es la coronación de la ‘sociedad de la información’ que, a través de la *web* ofrecen en bandeja los últimos restos de su intimidad.

Es por ello que, como subrayado, en esta investigación nos ocuparemos de una forma más profundizada en las redes sociales, porque a través de ella surgen varios problemas de vulneración del derecho a la intimidad, no sólo con relación a la protección de datos, sino que también por el cambio del concepto de ‘lo íntimo’ por sus usuarios.

La tendencia actual de los servicios que la Red pone al alcance del usuario -foros, blogs, wikis o redes sociales- se construye a partir de un nexo común que tiene en su base la actividad colaborativa, a la vez que los cambios tecnológicos y sociales han contribuido a la implantación y crecimiento popular de esta nueva forma de creación, colaboración y acceso a la información. Pero la notoriedad de estos espacios sociales no queda exenta de riesgos o posibles ataques malintencionados.

Partiendo de esa premisa, las próximas secciones ofrecen un análisis en profundidad sobre las cuestiones más relevantes que afectan directamente a las redes sociales y sitios web colaborativos.

VI.1. Las Redes Sociales.

Como hemos visto en sección anterior, la web 2.0 ha dado alas al surgimiento de las redes sociales. Sin embargo, la idea no es tan nueva como pudiera parecer. Tal y como indica BARRIUSO¹⁰²⁴, el origen del concepto de red social puede encontrarse en la teoría denominada de 'los seis grados' enunciada originalmente por pelo escritor húngaro Frigyes Karinthy en 1929¹⁰²⁵ en el cuento llamado Chains.

Conforme esta teoría cualquier individuo puede estar conectado a cualquier otra persona en el planeta, a través de una cadena de conocidos con no más de cinco intermediarios (con un total de seis conexiones). La cifra de conocidos aumenta a medida que lo hacen los eslabones de la cadena. Los individuos de primer grado serán los más próximos y, según se avanza en el grado de separación, disminuye la relación y la confianza¹⁰²⁶.

El concepto está basado en la idea de que el número de conocidos crece exponencialmente con el número de enlaces en la cadena, y sólo un pequeño número de enlaces en la cadena son necesarios para que el conjunto de conocidos se convierta en la población humana entera¹⁰²⁷.

Dicha teoría encuentra especial destino en un entorno como internet, de manera que las posibilidades de completar esta cadena global de contactos se incrementan en dicho entorno.

¹⁰²⁴BARRIUSO RUIZ, Carlos. *Las redes sociales y la protección de datos hoy*. Anuario Facultad de derecho, Universidad de Alcalá II, Madrid: 2009, pp.301-338.

¹⁰²⁵Citado por AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.19.

¹⁰²⁶MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Aspectos jurídicos privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad*, [In: *La protección jurídica de la intimidad*. Javier Boix Reig (Director) y Ángeles Jareño Leal (Coordinador), Iustel, Madrid: 2010, p. 340].

¹⁰²⁷Como cuestión a tener en cuenta baste decir que Yahoo y Facebook han intentado probar la teoría de los seis grados de separación. En concreto, se llama, 'Experimento del Mundo Pequeño' y el objetivo es determinar el largo cambio social entre dos extraños, revisando los datos de los 750 millones de usuarios de Facebook, los que en promedio tienen 130 amigos. Cualquiera con una cuenta de Facebook puede participar en el experimento, se le solicitará escoger a una persona de entre sus amigos que crea que tiene más posibilidades de conocer a la 'persona objetivo' que le sea asignada. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.313.

Internet y el desarrollo de potentes aplicaciones informáticas que generan plataformas de intercambio de información e interacción entre individuos ha supuesto una auténtica revolución para la aparición del concepto de red social tal y como se conoce hoy en día. La universalidad que ofrece la red permite ampliar el número de contactos y estrechar lazos de unión entre aquellos usuarios que tienen intereses comunes.

En 1995 Randy Conrads crea el sitio web 'classmates.com'. Con esta red social se pretendía que los usuarios pudiesen recuperar o mantener el contacto con antiguos compañeros del colegio, instituto, universidad, etc.

En el año 2002 comienzan a aparecer sitios web que promocionan las redes de círculos de amigos en línea, adquiriendo popularidad en el año 2003 con la llegada de portales web como 'MySpace' o 'Xing'.

La popularidad de estas plataformas creció exponencialmente. Grandes empresas y multinacionales de internet emprendieron entonces nuevos proyectos en el entorno de las redes sociales. Así, cabe señalar como claros ejemplos el lanzamiento de 'Orkut' por Google o 'Yahoo! 360º' por parte de Yahoo. A esto se une la creación de otras muchas redes sociales verticales que han ido apareciendo, dedicándose a sectores concretos¹⁰²⁸.

Aunque el término 'redes sociales' entraña una cierta dificultad, la definición dada por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, en su 'Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea' adoptado el 12 de junio de 2009, es una de las más completas que existen en la actualidad, teniendo en cuenta la dificultad que entraña definir las distintas redes sociales configuradas de manera muy dispar en cada uno de los estados miembros de la UE y conforme criterios de privacidad¹⁰²⁹.

A pesar de estas diferencias, todas ellas se someten al mismo marco jurídico general, recogido en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y

¹⁰²⁸ Así, cabe destacar la aparición en España de redes sociales como Minube.com, Patatabrava.com, Moterus.com, VIVO.com, dedicada a sectores concretos como los viajes, la universidad, las motos y el mundo del espectáculo.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en: 08.04.2016.

¹⁰²⁹ MARTOS DÍAZ, Natalia y CASADO OLIVA, Óscar. *Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de edad. Sistemas de autorregulación*. [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013, pp.231-232.

del Consejo, de 24 de octubre de 1995, de protección de las personas frente al tratamiento de sus datos personales y de libre circulación:

“Los SRS pueden definirse generalmente como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se definen en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Los SRS comparten determinadas características:

- *Los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o ‘perfil’;*
- *Los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios);*
- *Las ‘redes sociales’ funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar.*

Los SRS generan la mayoría de sus ingresos con publicidad que se difunde en las páginas web que los usuarios crean y a las que acceden. Los usuarios que publican en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a los publicitarios que desean difundir publicidad específica y basada en esta información. Es por tanto importante que los SRS funcionen respetando los derechos y libertades de los usuarios, que tienen la expectativa legítima de que los datos personales que revelan sean tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la protección de datos y de la intimidad”¹⁰³⁰.

El elemento angular en el que las redes sociales se apoyan a fin de permitir a sus usuarios generar y publicar contenidos es el denominado perfil personal¹⁰³¹.

¹⁰³⁰MARTOS DÍAZ, Natalia y CASADO OLIVA, Óscar. *Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de edad. Sistemas de autorregulación.* [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional.* Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013, pp.231-232.

¹⁰³¹AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales.* Bosch, Barcelona: 2016, p.20.

El aumento de popularidad de las redes sociales ha trascendido en paralelo al aumento en los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. Esto ha hecho de internet un medio más social que permite comunicar, entretener y compartir. Los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros usuarios con ciertos conocimientos de programación (web 1.0), a una etapa en la que los contenidos son producidos por los propios usuarios equipados con un ordenador, conexión y conocimientos básicos en el uso de Internet (web 2.0). Son un ejemplo donde el internet deja de ser un espacio de información para convertirse en un espacio virtual alimentado por el consumo de sus usuarios, que figuran como sujetos pasivos y activos también, porque estos aportan grande cantidad de información, son consumidores y creadores; interesados y responsables¹⁰³².

Dada la importancia de este fenómeno, el Grupo Internacional sobre protección de datos en las Telecomunicaciones de Berlín aprobó, en su reunión del 4 de marzo de 2008 el ‘Rome Memorandum’¹⁰³³. En esta posición común, que destaca que “(...) *uno de los desafíos que pueden observarse es que la mayoría de la información que se publica en las redes sociales, se hace bajo la iniciativa de los usuarios y basado en su consentimiento*”, se analizan los riesgos para la privacidad y seguridad de las redes sociales, y se apuntan unas pautas a los reguladores, a los proveedores y a los usuarios. En este documento se establece que la aparente gratuidad de los servicios no se da siempre, dado que los usuarios, de hecho, pagan a través de usos secundarios con sus perfiles personales como puede ser el marketing dirigido o personalizado.

Por otro lado, la ‘European Network and Information Security Agency’ (ENISA) publicó en octubre de 2007 un documento de síntesis “Recomendaciones y seguridad para las redes sociales online”¹⁰³⁴ dirigido tanto

¹⁰³²RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. *La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones*. [In: AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor), PUJ (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011, p.83].

¹⁰³³Disponible en: http://www.datenschutzberlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf
Acceso en: 08.04.2016.

¹⁰³⁴Disponible en: https://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf
Acceso en: 08.04.2016.

a los proveedores de redes sociales como a los órganos encargados de dictar normas al respecto, en el que se realizan una serie de recomendaciones, entre las que se destaca la inversión en educación de los usuarios de estas redes o la promoción de mayores controles de acceso y autenticación.

Partiendo de las reflexiones anteriores, puede considerarse que: “*Las redes sociales online son servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles*”¹⁰³⁵.

Una vez delimitados los rasgos definidores del concepto de red social, debe apreciarse que existe una tipología de dicho fenómeno.

El estudio de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) y Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (en adelante INTECO) sobre privacidad y datos personales hace una clasificación de redes sociales distinguiendo en un primer momento dos grandes grupos: - las generalistas o de ocio y, - las profesionales.

Dentro de las primeras menciona a las plataformas de intercambio de información, las redes sociales basadas en perfiles y las *microblogging*. Redes sociales como *Facebook* o *Tuenti*, son redes sociales que se basan en la construcción de perfiles y según el estudio son las más utilizadas en Internet¹⁰³⁶.

Las redes sociales están en constante evolución y van creando nuevas funcionalidades con la finalidad de que nuevos usuarios se unan a las mismas. Actualmente la mayoría de las personas con quien convivimos ‘están’ en una red social, del tipo que sea, básicamente en *Facebook* que es la más utilizada.

¹⁰³⁵Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

¹⁰³⁶Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

DUMORTIER¹⁰³⁷ habla del efecto de normalización de *Facebook* en el sentido de que cada vez es más raro no estar en *Facebook*. Cualquier usuario de Internet tiene al menos una cuenta de correo electrónico, pero sí que es cierto que entre algunos sectores de la sociedad causa extrañeza que estos mismos usuarios no tengan un perfil en una red social.

En cierto modo, las redes sociales o por qué no, las aplicaciones para los teléfonos móviles del estilo *Whatsapp* (porque no podemos olvidar de los *Smartphones* y las *tablets*), ahorran tiempo y dinero a los usuarios, porque el emisor con sólo enviar un mensaje hace con que llegue a diversos receptores a la vez.

En España los SRS de mayor éxito son *Tuenti*, *Facebook* y *Twitter*, seguidas de *Messenger*, *Youtube* y *Linkedin*, y acompañadas del surgimiento de nuevas propuestas (*Google+*, *Instagram*, *Tumblr*)¹⁰³⁸.

Asimismo, en Europa se han desarrollado numerosos SRS regionales adaptados a las peculiaridades sociológicas de cada región y que, en cada uno de estos países gozan de enorme éxito. Varias de ellas son: Arto (Dinamarca), Bebo (Reino Unido), Dailymotion (Francia), Giovani (Italia), Hyves (Holanda), Nasza-Klasa (Polonia), Netlog (Bélgica), One (Italia), Rate (Estonia), Skyrock (Francia), Aka Aki (Alemania), Badoo (Inglaterra), Iwiw (Hungría), VZ (Alemania), Xing (Alemania), Zoo.gr (Grecia) y, cómo no, *Tuenti* en España¹⁰³⁹.

En España los SRS se han constituido como un nuevo espacio de comunicación que, de forma progresiva, en los últimos años están reemplazando a otros medios tradicionales de comunicación digital tales como la telefonía móvil o los SMS (*Short Messages System*).

Todo este éxito de los SRS deriva de varios factores: - su carácter gratuito así como la inmediatez y sencillez de sus servicios que permiten la interacción entre usuarios mediante la comunicación de fotografías,

¹⁰³⁷El autor pone una situación muy gráfica que creemos que es interesante reproducir cuando habla de esta normalización: "(...) un futuro en que los empresarios se pregunten lo siguiente: 'por qué el Sr. X no está en Facebook? Es raro... ¿tiene algo que ocultar?', quizá no sea tan lejano". DUMORTIER, Franck. *Facebook y los riesgos de la 'descontextualización' de la información*. Revista internet, Derecho y Política, nº 9, 2009, p.32.

¹⁰³⁸MARTOS DÍAZ, Natalia y CASADO OLIVA, Óscar. *Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de edad. Sistemas de autorregulación*. [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013, p.233].

¹⁰³⁹*Ibidem*

comentarios y mensajes privados y, - la implantación de servicios de acceso a internet de banda ancha y la instalación de equipos en los hogares españoles ha fomentado el uso de estas plataformas de manera aguzada¹⁰⁴⁰.

Todo ello hace que la información publicada en línea por los usuarios de SRS configure un escenario donde se da margen a la implicación de bienes jurídicos susceptibles de protección como el derecho a la intimidad.

VI.1.1. Riesgos que plantean las redes sociales al derecho a la intimidad.

Como hemos comentado, las redes sociales ofrecen múltiples funcionalidades. Entre ellas, las más usadas, están el compartir y subir fotos. Sin embargo, a pesar de las oportunidades y ventajas de estas funcionalidades, conviene señalar que, este tipo de plataformas, no se encuentran exentas de riesgos tal y como se expone HERRÁN ORTIZ¹⁰⁴¹ *“(…) al tiempo que se ensalzan sus innegables ventajas y bondades, deben señalarse sus peligros, y debe informarse y educarse para una actuación prudente, ordenada y vigilante que ayude al usuario a actuar con el sentido común y la prudencia deseables en todas las situaciones de la vida cotidiana”*.

La generalización en el uso de las redes sociales ha incrementado los problemas legales que pueden surgir con su uso, ya que las herramientas que facilita cada red permite la inclusión de datos personales, imágenes o videos en los que también pueden aparecer otras personas, lo que conlleva la divulgación de aspectos que afectan a la privacidad e intimidad de terceros¹⁰⁴².

No respetar el derecho a la intimidad ajena es una de las consecuencias de realizar un mal uso de las redes sociales, y en muchas ocasiones se produce, casi sin ser consciente de ello, una vulneración de derechos

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁴¹ HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. *Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?*. [In: Revista Vasca de Administración Pública, nºs 87-88, 2010, p.530].

¹⁰⁴² SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.106.

constitucionales como el honor, la intimidad¹⁰⁴³ o la propia imagen, o infracciones de leyes como la Ley 15/1999, la LOPD; la ley de Propiedad Intelectual del Real Decreto Legislativo 1 /1996 y su Reforma por Ley 21/2014, de 4 de noviembre o la Industrial, mediante la Ley 11/1996, de 20 de marzo, de Patentes, o de la normativa de protección de Consumidores, Ley 3 /2014, de 27 de marzo, modificadora del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y usuarios¹⁰⁴⁴.

El derecho a la intimidad incide en la preservación del conocimiento de las acciones, hechos e informaciones más íntimas, cuyo conocimiento se reserva cada persona¹⁰⁴⁵, siendo muchas las posibles vulneraciones que se producen en las redes sociales, y que conllevan la posibilidad de ejercicio de acciones legales de reclamación de daños y perjuicios, y en su caso el ejercicio de las correspondientes acciones penales frente al infractor.

Se trata del tan frecuente hecho de usuarios que publican información ajena, fotografías, vídeos o comentarios sin consentimiento del afectado. En este caso es necesario concienciar a todos los usuarios de redes sociales que es necesaria la previa autorización de los afectados para su publicación, siendo legal solicitar por el afectado su retirada inmediata de la red social, y si no se

¹⁰⁴³ Como hemos comentado exhaustivamente en la parte primera y segunda de esta investigación, la protección a la intimidad recogida en el artículo 18 CE, está directamente ligada a la autonomía de la voluntad protegiendo la esfera más íntima del individuo y se encuentra estrechamente unida a la protección de la dignidad humana. El apartado 1 del citado artículo 18 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar y personal. La protección constitucional al derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, y 197/1991) frente a la divulgación del mismo por terceros y de una publicidad no querida. Y en el mundo de internet, el Art. 18.4CE establece que la ley *“limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*. No se garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.a CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tano, veda que sean los terceros, particulares o incluso poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (SSTC 83/2002 y 99/2002), máxime cuando se expone sin nuestro consentimiento. El derecho a la intimidad confronta en la web con el derecho de expresión e información, y como exponemos en la parte segunda de esta investigación, ningún derecho constitucional es ilimitado; por lo que ante una colisión de derechos habrá que examinar cada caso concreto; porque, como decimos, ninguno es ilimitado (SSTC 159/1986 y 297/2000).

¹⁰⁴⁴ SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.106.

¹⁰⁴⁵ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.3º; 236/2007, de 7 de noviembre, F.J.11º; 60/2010, de 7 de octubre, F.J.8º entre otras.

lleva a cabo esa retirada, proceder a interponer acciones legales oportunas por vulneración de la intimidad que se ha producido en cada caso¹⁰⁴⁶.

Las redes sociales generalistas o de ocio cuentan con un nivel de riesgo superior al de las redes sociales profesionales, dado que los usuarios exponen no sólo sus datos de contacto o información profesional (formación, experiencia laboral), sino que se pueden exponer de manera pública las vivencias, gustos, ideología y experiencias del usuario, lo que conlleva que el número de datos de carácter personal o sensibles puestos a disposición del público es mayor que en las redes sociales de tipo profesional.

Asimismo, se tratan datos especialmente protegidos, lo que supone un mayor nivel de riesgo para la protección de dichos datos personales y, por ende, del ámbito de la intimidad de los usuarios¹⁰⁴⁷.

Hay doctrinas que han señalado que las redes se basan en la confianza y que ésta se obtiene con el conocimiento del otro, y por tanto, “(...) esto provoca que se considere que habitualmente que cuanto más confianza hay, más datos personales identificables (PII, en inglés) del otro se desea tener y, por tanto, más riesgo para la privacidad”¹⁰⁴⁸.

Entre las principales situaciones, cabe señalar que:

- Existe un problema derivado de la falta de toma de conciencia real por parte de los usuarios de que sus datos personales serán accesibles por

¹⁰⁴⁶SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales. Op. Cit.*, p. 107.

¹⁰⁴⁷Otro problema que se enfrenta en la actualidad son los perfiles en redes sociales de personas fallecidas. Decidir qué pasará tras nuestra muerte con todo lo publicado en nuestros perfiles sociales, blogs, nuestra cuenta de correo... en definitiva todo lo que hemos publicado en internet durante nuestros años de vida es ya una realidad en Francia. Acaba de aprobar el derecho a la muerte digital. El Gobierno francés acaba de aprobar la Ley para una República Digital que entre otros aspectos reconoce el derecho a la muerte digital. Con ello aquellas personas que lo deseen podrán dejar en vida su testamento digital. Decidirán qué persona se encargará de su herencia digital. La persona asignada podrá acceder a los perfiles sociales del fallecido, a sus blogs, webs... y decidir qué hacer con ellos, qué publicaciones mantendrá, cuáles eliminará, siguiendo la última voluntad del fallecido. En caso de que la persona no haya nombrado un albacea de su identidad digital, serán los familiares directos los que decidan quién se ocupará de dicha muerte digital. El texto debe ser aprobado por el Senado y se espera que entre en vigor en el corto plazo. Francia es el primer país europeo en regular este derecho. En Estados Unidos ya hay algunos estados que han promulgado una legislación al respecto. Hasta la fecha, cuando fallece una persona, son los familiares y amigos los que se ponen en contacto con las redes sociales tipo Facebook, Twitter, Youtube... para comunicar el fallecimiento y solicitar que los perfiles sean borrados. A veces sus peticiones no son atendidas o tardan mucho tiempo en recibir una respuesta. Con esta legislación se consigue hacer constar la voluntad del fallecido. Artículo: *El derecho a la muerte digital*". Blog – Derecho al olvido en internet, de 2.03.2016. Disponible en: <http://www.derechoalolvido.eu/el-derecho-a-la-muerte-digital/> Acceso en: 15.04.2016.

¹⁰⁴⁸ROIG, Antoni. *E-privacidad y redes sociales. [In: Revista de Internet, Derecho y Política, nº 9, 2009, p.48.*

cualquier persona y del valor que éstos pueden llegar a alcanzar en el mercado. En muchos casos, los usuarios hacen completamente públicos datos y características personales que en ningún caso expondrían en la vida cotidiana como ideología, orientación sexual y religiosa, etc.

- Los datos personales pueden ser utilizados por terceros usuarios malintencionados de forma ilícita.

- Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario, generando situaciones jurídicas perseguibles que pueden llegar a derivarse de este hecho¹⁰⁴⁹.

- El hecho de que, a través de las condiciones de registro aceptadas por los usuarios, éstos cedan derechos plenos e ilimitados sobre todos aquellos contenidos propios que alojen en la plataforma, de manera que pueden ser explotados económicamente por parte de la red social¹⁰⁵⁰.

Por todo ello, y a pesar de que las redes sociales descritas anteriormente cuentan con una infinidad de beneficios para sus usuarios, éstos no deben obviar el hecho de que se trata de herramientas públicas y accesibles para cualquier tipo de persona, con independencia de que las intenciones con las que se accede sean negativas o ilícitas.

Cada individuo decide libremente qué áreas de su intimidad desea hacer públicos y cuáles no; se trata de una opción libre que nadie puede tomar por otro en una red social, sin su expreso consentimiento¹⁰⁵¹.

Es habitual que los usuarios de redes sociales no sean conscientes o descuiden de la privacidad de sus perfiles. En el reciente *Estudio Redes Sociales Análisis cuantitativo y cualitativo sobre hábitos, usos y actuaciones* publicado por 'Ofcom' (Office of Communications) se afirma que casi la mitad de los usuarios de redes sociales analizados (43%) tienen su perfil de usuario

¹⁰⁴⁹Ejemplo de este supuesto lo constituye la implicación en delitos de estafa online, como el "Phishing Car", donde los estafadores utilizan perfiles de cierto renombre en la Red, para otorgar una mayor entidad y credibilidad al negocio ficticio.

¹⁰⁵⁰En este sentido, una de las polémicas más relevantes fue la ocurrida en el año 2006 con el grupo musical 'Artic Monkeys', que estuvo al borde de perder los derechos sobre sus propias canciones, al haberlas alojado en una importante red social para darse a conocer en sus comienzos. Conforme Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

¹⁰⁵¹SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manual de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.106.

sin restricciones de privacidad y disponible para que pueda ser visitado por cualquier otro usuario¹⁰⁵².

Las conferencias internacionales sobre privacidad insisten en señalar que es preciso formar e informar a los nuevos usuarios de las posibles consecuencias de publicar datos de carácter personal y de los riesgos de seguridad que sus acciones conllevan, siendo recomendable incluir limitaciones a la visibilidad de datos de los perfiles, y promover el uso seudónimos en redes sociales¹⁰⁵³.

Pues, bien, como se ha señalado, las redes sociales en las que los usuarios exponen sus experiencias no quedan exentas de peligros o posibles ataques malintencionados y pueden generarse situaciones que amenacen la integridad del derecho a la intimidad personal y familiar del usuario, así como los derechos de terceros.

El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (en adelante INTECO)¹⁰⁵⁴ indica que el *primer momento* crítico se sitúa en el registro del usuario y la configuración del perfil, dado que es la fase en la que el usuario debe valorar qué información personal desea publicar, así como configurar el

¹⁰⁵² Como hemos comentado exhaustivamente en la parte primera y segunda de esta investigación, la protección a la intimidad recogida en el artículo 18 CE, está directamente ligada a la autonomía de la voluntad protegiendo la esfera más íntima del individuo y se encuentra estrechamente unida a la protección de la dignidad humana. El apartado 1 del citado artículo 18 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar y personal. La protección constitucional al derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, y 197/1991) frente a la divulgación del mismo por terceros y de una publicidad no querida. Y en el mundo de internet, el Art. 18.4CE establece que la ley “limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derecho”. No se garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.a CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tano, veda que sean los terceros, particulares o incluso poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (SSTC 83/2002 y 99/2002), máxime cuando se expone sin nuestro consentimiento. El derecho a la intimidad confronta en la web con el derecho de expresión e información, y como exponemos en la parte segunda de esta investigación, ningún derecho constitucional es ilimitado; por lo que ante una colisión de derechos habrá que examinar cada caso concreto; porque, como decimos, ninguno es ilimitado (SSTC 159/1986 y 297/2000).

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

¹⁰⁵³ SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.106.

¹⁰⁵⁴ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

grado de publicidad con el que contará dicha información. Este punto, es muy importante, y ha de ser tenido en cuenta por los usuarios, pues será esencial para la posterior protección de su intimidad y de la de todos los miembros de su red.

En este momento inicial de toma de datos se incidirá en el derecho a la intimidad personal y familiar únicamente si se solicitan datos íntimos. Por otra parte, también se incidirá si el servicio ofrece al usuario la posibilidad de adoptar decisiones sobre su entorno. Por ejemplo, si el espacio puede ser configurado como de acceso restringido o acceso público, el uso posterior podría repercutir no ya en la intimidad sino también en el honor o en la propia imagen personal o de las personas a las que eventualmente el usuario haga referencia.

Así, un posible riesgo que se puede plantear es que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, bien por desconocimiento o porque la propia red no disponga de estas opciones de configuración.

Una correcta configuración del perfil de privacidad del usuario es fundamental, puesto que, con frecuencia, esta se encuentra activada por defecto en la plataforma en la modalidad que permite el máximo de publicidad. Por tanto, la no configuración o la configuración incorrecta de este aspecto puede afectar no sólo a los contenidos propios que hubiera publicado el usuario, sino también al resto de los usuarios con los que hubiera publicado información compartida, puesto que ésta será accesible por parte del resto de los miembros de la plataforma.

El uso habitual que se realice de la plataforma es el *segundo momento* en el que la intimidad y la propia imagen, pueden verse vulnerados, lo que dependerá del tipo de actividades que los usuarios lleven a cabo.

Así, se puede menoscabar la protección de estos derechos con la publicación de contenidos e información íntima en la plataforma. En este sentido, y si bien es cierto que en principio cualquier usuario controla los contenidos que desea publicar, no siempre aquel valora a priori las implicaciones que puede conllevar la exposición de determinados contenidos. Además, el control de la información publicada en una red social es limitado, en la medida en que cualquier persona o contacto de la red puede publicar

fotografías, vídeos y comentarios en los que aparecen imágenes o etiquetas con el nombre de otro usuario. Este último hecho, sin duda alguna, puede poner en riesgo la integridad de los derechos mencionados, así como otros que se analizarán con posterioridad.

Además, y en línea con lo anterior, cabe señalar que el grado de información, datos e imágenes publicados pueden ser excesivos y afectar a la privacidad, tanto personal como de terceros.

Por lo que respecta a la intimidad personal: a pesar de que sean los usuarios los que voluntariamente publican sus datos, los efectos sobre la intimidad pueden tener un alcance mayor al que consideran en un primer momento ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, la capacidad de procesamiento y el análisis de la información facilitada por los usuarios.

Por lo que respecta a la intimidad de terceros: es esencial que los usuarios tengan en cuenta que la publicación de contenidos con información y datos respecto a terceros no puede ser realizada si éstos no han autorizado expresamente su publicación, pudiendo solicitar su retirada de forma inmediata.

Es importante tener en cuenta que en la gran mayoría de ocasiones, las redes sociales permiten a los motores de búsqueda de Internet indexar en sus búsquedas los perfiles de los usuarios, junto con información de contacto y de perfiles amigos, lo que puede suponer otro riesgo para la protección de la privacidad, además de dificultar el proceso de eliminación de su información en Internet.

Otro riesgo que puede aparecer durante la participación en la red social tiene relación con la posibilidad que tienen estas plataformas de ubicar geográficamente al usuario a través de la dirección IP y conocer el dispositivo desde el que se conecta, para contextualizar los contenidos y la publicidad mostrada. Este hecho puede considerarse como una intromisión en las rutinas del usuario que puede suponer un grave menoscabo del derecho a la intimidad.

En último lugar, en el momento en que *el usuario solicite la baja* del servicio, la intimidad y propia imagen también pueden verse afectadas. Esto ocurre porque a pesar de la cancelación de la cuenta, en ocasiones, la información íntima del usuario pueda continuar publicada y ser accesible desde

los perfiles de otros usuarios, además de indexada y almacenada en la caché de los distintos buscadores existentes en Internet¹⁰⁵⁵.

Así, podemos concluir que la vulneración de nuestra intimidad en la red no sólo depende de la acción de terceros usuarios de redes sociales, sino que nosotros mismos incluso desde nuestro registro de datos iniciales al darnos de alta en una red social o en las subidas posteriores de comentarios o datos, que desvelan muchos aspectos de nuestra vida personal, familiar o profesional de una forma gratuita, y con ello podemos ser nosotros mismos los causantes de los perjuicios, al no recaer en la necesidad de procurarnos la debida autoprotección a nuestra esfera de intimidad, la que merecen nuestros derechos y nos reconocen las leyes y la Constitución.

Actitudes como el de no configurar el nivel de privacidad en la red, o establecer de hecho, con actos expresos o tácitos en redes, una mínima protección, perjudicamos nuestra intimidad y limitar la posible defensa.

Por tanto, la vulneración de nuestro derecho a la intimidad en las redes sociales también proviene de la actitud poco cuidadosa de nosotros mismos cuando publicamos comentarios, fotografías, 'selfies' o vídeos en los que innecesariamente exponemos facetas más privadas de nuestra vida al conocimiento del público en general y frecuentemente lo hacemos de forma inconsciente, ignorando el hecho de que esta acción de intercambio de nuestra información en la red se expandirá sin remedio con toda la viralidad de la red.

VI.1.2. Marco jurídico aplicable.

Como hemos visto la llegada de la web 2.0 ha comportado la aparición de un nuevo contexto para el desarrollo de actividades en internet. En este nuevo escenario, como hicimos hincapié, el usuario no tan sólo consume los contenidos y servicios en línea, sino que integra como autor en la propia red

¹⁰⁵⁵Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

generando contenidos e interactuando con el resto de usuarios que son igualmente parte integrante en la red¹⁰⁵⁶.

Es evidente que el derecho no es ajeno a este nuevo escenario. Por el contrario, éste está llamado a implicarse de forma creciente en estos nuevos tipos de relaciones y la problemática que se deriva de ello.

Pues bien, aunque hemos visto de forma exhaustiva el derecho a la intimidad en la parte primera y segunda de esta investigación, empezaremos por el análisis normativo y la evolución legislativa del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), haciendo especial hincapié en la protección de este derecho en Internet y en los servicios asociados a ésta.

Para contar con una visión global de la situación se analiza el ámbito internacional, comunitario o europeo y el nacional.

En la normativa internacional, la protección de la intimidad no se encuentra restringida a determinados Estados, sino que es reconocida por la mayor parte de la comunidad internacional, siendo protegidos expresamente en las constituciones y legislaciones nacionales de muchos países.

La Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece la primera fuente normativa respecto a la intimidad objeto de este apartado, disponiendo que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*¹⁰⁵⁷.

De igual manera, aunque de forma específica para los menores de edad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966¹⁰⁵⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966¹⁰⁵⁹ disponen el derecho de todos los menores a contar con un grado de protección mayor, dadas sus características particulares. Este reconocimiento normativo en favor de los menores se recoge

¹⁰⁵⁶ AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.20.

¹⁰⁵⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Naciones Unidas.
Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> Acceso en: 10.04.2016.

¹⁰⁵⁸ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733
Acceso en: 10.04.2016.

¹⁰⁵⁹ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734
Acceso en: 10.04.2016.

de forma expresa en el documento aprobado por la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, donde se dispone en el artículo 16 que *“ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias”*¹⁰⁶⁰.

Respecto a la normativa europea, en primer lugar, debe hacerse referencia al Convenio de Roma de 1950 (CEDH)¹⁰⁶¹ que puede citarse como el primer texto europeo que consagra la tutela de la vida privada y junto con el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa define el contexto normativo de la protección de la privacidad en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones¹⁰⁶².

Frente a la escasa virtualidad de otros textos Internacionales el Convenio de 1950 ha resultado particularmente eficaz en el ámbito de la protección de los derechos humanos en aquellos estados que han aceptado ser vinculados por sus mandatos.

La importancia del Convenio para el Ordenamiento jurídico nacional deriva de su doble naturaleza como norma incorporada al Derecho español por la vía prevista del artículo 96 de la CE y como criterio de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de lo dispuesto por el art. 10.2 de la CE.

Esta doble naturaleza se deja sentir en los efectos de las sentencias emanadas del TEDH en aplicación del Convenio ya que, de un lado, producen efectos jurídicos en el ordenamiento interno, y de otro, han venido inspirando la labor del TC en la interpretación de los derechos fundamentales.

¹⁰⁶⁰ Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

Acceso en: 10.04.2016.

¹⁰⁶¹ El Convenio de Roma de 1950 regula el derecho a la vida privada en su artículo 8 en los siguientes términos: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979.

¹⁰⁶² Conforme Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>
Acceso en: 10.04.2016.

En el ámbito comunitario, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01) donde dispone en el artículo 7 que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*¹⁰⁶³.

De igual forma, en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) se declara que *“Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”*¹⁰⁶⁴, reconociéndose igualmente el derecho y protección de su imagen.

Debe tenerse en cuenta que las normas comunitarias no suelen referirse exclusivamente a la intimidad o al derecho a la protección de datos, sino que suelen emplear la expresión vida privada en normas que materialmente se ocupan de los datos personales.

También comentaremos la realidad estadounidense, puesto que la delimitación jurídica de este derecho nació en dicho país. Según estudio realizado por la AEPD¹⁰⁶⁵, en los Estados Unidos la protección normativa de la vida privada resulta de una complicada interpretación del Tribunal Supremo que tras una labor de casi medio siglo iluminó el reconocimiento constitucional del derecho a la ‘privacy’. Y lo hizo deduciéndolo de ‘las sombras y penumbras’ contenidas en los textos de distintas enmiendas a la Constitución.

En principio, la Constitución de los Estados Unidos no reconoce expresamente el derecho a la intimidad así que este se construye por el Tribunal Supremo deduciéndolo implícitamente a partir de derechos explícitamente reconocidos por el texto constitucional, de su combinación, y de las ‘penumbras’ de los preceptos constitucionales.

¹⁰⁶³ Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003> Acceso en: 10.04.2016.

¹⁰⁶⁴ GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Dykinson, Madrid: 2013, p.148.

¹⁰⁶⁵ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016

En concreto el Tribunal Supremo ha partido del hecho de que la Constitución Norteamericana no contiene una lista cerrada de derechos sino que al contrario la Novena Enmienda se erige en cláusula de apertura a la incorporación de nuevos derechos ya que señala que aunque *“la Constitución enumera ciertos derechos”* no *“ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”*.

Por otra parte, la Decimocuarta Enmienda ha provisto al Tribunal de un argumento procesal para examinar los casos en los que se planteen cuestiones relativas a la vida privada, ya que concede a los ciudadanos el derecho a no ser privados *“de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”*.

Así, la ‘Due Process Clause’ actúa como una cláusula de garantía de la libertad de los ciudadanos frente a los poderes del Estado. Estas dos cláusulas en relación con concretos derechos, - libertad de expresión y participación del pueblo en la Primera enmienda, límites al uso militar de las viviendas privadas en tiempos de paz en la Tercera y protección del domicilio en la Cuarta -, han servido para inferir la presencia de la privacy como derecho constitucional.

Debe señalarse que analizar legislativamente la regulación de la vida privada en los Estados Unidos no es sencillo ya que la consideración normativa del fenómeno se produce de modo parcial en normas estatales y, sobre todo, resulta acogida por normas sectoriales de carácter federal¹⁰⁶⁶.

De igual manera, disponen de normativa encargada de cuidar de la protección de la privacidad e intimidad de los usuarios en situaciones

¹⁰⁶⁶Pueden citarse, en una lista no exhaustiva, entre otras: Fair Credit Reporting Act (FCRA), 15 U.S.C. § 1681 (1970). Privacy Act, 5 U.S.C. § 552 (1974). The Freedom of Information Act (FOIA), 5 U.S.C. § 552 (1974). Family Educational Rights and Privacy Act, 20 U.S.C. § 1232g et seq. (1974). Right to Financial Privacy Act, 12 U.S.C. § 3401 et seq. (1978). Privacy Protection Act, 42 U.S.C. § 2000aa et seq. (1980). Cable Communications Policy Act 47 U.S.C. § 551 et seq. (1980). Electronic Communications Privacy Act (ECPA), 18 USC §§ 2701-11 (1986). Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C. § 2710 (1988). Employee Polygraph Protection Act, 29 U.S.C. § 2001 et seq. (1988). Telephone Consumer Protection Act, 47 U.S.C. § 227 (1991). Driver's Privacy Protection Act, 18 U.S.C. §§ 2721-2725 (1994). Telecommunications Act, 47 U.S.C. §222 (1996). Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996, Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048 (1996). Financial Modernization Services Act, Public Law 106-102, Gramm-Leach-Bliley Act of 1999. Department of Transportation and Related Agencies Appropriations Act of 2000 § 350, Pub. L. No. 106-69; 113 Stat. 986 (1999). Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USAPA), H.R. 3162, (2001) o USA Patriot Act. Pen/trap Statute 18 USC §§ 3121- 27 (2002). Wiretap Statute, 18 USC §§ 2510-22, (2002). Conforme Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

concretas. En este sentido, cabe subrayar dos normas principales: - 'Telecommunications Act' de 1996 (Ley de Telecomunicaciones, aprobada el 13 de junio de 1996). Esta norma regula de forma expresa todos los aspectos relacionados con la publicación en Internet de contenidos violentos y/o pornográficos que puedan dañar la ética y la moral de las personas, estableciendo la protección de los ISP respecto a los contenidos publicados por terceros; - 'Children's Online Privacy Protection Act' de 1998 (Ley de Privacidad para la Actividad de los Menores en la Red), donde se establece la regulación específica respecto a aquellos actos encaminados a obtener información o engañar a los menores, cuando éstos se encuentren en el medio online.

En materia de intimidad, es necesario tener en cuenta la denominada "USA Patriot Act (UPA)" aprobada el día 24 de octubre de 2001, tras los atentados del 11 de septiembre. Dicha norma supone una clara limitación del derecho a la intimidad personal y familiar y al secreto de las comunicaciones de cualquier persona que se encuentre en los Estados Unidos, dado que el Gobierno Federal cuenta con plenos poderes para intervenir cualquier tipo de comunicación, interna o externa, de correo electrónico, conversación telefónica, ya sean mensajes de voz o texto, los históricos de navegación web, así como de consultas en los principales buscadores de Internet. Todo ello tiene como finalidad aumentar el grado de seguridad del Estado frente a actos de delincuencia organizada y terrorismo¹⁰⁶⁷.

Cuanto al ámbito nacional, aquí en España, como hemos comentado, el reconocimiento normativo del derecho a la intimidad personal y familiar se consagra en el artículo 18.1 CE. Posteriormente, mediante la LODHI, el legislador español desarrolla este derecho fundamental, estableciéndose la protección específica en materia civil. El Código Penal se dispone la regulación específica de los delitos relacionados con la violación de los derechos al Honor, Intimidad y Propia Imagen, con independencia del medio a través del que sean cometidos.

¹⁰⁶⁷W. Hoffmann –Riem. *Libertad y seguridad en la esfera de los atentados terroristas, Teoría y realidad constitucional*, 12-13 (2003-2004), pp.472 y ss. Citado por CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010, p.14].

Desde el punto de vista del secreto de las comunicaciones y el derecho fundamental a la protección de datos, a esta norma, se une la publicación de la Ley 25/2007, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, en la que se dispone la obligación de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones de conservar los datos de tráfico generados por los usuarios a través de sus dispositivos telefónicos o de conexión a Internet, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales¹⁰⁶⁸.

Además, no podemos olvidar que el funcionamiento de las redes sociales y sitios web colaborativos se fundamenta principalmente, como ya se ha comentado, en la publicación, por parte de los usuarios, de información y datos personales, lo que conlleva diferentes implicaciones jurídicas.

El constituyente español, sentó en el artículo 18.4 CE las bases del derecho fundamental a la protección de datos. Se trata de un derecho de configuración jurisprudencial a través de un conjunto de sentencias que arrancan con la STC 254/1993 y culminan con la STC 292/2000, donde define un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad: *“La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales*

¹⁰⁶⁸Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016

sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4).

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). 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 difieran¹⁰⁶⁹.

Según el TC el objeto del derecho a la protección de datos alcanza: "(...) a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal 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"¹⁰⁷⁰.

A efectos normativos, se entiende que un dato de carácter personal es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o

¹⁰⁶⁹STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.5º.

¹⁰⁷⁰STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.6º.

*identificables*¹⁰⁷¹, lo que convierte en dato de carácter personal la mayor parte de la información sobre personas físicas, en la medida en que a través de escasos datos o informaciones sobre éstas y mediante la correcta aplicación de herramientas informáticas, es relativamente sencillo identificar a la persona concreta que se encuentra detrás de los datos de que se dispone¹⁰⁷².

Entre los datos personales que en el contexto de las redes sociales pueden llegar a identificar a las personas, se encuentra, entre otros, la dirección IP, tal y como ha sido definida por la Agencia Española de Protección de Datos¹⁰⁷³ y por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su 'Dictamen sobre el concepto de datos personales'¹⁰⁷⁴.

Así, dada la gran cantidad de datos personales que los usuarios publican en sus perfiles, éstos se convierten en auténticas 'identidades digitales' que facilitan, como hemos comentado, un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias y hábitos del usuario. Además debe considerarse que durante la prestación de estos servicios se recopilan datos como la dirección IP, que se utilizan para segmentar la publicidad que se dirige a los distintos tipos de usuarios, así como aumentar el grado de contacto entre los usuarios registrados.

En efecto, la protección de datos personales debe ser especialmente atendida por parte de todo proyecto relacionado con el mundo de las redes sociales y sitios web colaborativos, donde el funcionamiento y tratamiento de información personal es el elemento clave para su funcionamiento.

¹⁰⁷¹LOPD, artículo 3º, a).

¹⁰⁷²AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.42.

¹⁰⁷³Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 327/2003 Disponible en: https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0327_Car-aa-cter-de-dato-personal-de-la-direcci-oo-n-IP.pdf Acceso en: 11.04.2016.

¹⁰⁷⁴Dictamen sobre el concepto de datos personales. El Grupo de trabajo considera las direcciones IP como datos sobre una persona identificable. En ese sentido ha declarado que "(...) los proveedores de acceso a Internet y los administradores de redes locales pueden identificar por medios razonables a los usuarios de Internet a los que han asignado direcciones IP, pues registran sistemáticamente en un fichero la fecha, la hora, la duración y la dirección IP dinámica asignada al usuario de Internet. Lo mismo puede decirse de los proveedores de servicios de Internet que mantienen un fichero registro en el servidor HTTP". En estos casos, no cabe duda de que se puede hablar de datos de carácter personal en el sentido de la letra a) del artículo 2 de la Directiva.

Disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf. Acceso en: 11.04.2016.

VI.1.3. Los derechos de protección de datos en las redes sociales.

El marco legal en materia de protección de datos responde a la necesidad de garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor, intimidad y privacidad personal y familiar, evitándose así que los datos sean utilizados de forma inadecuada o fraudulenta, o sean tratados o cedidos a terceros sin consentimiento inequívoco del titular¹⁰⁷⁵.

Con respecto a las normativas internacionales, actualmente existen leyes reguladoras de la protección de datos de carácter personal en, al menos, 46 Estados. Este dato, unido al hecho de que la mayor parte de las normas publicadas son recientes y ya prevén aspectos específicos derivados de la Sociedad de la Información, hacen de la protección de datos de carácter personal uno de los aspectos más y mejor tratados desde el punto de vista legislativo. Todo ello, unido a la existencia de varias directrices realizadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)¹⁰⁷⁶ y la ONU¹⁰⁷⁷ o el Marco de Privacidad de APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation Privacy Framework)¹⁰⁷⁸, hacen que los principios básicos que rigen las normativas sean semejantes o aproximados en cada uno de los Estados, sin que ello suponga que se encuentren exentas de diferencias¹⁰⁷⁹.

Con respecto a normativa europea, del mismo modo que ocurriera con el desarrollo del derecho a la vida privada, el Consejo de Europa en el Convenio

¹⁰⁷⁵AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, p.42.

¹⁰⁷⁶Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, de 23 de septiembre de 1980.

Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf> Acceso en: 11.04.2016.

¹⁰⁷⁷Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados, Adoptadas mediante resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁰⁷⁸Disponible en:

http://www.apec.org/apec/news_media/fact_sheets/apec_privacy_framework.MedialibDownload.v1.html?url=/etc/medialib/apec_media_library/downloads/taskforce/ecsg/pubs/2005.Par.0001.File.v1.1
Acceso en 11.04.2016.

¹⁰⁷⁹Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 09.04.2016.

núm. 108¹⁰⁸⁰ define el contexto de protección de la privacidad en relación con las TIC's.

Por otra parte, las sentencias emanadas del TEDH producen efectos jurídicos en el ordenamiento interno y han venido inspirando la labor del TC en la interpretación de los derechos fundamentales. El Convenio núm. 108 surgió de la necesidad de profundizar en la protección de los derechos de los individuos en relación con el uso de la informática, en especial en lo relativo a la vida privada, protegida por el artículo 8.1 del CEDH. Además, se debía hacer compatible esta tutela jurídica con la libertad de circulación de la información, y, por último, se consideraba necesario establecer un mínimo denominador común entre las legislaciones de los futuros Estados signatarios que permitiese facilitar el flujo internacional de datos¹⁰⁸¹.

El Convenio estuvo precedido por dos Resoluciones del Comité de Ministros, la R (73) 22¹⁰⁸² y la R (74) 29¹⁰⁸³, referidas a la protección de datos en los sectores privado y público respectivamente, que adelantaban algunos de los principios básicos que posteriormente inspirarían la redacción del Convenio de 1981.

Atendiendo al Convenio, hay que señalar que éste posee tres partes claramente diferenciadas por su Memoria explicativa: las disposiciones de Derecho sustantivo, en forma de principios básicos; las reglas especiales referentes a los flujos internacionales de datos; y unos mecanismos de auxilio mutuo y consulta de las Partes.

El Convenio ha sido completado por un conjunto de Recomendaciones dirigidas a orientar las decisiones normativas nacionales en sectores

¹⁰⁸⁰Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificado el 27 de enero de 1984 (B.O.E. de 15 de noviembre de 1985).

¹⁰⁸¹Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 09.04.2016.

¹⁰⁸²Resolución (73) 22 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado, acordada por el Comité de Ministros el 26 de septiembre de 1973.

¹⁰⁸³Resolución (74) 29 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público, adoptada por el Comité de Ministros el 20 de septiembre de 1974.

específicos: El Convenio además define aspectos básicos como el concepto de dato de carácter personal, fichero automatizado, tratamiento automatizado o la autoridad 'controladora del fichero', que hoy se define como responsable.

Asimismo, el Convenio fija los principios básicos para la protección de datos, como el de calidad o el de seguridad; los derechos de acceso, rectificación y cancelación; la protección de los datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual; o la fijación de procedimientos de salvaguarda.

Por otra parte la jurisprudencia del TEDH ha extendido la aplicación del artículo 8 CEDH con una concepción muy amplia de la vida privada y familiar que alcanza al reconocimiento del derecho a la protección de datos en los términos del Convenio núm. 108¹⁰⁸⁴.

En el marco de la UE el artículo 8 de la CEDH reconoce de modo específico el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo del derecho a la vida privada, que comprende tanto el derecho a consentir, como el deber de tratar los datos lealmente y de satisfacer los derechos de los afectados y encomienda su tutela a autoridades independientes.

Este principio que también se recoge en el artículo 286 del Tratado de la Comunidad Europea. La UE publicó en el año 1995 la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos datos¹⁰⁸⁵, con la finalidad de que los Estados miembros armonizaran y adaptaran sus legislaciones internas en materia de protección de datos de carácter personal.

Este texto constituye un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las

¹⁰⁸⁴Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 10.04.2016.

¹⁰⁸⁵Disponible en: 74 <http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:ES:HTML) Acceso en: 11.04.2016.

personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea (en adelante UE).

Los aspectos clave de la normativa comunitaria en materia de protección de datos son: - El establecimiento del principio de calidad de los datos, de tal forma que los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos, conforme a la finalidad para la que serán tratados; - Se impone como principio básico y esencial para el tratamiento de datos personales, la existencia del consentimiento previo del titular de los datos; - Se requiere a los Estados que establezcan la obligación de conciliar el derecho a la intimidad en el tratamiento de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión; - Se establecen como principios básicos de los ciudadanos los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición (ARCO) en relación a sus datos personales; - Se incorpora como principio básico la garantía de confidencialidad, así como la obligación de implantar las medidas de seguridad oportunas que garanticen que el acceso a la información se encuentra limitado y controlado; - Se enuncian los principios básicos para la creación de las Autoridades Nacionales de Protección de Datos, Se fijan las bases de las transferencias internacionales de datos personales; - Se promueve la elaboración de códigos de conducta sectoriales, destinados a contribuir a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales en materia de protección de datos personales; - Se crea el Grupo de Trabajo del Artículo 29 institución de referencia en esta materia¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁶ Órgano creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE e integrado por representantes de las autoridades de protección de datos de los Estados Miembros. Se trata del órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada. Sus tareas se definen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE. Investiga, analiza y aúna las iniciativas a nivel comunitario en materia de protección de datos de carácter personal. Su actividad se ha visto ligada en los últimos tiempos al análisis de los servicios de la Sociedad de la Información y a los problemas derivados para la protección de datos y la seguridad. El conjunto de directivas dictadas en esta materia es particularmente extenso: - Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos datos. - Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. - Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular el comercio electrónico en el mercado interior. - Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones. - Directiva 2006/24/CE, de 21 de febrero de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes

Debe destacarse además la importante tarea desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades cuyas sentencias han precisado distintos aspectos en esta materia¹⁰⁸⁷.

Un gravísimo problema el cual se enfrenta es el desconocimiento e ignorancia en el uso de estas tecnologías de Internet. Y la 'letra pequeña' de las ilegibles cláusulas generales de contratación para la instalación de software contribuye significativamente a este problema.

Este estado de cosas obliga a proponer de estándares internacionales compartidos que garanticen una eficaz protección universal de los derechos de los usuarios.

Aunque no posee valor normativo, mención especial requiere la Comunicación sobre el fomento de la protección de datos mediante las tecnologías de protección del derecho a la intimidad (PET – Privacy Enhancing Technologies) de 2 de mayo de 2007¹⁰⁸⁸ que realizó la Comisión del Parlamento Europeo, introduciendo un claro ejemplo de la protección de los derechos de protección de datos e intimidad de los usuarios, mediante herramientas tecnológicas denominadas 'PET', que comentaremos detalladamente en sección adelante.

Dentro de esta visión global que se procura dar y siguiendo el mismo guión de la sección anterior, en el caso de los Estados Unidos¹⁰⁸⁹ la primera

públicas de comunicaciones por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. - Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales por las Instituciones y los Organismos Comunitarios y a la Libre Circulación de estos Datos. Más información en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm

¹⁰⁸⁷Un ejemplo claro es el caso de la sentencia dictada en el caso de la Sra. Lindqvist, acusada de haber infringido la normativa sueca relativa a la protección de datos personales al publicar en su sitio Internet diversos datos de carácter personal sobre varias personas que, como ella, colaboraban voluntariamente con una parroquia de la Iglesia protestante de Suecia. Esta señora habiendo aprendido rudimentos de informática y diseño web mantenía una página de información parroquial en la que llegó a informar sobre el estado de salud de un miembro de la comunidad. Respondiendo a las cuestiones planteadas el TJCE identificó la presencia de un tratamiento de datos de carácter personal sujeto a la Directiva. [In: Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 11.04.2016.

¹⁰⁸⁸Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0228:FIN:ES:PDF> Acceso en: 11.04.2016.

¹⁰⁸⁹*Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación -

norma relativa a la protección de la privacidad de los usuarios en Internet, fue la “Electronic Communications Privacy Act (ECPA)” vigente desde 1986, en la que se establecen las bases normativas en lo que respecta a la regulación de la privacidad de las comunicaciones electrónicas de los usuarios, así como los límites específicos respecto a las posibilidades de acceso por parte de los organismos públicos a las comunicaciones electrónicas de los usuarios.

En el año 1994 se publica “The Computer Fraud and Abuse Act” (CFAA), modificando la anteriormente citada, definiendo y regulando en mayor medida los diferentes aspectos relacionados con la seguridad de la información respecto a virus, ‘spyware’ y las diferentes modalidades de software maligno que circulan por la Red y que potencialmente pueden poner en peligro la integridad de la privacidad e intimidad de los usuarios de servicios online¹⁰⁹⁰.

En el año 1998, el gobierno federal publica la norma “Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)”, en la que se regula en mayor medida y de forma claramente proteccionista la privacidad de los usuarios de servicios online menores de edad, estableciendo que todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información que cuenten con contenidos que vayan dirigidos expresamente a menores de 13 años, serán responsables de la adecuación de los mismos a estas edades¹⁰⁹¹.

Del mismo modo, se dispone que, en caso de que los menores tengan que facilitar datos personales a través del sitio web, deberá informarse de forma clara y comprensible respecto a cuáles son las finalidades para las que son solicitados, así como la puesta a disposición, de los tutores de los menores, de procedimientos sencillos y gratuitos que permitan conocer el tipo de datos facilitados por el menor y dar de baja o actualizar dichos datos.

INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 11.04.2016.

¹⁰⁹⁰RODRIGUEZ Laura, MOURULLO Otero y CREMADES. *Extracción, resumen y opinión del libro Régimen Jurídico de Internet, capítulo “Fraude en Servicios Financieros online*. pp.981-982.

¹⁰⁹¹“Children's Online Privacy Protection Rule”

Disponible en: http://www.eff.org/Privacy/Children/1999_bills/19990501_coppa_pro_p11-20.html
Acceso en: 11.04.2016.

A partir del año 2001, a raíz de los atentados del 11 de septiembre, el gobierno federal publicó la “USA Patriot Act (UPA)”¹⁰⁹², vigente desde el 24 de octubre de 2001 y la “Cyber Security Enhancement Act (CSEA)”¹⁰⁹³, mediante las que se autoriza la intervención, por parte del gobierno, de cualquier comunicación electrónica (con independencia del formato en que se encuentre), telefónica, las búsquedas realizadas en los buscadores de Internet, los históricos de visitas de páginas web, etc., sin que para ello sea necesario contar con autorización judicial previa, lo que ha supuesto un claro retroceso de los derechos civiles y políticos en favor de la seguridad de los ciudadanos.

Además, cabe resaltar la publicación de la “Controlling Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing”, vigente desde el 17 de mayo del 2002¹⁰⁹⁴ y que recientemente ha sido modificada y completada en cierta medida por la “Keeping the Internet Devoid of Sexual Predators”, presentada a firma por el presidente de los Estados Unidos el día 3 de octubre de 2008.

Esta norma tiene como objetivo permitir al Abogado General acudir al registro de agresores sexuales para buscar coincidencias con casos de intentos de abuso en las propias redes sociales y en cualquier herramienta online semejante, lo que ha provocado una reacción inmediata de las diferentes redes sociales que operan en Estados Unidos, manifestando su disposición y colaboración plena con las fuerzas y cuerpos de seguridad en la búsqueda y eliminación de aquellos perfiles de personas presuntamente peligrosas para los menores¹⁰⁹⁵.

Por último, se debe señalar la norma “Can Spam Act”, de 16 de diciembre de 2003¹⁰⁹⁶. Uno de los objetivos prioritarios de la promulgación de ésta ley ha sido la homogenización de la legislación en materia de ‘spam’ dentro de los EE.UU, donde ya empezaban a proliferar leyes estatales con

¹⁰⁹²Ley Patriótica de EE.UU. Disponible en: “Electronic Privacy Information Center”. Disponible en: <http://www.epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html> Acceso en: 11.04.2016.

¹⁰⁹³Ley del Cyber Mejora de la Seguridad del año 2002.

Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3482> Acceso en 11.04.2016.

¹⁰⁹⁴Disponible en:

https://www.inf.utfsm.cl/~lheviasignaturas/infoysoc/topicos/Etica/8_legislacion_acerca_uso_internet.pdf Acceso en: 11.04.2016.

¹⁰⁹⁵Para más información puede leer el comunicado hecho público por Facebook.

<http://blog.facebook.com/blog.php?post=34342042130>

¹⁰⁹⁶Disponible en: <https://www.fcc.gov/general/can-spam> Acceso en: 11.04.2016.

diferentes acercamientos al problema, todas ellas abolidas con la entrada en vigor de la “Can Spam Act”.

Esta ley establece una serie de garantías que básicamente son: - Obligatoriedad de etiquetar los mensajes en caso de contenido publicitario o de carácter pornográfico; - Prohibición de la falsificación de las cabeceras de los mensajes, donde se identifica el emisor del mismo, así como la cumplimentación engañosa del campo “asunto”; - Prohibición de la utilización encubierta del ordenador personal de otro para el envío de comunicaciones comerciales electrónicas; - Prohibición de la recolecta de direcciones de correo electrónico sin consentimiento del afectado, así como la utilización de “técnicas de diccionario” (formación de direcciones de los destinatarios mediante diccionarios de nombres).

Ya en el ámbito nacional, podemos comentar que España es un país que se ha preocupado por establecer leyes, normas y reglamentos que permitan regular las faltas que se comenten en el uso de internet, aunque la elaboración y aprobación de las mismas ha sido un poco más lenta en relación a EE.UU se puede decir que las leyes son bastante específicas, lo cual es de gran ayuda al momento de implementar sanciones a las diferentes irregularidades que se pueden cometer.

La regulación sobre protección de datos de carácter personal se centra en dos normas principalmente: - La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD); - Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RDLOPD).

Además existen normas sectoriales en ámbitos como la sanidad, las telecomunicaciones o las finanzas. No obstante dos normas se proyectan de modo muy particular sobre las redes sociales:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI-CE); - Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; - Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las

Redes Públicas de Comunicaciones; - Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información¹⁰⁹⁷.

De conformidad con lo dispuesto en la LOPD, el objeto de la norma es *“(...) garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”*

Conforme INTECO, todo tratamiento de datos de carácter personal debe atender a una serie de principios básicos: - Calidad de los datos: es esencial que los datos personales tratados sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, no pudiendo usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recabados. Los datos deberán responder con veracidad a la situación actual del afectado debiendo rectificarlos si se constatan errores. Sólo podrán ser recogidos para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento, prohibiéndose la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Por otra parte, el responsable debe conservar los datos personales mientras subsista la finalidad y cancelarlos cuando esta cese;

- Información en la recogida de datos, el afectado será informado, en el momento en el que se recaben sus datos, del alcance del tratamiento que se va a realizar. El art. 5 LOPD establece que *“los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”;*

¹⁰⁹⁷ AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, pp.41-51.

- Consentimiento del afectado o manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de sus datos personales;
- Datos especialmente protegidos, este principio hace referencia a datos de carácter personal que revelan la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, -caso para el que el consentimiento debe ser expreso y por escrito-, origen racial, salud y vida, sexual, -para cuyo tratamiento se requiere consentimiento expreso-, y los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativa;
- Seguridad de los datos, todas las empresas, organizaciones, asociaciones e Instituciones, públicas y privadas, que almacenen, traten y accedan a ficheros de datos de carácter personal, deben aplicar medidas de seguridad técnicas y organizativas que garanticen la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información;
- Deber de secreto, este principio recoge las obligaciones de secreto, confidencialidad y custodia que incumben a aquellas personas que traten los datos; y, de manera particular, a aquellos que en el desarrollo de sus funciones accedan a ficheros que contienen datos personales;
- Comunicación de datos, es *“toda revelación de datos realizada a una persona distinta del afectado o interesado”*. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado;
- Acceso a los datos por cuenta de terceros, supone la prestación de un servicio al responsable del fichero por parte de una tercera empresa denominada Encargado del Tratamiento, que accede a los datos del fichero para el cumplimiento de la prestación contratada; actuando en nombre, por cuenta y de acuerdo a las instrucciones establecidas y dadas por el Responsable del Fichero¹⁰⁹⁸.

Dado que la gran mayoría de los proveedores de este tipo de servicios operan desde fuera de la UE (principalmente desde los Estados Unidos), se ha

¹⁰⁹⁸ AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016, pp.49-60.

de analizar en qué medida es posible exigir a las plataformas el cumplimiento de la normativa comunitaria.

En este sentido, la normativa dispone que ésta será de aplicación en los siguientes casos: - Cuando el tratamiento de datos se realice en España a través de un establecimiento del responsable del tratamiento; - En el caso de que el responsable del tratamiento no se encuentre en territorio español, pero le sea de aplicación directa la normativa española mediante acuerdos internacionales; - Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos, medios o elementos situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

Debe considerarse que en España la normativa específica respecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, previa fundamentación jurídica y práctica, admite la posibilidad de que las autoridades de protección de datos nacional apliquen dicha normativa a los prestadores, con independencia del lugar desde el que se opere.

Por un lado, la LOPD, establece que existen dos casos en los que se aplica a los responsables establecidos fuera de la Unión Europea y Espacio Económico Europeo (EEE): En primer lugar, cuando el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento ubicados en territorio español y, en segundo lugar, cuando utilice medios situados en dicho territorio. En este sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 se ha pronunciado en su *“Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores”*¹⁰⁹⁹.

Este dictamen contiene una serie de criterios para definir cuando se considera que existe un establecimiento del responsable: *“La existencia de un ‘establecimiento’ implica el ejercicio real y efectivo de actividades a través de gestiones estables. La forma jurídica del establecimiento (una oficina local, una filial con personalidad jurídica o una representación mediante terceros) no resulta determinante. Sin embargo, otro requisito consiste en que la operación de tratamiento se realice “en el marco de las actividades” del establecimiento.*

¹⁰⁹⁹ Disponible en:

https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/internacional/common/pdf/WP_148_Dictamen_Buscador_es_es.pdf Acceso en: 12.04.2016.

Esto significa que el establecimiento también debe desempeñar un papel importante en la operación de tratamiento concreta. Éste es claramente el caso cuando: - un establecimiento es responsable de las relaciones con los usuarios del buscador en una jurisdicción concreta; - un proveedor de buscadores establece una oficina en un Estado miembro (EEE) implicada en la venta de anuncios dirigidos a los habitantes de dicho estado; - el establecimiento de un proveedor de buscadores cumple los autos judiciales y/ o solicitudes de cumplimiento de la ley por parte de las autoridades competentes de un Estado miembro en relación con los datos de los usuarios”¹¹⁰⁰.

Por otro lado, en lo que respecta a la prestación de servicios por parte de proveedores fuera de la UE utilizando medios situados en dicho territorio, el documento recoge una serie de criterios. Tal y como establece el documento, *“los centros de datos situados en el territorio de un Estado miembro pueden utilizarse para el almacenamiento y el tratamiento a distancia de datos personales. Otros tipos de medios podrían ser la utilización de ordenadores personales, terminales y servidores. La utilización de cookies y dispositivos de software similares por parte de un proveedor de servicios online también puede considerarse como recurso a medios en el territorio del Estado miembro”.*

Asimismo, en el año 2002 el citado Grupo de Trabajo adoptó un *“Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE” (WP 56)*¹¹⁰¹. Dada la gran complejidad de este ámbito y el dinamismo del entorno Internet, este documento constituye una herramienta y punto de referencia para los responsables del tratamiento en el examen de los casos que implican el tratamiento de datos de carácter personal en Internet por sitios web establecidos fuera de la Unión Europea.

¹¹⁰⁰Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 11.04.2016.

¹¹⁰¹WP 56. Disponible en:

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_en.pdf Acceso en 12.04.2016.

La LSSI (ley de Servicios de la sociedad de la información), vigente desde el 13 de octubre de 2002¹¹⁰², se contempla su aplicación a “los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo”. Así, su artículo 4 dispone que “a estos prestadores les será de aplicación los artículos sobre la libre prestación de los servicios y sobre colaboración de los prestadores de servicios de intermediación para interrumpir el servicio o retirar determinados contenidos cuando lo haya declarado un órgano español competente sobre la licitud de los mismos”.

Y también, establece su aplicación cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español siempre que ello no sea contrario a los convenios internacionales aplicables. A los efectos de determinar si los prestadores de servicios dirigen sus servicios específicamente al territorio español, ha de atenderse a varios elementos indiciarios: - Si disponen de la extensión de nombre de dominio .es registrada ante Nic.es u operan a través de nombres de dominio “es.redsocial.com” o “redsocial.com/es”; - Si el sitio web se encuentra en castellano; - Si tiene política de privacidad específica; - Si el sitio web, por su apariencia y contenido, pudiera llegar a dar a entender que se dirige al territorio de España; - Si la publicidad realizada es de productos y servicios distribuidos desde España; - Si el número de usuarios españoles es elevado respecto a la muestra estadística; - Si disponen de oficinas o agentes comerciales que traten datos personales en territorio nacional; - Si para la prestación del servicio emplean servidores alojados en España¹¹⁰³.

En este marco, la AEPD ha afirmado su competencia para aplicar esta normativa a prestadores de servicios establecidos fuera del EEE respecto de la prestación del servicio del correo electrónico gratuito¹¹⁰⁴.

¹¹⁰² Disponible en:

https://www.inf.utfsm.cl/~lhevia/asignaturas/infoysoc/topicos/Etica/8_legislacion_acerca_uso_internet.pdf Acceso en 11.04.2016.

¹¹⁰³ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*

VI.1.4. Colectivos especialmente vulnerable en las redes sociales: Menores de edad e incapaces.

El conjunto de riesgos que hemos mencionado en sección anterior precisa una mayor atención cuando nos referimos a los menores de edad que, no habiendo alcanzado el grado de madurez suficiente, se han incorporado en fuerza a las redes sociales.

Este colectivo que ha nacido con la tecnología, son llamados por la doctrina especializada 'nativos digitales'. Trataremos, en sección propia más adelante del perfil de este colectivo nacido en la Era digital.

El uso de las redes sociales por parte de los menores de edad se está convirtiendo en una actividad habitual para el desarrollo social de los jóvenes. Esta actividad reporta grandes ventajas para los menores, al ofrecerles acceso a un nuevo medio de comunicación y relación social, que les permite, de forma descentralizada, crear y mantener tanto el contacto directo con sus amigos y conocidos como una nueva forma de identidad digital¹¹⁰⁵.

Sin embargo, los menores a pesar de tener ciertas nociones de seguridad descuidan ciertos aspectos y en ocasiones no otorgan la importancia que se merece a los datos personales, a su intimidad.

Y como hemos subrayado innumerables veces a lo largo de esta investigación, la intimidad está vinculada a la dignidad de la persona. Tratándose de menores de edad, cualquiera lesión que pueda sufrir en este ámbito es, sin duda, susceptible de afectar de forma muy acentuada al libre

¹¹⁰⁵Según la consultora especializada en usabilidad 'Evolucy Technology Consulting S.L', (www.evolucy.com) *"por definición, identidad es aquel conjunto de rasgos propios de un individuo o colectividad que los caracterizan frente a los demás. La verificación de estos rasgos es lo que nos permite determinar que un individuo es quien dice ser. Algunos de estos rasgos son propios del individuo, otros son adquiridos con el tiempo. Por supuesto, no todos los rasgos son igualmente apreciables. Hay rasgos que son apreciables a simple vista, mientras que otros están ocultos y es necesario un conocimiento y, en ocasiones, herramientas para poder verificarlos. Al conjunto de rasgos que caracterizan a un individuo o colectivo en un medio de transmisión digital se le conoce como Identidad Digital"*. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos.

Disponible en:

https://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Es decir, una afectación mucho más grave que para cualquier otro sujeto.

El libre desarrollo de la personalidad del menor, ésta es la razón que fundamenta el reforzado amparo judicial nacional e internacional, cuyos mecanismos de protección para hacer efectivo ese reto son muy amplios, como se puede extraer de la introducción de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores¹¹⁰⁶, donde se extrae pasaje de su introducción: “(...) *los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art.154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en segundo nivel, en defectos o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)*”.

Por esa razón el derecho a la intimidad del menor se encuentra sumamente protegido en el ordenamiento jurídico español. La CE en el Capítulo III del Título I, - los principios rectores de la política social y económica-, menciona la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, en especial, la protección integral de los hijos. Se impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad. También señala el art. 39.4 CE que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

Además, en 16 de abril de 2015, se aprobó la ‘Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito’, que entró en vigor en octubre del mismo año, cuyo objetivo es de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, con la principal novedad de

¹¹⁰⁶Disponible en: www.fiscal.es Acceso en: 08.04.2016.

que dispondrán de ellos, tanto si están personadas en una causa penal, como si no¹¹⁰⁷.

Dicha Ley también contiene medidas protectoras a los intereses de los menores de edad¹¹⁰⁸. Establece medidas muy concretas para evitar un mayor sufrimiento del menor. Sobre todo cuando envuelto los medios de comunicación.

Hay que comprender que si la persona que tiene afectado el derecho a la intimidad es menor de edad y su personalidad está en pleno proceso de desarrollo y desenvolvimiento, se supone, considerando su vulnerabilidad, un daño mucho más peligroso, lo que exige, necesariamente del Estado, una protección mucho más reforzada.

Así opinó el TS, manifestando que *“(…) se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas, otorgando el amparo judicial cuando proceda, y con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable y que goza del respaldo constitucional (art. 39.4) e internacional (artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 {LEG 1948,1}, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 {RCL 1977,893}, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre 1966 {RCL 1977,894}, Declaración de Derechos del Niño de 1959 y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 {RCL 1990, 2712})”¹¹⁰⁹.*

Todas estas transformaciones culturales y sociales operadas en la actual sociedad, sobre todo con el uso de internet, exigieron del ordenamiento jurídico un mayor protagonismo al menor porque hubo un cambio en su *status* social.

Se puede destacar que los riesgos específicos para los menores de edad en esta materia están directamente relacionados con: - El acceso a contenidos publicados de carácter inapropiado para su edad; - La posibilidad

¹¹⁰⁷Todo ello sin perjuicio del régimen particular que para las víctimas de terrorismo o las de violencia de género establezca su normativa especial.

¹¹⁰⁸En resumidas cuentas, algunas de estas medidas protectoras al menor previstas en esta nueva ley, por ejemplo, dispone que las declaraciones del menor podrán ser grabadas para después ser reproducidas durante el juicio. Igualmente, el menor podrá tener un representante legal cuando exista una situación de conflicto de intereses con los progenitores o representantes legales y se tomarán decisiones urgentes sobre la guarda y custodia.

¹¹⁰⁹STS, de la Sala 1ª, 621/2003, de 27 de junio (RJ 2003/4312).

de entablar contacto online, e incluso presencialmente, con usuarios malintencionados; - La proliferación de información personal gráfica de los menores publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos asociados a tal hecho¹¹¹⁰.

Hoy, la doctrina llama esta nueva generación de 'nativos digitales'¹¹¹¹, porque ellos incorporan el dominio de las TIC's en su ADN competencial¹¹¹² frente al acceso masivo de las nuevas tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y distintos medios de comunicación social, como vehículo de contactos e intercambios de opiniones ideas etc.

Traemos a la colación los principales problemas y riesgos¹¹¹³ a que se exponen, grosso modo, los menores de edad cuando entran a formar parte de internet en general, mediante una presencia activa, y de una red social de manera particular – sin el debido conocimiento y/o control y asesoramiento por parte de sus padres, tutores o profesores.

¹¹¹⁰Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 07.04.2016.

¹¹¹¹Este término fue acuñado por Marc Prensky, autor del libro *Enseñar nativos digitales*. Prensky describe a los nativos digitales como las personas que, rodeadas desde temprana edad por las nuevas tecnologías (por ejemplo: computadoras, videojuegos, cámaras de video, celulares) y los nuevos medios de comunicación que consumen masivamente, desarrollan otra manera de pensar y de entender el mundo. Por oposición, define al inmigrante digital como la persona nacida y educada antes del auge de las nuevas tecnologías. Para otros autores 'Generaciones Búnker'. Nativos digitales: "colectivo que nacido con la tecnología ya plenamente arraigada, tiene otro concepto de la privacidad - (...) - que no habiendo alcanzado el grado de madurez suficiente, se han incorporado con fuerza a las redes sociales - (...) - crecido en el entorno de la tecnología como internet o la telefonía móvil y que, teniendo otro concepto de la privacidad, se sienten cómodos publicando detalles de sus vidas en internet". [In: LOMBARTE, Artemi Rallo; MARTÍNEZ, Ricard Martínez. (Coordinadores). *Derecho y redes sociales*. Editorial Aranzadi: Navarra, 2010, pp.29-34]. En contraposición con los 'nativos digitales' se encuentran las personas incorporadas a internet de manera más tardía y fruto de un esfuerzo de alfabetización tecnológica. Estos sujetos, que fundamentalmente ejercen de internautas pasivos, son lectores y visualizadores de contenidos, denominados 'inmigrantes digitales' por Prensky [In: AA.VV. *La formación online. Una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*. Gregório Casamayor Pérez (Coord.), Editorial Graó, Barcelona: 2008, p.211].

¹¹¹²AA.VV. *La formación online. Una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*. Gregório Casamayor Pérez (Coordinador), Editorial Graó, Barcelona: 2008, p.211.

¹¹¹³Tal y como indica Ramos Gil de la Haza, "Los menores de edad han pasado de comunicarse a través del popular Messenger, que ofrece comunicaciones sincronizadas y privadas entre sus usuarios, a entablar conversaciones asíncronas y públicas o semi-públicas a través del tablón de Tuenti o Facebook, sin darse cuenta de que en ocasiones están revelando información que podría poner en peligro su integridad física o moral". RAMOS GIL DE LA HAZA, A. *Sobre tendencias, marketing y las nuevas tecnologías*. Citado por DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.339, nota 105.

Los principales riesgos, según DAVARA¹¹¹⁴ son:

- Ser víctimas de acosos o persecuciones¹¹¹⁵ por parte de otros menores¹¹¹⁶, el llamado cyberbullying. Esta práctica más habitual de la que son tanto víctimas como verdugos los menores y adolescentes. Consiste en una práctica donde haciendo uso de medios electrónicos y telemáticos, un menor abusa de otro. En el cyberbullying, tanto el atacante cuanto la víctima tienen que tener la misma edad o, al menos, el mismo rango de edad, de manera que el objeto no sea de índole estrictamente sexual. Suele tener lugar en entornos escolares, - colegios, institutos etc. y deja una huella psicológica en la víctima.

- Grooming: término que anglosajón con el que se designa el hecho de 'ser víctima de un acoso por parte de un adulto con mediación de las TIC's'. El carácter del 'grooming' es sexual, sea favores sexuales o imágenes de contenido erótico del menor que el acosador subirá a páginas de internet o intercambiará o venderá a cambio de remuneración económica en foros de pornografía infantil o de pederastia. Infelizmente, según la autora, es una práctica cada vez más habitual, porque los pederastas se benefician del cierto anonimato que internet y redes sociales ofrece, ganan la confianza del menor de edad – al hacerse pasar por niño y jóvenes de su edad.

- Sexting¹¹¹⁷: Consiste en el envío, a través del teléfono móvil, de imágenes fotográficas y videos de contenido sexual realizados, generalmente, por el propio usuario. En un primer momento no existe ningún tipo de coacción para realizar la imagen y enviarla sino que se ve como un 'regalo'. Los destinatarios suelen ser un grupo de amigos, su pareja o la persona que quieren que alcance tal condición. El problema viene cuando el contenido del

¹¹¹⁴DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, pp. 336-352.

¹¹¹⁵Davara llama la atención sobre la conveniencia de incluir en la definición de cyberbullying la palabra maltrato por cuanto Molina Blázquez indica que 'dentro del término maltrato pueden recogerse todos los comportamientos que suponen un ataque directo a la integridad física o salud – tanto física como psíquica – y libertad/indemnidad sexual del menor'. MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Protección penal de los menores: los menores víctimas de delito*. Citado por DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p. 340, nota 107.

¹¹¹⁶Consideramos oportuno traer a colación una reciente normativa norteamericana al efecto. En concreto, el estado de Illinois en EE.UU. ha aprobado una ley – que entró en vigor el 1 de enero de 2015 – que prevé que las escuelas de dicho Estado puedan exigir las contraseñas de las redes sociales de los alumnos que rompan las normativas del establecimiento, o que se sospeche que comenten cyberbullying.

¹¹¹⁷Sexting es una palabra compuesta por la unión de dos palabras inglesas que aluden a sus dos elementos principales: de un lado, 'Sex' que significa sexo y, de otro, 'Texting' gerundio cuya traducción al español es envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.347.

‘sexting’ aparece en los dispositivos móviles de decenas, cientos – o miles y millones si se llega a subir a internet a través de redes sociales tan conocidas como Facebook o Youtube. Oportuno aclarar que el sexting no es una actividad exclusiva de personas que no han llegado a la edad adulta. Los adultos también difunden fotografías propias de carácter sexual a través de sus móviles.

- Sextorsión¹¹¹⁸: Está relacionada con el ‘sexting’. Configura cuando las fotografías o videos de contenido sexual en poder de la persona inadecuada se alzan como una herramienta para extorsionar, chantajear a la persona que los protagoniza. En este caso, la edad de los protagonistas – víctima y verdugo – no es un criterio, también lo es el que, en la mayoría de las ocasiones, la víctima suele ser un menor de edad que no sabe cómo abordar la presión del extorsionador que, en más de una ocasión, aumenta la presión sobre la víctima para obtener imágenes de contenido erótico.

- Ver suplantada su identidad: Situación cada vez más común entre, incluso, compañeros de colegio o instituto. El procedimiento es sencillo: se abren un perfil en una red social – normalmente Tuenti-, con algunos datos personales de la víctima: nombre, apellidos y fotografía y, tras añadir a numerosos contactos que, fruto del engaño consideran estar entablando amistad con la víctima y no con la persona que hay detrás – rellenan su perfil con informaciones falsas sobre el supuesto titular de la cuenta, añadiendo comentarios en los que critican a otros compañeros, subiendo fotografías que dejan en ridículo y avergüenzan a la víctima y demás acciones encaminadas a crear una mala reputación online¹¹¹⁹ que, en la mayoría de los casos, suele ser

¹¹¹⁸Sextorsión se trata de una palabra que conjuga las dos que la integran y le dan sentido, a saber: ‘sex’ (de sexo) y ‘extorsión’ que, según la Real Academia Española de la Lengua, es la “*presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido*”. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.348.

¹¹¹⁹Más allá de la difamación o mala reputación online, llama la atención la autora Laura Davara que, por desgracia, en los últimos años, está proliferando la llamada ‘porno verganza’ que designa el acto de mostrar, compartir o publicar fotos o videos de otra persona desnuda sin su consentimiento, normalmente a través de internet en general y redes sociales en particular. Ahondando en este concepto, hay que tener en cuenta que la ‘verganza’ es realizada en su mayoría por ex amantes o parejas despechados para humillar, extorsionar, amenazar a una novia o novio anterior con fotos de desnudos publicados en sitios web o distribuidos entre los círculos sociales. Infelizmente, existen varios sitios en donde los usuarios publican fotos de personas desnudas – tratándose por lo general de sus ex parejas – junto con el nombre completo de la víctima, sus perfiles en las redes sociales, su profesión y ciudad de residencia – asegurándose, así, de que la foto aparezca en los resultados de búsqueda google,

muy difícil de lavar de manera definitiva debido, una vez más, a la rapidez con la que se expande y difunde la información en internet, muchas veces sin comprobar antes la veracidad de la misma.

- Adicción a las redes sociales, con la consecuente pérdida de sociabilidad personal y de contacto con familiares y amigos en el día a día. En este caso, los síntomas serían: a) conexión continua a estas plataformas; b) actualización constante del perfil mediante la subida de contenidos gráficos, textuales o audiovisuales; c) sometimiento de sus acciones a la aprobación por parte del resto de la comunidad de la red social mediante la generación de preguntas en la red social; d) sustitución de horas de sueño por horas de conexión a la red social; e) verificación constante, a través del ordenador o del teléfono móvil, de los estados, actualizaciones y contenidos subidos por otros miembros de la red social; f) rechazo a dedicar tiempo extra en actividades fuera de la red social; g) irritabilidad manifiesta al ser interrumpido por personas o circunstancias de la vida real mientras navega por las redes sociales.

Sobre este tema, desde el punto de vista normativo, en materia de protección a la intimidad, se ha de tener en cuenta la regulación específica existente.

Pues bien, la LODHI, regula de manera expresa la forma en que se debe prestar el consentimiento de los menores e incapaces para que sea adecuado en relación con la protección de la intimidad. En este sentido, el artículo 3 dispone que: *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*.

Por otra parte, esta Ley, establece dos principios que requieren ser contrastados con la realidad de internet.

En primer lugar, considera su artículo 1 que la *“(…) protección civil del honor, de la intimidad y de la propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*. Además, refiriéndose a los menores el artículo 3 fija un criterio, la posibilidad de que un menor maduro pueda consentir en aquello que afecte a su intimidad, y que en

potenciando el daño causado. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales. Op. Cit.*, p.349, nota 126.

los casos en los que el menor no disponga de capacidad suficiente para consentir, la norma dispone que “(...) *el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez*”.

Un criterio adicional es el del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que además de reconocer al menor los derechos del artículo 18 CE, establece la intervención del Ministerio Fiscal, en los casos de difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. Asimismo, el precepto ordena a los padres o tutores y los poderes públicos respetar estos derechos y protegerlos frente a posibles ataques de terceros¹¹²⁰.

Es evidente que la realidad de las redes sociales desborda la regulación y obliga a una interpretación sistemática y adecuada del Ordenamiento. Por una parte, los menores de 14 años cuentan con medios tecnológicos suficientes para obtener, captar y reproducir información que afecta a su intimidad, y de hecho lo hacen. Las fotografías de menores proliferan en Internet en espacios propios, en páginas familiares e incluso vinculadas a actividades escolares.

En España, la red Tuenti se comprometió con la AEPD a dar baja a los usuarios menores de 14 años de su red. Más lentamente pero también en la misma línea, Facebook anunció que se sometería a la legislación española, aumentando a 14 años la edad mínima para darse de alta en la red social tal y como establece el reglamento 1720/2007 de protección de datos¹¹²¹.

¹¹²⁰Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

¹¹²¹ORTIZ LÓPEZ, Paula. *Redes Sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*. [In: AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Coordinadores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013, p.34].

Sin embargo, resulta difícil el control de la edad de los usuarios en el momento de darse de alta.

Se puede destacar que los riesgos específicos para los menores de edad en esta materia están directamente relacionados con: - El acceso a contenidos publicados de carácter inapropiado para su edad; - La posibilidad de entablar contacto online, e incluso presencialmente, con usuarios malintencionados, - La proliferación de información personal gráfica de los menores publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos asociados a tal hecho.

En este sentido, cabe destacar que las redes sociales y los sitios web colaborativos, en la medida en que no tienen capacidad de control sobre las publicaciones que realizan los menores que son usuarios, ni disponen de herramientas que garanticen la identidad plena de los usuarios, provoca mayores dificultades a la hora de lograr una protección efectiva de los usuarios de la red.

Por ello, y en tanto no sean desarrolladas y debidamente implantadas las medidas que controlen la publicación de contenidos y el acceso a material no adecuado, persistirá el riesgo de que puedan ser vulnerados los derechos de los menores¹¹²².

A este factor debe añadirse que, como se ha subrayado, la inaplicación de la LODHI, elaborada en un momento en la que seguramente sólo se preveían los usos mercantiles de la información y la imagen del menor, y centrada en una intervención del Ministerio Fiscal, resulta a día de hoy seguramente inviable.

El documento de ENISA (*European Network and Information Security Agency*), “*Los niños en los mundos virtuales: Lo que los padres deberían*

¹¹²²El Gobierno francés acaba de aprobar la Ley para una República Digital que entre otros aspectos reconoce el derecho a la muerte digital, en esta ley también se establece el derecho al olvido de los menores de edad. Consideran que durante nuestra juventud realizamos acciones sin tener en cuenta sus consecuencias y sin conocer los riesgos a los que se exponen cuando son compartidas en Internet. De ahí la importancia de poder eliminar estas publicaciones para poder labrarse una buena reputación online. Los defensores de la privacidad consideran que este tipo de iniciativas son necesarias para poder controlar y evitar los riesgos para nuestra intimidad que tienen las redes sociales e Internet y esperan que otros países europeos aprueben sus propias leyes. Artículo: *El derecho a la muerte digital*”. Blog – Derecho al olvido en internet, de 2.03.2016. Disponible en: <http://www.derechoalolvido.eu/el-derecho-a-la-muerte-digital/> Acceso en: 15.04.2016.

saber”¹¹²³, publicado en septiembre de 2008 aporta una serie de recomendaciones a los padres, resaltando, entre otras recomendaciones, la necesidad de formar y educar tanto a los progenitores como a los niños.

Dada la vulnerabilidad de este colectivo, las Autoridades de Protección de Datos se han volcado en su educación en el entorno digital. En España, la AEPD publicó en 2008 una Guía de Recomendaciones “Derechos de niños y niñas – Deberes de Padres y Madres”¹¹²⁴.

El Defensor de Menor de la Comunidad de Madrid ha llevado a cabo la campaña “En Internet, tu imagen es de todos” para concienciar sobre la publicación de imágenes por parte de menores en este entorno¹¹²⁵.

La verdad es que la formación actual a los menores en el uso de las nuevas tecnologías, con sus riesgos y ventajas, es insuficiente. En la escuela, no se aprende a controlar la información personal ni a identificar los riesgos en la Sociedad de la Información. La formación sobre protección de datos no se ha trasladado a los programas de estudio. Por ello, resulta ineludible el compromiso real y efectivo de organismos y autoridades educativas tanto de carácter internacional como nacional.

Creemos que el camino es la información para la formación de este colectivo. Internet no es un enemigo, es sólo una herramienta muy poderosa en la que podemos encontrar brillantes creaciones, que cohabitan con su mal uso. Es por esto que debemos proteger a los menores de las personas que hacen este mal uso de la red, incluso de ellos mismos pero sin prohibirles su acceso. La clave de todo esto está en el conocimiento de los valores que hay que inculcar a los menores además de una buena educación para hacer frente a las nuevas tecnologías.

¹¹²³Disponible en: http://www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/children_on_virtual_worlds.pdf
Acceso en: 12.04.2016.

¹¹²⁴ORTIZ LÓPEZ, Paula. *Redes Sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*. [In: AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Coordinadores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013, p.34].

¹¹²⁵ORTIZ LÓPEZ, Paula. *Redes Sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*. [In: AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Coordinadores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013, p.35].

VI.1.5. Medidas empleadas para proteger el derecho a la intimidad de los usuarios en las Redes Sociales.

Las redes sociales son los principales interesados en proteger a sus usuarios respecto a la utilización no autorizada de su información. Este hecho les ha llevado a establecer los siguientes tipos de medidas:

1. Métodos de denuncia ante situaciones en las que los usuarios detecten una posible vulneración de sus derechos dentro de la plataforma.

A) Sistemas de denuncia internas: Las principales redes sociales y sitios web colaborativos analizados cuentan con este tipo de medidas que permiten a cualquier usuario notificar al administrador de la red social la publicación de una fotografía en la que se utilice su imagen sin su consentimiento así como solicitar la retirada de un determinado comentario, vídeo o imagen que atente contra su derecho a la intimidad, honor y propia imagen.

Esta denuncia genera la cancelación del contenido denunciado y la notificación al usuario denunciado de su falta de autorización para publicar más contenidos respecto al usuario denunciante (ejemplo: no se le permitirá etiquetar de nuevo al usuario en fotografías). Normalmente, en el caso de que el usuario denunciado continúe publicando contenidos en los que aparezca el usuario denunciante, se procede además a la cancelación de su cuenta por parte del administrador de la red social. En este sentido, conforme AEPD, se presentan deficiencias en los sistemas de denuncias¹¹²⁶.

B) Autorización expresa del usuario: Está relacionada con la medida anterior. Se requiere que el usuario relacionado con un contenido mediante etiquetas, imágenes o comentarios tenga que autorizar expresamente la publicación de este, pudiendo incluso denunciar el contenido al administrador de la plataforma. Sin embargo, este sistema está establecido mediante un “opt out”, es decir, el usuario puede eliminar a *posteriori* su foto. En el caso de usuarios no registrados y que sean etiquetados, puede conllevar un mayor riesgo ya que, si

¹¹²⁶Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

bien, en unas plataformas no es posible etiquetarlos, en otras es suficiente con incluir una dirección de correo¹¹²⁷.

No obstante, debe tenerse en cuenta, que el ordenamiento jurídico debe aplicarse de modo integrado y sistemático. En este sentido, no puede desconocerse que las redes sociales, y los servicios de la Web 2.0, -como los blogs-, ofrecen al usuario un espacio para el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la información y la libertad de expresión.

El derecho a la información y la libertad de expresión son los derechos de comunicación por excelencia que más se ejercitan en la Red¹¹²⁸. El TEDH, en marzo de 2013, en el asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, donde un ciudadano turco, propietario de un sitio web en el que publicaba sus artículos académicos y opiniones, al que el Tribunal Penal de su país como medida cautelar bloqueó su página y posteriormente solicitó bloquear todo el Google Site, y en la que se reconoció que el acceso a internet es en nuestros días la manifestación esencial del ejercicio de los derechos de información y de libertad de expresión¹¹²⁹.

El ejercicio del derecho a la información, si bien resulta particularmente cualificado cuando se ejerce por los profesionales del periodismo, también puede, como hemos comentado, ejercerse por cualquier ciudadano, pues como hemos visto, es uno de los rasgos de la *web* 2.0. Para ser legítimo el ejercicio de esta libertad, requerirá que se trate de información sobre hechos noticiables, esto es de interés público ya sea en razón de la noticia o de las personas concernidas, y basado en hechos veraces en cuanto que son contrastados.

Por tanto, de tratarse de un ejercicio legítimo de los derechos del artículo 20 CE, la retirada de determinados contenidos puede en la práctica suponer para quien lo solicita un ejercicio del derecho de rectificación y afectar a los derechos del autor. Estos últimos, podrían lesionarse si la retirada es automática y preventiva. Por lo tanto, parece necesario definir estos procedimientos como procedimientos contradictorios en aquellos casos en los

¹¹²⁷Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

¹¹²⁸SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015, p.114.

¹¹²⁹STEDH, asunto Ahmet Yildirim c. Turquía (Demanda no 3111/10), 18 de marzo de 2013.

que la lesión a los derechos no sea evidente o en los que quepa inferir un ejercicio legítimo de derechos por quién publicó la información¹¹³⁰.

2. Métodos de protección técnicos y humanos:

A) Procedimientos de información: Varias de las redes sociales analizadas cuentan con sistemas que preavisan a los usuarios cuando alojan contenidos respecto a las implicaciones que puede conllevar, tanto para sí mismo, como para los terceros implicados. Este tipo de avisos son mostrados frecuentemente cuando los usuarios alojan contenidos multimedia, como fotografías y/o vídeos.

B) Vigilancia voluntaria de contenidos: Conforme AEPD, varias de las redes sociales cuentan con grupos de usuarios voluntarios que se ocupan de vigilar la idoneidad de los contenidos. Estos grupos vigilan tanto los contenidos publicados por los usuarios de la red, como aquellos que aun estando enlazados desde la plataforma, se alojan físicamente fuera de esta.

c) Aplicaciones software de identificación de la edad: Algunas redes sociales han implementado, con el fin de proteger a los menores, programas que detectan la edad aproximada del usuario. La técnica empleada tiene como base el testeo de las expresiones vertidas por los usuarios en sus mensajes (empleo del lenguaje, expresiones, estilo de redacción, etc.). El objetivo de la medida se centra en: - Detectar la presencia y participación de menores en redes sociales destinadas únicamente para adultos; - Identificar a usuarios adultos que estén intentando suplantar o contactar con usuarios menores de edad¹¹³¹.

No obstante, con los problemas que se plantean actualmente se puede concluir que esta medida no alcanza el grado de efectividad deseado.

3. Formación y concienciación de los usuarios o Información sobre los deberes de los usuarios: El alta en las redes sociales suele venir acompañada

¹¹³⁰Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

¹¹³¹Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la a seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

de prolijos contratos de adhesión. En ellos las obligaciones de los usuarios se diluyen en una maraña de cláusulas contractuales. Deberían adoptarse estrategias informativas específicas que obliguen a una lectura de las obligaciones de los usuarios y que se encuentren siempre disponibles;

- Elaboración y publicación de códigos éticos: La existencia de reglas éticas de actuación no es desconocida en el mundo internet. Los ISP (*Internet Service Provider*)¹¹³² deberían definir el estándar razonable de conducta en sus entornos, más allá de la aplicación de lo dispuesto en las normas. El fomento de códigos de autorregulación de las comunidades de una red social puede contribuir significativamente a la formación y concienciación de los usuarios¹¹³³.

Dichas medidas aún se demuestran insuficientes, puesto que las formas de vulneraciones del derecho a la intimidad se amplían a cada día.

La mejor forma de proteger la intimidad en este entorno es actuar en las redes sociales con cautela, conscientes de que el peligro es invisible. Adoptar algunas recomendaciones básicas ya es un gran inicio, podríamos indicar: Configurar el grado de privacidad del perfil del usuario de la Red Social, de tal forma que no sea completamente público; Aceptar como contacto únicamente personas conocidas o con las que mantiene alguna relación previa; No publicar en el perfil del usuario información de contacto físico, que permita a cualquier persona conocer dónde vive, dónde trabaja o estudia frecuentemente, o los lugares de ocio que suele frecuentar; Emplear diferentes usuarios y contraseñas para entrar en las distintas redes y, por supuesto, disponer de equipos de software antivirus instalados y debidamente actualizados.

¹¹³² Proveedor de Servicios de Internet) o Provider (Proveedor).

¹¹³³ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf Acceso en 12.04.2016.

VII. Otros límites al derecho a la intimidad con las nuevas tecnologías de información.

VII.1. La seguridad pública y el derecho a la intimidad en tiempos de terrorismo.

Como es natural, tras los acontecimientos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 (en adelante 11-S), la protección del derecho a la libertad y a la seguridad se convirtió en un objetivo aún más determinante para los Estados, estando hoy particularmente en causa el combate a la criminalidad especialmente violenta o altamente organizada. En un ataque terrorista los objetivos son, generalmente, el ciudadano común (y no los ejércitos) y las infraestructuras sociales (económicas, como fábricas, o de transportes, como aeropuertos, estaciones, etc.), por lo que es la seguridad de cada uno que está en juego¹¹³⁴.

El derecho a la seguridad es hoy considerado un derecho de protección de sentido negativo, en cuanto *'Abwehrrecht'*, imponiéndose a los Estados, que no pueden agredir a la seguridad de los individuos, pero asume cada vez mayor importancia en cuanto un derecho positivo de protección, imponiendo a las autoridades públicas el deber de la protección, en cuanto *'Schutzrecht'* contra las amenazas de terceros. Se traduce esencialmente en una 'garantía de ejercicio seguro y tranquilo de los derechos, libre de amenazas o agresiones'¹¹³⁵, que nos hace hoy entender las actuaciones de la policía como prestaciones, y nos lleva a sustentar que las policías tienen, en ciertas circunstancias, un poder –deber de acción -. Asumen, en este contexto,

¹¹³⁴SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1657].

¹¹³⁵GOMES CANOTILHO, José Joaquim, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, Coimbra: 1993. Citado por SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1657].

importancia especial las prestaciones del Estado destinadas al combate a la criminalidad. Estas pueden conducir, algunas veces, a la imposición de límites a otros derechos fundamentales¹¹³⁶.

La Constitución de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1)¹¹³⁷, así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29ª)¹¹³⁸. El TC ha definido la seguridad pública como: “(...) *la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas*”¹¹³⁹. Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano¹¹⁴⁰.

La seguridad pública configura pues, como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho, es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica.

La Constitución ha acuñado el concepto de seguridad pública que en palabras del TC supone una noción más precisa que el orden público. Así, por

¹¹³⁶SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1658].

¹¹³⁷Art. 104.1 CE: “*Las fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*”.

¹¹³⁸Art. 149.1.29ª CE: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias (...) - 29ª) Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga ley orgánica.*”

¹¹³⁹STC 33/1982, de 8 de junio, F.J. 3º. En este sentido, SSTC 59/1985, de 6 de mayo; 154/2005, de 9 de junio, entre otras.

¹¹⁴⁰GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidación nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Editorial Universitaria Ramón Aceres, Madrid: 2005, pp. 189-195. Sobre el concepto de seguridad pública y su delimitación respecto de las nociones de orden público y seguridad ciudadana pueden verse, entre otros, los trabajos de JAVIER-MARIA BERRIATÚA SAN SEBASTIÁN, *Aproximación al concepto de seguridad ciudadana*. RVAP, nº 41, 1995; JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*. RVAP, nº 27, 1990; L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA. *La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos*. RAP, nº 109, 1986; TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL. *La configuración constitucional de la seguridad ciudadana*. REP (Nueva Época), nº 87, 1995; MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO. *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*. REDA, nº 58, 1988.

una parte, entiende que el orden público es un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones.

Para el propio Tribunal, como hemos comentado, el concepto de seguridad pública es la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas¹¹⁴¹, siendo obvio que para poder llevar a cabo el control ha de haberse producido ya el supuesto de hecho previsto en la norma, sin que baste una mera previsión de que pueda producirse en un futuro inmediato y que según puso de relieve en las SSTC 33/1982, 117/1984, 123/1984 y 59/1985¹¹⁴² engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido.

Como podemos observar la Constitución española rediseñó las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante FCS) basculándolas hacia los conceptos de protección de personas y bienes frente a acciones violentas, mantenimiento paz y policía administrativa. Esto quedó reflejado en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, en su artículo 11 establece claramente la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de una serie de funciones.

Se trata de un espacio destinado al mantenimiento y restablecimiento del orden y de la seguridad ciudadana, a la prevención en la comisión de delitos para lo cual existe una legitimación para la captación de datos de interés para el orden y la seguridad pública. Estamos en un ámbito de concurrencia de derechos constitucionalmente protegidos en el que la seguridad ciudadana va a

¹¹⁴¹STC 33/1982, de 8 de junio, F.J.3º.

¹¹⁴²SSTC 33/1982, de 8 de junio; 117/1984, de 5 de diciembre; 123/1984, de 18 de diciembre y 59/1985, de 6 de mayo.

jugar como límite fundamentado en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana.

Respeto al concepto de seguridad nacional¹¹⁴³ verificamos que ya no es el mismo que se empleaba en el antaño. Los cambios proporcionados por las nuevas tecnologías de información han llevado a la inutilidad del mantenimiento de la estática separación entre amenazas externas (seguridad nacional) e internas (seguridad pública). Ya está superado el concepto militarista de seguridad nacional¹¹⁴⁴.

Es comprensible, porque las amenazas a las que en la actualidad se debe hacerse frente son mucho más difusas, lo que convierte la referida distinción prácticamente inoperante. La mencionada separación entre amenazas externas e internas determinaba los instrumentos a emplear frente a ellas, destinándose para las exteriores, con carácter general, el uso de los ejércitos, en tanto que se dejaba en manos de los cuerpos policiales las que podían calificarse como internas¹¹⁴⁵.

Otro cambio consistente respecto a la idea de seguridad nacional es la noción vinculada exclusivamente a amenazas violentas, sea de carácter

¹¹⁴³En España, la reciente Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE de 29 de septiembre de 2015. El director operativo del Departamento de Seguridad Nacional (DSN), Joaquín Castellón Moreno, presentó, en el contenido de la nueva Ley de Seguridad Nacional y el proceso que ha llevado hasta su concepción y aprobación. Lo hizo en la inauguración del ciclo de conferencias "Las nuevas tecnologías y los riesgos para la Seguridad Nacional" organizado por el Centro Universitario de la Defensa y la Universidad de Zaragoza. Durante su intervención, Castellón explicó la evolución que ha experimentado el Sistema de Seguridad Nacional español creado por la Estrategia de 2013 y que, finalmente, ha culminado en la aprobación de la citada ley. Con dicho sistema se ha pretendido, según sus palabras, "(...) facilitar la adaptación frente a las amenazas de un entorno internacional cambiante" caracterizado por la interdependencia de los países, la hiper conectividad, la proliferación de tecnologías disruptivas, la presencia de actores no estatales y, en definitiva, la incertidumbre. "España necesitaba un marco legal como este, porque el mundo es cada vez menos predecible", sentenció. Respecto al contenido de la propia ley, el director operativo del DSN destacó la estructuración de los múltiples componentes de la seguridad nacional, para actuar en ámbitos tan diferentes como la lucha contra el terrorismo, el crimen organizado o las *ciberamenazas*; la protección de las infraestructuras críticas o la consecución de la seguridad energética y económica. Además, subrayó la necesidad de desarrollar una sólida cultura de seguridad nacional, que traiga consigo la inexcusable coordinación del Estado, las Comunidades Autónomas y la empresa privada y promueva la participación y colaboración ciudadana, ya que, como insistió, "la seguridad es cosa de todos".

Disponible en:

<http://www.onemagazine.es/nacional/seguridad/nuevas-tecnologias-y-riesgos-seguridad-nacional>

Acceso en: 01.11.2015.

¹¹⁴⁴TORRES SORIANO, M.R. *Los dilemas estratégicos de la ciberguerra*. Citado por FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio. *Ciberamenazas a la seguridad nacional*. [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013, p.164].

¹¹⁴⁵SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Ediciones del Laberinto, Madrid: 2006, pp.149-155.

externo o interno, incluyéndose dentro de las mismas fenómenos recientes frente a los que poco o nada pueden hacer los ejércitos, las fuerzas del orden, o una normativa jurídico penal o meramente sancionadora. En efecto, no sólo se incluye dentro del concepto de seguridad nacional la seguridad económica, la seguridad energética, la seguridad de los recursos, la seguridad sanitaria, o incluso los flujos migratorios, entre otros muchos ámbitos¹¹⁴⁶.

Por supuesto que no son todas las amenazas y riesgos vinculados a las nuevas tecnologías de información. No obstante, resulta indiscutible que aquellas en que las nuevas tecnologías influyen, han experimentado cambios cualitativos, tal y como no sólo con el terrorismo, sino también con el espionaje, bien sea de carácter económico o con cualquier otra finalidad que lo haga relevante para los Estados.

El empleo de las NTI's ha conllevado nuevos retos, generando vulnerabilidades en derechos fundamentales, como la intimidad, hasta ahora desconocidos. Su implicación en la ejecución de mecanismos de actuación suele conllevar la colocación del prefijo *ciber* a términos ya conocidos. Así, surgen las nociones de *ciberterrorismo*, *ciberespionaje*, *ciberamenazas*, etc.¹¹⁴⁷.

Para garantizar la seguridad pública, que es una de las prioridades de la acción de los poderes públicos, el modelo del Estado de Derecho instaurado por la Constitución española dispone de tres mecanismos: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos; un Poder Judicial que asegure su aplicación, y unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones¹¹⁴⁸.

La LO 1/1992, de 21 de febrero¹¹⁴⁹, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, constituyó el primer esfuerzo por abordar, desde la óptica de los derechos y valores constitucionales, un código que recogiera las principales

¹¹⁴⁶FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio. *Ciberamenazas a la seguridad nacional*. [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013, p.165].

¹¹⁴⁷FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio. *Ciberamenazas a la seguridad nacional*. [In: AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Op. Cit., p.173].

¹¹⁴⁸SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Ediciones del Laberinto, Madrid: 2006, pp.7-30.

¹¹⁴⁹Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Norma derogada, con efectos de 1 de julio de 2015, por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo.

actuaciones y potestades de los poderes públicos, especialmente de las FCS, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos. La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática.

El derecho a la seguridad pública es un derecho fundamental de segunda generación, según PEREZ LUÑO¹¹⁵⁰ “(...) *se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concentran y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana*”, objetivando, en última análisis, la prestación positiva por parte del poder público, en el sentido de ofrecer protección a los intereses de la sociedad.

La seguridad pública tiene un concepto vago y amplio, por no se referir a los individuos y objetos determinados en su individualidad. En este sentido se puede decir que el derecho a la seguridad pública no es un derecho individual, aunque se puede pensar desde luego en la protección de nuestra integridad y de nuestro patrimonio, particularmente. Este derecho, a pesar de iniciarse siempre en el espacio individual, encontrará su objetivo mayor en el espacio público, puesto que busca establecer la tranquilidad de la orden, propiciando condiciones para una vida humana digna, supuesto básico de la esencia del hombre y del Estado Democrático de Derecho.

La consideración de fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana determina, a su vez, la necesidad de un tratamiento adecuado a la naturaleza de dichos fenómenos y adaptado a las exigencias constitucionales¹¹⁵¹.

Tras el atentado terrorista contra las Torres Gemelas, en Nueva York el día 11 de septiembre de 2001 (en adelante 11-S), verificamos una serie de medidas que están siendo demandadas por la sociedad y sobre las que se está priorizando potenciar en países de nuestro entorno y desde la propia Unión

¹¹⁵⁰PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, 8ª. ed., Madrid: 1998, p.183.

¹¹⁵¹Exposición de motivos, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Norma derogada, con efectos de 1 de julio de 2015, por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo.

Europea conforme las nuevas exigencias de seguridad pública de las sociedades democráticas.

Atónito y perplejo el mundo acompañó las escenas de horrores del 11-S. Si para los internacionalistas, el Pos-1945 fue el marco para una nueva era – el de la reconstrucción de derechos -, el Pos-2001 surgió como un marco divisorio en la historia de la humanidad¹¹⁵². Si el mundo de la Guerra Fría reflejaba la bipolaridad de bloques, el mundo Pos-Guerra Fría, reflejaría el conflicto entre civilizaciones¹¹⁵³.

Más recientemente, acompañamos estupefactos los atentados Yihadistas en París, en 13 de noviembre de 2015; en Bruselas, en 22 de marzo de 2016 y, en Niza, en 14 de julio de 2016. Enfrentamos a un tipo de terrorismo¹¹⁵⁴, como es el radical islamista, que lleva golpeando Oriente y

¹¹⁵²La Conferencia de Durban, en África del Sur, en 8 de septiembre de 2001, ya anticipaba el alcance y el grado del disenso mundial en la lucha contra la discriminación racial, la xenofobia, y la intolerancia, en un orden caracterizado pelo conflicto de culturas, creencias, etnias, razas y religiones. [In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª Ed., Saraiva, São Paulo: 2010, p. 31].

¹¹⁵³Suficiente mencionar los conflictos de la década de 90 – Bosnia, Rusia, Timor, Kosovo, entre otros.

¹¹⁵⁴El concepto jurídico de terrorismo se encuentra en España muy ligado al texto constitucional, cuyo artículo 55.2 permite la restricción de ciertos derechos procesales respecto de la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Con base en esta previsión, en Derecho español – que sanciona también el terrorismo puramente individual (art. 577) - el concepto de terrorismo se estructura fundamentalmente en torno a las finalidades perseguidas por la acción de los miembros o colaboradores de bandas armadas, organizaciones o grupos (o del terrorista individual): - alterar gravemente la paz pública - subvertir el orden constitucional. El Código Penal no delimita el contenido del concepto de grupo terrorista; la jurisprudencia combina el criterio de orden subjetivo, centrado en las finalidades aludidas, con otros de carácter objetivo: grupo suficientemente numeroso dotado de una organización con cierta permanencia (y jerarquía) y que dispone de armas o explosivos en cantidad semejante a la requerida para el depósito (STS 25 enero 1988). El artículo 571 del vigente Código Penal de 1995, define a los terroristas como: "(...) *los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública* cometan ataques contra edificios o infraestructura de transporte o comunicaciones mediante el uso de artefactos explosivos o mediante incendio que conlleve riesgo de lesiones o muerte." Por su parte, el artículo 572, condena a la pena de veinte a treinta años a quien: "*perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo 571, cause la muerte de una persona*". El derecho español puede conocer de los actos delictivos cometidos en el extranjero según el artículo 23.4.b de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el "Convenio Europeo sobre represión del Terrorismo", ratificado por España en 1980, existiendo Sentencias al respecto del Tribunal Supremo (como por ejemplo la de 29 de marzo de 1993 en el caso de un ciudadano sirio acusado de participar en el asesinato de un ciudadano norteamericano a bordo de un buque italiano o la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1991). A partir de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, se considera que los grupos terroristas se caracterizan por la provocación de una inseguridad de alta intensidad en la población a través de la cual "(...) *se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana*", algo especialmente suscitado "(...) *por el uso de armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen*", en definitiva, por la comisión sistemática de delitos graves mediante el uso de armamento o explosivos.

Occidente con una gran capacidad destructiva, con la finalidad de provocar una inestabilidad política y geoestratégica a escala mundial y que utiliza en su comisión nuevos métodos suicidas.

La inseguridad es un sentimiento terrorífico. Los grupos terroristas prueban que pueden estar en cualquier lugar, en cualquier momento, superando, sorprendentemente, todos los medios de seguridad, poseen la capacidad de “(...) *burlar los sistemas de seguridad más perfeccionados*” y pueden “(...) *actuar en cualquier parte del mundo mediante ataques capaces de producir un enorme número de víctimas en los momentos y de la manera más inesperados*”¹¹⁵⁵.

Se trata de unas de las mayores amenazas en Europa actualmente, sobre todo, una amenaza para aquellas sociedades cuya calificación como democráticas resulta más inequívoca. Hoy, el terrorismo pasa a presentar un nuevo perfil de manifestación, sin duda sigue siendo una forma de terrorismo tradicional, de carácter estatal, como ETA en España o el IRA en el Reino Unido, pero el terrorismo que se enfrenta ahora se puede clasificar como ‘global’, desvinculado de un Estado concreto, no constituido básicamente por ciudadanos del mismo país, carentes de cualquier programa dirigido a la sociedad a la que pretenden aterrorizar y cuyos actos de terror no tienen la finalidad de conseguir un objetivo concreto¹¹⁵⁶.

El terrorismo es un problema de gravísimas consecuencias, cualquiera de sus formas requiere una respuesta eficaz por parte de los distintos Estados, no obstante, esta respuesta está caminando para un recorte en el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. Uno de los efectos más indeseables de esta respuesta fue el aumento de la vigilancia que ejercen los gobiernos en nombre de la seguridad sobre las comunicaciones de los ciudadanos.

Medidas extremas están siendo adoptadas, como la implementación en Estados Unidos de sistemas de espionajes electrónicos como ‘Carnivore’

¹¹⁵⁵CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010, p.13].

¹¹⁵⁶PEREZ ROYO, Javier. *La democracia frente al terrorismo global*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010, p.10].

(carnívoro)¹¹⁵⁷, desarrollado por la Oficina Federal de Investigación (FBI - Federal Bureau of Investigation).

Ha crecido también el intercambio de informaciones entre entidades policiales, o a estas disponibles, mismo cuando es información sobre personas no sospechosas: como por ejemplo, el fornecimiento de informaciones (componente del *Passenger Name Record*) sobre los pasajeros que utilizan el transporte aéreo, que hoy son divulgadas a las autoridades norte-americanas.

También es conocido el funcionamiento de mecanismos de vigilancia como *Echelon*, capaz de interceptar y procesar informaciones contenidas en comunicaciones que tengan lugar en cualquier lugar y en cualquier parte del globo¹¹⁵⁸. En Europa un homologo de este programa es el proyecto *Enfopol*.

Igualmente, la expansión de la vigilancia electrónica de los servicios de inteligencia regulados en la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (*Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)) de 1978¹¹⁵⁹, han supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación de comunicaciones electrónicas de todo tipo en internet. Además de esta ley, están la ECPA (*Electronic Communications Privacy Act*) de 1986, y a partir del

¹¹⁵⁷El sistema recibe la denominación "Carnívoro" porque "llega hasta el hueso" de una investigación. Es un programa especializado que se instala en la red de un proveedor de acceso a Internet. Luego, el FBI lleva una computadora a la oficina de ese servidor, la conecta a la PC del proveedor, y hace un "download" (una copia) de todo lo que se encuentra allí guardado. Al entrar en funcionamiento, "Carnívoro" revisa todos los correos que entran y salen de la dirección que investiga, además de rastrear las visitas que hace a sitios de la Red y las sesiones de *chat* en las que participa.

Disponible en: <https://www.rebelion.org/hemeroteca/cultura/carnivoro121101.htm>

Acceso en: 30.07.2016

¹¹⁵⁸Cualquier cosa como 3 mil millones de comunicaciones en cada día, incluidos telefonemas, mensajes de correo electrónico, *internet downloads*, etc. Se puede consultar en European Parliament, *Temporary Committee on the Echelon Interception System*, Reporto n the existence of a global system for the interception of private and commercial communications. SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1659].

¹¹⁵⁹Es una ley estadounidense que establece los procedimientos para la vigilancia física y electrónica y la recopilación de 'información de inteligencia extranjera' entre 'potencias extranjeras' y 'agentes de potencias extranjeras' (los cuales pueden incluir ciudadanos estadounidenses y residentes permanentes sospechosos de actividades de espionaje o terrorismo). La Ley adquirió importancia pública en diciembre de 2005 tras la publicación por el *New York Times* de un artículo, que describía un programa de escuchas telefónicas sin orden judicial llevado a cabo por la Agencia de Seguridad Nacional desde el año 2002 bajo la administración Bush; un artículo posterior de *Bloomberg* sugirió que el programa podría haber empezado ya en 2000.

Disponible en:

[http://es.unionpedia.org/i/Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de los Estados Unidos](http://es.unionpedia.org/i/Tribunal_de_Vigilancia_de_Inteligencia_Extranjera_de_los_Estados_Unidos)

Acceso en: 30.07.2016

año 2001, a raíz de los atentados del 11 de septiembre, el gobierno federal publicó la *USA Patriot Act (UPA)*, vigente desde el 24 de octubre de 2001 siendo una de las más importantes de la última década y la *Cyber Security Enhancement Act (CSEA)*, mediante las que se autoriza la intervención, por parte del gobierno, de cualquier comunicación electrónica (con independencia del formato en que se encuentre), telefónica, las búsquedas realizadas en los buscadores de Internet, los históricos de visitas de páginas web, etc., sin que para ello sea necesario contar con autorización judicial previa, lo que ha supuesto un claro retroceso de los derechos civiles y políticos en favor de la seguridad de los ciudadanos¹¹⁶⁰.

En este escenario, ¿Cómo enfrentar el terror? ¿Cómo preservar la ‘Era de los Derechos’ en tiempos de terror? ¿Cómo garantizar libertades y derechos fundamentales ante el clamor público por la seguridad máxima? ¿De qué manera los avances civilizatorios de la ‘Era de los Derechos’ (creados en reacción a propia barbarie totalitaria) pueden contribuir para el enfrentamiento de conflictos de esta naturaleza y complejidad?

Desde una perspectiva constitucional, sería incoherente pretender encontrar en la Constitución una solución para tratar el fenómeno del terrorismo, pues sus principales razones de ser se encuentran en el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades de las personas y en la conformación de la estructura del poder de manera que asegure el respeto a tales derechos y libertades. Además, se debe añadir que no es misión de la Constitución dar soluciones a las cuestiones que progresivamente vayan demandando respuesta la sociedad, sino sólo abrir el cauce político en el que puedan adoptarse tales soluciones¹¹⁶¹.

También es inevitable reconocer cómo la respuesta penal actual, represiva con fin de reinserción social, es insuficiente y no disuasoria, ya que el propio terrorista asume y se honra con dar su propia vida, por lo que la respuesta del Estado debe ir en otra dirección, básicamente preventiva.

¹¹⁶⁰SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. [In: Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla, Vol. IX, núm. 18, 2007, pp.111-112].

¹¹⁶¹CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010, pp.15-17].

Seguridad para tener libertad. Esta afirmación puede dar una connotación de conflicto entre dichos derechos, no obstante es importante comprender que no hay ninguna tensión entre dichos derechos, porque la seguridad es el elemento constitutivo de la libertad¹¹⁶². Como expone PEREZ ROYO, Montesquieu ya había lanzado esta afirmación en el famoso capítulo 6 del libro XI ‘Del espíritu de las Leyes’, cuando definió la libertad como “(...) *la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad*”¹¹⁶³. Es el límite a la autonomía personal que establece la voluntad general, la ley, el elemento constitutivo de la libertad, en la medida en que ese límite, y nada más que ese límite, es el que nos proporciona seguridad.

En verdad, los atentados de 11-S han propulsado el inicio de medidas agresivas ante el sentimiento de alarma y de inseguridad experimentado por todo el mundo. Con este hecho, la preocupación con la seguridad fue objeto tanto en el plano político como en el plano jurídico con la misma intensidad.

El sentimiento de vulnerabilidad hizo con que los Estados se lanzaran a aprobar y poner en práctica nuevas normas que incluían un minucioso programa de medidas destinadas a prevenir o a sancionar la acción de grupos terroristas. Se tratan de normas que partían de una valoración volcada al valor de la seguridad y que afectaron de manera especialmente aguda al ejercicio de determinados derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, entre otros¹¹⁶⁴, como ocurrió en Estados Unidos con la edición de la “*USA Patriot Act (UPA)*” aprobada el día 24 de octubre de 2001. Desde este punto de vista nos transformamos en ciudadanos de cristal.

Dicha norma supone una clara limitación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de cualquier persona que se encuentre en los

¹¹⁶²PEREZ ROYO, Javier. *La democracia frente al terrorismo global*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010, p.8].

¹¹⁶³Montesquieu. De L’Esprit des Lois. Aux Éditions de Seuil, Paris: 1965, p. 586. Citado por PEREZ ROYO, Javier. *La democracia frente al terrorismo global*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Op. Cit., p.8].

¹¹⁶⁴W. Hoffmann –Riem. *Libertad y seguridad en la esfera de los atentados terroristas, Teoría y realidad constitucional*, 12-13 (2003-2004), pp.472 y ss. Citado por CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Op. Cit., p.14].

Estados Unidos, dado que el Gobierno Federal cuenta con plenos poderes para intervenir en cualquier tipo de comunicación, interna o externa, de correo electrónico, conversación telefónica, ya sean mensajes de voz o texto, los históricos de navegación *web*, así como de consultas en los principales buscadores de internet. Todo ello tiene como finalidad aumentar el grado de seguridad del Estado frente a actos de delincuencia organizada y terrorismo.

Constituye una paradoja propia de estos tiempos de crisis de la política y del derecho que sea en los Estados Unidos, cuna de los valores del liberalismo democrático vigentes en el mundo, donde se haya configurado un derecho penal del enemigo¹¹⁶⁵, lo cual, pone en evidencia que frente al zarpazo del terrorismo, en todas las latitudes y culturas humanas, se reacciona instintivamente. Pero, la diferencia entre uno y otro caso, es que siendo EEUU el país más poderoso del planeta, no existen posibilidades de someterlo a un control democrático de los demás Estados democráticos, a través del derecho internacional; sino que, en estos tiempos, más bien, su voluntad es la que se convierte en Derecho, en las palabras de Hobbes, “*auctoritas: non veritas facit legem*” (la autoridad, no la verdad, hace la ley)¹¹⁶⁶.

La lucha de los Estados Unidos contra el terrorismo, como afirma LANDA¹¹⁶⁷ al margen de los principios de su propio derecho constitucional, está poniendo en grave riesgo no sólo al control judicial de leyes, sino también, las bases de su propio sistema legal y el derecho internacional de la segunda postguerra mundial y lka misma tendencia se da en otras normas aprobadas en

¹¹⁶⁵Concebido durante el régimen nazi del Tercer Reich, para negar a determinados grupos humanos los derechos a la igualdad y dignidad de toda persona humana; por ser extranjeros o tener ideas políticas distintas al nazismo, o pertenecer a otros grupos étnicos o religiosos. LANDA, Cesar. *Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p. 1032]. En la actualidad esta expresión fue acuñada por Günther Jakobs en 1985, en el Congreso de Profesores de Derecho Penal celebrado en Frankfurt am Main, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido (‘El enemigo tiene menos derechos’, dice Günther Jakobs). Castigan al autor por el hecho de considerarlo peligroso.

¹¹⁶⁶LANDA, Cesar. *Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1050].

¹¹⁶⁷LANDA, Cesar. *Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1031].

el seno de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y el Consejo Europeo, y de las instituciones de la Unión Europea¹¹⁶⁸.

Otros atentados como los de Madrid, de 11 de marzo de 2004; los de Londres, de 7 de julio y 21 de julio de 2005; reforzaron esta tendencia¹¹⁶⁹ y, ahora más que nunca, con los atentados de París, Bruselas y Niza, las medidas deberán ser aún más severas.

Todo este temor está propiciando la instauración de medidas legislativas de seguridad que incluyen el manejo amplio de datos personales, que pueden afectar aspectos íntimos o sensibles de las personas, y que suponen una potencial amenaza al disfrute de los derechos individuales.

Así se establecieron supuestos de intervención de las comunicaciones o de entrada en el domicilio por parte de agentes de las fuerzas de seguridad sin control judicial o con control muy debilitado, entre otras medidas, que inciden en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Está ocurriendo una sobrevaloración del derecho a la seguridad pública. De ahí la sociedad de la información se está configurando como una sociedad no democrática.

En esta lucha, las NTI's también están cumpliendo un papel determinante para las dos vertientes. Indudable que el terrorismo internacional ha evolucionado mucho en sus actividades con el empleo de las NTI's. Internet ha sido utilizada como una herramienta más que le ayuda a cumplir sus objetivos¹¹⁷⁰. Conforme CANDAU ROMERO¹¹⁷¹, existen importantes foros como el GIMF, que desde hace años realizan actividades de propaganda para el terrorismo internacional¹¹⁷². Desde esta y otras páginas *web* se lanza el

¹¹⁶⁸CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Op. Cit., p.14].

¹¹⁶⁹Hubieron otros atentados que también han causado gran impacto en la opinión pública, entre los que destacamos Bali, de 12 de octubre de 2002 y el 1 de octubre de 2005 y el atentado en Mumbai, de 26 de noviembre de 2008.

¹¹⁷⁰El informe del Centro Criptológico Nacional (CCN), adscrito al CNI, constata que el año pasado (2015) apareció una nueva amenaza: “El ciberihadismo que, usando métodos, procedimientos y herramientas del terrorismo, el hacktivismo y la ciberguerra, constituye una realidad incipiente y supone una de las mayores amenazas con las que se enfrentarán las sociedades occidentales”.

Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2016/04/08/5706bead22601dae7a8b45bd.html>

Acceso en: 13.08.2016.

¹¹⁷¹Global Islamic Media Front (GIMF). Foro de propaganda de radicalismo islámico. www.globaljihad.net/ CANDAU ROMERO, Javier. *Estrategias nacionales de ciberseguridad, ciberterrorismo*. [In: *Ciberseguridad, retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de estrategia, Ministerio de defensa. Madrid: 2011, p.266].

¹¹⁷²En contra partida, *Anonymous* es un seudónimo utilizado mundialmente por diferentes grupos e individuos para —poniéndose de acuerdo con otros— realizar en su nombre acciones o publicaciones

mensaje yihadista. Además, están utilizando cada vez más asiduamente las redes sociales como *Facebook*¹¹⁷³ o *twitter*¹¹⁷⁴, u otras redes de distribución de contenidos (*Youtube*)¹¹⁷⁵ para mandar sus mensajes de propaganda¹¹⁷⁶.

Como consecuencia los gobiernos vigilan los medios para tratar de limitar las posibilidades de estos grupos de realizar propaganda por internet intentando clausurar las páginas *web* que albergan contenidos que atentan contra la seguridad de las naciones.

De igual forma vigilan todos los contenidos y perfiles sospechosos que vehiculan en la red¹¹⁷⁷, a tal punto que ya en diciembre de 2002, el Pentágono presentó sus intenciones de construir un gran sistema de vigilancia con el expresivo nombre de *Total Information Awareness* (*Conocimiento Total de la Información*). Una vasta red de datos que permitiría rastrear la huella que cualquier ciudadano deja al efectuar transacciones bancarias, alquileres de vehículos, compras con tarjeta, contratos de suministro de luz o teléfono, etc.¹¹⁷⁸, teniendo acceso a los perfiles de todos los ciudadanos. Son tiempos del Estado vigilante donde la seguridad pública empieza a adoptar una posición preferente en relación a los demás derechos fundamentales.

individuales o concertadas. Las acciones atribuidas a *Anonymous* son llevadas a cabo por individuos no identificados que se autodenominan "Anonymous". Una legión de ciberactivistas se moviliza en la Red. No muestran la cara ni tienen líderes. Tumbaron las webs oficiales de Túnez, tras la autoinmolación de un joven. Atacaron a las empresas que cortaron el grifo a *Wikileaks*. Son un movimiento germinal, fuertemente libertario y de contornos confusos.

Disponible en: http://elpais.com/diario/2011/01/16/domingo/1295153553_850215.html Acceso en: 01.04.2016. Estos hackers respondieron a los atentados de París con una amenaza de ciberataques masivos contra las páginas del grupo yihadista.

Disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/anonymos-declara-guerra-estado-islamico-4677080> Acceso en: 01.04.2016.

¹¹⁷³*Facebook*. Se creó en 2004, en la actualidad esa red cuenta con más de 500 millones de usuarios activos. www.facebook.com

¹¹⁷⁴*Twitter*. Se creó en 2006, en la actualidad esa red cuenta con más de 100 millones de usuarios activos. Se basa en mensajes de texto de 140 caracteres tipo SMS. www.twitter.com

¹¹⁷⁵*Youtube*. Red de descarga de contenidos. www.youtube.com

¹¹⁷⁶CANAU ROMERO, Javier. *Estrategias nacionales de ciberseguridad, ciberterrorismo*. [In: *Ciberseguridad, retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de estrategia, Ministerio de defensa. Madrid: 2011, p.266]. Disponible en: <http://www.bibliotecavirtualdefensa.es/> Acceso en 05.01.2016.

¹¹⁷⁷ Periódico 'El mundo' - *EEUU 'espía' a través de los servidores de Apple, Google o Facebook*. Disponible en: <http://vlex.com/account/login> Acceso en: 11.04.2016.

¹¹⁷⁸ Disponible en: http://elpais.com/diario/2002/12/05/ciberpais/1039056683_850215.html Acceso en: 11.04.2016.

El Estado democrático no puede admitir en la lucha contra el terrorismo, o cualquier otra forma de delito, medidas que conlleven a la vulneración de derechos fundamentales como la intimidad. La Constitución tiene que garantizar que en la prevención y persecución de crímenes no se desnaturalice los elementos del Estado democrático. LANDA¹¹⁷⁹ afirma con mucha propiedad que “(...) *la legítima finalidad de defender a la sociedad y al Estado del terrorismo, debe realizarse a través de medios igualmente legítimos y eficaces; porque, no hay Estado de Derecho sin democracia, ni democracia sin Estado de Derecho. De allí que, para enfrentar legítima y eficazmente al terrorismo se requiere de parámetros constitucionales que el legislador, la policía y el juez deben desarrollar, ejecutar e interpretar, respectivamente, sin vulnerar el propio sistemas constitucional*”.

Desde el Pos 11-S, nace un desafío de que las acciones estatales sean orientadas por los principios heredados del proceso civilizatorio, sin dilapidar el patrimonio histórico atinente a las garantías y derechos. El esfuerzo de construcción de un ‘Estado de Derecho Internacional’, en un espacio más democrático y participativo, deberá prevalecer ante la inmediata busca del ‘Estado Policía’ en el campo internacional, fundamentalmente guiado por el lema de fuerza y seguridad internacional.

VII.2. La videovigilancia pública como medida de seguridad. Un análisis de la Ley Orgánica 4/1997 bajo el prisma del derecho a la intimidad.

Entre las muchas medidas de seguridad adoptadas por los Estados y empresas encontramos la videovigilancia. La captación y/o el tratamiento de imágenes con fines de vigilancia es una práctica muy extendida en nuestra sociedad. La videovigilancia generalmente persigue garantizar la seguridad de los bienes y las personas o se utiliza en entornos empresariales con la finalidad de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes

¹¹⁷⁹LANDA, Cesar. *Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1049].

laborales. Ambas finalidades constituyen bienes valiosos dignos de protección jurídica, pero sometidos al cumplimiento de ciertas condiciones. La utilización de medios técnicos para la vigilancia repercute sobre los derechos de las personas lo que obliga a fijar garantías.

Investigando un poco más la videovigilancia como medida de seguridad nos reportaremos al año 1986, en el Reino Unido, donde se tomó una medida pionera en el mundo, más concretamente en la localidad de Kings Lynn, cerca de Londres, donde se introdujo tres cámaras de videovigilancia en las calles más concurridas. Hasta esa fecha se habían registrado 58 crímenes muy cercanos en el tiempo. En los dos años posteriores a la medida, no se registró ni uno solo. El aparente éxito de la iniciativa hizo que el Gobierno favoreciese instalaciones en otras ciudades del país¹¹⁸⁰.

En Londres, teniéndose como referencia solamente los espacios públicos, estimase la existencia de 2,5 millones de cámaras de videovigilancia, siendo que la imagen de un ciudadano británico es capturada cerca de 300 (trescientas) veces en un mismo día.

Como resultado, centenares de redes transmiten imágenes en teoría inocuas de ciudadanos desprevenidos. ¿Qué pasaría si algún organismo oficial o, simplemente, un grupo criminal pudieran acceder a esa información desde fuera del sistema? Las probabilidades no son escasas, teniendo en cuenta la fragilidad demostrada tradicionalmente por las redes de transmisión de datos.

En Inglaterra, la preocupación con la videovigilancia y otras formas de invasión donde utilizan aparatos tecnológicos, han dado origen a una organización no-gubernamental en defensa de la privacidad, llamada *Privacy internacional*, con matriz en Londres y filial en Washington. Dicha organización ya cuenta con miembros filiados de más de treinta países. Pesquisas de la *Privacy internacional* revelan que los países que más utilizan la videovigilancia – en cuanto mecanismo de control de personas -, son: Inglaterra, Estados Unidos, Rusia e China¹¹⁸¹.

¹¹⁸⁰BRIN, David. *Transparent society. Will technology force us to choose between privacy and freedom?* Perseus books group, Cambridge: 1998, p.5.

¹¹⁸¹ Para más información, disponible en: <https://www.privacyinternational.org/index.shtml> Acceso en 16.03.2016.

Consonante la doctrina de CALONGE CRESPO¹¹⁸² la videovigilancia es un proceso mecánico en el que a través de cámaras se obtienen imágenes de personas y objetos en su cotidiano. Se entiende que la función de vigilancia es la observación y control de esas personas y objetos para evitar la producción de daños o de situaciones de peligro.

La videovigilancia se instrumentaliza mediante un sistema de cámaras fijas o móviles que transmiten imágenes a unos monitores que, normalmente, cuentan con un dispositivo de almacenamiento del video. Las cámaras pueden ser fijas pero también pueden haber cámaras llamadas ‘domo’ o ‘motorizadas’, debido a la forma de domo invertido que presentan y que pueden ser movibles a distancia, éste movimiento se puede hacer vía *hardware* mediante un teclado y *joystick* (mando) o vía *software* mediante una aplicación específica de videovigilancia instalada en ordenador¹¹⁸³.

Su importancia se encuentra en la investigación de hechos delictivos graves, sobre todo, los de carácter terrorista, y hoy es una prioridad en los países de nuestro entorno en su potenciación y adaptación a las nuevas exigencias de seguridad que la sociedad demanda, conforme comentamos en la sección anterior.

Es evidente que la primera característica de la videovigilancia es que las cámaras, aun en el supuesto de que no graben, recogen imágenes cotidianas. Estas imágenes tal y como establece la LOPD, se consideran datos de carácter personal si contienen información respecto de personas físicas identificadas o identificables. Y tal y como establece la propia LOPD en su artículo 3 - c), las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias se consideran tratamiento de datos¹¹⁸⁴.

¹¹⁸²CALONGE CRESPO, Iñaki. *Videovigilancia y seguridad pública*. [In: AA.VV. *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*. José Francisco Etxeberría Guridi; Ixusko Ordeñana Gezuraga, (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia: 2011, p.78].

¹¹⁸³*Ibidem*.

¹¹⁸⁴CALONGE CRESPO, Iñaki. *Videovigilancia y seguridad pública*. [In: *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*. José

La aplicación de la LOPD a estos sistemas plantea cierto grado de dificultad en todos los ámbitos. Por una parte, el responsable debe ser capaz de identificar si el uso que hace de las videocámaras se encuentra sujeto a la Ley. Por otra, resulta complejo informar al titular de los datos y hacerlo con criterios homogéneos, comprensibles y fácilmente identificables.

La necesidad de la adopción de dicha medida para el mejor cumplimiento de los fines que la Policía tiene encomendados habrá que observar el principio de la proporcionalidad¹¹⁸⁵ en su doble vertiente de 'idoneidad' e 'intervención mínima'. La STC 49/1999¹¹⁸⁶ establece que el referido principio en el ámbito de los derechos fundamentales es una regla de interpretación que por su mismo contenido se erige en el límite de toda injerencia estatal en los mismos.

A partir de ahí se deben estudiar los presupuestos y fines que habilitan la necesidad de la adopción de dicha medida, de manera que sólo conociendo los mismos se pueda determinar si es idónea para alcanzarlos y si es legítimo el sacrificio de otros bienes jurídicos que se ven afectados por ella, concretamente el derecho a la intimidad.

Dicha ponderación entre la necesidad de adopción de la medida y la eventual afectación del derecho a la intimidad se hará, como ya se ha dicho, desde la perspectiva de la proporcionalidad.

Como hemos visto, las FCS tienen encomendadas la importante labor de protección de los derechos y libertades y el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Dicha misión aparece concretada en la LO de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, donde, entre otras, se recogen las funciones de mantenimiento y restablecimiento del orden y la seguridad ciudadana; la prevención de la comisión de actos delictivos y, la capacitación de datos de interés para el orden y la seguridad pública.

Pues bien, estas tres concreciones, y en especial la última, constituyen el presupuesto para que, en caso necesario, se proceda a la instalación de

Francisco Etxeberría Guridi; Ixusko Ordeñana Gezuraga, (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia: 2011, p.78].

¹¹⁸⁵STEDH, Caso Foxley c. Reino Unido, de 20 de junio de 2000.

¹¹⁸⁶STC 49/1999, de 5 de abril, F.J.7º; en el mismo sentido, SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre y STEDH Casos Huvig y Kruslin c. Francia, de 24 de abril de 1990.

sistemas de videovigilancia en la vía pública, sin perjuicio de que posteriormente y una vez establecida la necesidad de la adopción de la medida, se esté a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, sobre utilización de videocámaras por las FCS en lugares públicos (LOV en adelante).

La propia Exposición de Motivos de la LOV establece la necesidad del uso de medios cada vez más sofisticados por la Policía para poder aumentar el grado de protección de los derechos y libertades públicas y prevenir la delincuencia, entre los que se encuentran los medios de grabación de imágenes y sonidos, el que nos parece razonable ya que la proliferación de una delincuencia, sobre todo del terrorismo, está cada vez más sofisticada y tecnológica, se hace necesaria la correspondiente correlación en el ámbito de la seguridad pública. Sería absurdo pensar que los medios tecnológicos disponibles lo sean para múltiples ámbitos, excepto para la seguridad.

Sin embargo, no se puede admitir, en esta enfurecida lucha contra el terrorismo y otros delitos, medidas que conlleven a la vulneración del derecho a la intimidad de las personas puesto que son prácticas incompatibles con un Estado democrático. En este punto es necesario reafirmar el valor de la Constitución como norma que garantice que la búsqueda de la seguridad no permita el establecimiento de medidas de control que lleguen a desnaturalizar los elementos característicos del Estado democrático.

Tenemos que reconocer que las instalaciones de estos sistemas tienen un efecto disuasorio en la delincuencia que se traducirá en un incremento de la seguridad objetiva debido a la disminución del número de delitos y a la vez un efecto de mejora en el sentimiento de inseguridad subjetiva del ciudadano. Tampoco podemos negar ventajas procesales que supone la obtención de una prueba objetiva como la videográfica, que facilita mucho la incriminación. Esta función probatoria, fue de gran utilidad en la identificación de los autores de los atentados de Londres del 7 de julio de 2005 y para determinar la secuenciación de los hechos¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁷ Disponible en:

<http://www.dw.com/pt/pol%C3%ADcia-identifica-autores-dos-atentados-de-londres/a-1647449>

Acceso en: 03.04.16.

Estas cuestiones pueden determinar la necesidad del uso de estos sistemas para inhibir un riesgo concreto o potencial de inseguridad. No obstante, se hace necesario abordar la cuestión de la afectación que dichas medidas puedan ocasionar al derecho a la intimidad y los ámbitos que dan legitimidad para su utilización, para analizar posteriormente el tratamiento jurídico de las mismas en la LOV.

Señala ROUCA¹¹⁸⁸ que aún entendiendo que la medida de captación de imágenes, con todas las formalidades y garantías que exige la legislación vigente, es una actividad lícita para el poder público, también es cierto que puede afectar, por definición, al derecho a la intimidad. La circunstancia de que grabar legalmente no vulnere el derecho fundamental a la intimidad porque no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno¹¹⁸⁹, no significa que no afecte al derecho. Los derechos fundamentales que resultan más afectados son, sin duda, los derechos de la personalidad reconocidos en el art.18.1 CE y el derecho de autodeterminación informativa o derecho de protección de datos personales contenido en el art.18.4 CE.

En el ámbito del art.18.1 CE, se debe recordar además que, junto al derecho a la intimidad de las personas, se encuentra el derecho a la propia imagen, que tutela la representación gráfica de la figura humana y, por tanto, la personalidad. Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y de circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto¹¹⁹⁰.

En la actualidad, como comentado en el capítulo primero, parece claro que el concepto amplio de intimidad es el relevante para la determinación del ámbito de protección del derecho fundamental. El derecho a la intimidad

¹¹⁸⁸ROUCA GÓMEZ, S. *Informe Pro Veritas sobre La colocación de videocámaras en vehículos de atestados*. Universidad de A Coruña, Abril, 2002, pp.32-36.

¹¹⁸⁹Por todas, STC 37/1998, de 17 de febrero.

¹¹⁹⁰STC 170/1987, de 30 de octubre, F.J.4°.

personal no se constriñe al ámbito doméstico o privado, sino que despliega su eficacia también en el ámbito público¹¹⁹¹.

Importante acordarse de que ni el TC ni el TEDH constriñen el derecho a la intimidad personal al ámbito doméstico o privado, sino que consideran que despliega su eficacia también en el ámbito público¹¹⁹². Es interesante mencionar a este respecto la sentencia del caso *Peck contra Reino Unido*, que es el primer caso de videovigilancia abordado por el TEDH¹¹⁹³.

El derecho a la propia imagen, consagrado en el art.18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, conforme TC, "(...) contribuye a preservar la dignidad de la persona (art.10.1°C.E.), salvaguardando una esfera de la propia reserva personal frente a intromisiones de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, FJ 3º). (...) Calificado así, resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible

¹¹⁹¹En este sentido CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites*. Poder Judicial, nº 38, 1995, p. 62; PAREJO ALFONSO, Luciano. *El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones*. [In: *Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar*. Juan José López Ortega (Director). CGPJ, Madrid: 1996, p. 27]; en contra NÚÑEZ VIDE, José Luiz. *La prueba pertinente: un problema constitucional y otras cuestiones. La videovigilancia*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 2, 1997, p. 279; VON HIRSCH, Andrew. *Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión*. InDret. Revista para el análisis del Derecho, nº4, 2007, p.8.

¹¹⁹²STC 98/2000, de 10 de abril, F.J.6º: se examinaba la conformidad constitucional de la instalación de micrófonos en dos zonas concretas de un casino, la caja y la ruleta francesa. Para el TC, el "(...) sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa" (F.J. 9º). El Tribunal apreció intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por falta de indispensabilidad de la medida, ya que ya existía un sistema de seguridad mediante videocámaras.

¹¹⁹³TEDH *Caso peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003. Sobre la sentencia Peck vid. ARZOZ, Xabier y LAZCANO, Iñigo. *La distribución de fotografías e imágenes por la policía y las autoridades de videovigilancia a los medios de comunicación*. Revista Vasca de Administración Pública, nº67, 2003, pp.55-98, especialmente pp.67-69.

cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (...)"¹¹⁹⁴.

El derecho a la propia imagen, reconocido por el art.18.1 de la Constitución a la par de los del honor y la intimidad personal, "*(...) forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz"*¹¹⁹⁵.

Por lo que respecta al párrafo 4º del citado art.18, nos encontramos ante la autodeterminación informativa que, como hemos visto, ofrece protección frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión ilimitada de los datos de carácter personal, permitiendo que sea el individuo afectado, titular de dichos datos, quien decida sobre su difusión y utilización, es decir, que controla personalmente las informaciones que le afectan.

En el marco de una sociedad democrática, la garantía de la seguridad ciudadana y el mantenimiento del orden público constituyen un presupuesto para el libre ejercicio de los derechos fundamentales y, la tutela de los valores justifica que, en ocasiones, los derechos fundamentales se vean limitados siempre que se den las condiciones de proporcionalidad del sacrificio que se impone y de su establecimiento mediante una ley, amén de la aplicación obligatoriamente restrictiva de la norma de limitación. Las funciones que desarrollan las FCS garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos, que se constituyen en objeto y límite de sus actuaciones.

¹¹⁹⁴STC 99/1994, de 11 de abril, F.J.5º.

¹¹⁹⁵STC 117/1994, de 25 de abril, F.J.3º.

En este orden de cosas, el TC ha manifestado que "(...) de la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del art. 104.1 CE que puede considerarse directamente heredero del art.12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. El art. 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el art.53 CE, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano"¹¹⁹⁶.

En la Exposición de Motivos la LOV reconoce el potencial lesivo de estas técnicas y su necesaria utilización por las Fuerzas Policiales, cuando señala que "(...) las imágenes y sonidos obtenidos por cualquiera de las maneras previstas serán destruidos en el plazo de un mes desde su captación, salvo que se relacionen con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial abierto. El público será informado de la existencia de videocámaras fijas y de la autoridad responsable y todas las personas interesadas podrán ejercer el derecho de acceso y cancelación de las imágenes en que hayan sido recogidos".

La LOV establece en el párrafo 5º de su art.6, dedicado a los principios de utilización de las videocámaras, una limitación a la actividad policial estableciendo que "No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de los vestíbulos salvo consentimiento de su titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley (lugares públicos abiertos o cerrados) cuando se afecte de forma

¹¹⁹⁶STC 55/1990, de 28 de marzo, F.J.5º. Véase BARCELONA LLOP, Javier. *Policía y Constitución*. Tecnos, Madrid: 1997.

directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia".

Así pues, este artículo de la LOV se dirige a la protección de los derechos reconocidos por el artículo 18 CE, la intimidad y todos aquellos que son una proyección de ésta y que amplían la protección otorgada a la intimidad personal y familiar. La vida privada en general opera como límite frente a las actuaciones policiales que se sirven de estos artificios técnicos para el buen desarrollo de sus funciones de seguridad pública.

En su art. 2.2, dicha LO señala que *"Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal"*.

Ciertamente, en cuanto que la LOPD de 1999 derogó la Ley de 1992, esta remisión quedó sin efecto. Además, hay que tener presente que el art.2.3-e) excluye de su ámbito de aplicación tratamientos de datos personales procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las FCS, de conformidad con la legislación sobre la materia. Sin embargo, estos tratamientos se regirán también *"(...) por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica"*.

Si se interpretan las previsiones legales concluyendo que la LOPD excluye el registro de imágenes y sonidos creados por las FCS, automatizados o no, también se entenderá que quedan excluidos de su ámbito los tratamientos derivados de esas imágenes y sonidos. Por tanto, quedarían excluidos un gran número de tratamientos de datos personales.

No obstante, también se podría entender que cualquier tratamiento de los datos personales realizado a partir de estas imágenes y sonidos quedaría sujeto a *"(...) lo especialmente previsto, en su caso, por la Ley Orgánica de Protección de Datos"*. Si se atiende a lo dispuesto en el art. 3 de la citada Ley se entiende que 'datos personales' son *"(...) cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"* y 'tratamiento' es el conjunto de *"(...) operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no,*

que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias".

El Reglamento que desarrolla la Ley de videovigilancia facilita el uso de estas técnicas por las FCSE en el ámbito público en el que desarrollan sus funciones de seguridad. De un estudio de la regulación de esta materia se puede concluir como la opción legislativa se inclina por limitar los derechos fundamentales en aras a fortalecer o favorecer la seguridad pública y la prevención del delito y deja sin solventar las no pocas lagunas que ponen en peligro los derechos de los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad, que comentamos, se consagra en el art.6 de la LOV, referido a idoneidad e intervención mínima. La idoneidad supone que *"Sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana"*. La intervención mínima obliga a ponderar en caso *"(...) entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas"*. Además, la Ley exige la presencia de *"(...) un razonable riesgo para la seguridad ciudadana"* para la autorización de las videocámaras fijas.

En su Disposición adicional segunda se ordena la creación, por las autoridades competentes para autorizar la instalación fija de videocámaras, de un registro en el que consten todas las que se haya autorizado. En el conjunto de datos que han de figurar en estos registros se contarán los que permitan identificar al responsable de su utilización. Así, se podrá conocer a quien exigir las debidas responsabilidades y controlar la instalación de estos artefactos de vigilancia.

La LOV establece el derecho de los sujetos objeto de grabación a obtener la información, el acceso y, en su caso, la cancelación de las imágenes obtenidas (art. 9.2°).

El derecho a la información no se explicita en el Reglamento, pero su art.21.1 establece que *"La información al público de la existencia de instalaciones fijas de videocámaras será responsabilidad de la autoridad que haya otorgado la autorización, y deberá ser efectiva desde el mismo momento en que se proceda a la utilización de las mismas, debiendo mantenerse*

actualizada de forma permanente. Dicha información, que no especificará el emplazamiento concreto de las instalaciones fijas de videocámaras deberá contener en todo caso una descripción genérica de la zona de vigilancia y de las autoridades responsables de la autorización y custodia de las grabaciones".

Así pues, el ciudadano conoce la existencia de videocámaras y la autoridad pública ante la que puede ejercer su derecho de acceso. El art.22 concreta que *"Para informar al público de la existencia de instalaciones fijas de videocámaras se utilizará una placa informativa, en la cual figurará el pictograma de una cámara de vídeo, y un panel complementario con el contenido especificado en el artículo anterior. El diseño y formato de la placa informativa y el del panel complementario se ajustará a lo establecido en el Anexo al presente Reglamento. Cuando por razones debidamente justificadas no puedan emplearse los medios descritos en los apartados anteriores, se utilizarán cualesquiera otros instrumentos de información para garantizar la efectividad de lo previsto en el apartado primero del artículo noveno de la Ley Orgánica 4/1997"*¹¹⁹⁷.

Evidentemente, para la protección de los datos personales y, en definitiva, de los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, las imágenes y sonidos grabados no se pueden conservar indefinidamente, así como tampoco se pueden conservar cuando se hayan obtenido de forma incorrecta o ilícita.

El art.8 de la LOV establece que el plazo máximo de conservación de las grabaciones es de un mes y, una vez transcurrido, se destruirán, salvo *"(...) que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto"*.

La cesión o copia de las grabaciones están prohibidas, salvo que *"(...) estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso"*

¹¹⁹⁷Martínez Martínez considera que *"No sería en absoluto descabellada la realización de campañas públicas de información ciudadana por las autoridades policiales nacionales, autonómicas o municipales que indicasen al ciudadano la decisión de instalar videocámaras, los espacios a los que afecta y los datos de la autoridad responsable de las grabaciones en los términos en que la LOPD regula el derecho de información en la recogida de datos"*. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Tecnologías de la información, policía y Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2001, p.382.

o con un procedimiento judicial o administrativo abierto". En este caso, se pondrán a disposición judicial "(...) con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación", comunicándose "(...) verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación" cuando no pueda redactarse el atestado en tal plazo. Si se constata la comisión de una infracción administrativa "(...) se remitirán al órgano competente, igualmente de inmediato, para el inicio del oportuno procedimiento sancionador".

Sobre la destrucción y cancelación de imágenes, el Reglamento establece en su art.18 que *"Las grabaciones deberán ser destruidas por la autoridad que tenga encomendada su custodia material conforme a lo previsto en el artículo anterior, en el plazo máximo de un mes a contar desde el mismo día de su captación (...). La destrucción podrá hacerse efectiva por cualquier modalidad que permita el borrado o inutilización de las grabaciones, o de las imágenes y sonidos concretos que deban ser cancelados".*

Las excepciones al ejercicio de este derecho se concretan en aquellos casos en los que las grabaciones desvelen la comisión de un ilícito o cuando se haya interpuesto algún recurso administrativo o jurisdiccional.

Cuando se trate de grabaciones ilegales, el art.20 establece el deber del responsable de custodiar las grabaciones, de destruir inmediatamente las imágenes y sonidos así obtenidos. Si no se respetaron los principios que rigen la utilización de las videocámaras móviles, o se grabó sin el consentimiento del titular o autorización judicial imágenes o sonidos del interior de las viviendas o de sus vestíbulos, o las registradas en lugares públicos, abiertos o cerrados, cuando se afecte de forma directa y grave la intimidad de las personas, y cuando se hayan grabado conversaciones privadas, se deben destruir las grabaciones.

Ante las nuevas demandas de seguridad, y los nuevos retos planteados a consecuencia de fenómenos tan execrables como el terrorismo, hay que combatirlo desde la ley y desde la libertad. Y en definitiva, se tratará de conciliar el derecho a la privacidad e intimidad como también la protección de datos con el interés público del mantenimiento de la seguridad ciudadana y la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves.

Así que será justificable la afectación del derecho a la intimidad con tales medidas siempre y cuando observado el principio de proporcionalidad. El derecho a la intimidad puede ceder en este sentido ante las exigencias de seguridad pública, otro bien jurídico de especial protección constitucional. Muchas veces, el problema no radica tanto en la adopción de ciertas medidas que afecten a derechos individuales sino en la forma en que se controla ese poder, es decir, la previsión normativa y el control judicial.

La seguridad pública se configura como un bien de especial protección constitucional, y que viene a suponer la existencia de un clima de tolerancia, orden y paz social en el que los ciudadanos puedan ejercitar sus derechos en libertad¹¹⁹⁸. El equilibrio entre libertad y seguridad es el fundamento mismo de la existencia del Estado democrático. Eso porque, como hemos visto, ambos valores están íntimamente ligados, no pudiendo darse la libertad sin un clima de seguridad, ya que donde no hay seguridad de las personas y la protección de sus bienes no puede subsistir la libertad. Por ello, el Estado deberá establecer las medidas necesarias para su equilibrio teniendo como fundamento los criterios de eficacia y la prudencia y como sustrato normativo constitucional la disposición del artículo 10.1 de la CE relativa al respeto de los derechos de los demás como fundamento del orden político y la paz social.

A continuación apuntamos algunas reflexiones que ayudan a encauzar el análisis de conformidad de la utilización de la videovigilancia con los derechos fundamentales.

1. Es necesario que las restricciones se justifiquen en un bien o interés jurídico constitucionalmente relevante. Sin duda la seguridad pública constituye en sí un interés jurídico constitucionalmente relevante (art. 104.1 CE)¹¹⁹⁹. Así mismo, la finalidad concreta de prevenir delitos e infracciones relacionadas con la seguridad ciudadana no es ajena al Estado constitucional.

2. Es necesario que las restricciones previstas en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales estén suficientemente determinadas en la Ley, es decir, que no se abandonen enteramente a poderes públicos distintos del legislativo.

¹¹⁹⁸SSTC 33/1982, de 8 de junio, F.J.1º y 19/1985, de 13 de febrero, F.J.1º.

¹¹⁹⁹STC 196/1987, de 10 de junio, F.J.7º; también SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, F.J.2º y 127/2000, de 16 de mayo, F.J.3º a).

Desde esta perspectiva cabe señalar que algunas disposiciones específicas de la LOV pueden plantear problemas. Es el caso de las limitaciones del ejercicio de los derechos de acceso y de cancelación de las grabaciones establecidas en el art. 9.2¹²⁰⁰. Por su vaguedad e indeterminación, parecen vaciar las facultades inherentes a los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen y, en especial, son discutibles con arreglo a la propia jurisprudencia constitucional sobre la LOPD¹²⁰¹.

3. Hay que examinar si las restricciones previstas respetan los tres criterios que componen el principio de proporcionalidad en sentido amplio: los criterios de idoneidad, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La LOV cumple los tres criterios mencionados. Para el examen del criterio de proporcionalidad en sentido estricto debe tenerse en cuenta que la ponderación de bienes constitucionales realizada por el legislador sólo puede ser rechazada cuando constituya una ponderación manifiestamente errónea entre los fines perseguidos y las restricciones previstas. Desde esta perspectiva puede afirmarse que en conjunto existe proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y el beneficio resultante para el conjunto de los ciudadanos. Este juicio se fundamenta en el conjunto de reglas limitadoras de la utilización de las videocámaras y de garantías para los ciudadanos establecidas en la Ley. Este conjunto de reglas restringen, en lo posible, el sacrificio de los derechos fundamentales afectados. ¿Cuáles son estas reglas?

A) La Ley no autoriza a una vigilancia general e indiscriminada. La utilización está sujeta a la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las videocámaras fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles (art. 6.4).

B) Por otra parte, la toma de imágenes sólo es lícita en “(...) *lugares públicos, abiertos o cerrados*” (art. 1.1).

C) La instalación de videocámaras está sujeta a un régimen de autorización previa, salvo en casos excepcionales de urgencia máxima y para

¹²⁰⁰ “Toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. No obstante, el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se están realizando”.

¹²⁰¹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.18º.

las videocámaras móviles. La autorización se acompaña de diversas restricciones: limitación a un lugar público concreto objeto de observación, posibilidad de introducir todas las limitaciones y condiciones de uso necesarias, y vigencia máxima de un año (art. 3.4).

D) Los ciudadanos serán informados de forma clara y permanente de la existencia de las videocámaras fijas y de la autoridad responsable (art. 9.1).

E) Toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figure (art. 9.2).

F) La conservación de las grabaciones está limitada temporalmente. Por una parte, deben ponerse inmediatamente y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas a disposición judicial o del órgano administrativo competente las grabaciones que hubieran captado la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales o administrativos (art. 7). En el plazo de un mes desde su captación deben ser destruidas las grabaciones salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto (art. 8.1).

Naturalmente, el juicio de proporcionalidad que merece la LOV no significa que cualquier utilización de la videovigilancia sea legítima. Al contrario, la cuestión de la proporcionalidad del sacrificio de los derechos fundamentales se traslada al momento de la aplicación de la Ley.

4. En último lugar, la conformidad de las restricciones previstas depende del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. La jurisprudencia del TEDH la del TC han subrayado la importancia de la existencia de garantías adecuadas y suficientes en relación con medidas lícitas de injerencia en los derechos fundamentales.

En relación con un sistema de vigilancia secreta de las comunicaciones el TEDH señaló lo siguiente: *“Sea cual sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes frente al abuso. Esta apreciación no tiene más que carácter relativo: depende de todas las circunstancias del caso, por ejemplo de la naturaleza, la extensión y la duración de las medidas posibles, los motivos necesarios para ordenar tales medidas, las autoridades competentes para su autorización,*

*ejecución y supervisión, el tipo de recurso previsto por el derecho interno*¹²⁰².

Por su parte, el TC ha declarado que *“(…) un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta*¹²⁰³.

La idea de que un régimen de garantías adecuadas frente a eventuales vulneraciones forma parte del respectivo contenido esencial es aplicable a todos los derechos fundamentales. Por supuesto, la naturaleza de esas garantías dependerá de cada concreto derecho. En el caso de la videovigilancia la naturaleza del autor de eventuales intromisiones ilegítimas y la de los bienes en juego obligan especialmente a un cuidado exquisito en materia de garantías por parte del legislador.

El TC se ha referido en este sentido a la necesidad de que el legislador, al regular los medios de actuación de las FCS, garantice ‘una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones’: *“El legislador ha de ponderar, pues, los valores constitucionales en juego, de modo que la protección de los medios de actuación de las Fuerzas de policía no puede suponer un sacrificio de bienes y derechos constitucionales y del propio respeto del Estado de derecho, ni una limitación efectiva de la posibilidad de verificar judicialmente los abusos o extralimitaciones, por excepcionales que puedan ser, en que eventualmente incurran los miembros de las Fuerzas de la policía en el ejercicio de sus funciones*¹²⁰⁴.

La LOV confirma las garantías típicas del Estado de Derecho: la garantía procedimental, en cuanto que la utilización se sujeta a un procedimiento administrativo previo de autorización, y la garantía jurisdiccional. Además, la aportación específica de la LOV es una suerte de garantía institucional. El legislador ha previsto la intervención de un órgano de supervisión específico (la

¹²⁰²STEDH *Caso Klass y otros c. Republica Federal de Alemania*, 6 de septiembre de 1978. En el mismo *Caso Malone c. Reino Unido*, 2 de agosto de 1984; vid. también las sentencias del *Caso Kruslin y Huvig c. Francia*, de 24 de abril de 1990.

¹²⁰³STC 143/1994, de 9 de mayo, F.J.7º; doctrina reiterada en las SSTC 94/1998, de 4 de mayo, F.J.4º y 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.10º.

¹²⁰⁴STC 55/1990, de 28 de marzo, F.J.5º.

Comisión) para velar por el respeto de los requisitos de la Ley por las Administraciones competentes¹²⁰⁵.

¹²⁰⁵ETXEBERRIA GURUDI, José Francisco. *La Comisión de videovigilancia y libertades del País Vasco: funciones y experiencias*. [In: ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (coordinadores). *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2011, p.78].

Capítulo Quinto

HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD CON EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN.

SUMARIO: I. LA CRISIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. LOS NATIVOS DIGITALES; II. NUEVOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN; II.1. El derecho al olvido digital; II.2. El derecho al anonimato; III. HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO CLÁSICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD CON EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN.

I. La crisis del derecho a la intimidad. Los nativos digitales.

La evolución y difusión de las TIC's hacen con que los tradicionales derechos del individuo se vean amenazados, en unas ocasiones por el desconocimiento del individuo del nuevo medio al que se enfrenta y, en otras, por la propia naturaleza del medio, menos garantista de los derechos del ciudadano que otros entornos más tradicionales.

No en vano, el ciudadano medio tiende a sumergirse a ritmo vertiginoso en la tecnología que le rodea sin ser consciente en muchos casos de los riesgos que ello implica. Y es que, por extraño que parezca, el ser humano, por su propia naturaleza, tiende a involucrarse en lo desconocido sin percibir en muchos casos las amenazas que ello reporta y sin notar las implicaciones que tales acciones tienen desde el punto de vista de la privacidad y la seguridad.

Como venimos subrayando, la innovación en el campo de las NTI's han configurado una nueva y compleja realidad social cuyas características más relevantes giran en torno, sobre todo, a internet y sus ilimitadas posibilidades, donde – la información es fuente de poder a todos niveles; - el mundo está globalizado, y existen a su vez varios tipos de globalización (entre ellas la mundialización de la información; y – las nuevas tecnologías sirven de motor a las dos características anteriores¹²⁰⁶.

En opinión de CAMPUZANO TOMÉ¹²⁰⁷, la sociedad de la información es “(...) *un nuevo modelo del organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la comunicación*”. Y es justamente ante este nuevo escenario donde GALÁN¹²⁰⁸ propone que “(...) *el derecho tiene que adaptar sus estructuras y sus conceptos tradicionales a la realidad digital*”.

Nadie duda de la utilidad y practicidad que nos aportan estas tecnologías, sin embargo, como subrayamos a lo largo de esta investigación,

¹²⁰⁶BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección. Tirant to Blanch*, Valencia: 2005, pp.34-37.

¹²⁰⁷CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales*. Tecnos, Madrid: 2000. Ver también los interesantes artículos de HOLGADO GONZÁLEZ, María. *Intimidad y Nuevas Tecnologías en el entorno laboral*. [In: AA.VV. *Constitución y Democracia, Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Madrid: 2012].

¹²⁰⁸GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Libertad de expresión y responsabilidad penal por los contenidos ajenos a internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2010, p.58.

con ellas aparecen también amenazas a los derechos fundamentales, entre ellas al derecho a la intimidad.

Históricamente, a cada etapa del desarrollo tecnológico corresponden nuevas formas de control que de manera progresiva han ido transformando la noción jurídica de intimidad.

Si en el origen, como hemos visto, la intimidad era considerada como un derecho a la soledad y al aislamiento (*right to be let alone*)¹²⁰⁹, identificada con el secreto y el reconocimiento a su titular de facultades de exclusión¹²¹⁰, el desarrollo de las tecnologías de control, como manifestación del espacio en el que se desenvuelve la propia individualidad que se proyecta, primero, en las zonas de retiro y secreto y que se extiende a las informaciones que conciernen al individuo.

La intimidad, se identifica así con la capacidad de control de las informaciones que sobre uno mismo puedan tener otras personas o, más exactamente, con la posibilidad de autodeterminarse en el ámbito informativo, es decir, con la capacidad de determinar 'cómo, cuándo y en qué medida' se comunica información a otros¹²¹¹. Es más, desde la década de los setenta el desarrollo experimentado por las tecnologías relacionadas con el tratamiento de la información no ha hecho sino acrecentar la importancia de esta dimensión informática de la intimidad, esto es, del control de la información como garantía al servicio de la libertad.

Llegados a este punto, conviene avanzar en otra idea. Si internet representa una nueva amenaza para la intimidad no es sólo a causa de su carácter abierto y global, sino fundamentalmente por la existencia de arquitecturas que permiten monitorizar las conductas de los usuarios, creando perfiles personales mediante el tratamiento de los datos obtenidos en la comunicación. De esta forma, la vida de cualquier persona se convierte en un

¹²⁰⁹STC 73/1982, de 2 de diciembre, F.J.5º.

¹²¹⁰STC 110/84, de 26 de noviembre, F.J.3º; STC 231/88, de 2 de diciembre, F.J. 3º; STC 142/93 de 22 de abril, F.J.7º.

¹²¹¹WESTIN, Alan Furman. *Privacy and Freedom*. Atheneum, New York: 1967, p. 7. Citado por SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla, Vol. IX, nº 18, 2007, p.99.

registro en constante crecimiento, sus acciones quedan almacenadas para siempre y son susceptibles de ser desveladas cuando se quiera.

Un breve repaso de algunos y otros más de los sistemas tecnológicos de la información y comunicación que integraran esta investigación nos permite entrever el poder de estas aplicaciones y la 'crisis' del derecho a la intimidad. Un ejemplo es el sistema de vigilancia y seguimiento en lugares estratégicos como aeropuertos, centros comerciales, calles etc. Que hemos comentado en sección anterior. Estos dispositivos suministran una gran cantidad de información biográfica y geofísica, representan sin duda una repercusión negativa sobre la intimidad de las personas. El público debe ser advertido de que se emplean estos sistemas y se debe preservar la privacidad¹²¹².

No obstante, existen además otros sistemas de seguimiento y vigilancia. Los teléfonos móviles y tabletas con tecnología 3G y 4G están equipados con GPS (*Global Positioning Systems*) que permiten la situación exacta de los usuarios a través de satélites. En Estados Unidos, utilizan el sistema de "localización social" denominado *Verizon Chaperone* para saber dónde se encuentran las personas en cada momento¹²¹³.

Junto a los GPS, las cajas negras en los vehículos, que muchos usuarios desconocen que tienen, pero lo tienen, están dotados de una tecnología EDRS (*Electronic Data Recorders*) que recogen y gravan datos como la velocidad, el uso de cinturones, el estado de frenos, aceleración, etc. Una gran mayoría de ciudadanos no tienen conocimiento de otras tecnologías de vigilancia y rastreo como el sistema ANPR (*Automatic Number Plate Reconition*); de la identificación mediante radio frecuencia (*RFID, Radio Frequency Identification*)¹²¹⁴, etc. Igualmente, las transacciones que realizamos a través de Internet pueden ser vigiladas, sin hablar en *google earth, google eyes* etc.

Aunque casi todos estos sistemas están esencialmente enfocados a mejorar la seguridad de usuarios y ciudadanos en general, no existen

¹²¹²Recomendaciones de la Conferencia Europea sobre "Prevención del crimen: hacia un nivel europeo. Noordwijk, 11-14 de mayo de 1997, [In: *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. V, nº 3 (Septiembre de 1997, pp.65-70)].

¹²¹³"GPS child tracking service called Verizon Chaperone". Ver NISSENBAUM, Hellen. *Privacy in Context, Technology, and the Integrity of Social Life*. Stanford Law Books, Stanford: 2010, p.24.

¹²¹⁴NISSENBAUM, Hellen. *Privacy in Context, Op. Cit.*, pp.31 y ss.

mecanismos de información a los mismos que les permitan tener conciencia de ellos ni de las consecuencias que puede tener para sus vidas. Como dice NISSENBAUM¹²¹⁵, es una paradoja que, por un lado, se les ofrezca a los individuos la posibilidad de comunicarse e interactuar entre ellos, con otros grupos y organizaciones en su esfera privada, mientras que, por otro lado, se les exponga a una vigilancia y seguimiento sin precedentes.

La doctrina ha destacado no solo la capacidad de las NTI's para almacenar una enorme cantidad de información, sino la posibilidad de "(...) *la interrelación o conexión de la misma, logrando sacar el máximo partido de todos los datos acumulados en los soportes automatizados*"¹²¹⁶. Una vez que los datos son filtrados, esto es, seleccionados aplicando criterios previamente establecidos, se obtiene la información, que una vez almacenada en un ordenador, se convierte en una base de datos. Para PIERINI¹²¹⁷, una base de datos es un "(...) *conjunto de programas de computación (software) que provee eficientes métodos de acceso a los datos institucionalizados*" pero no sólo a este tipo de datos. Cuando las bases de datos están organizadas o se implementa un sistema de manejo de las mismas se forma un banco de datos.

Otra particularidad que RULE¹²¹⁸ subraya, es que los sistemas de recopilación de datos, una vez establecidos, tienden a crecer y difícilmente pueden ser destruidos. Conforme se perfeccionan los medios para conocer más sobre las personas, más eficaz se vuelve para las instituciones que las emplean para recopilar más informaciones.

El proceso de aproximación tecnológica de datos induce a que cualquier información personal circule por el mundo, queramos o no, con nuestro consentimiento o sin él. Navegar por la red, comprar por Internet, visitar una página *web*, consultar nuestras cuentas bancarias *online*, pagar con una tarjeta de crédito o consultar en cualquier administración pública o privada, los perfiles en las redes sociales que detallamos en sección anterior, dejan un rastro de nuestras preferencias, nuestras inclinaciones, nuestras ideologías, etc. Toda

¹²¹⁵ *Ibidem*

¹²¹⁶ BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección. Tirant to Blanch*, Valencia: 2005, pp.41-42.

¹²¹⁷ PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. *Hábeas data: Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires: 1999, pp.46 y ss.

¹²¹⁸ RULE, James B. *Privacy in Peril: How We are Sacrificing a Fundamental Right in Exchange for Security and Convenience*. 1ª Ed., Oxford University Press, Oxford: 2007, pp.39 y ss.

esta información, aunque pueda parecer irrelevante, diseminada en distintos contextos virtuales y físicos, dentro de todo un engranaje, se acumula a otra información y puede acabar teniendo mucho valor¹²¹⁹, de todo ello se extrae conocimiento e información.

Ante estos peligros, la función del derecho a la intimidad, como vimos, es “(...) *la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que el individuo desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad*”¹²²⁰, sin embargo no sólo en el espacio físico sino que también en el ciberespacio, donde se pierde el sentido tradicional de la territorialidad y donde es más difícil establecer límites de protección.

Hace poco tiempo internet se ha convertido en el más poderoso sistema de propagación de la información conocido hasta hoy. Es una plataforma tecnológica que potencia el valor de la información y promueve un nuevo paradigma cosmopolita, donde cualquier persona, en cualquier lugar, puede expresarse ante el mundo entero.

En la actualidad, internet se configura como una “(...) *referencia ineludible de la sociedad de la información*”¹²²¹. Una vez que se incorpora información en la red “(...) *es imposible detenerla, y aunque posteriormente intente ser retirada por su titular, impensable cantidad de copias pueden estar circulando de forma ingobernable o haber ingresado a un sinnúmero de bases de datos*”¹²²². La conexión mundial de bases de datos, intercomunicadas en el ciberespacio, permite que casi todo lo relativo a una persona pueda ser descubierto, analizado e incluso aprovechado por alguien sin mayores obstáculos si se cuenta con los medios tecnológicos adecuados.

¹²¹⁹Teoría del Mosaico de Madrid Conesa.

¹²²⁰VILASAU SOLANA, Mónica. *Derecho de intimidad y protección de datos personales*. [In: *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Editorial UOC, Barcelona: 2005, pp.95-96].

¹²²¹BALLESTEROS MOFFA. Luis Ángel. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p.42.

¹²²²PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. *Hábeas data: Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires: 1999, p.143.

Ante este fenómeno surge la imperiosa necesidad de proteger la intimidad en internet y garantizar a las personas de un ámbito libre de intromisiones de terceros, sean éstos privados o Estatales¹²²³.

Otros ejemplos del impacto negativo de Internet sobre la vida de las personas son los reconocidos fallos de seguridad en las redes, la creación de perfiles personales falsos a partir de los datos de conexión de las comunicaciones electrónicas, las comunicaciones comerciales no solicitadas y en definitiva cualquier mecanismo rastreador de información ajeno al conocimiento y consentimiento del usuario¹²²⁴.

Se han podido reconocer tres modos de atentar contra la intimidad en la civilización tecnológica: a) En el plano físico, y de manera directa, recurriendo a los nuevos instrumentos de reconocimiento óptico y acústico; b) en el plano psicológico, mediante diversas técnicas para obtener del individuo informaciones sin que éste se dé cuenta del significado que éstas tienen en la revelación de su vida privada y; c) en forma indirecta, mediante la recolección, comparación, adición o agregación de datos, incluso minuciosos, que son procesados por ordenadores electrónicos¹²²⁵.

En el antaño, en la versión clásica del derecho a la intimidad, se reconocían, básicamente, dos modos de agresión a la intimidad, la que ocurría de una investigación abusiva de la vida ajena y otra de la divulgación indebida de informaciones sobre su privacidad¹²²⁶. Hoy, como se denota de la doctrina de Frosini, las formas de vulneración del derecho están relacionadas con el uso

¹²²³“La implementación de sistemas de espionajes electrónicos como ‘Carnívoro’, desarrollado por la Oficina Federal de Investigación (FBI) que se instalaba en los equipos de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) al objeto de controlar las comunicaciones electrónicas que tienen lugar a través de ellos, ha cuestionado un efectivo ámbito de privacidad protegido en Internet”, igualmente, “la expansión de la vigilancia electrónica de los servicios de inteligencia regulados en la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)) de 1978, han supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación de comunicaciones electrónicas de todo tipo en Internet”, Además de estas leyes, están la ECPA Electronic Communications Privacy Act de 1986, y una de las más importantes en la última década la ‘USA Patriot Act’, de 2001. SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos.* [In: Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla, Vol. IX, núm. 18, 2007, pp.111-112].

¹²²⁴BALLESTEROS MOFFA. Luis Ángel. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección.* Tirant to Blanch, Valencia: 2005, pp.150-151.

¹²²⁵FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho.* Temis, Bogotá: 1998, p.70.

¹²²⁶BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* 7ª edição. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro: 2004, p.114.

de los aparatos tecnológicos, por lo que es necesario un nuevo redimensionamiento de este derecho y el reconocimiento de nuevos.

Además, la sociedad está nítidamente cambiando su concepto de 'lo íntimo'. Suficiente verificar que en pleno auge de los *reality show*, el derecho a la intimidad también está siendo devaluado a través de su comercio, donde la falta de conciencia de las personas alcanza las esferas más íntimas. Parece que los tiempos futuros serán aún más controlados, se pronostica una invasión creciente sobre esta parcela íntima del ser humano; "el futuro no estará dominado por un 'Gran Hermano', sino por cientos de pequeños hermanos que constantemente irrumpirán y observarán nuestras vidas". Esto se traducirá "en la captura sistemática de los eventos diarios de nuestras vidas; cada lugar al que viajemos, cada palabra que digamos, cada página que leamos"¹²²⁷.

Junto a estos programas existen otros, que no se diferencian de los *reality show*, la única diferencia es que en lugar de comerciar su propia intimidad, lo hacen con la intimidad ajena. Los que no son tan devotos de estos fenómenos televisivos, sufren la imposición de ese tipo de información, sin poder hacer nada al respecto. Hasta los programas de noticias e informativos convencionales han entrado en la dinámica del 'consumo de la intimidad'. El beneficio económico que reporte una actividad jamás debería ser motivo suficiente para realizar labores que perturben la vida de terceros.

Con la excusa del derecho a la información y libertad de expresión, estamos poniendo en peligro el derecho a la intimidad. Tampoco justifica dicha intromisión el hecho de que las personas que se emite información hayan vendido su intimidad en algún momento. Desde el punto de vista jurídico tenemos que acordar que la intimidad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución, nadie puede ser privado.

La 'prensa amarilla', que existe en todas las culturas del mundo, que es la información malintencionada¹²²⁸, que busca entretener, divertir aunque sea sacrificando la intimidad ajena.

Habitualmente no evaluamos las consecuencias que pueden traer el uso inadecuado de la red. Por otro lado, la carencia de una regulación adecuada

¹²²⁷ GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid: 2005, p.197.

¹²²⁸ GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Op. Cit., p.199.

del ciberespacio hace con que seamos más vulnerables ante las conductas lesivas y agresiones que se producen en el espacio virtual que en el mundo real. Todas estas situaciones descritas evidencian la actual crisis del derecho a la intimidad.

Además, ante este incesante crecimiento y la consecuente multiplicación de las posibilidades de atentar contra la vida privada de las personas, urge comentar la nueva generación que nace dentro de este contexto donde asume un perfil cuya idea de la frontera entre lo público y lo privado es cada vez más difusa, el que incrementa la crisis del derecho a la intimidad.

La expresión nativos digitales (*digital natives*) fue acuñada por PRENSKY¹²²⁹, donde los identificaba con aquellas personas que han crecido con la red y los distinguía de los inmigrantes digitales (*digital immigrants*), llegados más tarde a las TIC.

Los nativos digitales sienten atracción por todo lo relacionado con las nuevas tecnologías. Con ellas satisfacen sus necesidades de entretenimiento, diversión, comunicación, información e incluso de formación. Estos nuevos usuarios enfocan su trabajo, el aprendizaje y los juegos de nuevas formas: absorben rápidamente la información multimedia de imágenes y videos, igual o mejor que si fuera texto; consumen datos simultáneamente de múltiples fuentes; esperan respuestas instantáneas; permanecen comunicados permanentemente y crean también sus propios contenidos.

La verdad es que forman parte de una generación que ha crecido entre equipos informáticos, videoconsolas y todo tipo de artilugios digitales, convirtiéndose los teléfonos móviles, los videojuegos, internet, el *email* y la mensajería instantánea en parte integral de sus vidas y en su realidad tecnológica. Han construido sus conceptos de espacio, tiempo, número, causalidad, identidad, memoria y mente a partir de los objetos digitales que les rodean y su actividad con la tecnología configura sus nociones sobre la comunicación, el conocimiento, el aprendizaje e incluso sus valores personales.

¹²²⁹PRENSKY, Marc. *Digital natives, digital immigrants*. From *On the horizon*, MCB University Press, Vol. IX, nº5, October 2001. Disponible en: <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> Acceso en: 07.03.2016.

Lejos de ser una moda temporal, los nativos digitales parecen ser un fenómeno que abarca el conjunto de una generación y que crece firmemente¹²³⁰.

Estos jóvenes, como hemos visto, constituyen el segmento más volcado con las redes sociales, y a la vez el más vulnerable. Son competentes al máximo en sus habilidades tecnológicas, pero se muestran descuidados a la hora de salvaguardar su propia intimidad. El papel de padres y educadores ha de enfocarse en reforzar las habilidades sociales de estos jóvenes, capacidades entre las que se encuentra, por ejemplo, el respeto hacia los demás y hacia uno mismo.

Recomponer ese equilibrio entre tecnología e intimidad concierne a todos. Los espacios sociales que se generan en el ámbito telemático pueden poner al descubierto datos privados que quiebran su derecho fundamental a la intimidad. Hay que concienciar de esta realidad a la generación de jóvenes que ha crecido con internet, para que su relación con la red sea más libre y a la vez más segura.

La doctrina insiste, y con ellos compartimos entendimiento, que el concepto de lo privado, de lo íntimo, se ha ido transformando¹²³¹. Se trata de un fenómeno prácticamente universal entre los más jóvenes, tan extendido como el uso de determinadas herramientas de la red. El 71% de los chicos y chicas de 10 a 18 años tiene un perfil o varios. A partir de los 14 años, el uso de redes sociales como Facebook y Tuenti supera el 80% y alcanza su cota máxima de uso (85%) justo antes de la mayoría de edad¹²³².

Asevera el sociólogo MARTÍNEZ¹²³³ que "(...) *aunque vivimos una mayor exhibición de lo íntimo, los jóvenes y adolescentes dicen que tienen muy*

¹²³⁰GARCÍA, Felipe; PORTILLO, Javier; ROMO, Jesús y BENITO, Manuel. *Nativos Digitales y nuevos modelos de aprendizaje*. IV Simposio Pluridisciplinar sobre Diseño, Evaluación y Desarrollo de Contenidos Educativos Reutilizables, SPDECE, Bilbao: 2007.

Disponible en: <http://spdece07.ehu.es/actas/Garcia.pdf> Acceso en: 07.03.2016

¹²³¹BOIX PALOP, Andrés. *Privacidad y menores en las Redes Sociales*. [In: AA.VV *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador), PUJ, Valencia: 2010, pp.417 y ss.].

¹²³²LÓPEZ, Celeste; RODRÍGUEZ DE PAZ, Alicia. *Las redes sociales hacen perder el pudor*. La Vanguardia 09/07/2011. Disponible en:

http://www.webdepastoral.salesians.info/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3Ale-s-xarxes-socials-fan-perdre-el-pudor&catid=11%3Aoptica-quadern-jove&lang=es Acceso en 08.03.2016.

¹²³³MARTÍNEZ, Roger. Citado por LÓPEZ, Celeste; RODRÍGUEZ DE PAZ, Alicia. *Las redes sociales hacen perder el pudor*. La Vanguardia 09/07/2011. Disponible en:

http://www.webdepastoral.salesians.info/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3Ale-s-xarxes-socials-fan-perdre-el-pudor&catid=11%3Aoptica-quadern-jove&lang=es Acceso en 08.03.2016.

clara la separación entre lo que cuelgan en la red (fotos, comentarios) y lo que charlan con sus amigos. Creo que se trata de una expresión más emocional, de dejar un registro (de lo que pasa, de lo que están viviendo). Además, están convencidos de que no pasa nada por mostrar unas fotos tuyas. El control de la intimidad tiene menos valor que años atrás”.

Y no es sólo internet. Comenta DANS¹²³⁴ que a través de los teléfonos inteligentes como la *BlackBerry* y programas como *WhatsApp*, los adolescentes intercambian un volumen enorme de mensajes, fotos, vídeos con sus contactos *"sobre todo a estas edades, hay que entenderlo como una forma de estar juntos, de mantener la conexión con tu grupo de iguales, de tener un contacto continuo"*. Añade el Profesor Dans que *"(...) en general, los internautas más jóvenes no están preocupados por exhibirse. La red es una prolongación constante y permanente de su vida social. Sienten la necesidad de alimentar la conexión. Compartir contribuye a alimentar su imagen... Hasta ahora, se ha valorado la privacidad, la posibilidad de perderla nos resulta incómoda. Para nuestros hijos, no existe. Es más, tiene una connotación negativa. No mostrarte en internet resulta sospechoso: '¿Por qué no estará en internet?', se preguntan. Se trata de una generación que no pretende compartirlo todo, pero sí que prima poder ser encontrados en la red. Es una cuestión de proximidad"*.

Tal y como demuestran estudios nacionales e internacionales, el hecho de que haya jóvenes en un hogar es una variable vinculada con la mayor profusión de tecnología disponible en el ámbito doméstico. Específicamente en España, y de acuerdo con los datos de 2009, el ordenador competía ya cara a cara con la televisión en grado de penetración en hogares con niños.

En 95% de los niños entre 6 y 9 años declaraba tener en su casa un ordenador personal, cifra que alcanza el 97% entre los de 10 y 18 años. La conexión a internet es un servicio que disfrutaba el 71% de los más pequeños y el 82% de los de mayor de edad. En lo que se refiere a la disposición de un móvil propio, el 29% de los de 6 – 9 años lo tenían, frente al 83% entre el grupo

¹²³⁴DANS, Enrique. Citado por LÓPEZ, Celeste; RODRÍGUEZ DE PAZ, Alicia. *Las redes sociales hacen perder el pudor*. La Vanguardia 09/07/2011.

Disponible en:

http://www.webdepastoral.salesians.info/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3AAls-xarxes-socials-fan-perdre-el-pudor&catid=11%3AOptica-quadern-jove&lang=es Acceso en 08.03.2016.

de 10 a 18 años. En cualquier caso a partir de los 17 años, el porcentaje alcanza prácticamente al 100% de los menores.

La edad es tan importante que en el caso del grupo de edad de 10-18 años la mayoría disponía de todos los dispositivos por los que fueron preguntados como se puede apreciarse en la tabla abajo¹²³⁵.

¹²³⁵Por todas informaciones JORDÁ CAPITÁN, Eva; PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica de; SÁDABA CHALEZQUER, Charo. *La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos*. Edit. Reus, Madrid: 2014, p.17.

Tabla: Equipamiento Tecnológico

	6-9 años	10-18 años
PC	95	97
Red	71	82
Portátil	53,5	57
Impresora	61	77
Escáner	31,5	55
Webcam	30	55
Usb		65
MP3/MP4/iPod	49	80,5
Fotos digital	70,5	82
Video digital	49	55
TV pago	40	44
Equipo música	56	80
Teléfono fijo	63	75
Dvd	82	86
Disco duro multimedia	34	39

Fuente: Bringué, X. y Sábada, C.: *La generación interactiva en España*, 2009:42¹²³⁶.

La extraordinaria equipación tecnológica que ponen de manifiesto los datos (teniendo en cuenta además que están referidos a 2009 y que por tanto no recogen todavía el uso masivo de *smartphones* y tabletas por parte de este

¹²³⁶JORDÁ CAPITÁN, Eva; PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica de; SÁDABA CHALEZQUER, Charo. *La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos*. Reus, Madrid: 2014, p.17.

público), nos hace conscientes del universo tecnológico fluido en el que viven los más jóvenes.

¿Cómo abordar estos cambios? Zuckerberg, fundador de Facebook, piensa que la privacidad es un accidente histórico. Mientras se vivió en pequeños núcleos no existía, todo el mundo lo sabía prácticamente todo del otro. En las grandes ciudades, ya no eres capaz de abarcar todo lo que pasa a tu alrededor. Ahora, la tecnología amplía nuestro ancho de banda mental y, si sientes curiosidad por los nuevos vecinos, en la red puedes ver sus fotos y saber cuántos hijos tienen o, en ocasiones, hasta si se emborracharon hace unos días¹²³⁷.

En los nativos digitales tienen un concepto de la intimidad completamente distinto al de generaciones anteriores. Ellos crecen en la aceptación de la pérdida de anonimato e intimidad, que a nosotros nos parece esencial y este es el panorama del futuro. Su derecho a la intimidad esta cada vez más expuesto por la aparición en cada vez más lugares en internet de información y contenidos que les afectan, bien sea en espacios propios, en páginas familiares e incluso vinculadas a actividades escolares. Y son, igualmente, elementos definidores de la crisis del derecho a la intimidad, puesto que, son ellos, el futuro de la nuestra sociedad.

¹²³⁷DANS, Enrique. Citado por LÓPEZ, Celeste; RODRÍGUEZ DE PAZ, Alicia. *Las redes sociales hacen perder el pudor*. La Vanguardia 09/07/2011. Disponible en: http://www.webdepastoral.salesians.info/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3Ale-s-xarxes-socials-fan-perdre-el-pudor&catid=11%3Aoptica-quadern-jove&lang=es Acceso en 09.03.2016.

II. Nuevos derechos de la sociedad de la información.

La historia enseña un sistema de derechos fundamentales en permanente transformación, en la búsqueda de un 'estatuto de la humanidad'.

DE ANDRADE¹²³⁸ reflexiona que se quisiéramos caracterizar sintéticamente estas transformaciones a través de algunas palabras claves, diríamos que en la evolución de este subsistema jurídico se sobresale las ideas de acumulación, de variedad y de apertura.

La idea de *acumulación* vale en la medida en que cada momento histórico se formulan nuevos derechos, típicos de su tiempo, pero que vienen a sumar con los derechos antiguos. Como hemos visto, los derechos típicos de cada generación subsisten a par de la generación siguiente y hasta se acrecientan bajo nuevos aspectos.

La idea de *variedad*, que es potenciada por el proceso de acumulación, concretizase no solo porque los derechos fundamentales no son estructuralmente uniformes, pero también por causa de su complejidad funcional, desdoblada en diversas dimensiones normativas.

La idea de *apertura*, concluye dicho autor, resulta de, por un lado, ningún catálogo constitucional pretende agotar el conjunto o determinar el contenido de los derechos fundamentales, aceitándose la existencia de derechos no escritos o de facultades implícitas y, por otro, de esperarse generaciones sucesivas de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos antiguos, conforme las amenazas y las necesidades de protección de los bienes personales en las circunstancias de cada época.

En 1968, Bobbio previó que la revolución tecnológica en el campo de las telecomunicaciones implicaría en mudanzas en la organización de los individuos y en las relaciones sociales y con eso surgirían situaciones favorables para "(...) *el nacimiento de nuevos carecimientos y, por tanto, para nuevas demandas de libertad y de poderes*"¹²³⁹.

¹²³⁸ DE ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais no século XXI. [In: AA.VV. Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006, p.1052].*

¹²³⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Elsevier, Rio de Janeiro: 2004, p.53. Traducción libre del portugués.

Pues bien, aunque la discusión sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos o evolucionar algunos de los existentes no es novedad en el medio jurídico constitucional, no se puede dudar que debería reforzarse en estos momentos.

En la actualidad, parte de la doctrina plantea con enorme fuerza la necesidad de definir otro nuevo conjunto de derechos a incluir en los textos constitucionales¹²⁴⁰, vinculados a la sociedad de la información y que vayan más allá de la mera protección de los datos personales o de una adaptación más o menos forzada de los derechos clásicos.

La red es un territorio en el que, realmente, la libertad de los ciudadanos puede estar amenazada de manera continua, y como hicimos hincapié, no sólo por los poderes públicos, sino también por empresas privadas transnacionales, con intereses económicos concretos, que pueden escapar fácilmente del control de las autoridades, en unos casos, o plegarse fácilmente a sus exigencias en otros.

Ello obliga a un especial cuidado no solo con el diseño y el uso de los instrumentos de control sino que también con la garantía de los derechos de todos los ciudadanos, de tal modo que el total desarrollo de las posibilidades tecnológicas no contradiga la naturaleza de los Estados democráticos ni el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en los textos internacionales y en las Constituciones.

¹²⁴⁰Entre ellos ORZA LINARES, Ramón. *¿Es posible la creación de nuevos derechos fundamentales asociados a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación?* Crisis analógica, futuro digital, actas del IV Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad, celebrado del 12 al 29 de noviembre de 2009, Editores Media, 2010; y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Pensamiento Constitucional Año XIV n° 14, Pontificia Universidad Católica el Perú, Lima: 2010, pp. 45 y ss., entre otros. Aunque no dejan de existir voces sobre el hecho de que en internet no existen necesariamente nuevos derechos, sino que basta con una interpretación más ajustada de los tradicionales derechos fundamentales. Así lo entiende Lorenzo Cotino Hueso, afirma que "(...) no cabe duda de que las libertades de expresión e información canalizan jurídicamente en muy buena medida los fenómenos sociales y políticos que se dan a través de los modos de comunicación de internet" COTINO HUESO, Lorenzo "Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')". [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005, p.53]. Aunque, continua dicho autor, también nos podemos encontrar con otras libertades públicas como pueden ser "(...) la libertad religiosa, asociación o sindicación, la libertad de enseñanza y de cátedra cuando se ejercen a través de modos de comunicación en internet", e incluso "(...) la posibilidad de considerar el ejercicio virtual de derechos «físicos» como la reunión, manifestación o huelga". *Ibidem*

Y para ello no cabe duda que es importante la actualización de estos textos internacionales y de los propios catálogos de derechos fundamentales que contemplan las Constituciones. Si se hace de manera formal, a través de convenios expresos o de reformas constitucionales, o de una manera material, a través de mutaciones constitucionales o a través de la jurisprudencia, no es algo que carezca de importancia.

De hecho nos inclinamos por una labor de reforma expresa de los textos constitucionales e internacionales, que, aunque pueda parecer más dificultosa, tiene indudables ventajas en orden a la claridad y definición de las libertades que se desean proteger.

Eso porque, nos encontramos nuevamente con el peligro de que las Constituciones vuelvan a ser las ‘hojas de papel’, señaladas por LASALLE¹²⁴¹ arrastradas por el viento de los intereses de quienes constituyen los verdaderos ‘factores de poder’ de esta nueva sociedad virtual.

No obstante la vía para la incorporación a los textos constitucionales de nuevos derechos nunca es fácil ni rápida. De hecho, es común la resistencia de las constituciones a las reformas (la idea de la rigidez constitucional), por lo que se ha tenido que acudir con frecuencia a la vía jurisprudencial para dotar de protección a las nuevas necesidades, puestas normalmente de manifiesto por la doctrina o por la práctica.

A ello se refería concretamente el magistrado del TC Jiménez de Parga cuando en un voto particular a la STC 290/2000¹²⁴², indicaba que “(...) *no ha de sorprendernos que en la Constitución española de 1978 no se tutelase expresamente la libertad informática [ya que] veintidós años atrás, la revolución de la técnica en este campo apenas comenzaba y apenas se percibía*”¹²⁴³. Y ello supone un problema, pues “(...) *a diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales (por ejemplo, en los de Portugal o Argentina, siguiendo la senda de la Constitución de Estados Unidos de América) nuestra Ley*

¹²⁴¹LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ariel, Barcelona: 1984, pp.123 y ss.

¹²⁴²STC 290/2000, de 30 de noviembre, F.J.3º.

¹²⁴³Voto particular del magistrado Jiménez de Parga, al que se sumó también el magistrado Mendizábal Allende, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre (Pleno). Ponente: González Campos. Recursos de Inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE Nº 4, de 4 de enero de 2001, Suplemento, pp. 70-93). El voto particular, a partir de la p. 92. [In: ORZA LINARES, Ramón. *El derecho al anonimato en Internet*. Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Editada por Fundación Telefónica, Octubre - Diciembre 2011, p.2].

*Fundamental de 1978 no incluye una cláusula abierta, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades*¹²⁴⁴.

Además de la jurisprudencia, también sería posible que estos eventuales nuevos derechos tuvieran acogida en tratados y Convenios internacionales, que dadas las características transnacionales de estas TIC's, aparecen como un medio especialmente idóneo.

De hecho, la regulación de los nombres de dominios, e incluso la creación de un cierto 'gobierno de Internet', exigen la colaboración internacional¹²⁴⁵. Un ejemplo constante de esta vía puede ser la labor legislativa -a través del Derecho originario (los Tratados) o del Derecho derivado (elaborado por sus propios órganos)- de la Unión Europea¹²⁴⁶.

II.1. El derecho al olvido digital.

Una vez que nuestra identidad ya haya aparecido claramente incorporada a la red, la protección que protagoniza la libertad de los ciudadanos es el 'derecho al olvido' (*Right to be forgotten*).

Dispone el artículo 18 de la CE que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos y, en su artículo 20.4, que las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En términos del propio TC, la redacción del artículo 18 expresado revela que el constituyente era consciente "(...) *de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos*

¹²⁴⁴ORZA LINARES, Ramón. *El derecho al anonimato en Internet*. Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Editada por Fundación Telefónica, Octubre - Diciembre 2011, p.2.

¹²⁴⁵Como ejemplo, la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, celebrada en Ginebra (primera fase, 2003) y Túnez (segunda fase, 2005). Véase: <http://www.itu.int/wsis/geneva/index-es.html>, <http://www.itu.int/wsis/tunis/index-es.html> y <http://lac.derechos.apc.org/wsis/index.shtml> Citado por. ORZA, Ramón. *El derecho al anonimato en Internet*. Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Editada por Fundación Telefónica, Octubre - Diciembre 2011, p.9, nota 4.

¹²⁴⁶*Ibidem*

derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental"¹²⁴⁷.

La sociedad de la información, basada cada vez en mayor medida en internet, posibilita que cualquier contenido, pueda ser objeto de una divulgación desproporcionada, accediéndose al mismo casi de forma inmediata a través de distintas plataformas (como los buscadores o redes sociales).

En este ámbito el llamado "derecho al olvido", también denominado "derecho a vivir en paz"¹²⁴⁸, se ha convertido en una pieza clave para la defensa de las personas, ya sean anónimas o públicas.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, dispuso en sus artículos 6.1.c), 12 y 14, que los datos objeto de tratamiento no podrían ser excesivos, debiendo suprimirse, rectificarse o bloquearse aquellos que fuesen inexactos o incompletos, y que a los particulares se les garantizaría la facultad para oponerse al tratamiento. Esta directiva configuró el espíritu de lo que hoy se denomina "derecho al olvido"¹²⁴⁹.

No obstante no hay una regulación específica del 'derecho al olvido'. Una parte de la doctrina ha venido usando dicho término para referirse a otros derechos específicos, recogidos en la LOPD, que se ejercitan para lograr la retirada o el bloqueo de datos personales generalmente en internet, o el cese

¹²⁴⁷STC 254/1993, de 20 de julio, F.J.6º.

¹²⁴⁸Conforme doctrina de Davara, fueron los autores Warren y Brandeis quienes, en el siglo XIX, acuñaron esta expresión de 'derecho al olvido' o, 'derecho a que te dejen en paz'. En uno de sus artículos, publicado en Boston en diciembre de 1890 ponían ya de manifiesto la importancia de este derecho al decir, "(...) que el individuo debería tener protección de su persona y sus propiedades, es un principio tan antiguo como la ley, pero de vez en cuando es necesario definir de nuevo la naturaleza y el alcance de esa protección. Cambios políticos, sociales y económicos, suponen el reconocimiento de nuevos derechos, y la ley, en su eterna juventud, debe crecer para satisfacer las nuevas demandas de la sociedad. Inicialmente la ley dio remedio a la interferencia física con la vida y con la propiedad privada. Más tarde se reconoció la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto de modo que el derecho a la vida se convirtió en el derecho a disfrutar de la vida, el derecho al olvido, a que te dejen en paz, asegura el ejercicio de los amplios privilegios civiles, y el término 'propiedad' ha crecido hasta incluir toda forma de posesión – intangible, así como tangible". DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.278 – nota 76.

¹²⁴⁹Código del Derecho al Olvido. Selección y ordenación: Luis Gervas de la Pisa Vidau Abogados. Edición actualizada a 26 de enero de 2016. Boletín Oficial del Estado, p.1.

de un determinado tratamiento, como por ejemplo el referido a la cancelación de antecedentes penales y policiales, así como la oposición a prácticas comerciales o publicitarias.

Respondiendo a la inexistencia de una regulación concreta, el artículo 17 del Proyecto de Reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (relativo a la protección y circulación de datos personales), regula concretamente el 'derecho al olvido' y cabe esperar que esta nueva ordenación dote de mayor seguridad jurídica a los distintos operadores en lo referente a la protección de datos de carácter personal¹²⁵⁰.

Al margen de la normativa de protección de datos (aplicable exclusivamente a datos de personas físicas), la mención del 'derecho al olvido' se ha usado en la jurisdicción civil por aplicación de la LODHI, y de los preceptos que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual.

Asevera DE LA PISA¹²⁵¹ que, reconoce que el 'derecho al olvido' es ampliamente debatido, bien por los grandes operadores de internet (buscadores y redes sociales), bien por parte de la doctrina jurídica que afirma que, en puridad, no cabe hablar de 'derecho al olvido', cuando aún no se contempla como tal en el ordenamiento jurídico español el citado derecho. Sin embargo, el término 'derecho al olvido' (con independencia de su regulación europea en materia de protección de datos) cabe aceptarse como una referencia comprensible de diferentes acciones jurídicas concretas, destinadas a proteger a las personas, generalmente, en la red.

En España, no hay una legislación específica sobre el tema, sin embargo, encontramos iniciativas privadas como el 'Código del Derecho al Olvido'¹²⁵², donde se encuentra una recopilación de las principales normas referentes al 'derecho al olvido', teniendo en cuenta los diferentes ámbitos en los que se puede plantear.

¹²⁵⁰Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo Y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Disponible en:http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/document/review2012/com_2012_11_es.pdf Acceso en: 11.03.2016.

¹²⁵¹DE LA PISA, Luis Gervas. Código del Derecho al Olvido. Selección y ordenación: Luis Gervas de la Pisa Vidau Abogados. Edición actualizada a 26 de enero de 2016. Boletín Oficial del Estado, p.2.

¹²⁵²Código del Derecho al Olvido. Selección y ordenación: Luis Gervas de la Pisa Vidau Abogados. Edición actualizada a 26 de enero de 2016. Boletín Oficial del Estado.

Empezaremos definiendo lo que ha de entenderse por el derecho al olvido – algunos incluso, como subrayamos, lo igualan al derecho de oposición y cancelación¹²⁵³ previsto en la LOPD -, al entender de DAVARA¹²⁵⁴, el derecho al olvido es “(...) *el derecho que tiene una persona física a exigir que se borren de manera definitiva sus datos personales y su rastro en la red – haciéndolo inaccesible en el entorno online-, siempre que se cumplan unas determinadas circunstancias*”

TERWANGNE¹²⁵⁵ define como el derecho de las personas físicas¹²⁵⁶ a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado. En este sentido decidió el Tribunal Federal Alemán en el ‘caso Lüth’¹²⁵⁷, con referencia a informes nominativos de la televisión sobre acciones criminales graves, pero ya distanciados en el tiempo.

¹²⁵³En este sentido opina RALLO LOBARTE – con la que comulgamos – al afirmar que – “(...) *la cancelación de datos en internet tiene en las redes sociales un reto singular habida cuenta el extraordinario éxito protagonizado por alguna e de ellas – como Facebook que supera los millones de usuarios -, y del cambio de paradigma que se cierne sobre la protección de datos en estos servicios de internet alcanza una dimensión distinta según se trate de perseguir a quien viola la legislación nacional de protección de datos incorporando ilícitamente información personal o de exigir la retirada de un determinado contenido personal*”. RALLO LOMBARTE, Artemi. *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. [In: DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.280, nota 82].

¹²⁵⁴DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Op. Cit., pp.280-281.

¹²⁵⁵TERWANGNE, Cécile de. *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*. Revista de Internet, Derecho y Política – IDP, Universitat Oberta de Catalunya, Número 13, Febrero 2012, p. 54.

¹²⁵⁶Podría plantearse en este punto la posibilidad de que las personas jurídicas tuvieran ‘derecho al olvido’ pero, en este punto, afirma Davara que “*sólo en el caso de que los comentarios o publicaciones realizadas sean injuriosas o falsas (...) la empresa está en todo su derecho de pedir el olvido digital. El primer paso será acudir directamente a la fuente del comentario y pedir que éste sea borrado, con el fin de que no aparezca en los buscadores. Se puede llevar al extremo de exigir, ya que la ley ampara a las víctimas de injurias, e incluso reservarse el derecho de actuar ante los tribunales*”. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015, p.280 nota 83.

¹²⁵⁷Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia BVerfBE 35, 202 – Caso Lüth “*La protección constitucional de la personalidad no admite, sin embargo, que la televisión, más allá de informar sobre cuestiones de actualidad, se ocupe por ejemplo, en forma de documentales sin límite de tiempo, de la persona y la vida privada del autor de un crimen. Un informe posterior es en todo caso inadmisibles, si éste es susceptible de causar, frente a la información actual, un perjuicio nuevo o adicional al autor del hecho. Especialmente cuando pone en peligro su reinserción en la sociedad (resocialización). Se supone la puesta en peligro de la resocialización cuando se hace un programa sobre un crimen, identificando al autor del hecho, luego de que éste ha sido puesto en libertad o está pronto a serlo*”. Citado por TERWANGNE, Cécile de. *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*. Revista de Internet, Derecho y Política – IDP, Universitat Oberta de Catalunya, nº 13, Febrero 2012, p.54.

TOURIÑO¹²⁵⁸ define el derecho al olvido como el “(...) *derecho del individuo a eliminar o hacer inaccesibles ciertos datos o información publicados en el entorno digital y que se encuentran indexados por buscadores de internet*”.

Internet maneja grandes cantidades de información sobre personas. Estos datos personales con frecuencia se tratan en el sentido de que se dan a conocer, se difunden, se comparten, se pueden seleccionar, descargar, registrar y usar de muchas maneras. En este sentido, la autonomía individual está en relación directa con la información personal.

La libre determinación sobre la información, como hemos visto, significa tener el control sobre nuestra información personal, es decir, es el derecho de los individuos a decidir qué información sobre ellos mismos será revelada, a quién y con qué objetivo.

Las TIC's no encuentran obstáculos en el tiempo, hacen con que los hechos practicados hace mucho tiempo, en momentos distantes, y ya olvidados, pueden, ser rescatados y, por ejemplo inseridos en redes sociales de internet, foros etc., causando nuevas formas intromisiones, actuales, y mucho más ruinosas, más allá de aquellos causados en época pretérita.

Decía el refrán español que ‘no hay mal que cien años dure’. Ese refrán fue totalmente derrumbado por los motores de búsqueda de Internet. Si algo ha dado *google* y compañía, es eso, memoria, y si así es, son el ‘atestado de muerte’ del derecho al olvido¹²⁵⁹. *Google* es el nuevo Archivo de Indias, la hemeroteca a la que todos acceden y de la que, por el momento, nadie puede escapar¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Edit. Catarata, Madrid: 2014, p.140.

¹²⁵⁹Aunque una empresa inglesa llamada *Reputation VIP*, en mayo de 2014, cuando el Tribunal Europeo reconoció el derecho de los ciudadanos a suprimir del buscador aquellos datos irrelevantes y sin interés público que les afecten, creó un servicio *online* que facilita ejercer el derecho al olvido en *Google*, dicha empresa, es un mero intermediario entre el gigante estadounidense y la persona física que quiere eliminar esos enlaces en la Red y, hay que explicar a la multinacional –e intentar convencerla– por qué esos enlaces deberían dejar de existir en la web. Aún no se sabe la efectividad de ese servicio *online*.

Disponible en:

http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/06/26/actualidad/1403766612_730345.html

Acceso en: 19.12.2014

¹²⁶⁰TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Edit. Catarata, Madrid: 2014, pp.23 - 24.

Por tanto, con referencia a este derecho, consiste en la facultad que tiene un individuo o su familia de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, deshonrosos o no y que por el transcurso del tiempo no son conocidos socialmente, pero que de divulgarse puedan aparejarle el descrédito público.

Todas las personas tienen recuerdos, buenos y malos. Dentro de esta premisa hay que señalar que las personas tienen el derecho a no acordar de los desagradables y este derecho puede ser fácilmente vulnerado cuando alguien, contra nuestra voluntad, nos obliga a recordar¹²⁶¹.

En Internet, nos encontramos con al menos dos dificultades. Es difícil controlar a quién se está divulgando información. Lo que hayamos decidido dar a conocer a ciertos destinatarios, ya que pertenecen a un círculo determinado (amigos, familiares, compañeros de trabajo, personas que participan en un foro, los miembros de un grupo de interés etc.) no necesariamente queremos que sea accesible a otras personas ajenas a ese círculo. Mientras que hoy en día, los motores de búsqueda como Google recogen información de diversos contextos. Al hacerlo, toman los datos de los círculos iniciales y hacen que sea muy difícil de controlar a quién se divulga la información. La otra dificultad se refiere al momento en que se produce la divulgación. Lo que se ha dado a conocer en un momento de la vida, no necesariamente queremos que esté permanentemente disponible. Esto plantea la cuestión misma del reconocimiento o no de un derecho a ser olvidado¹²⁶².

El carácter viral de internet hace que una información o un contenido, que puede tener un carácter íntimo se convierta por un descuido o una acción impiedosa de una tercera persona en un documento cuyo control haya sido

¹²⁶¹El 'derecho al olvido', se planteó por primera vez en un caso de la jurisprudencia americana, en un caso muy conocido y que sirvió de precedente para la jurisprudencia posterior, es el de *Melvin V. Reid* en 1931, una película titulada 'The red Kimono' (El kimono rojo), utilizó como argumento la vida pasada de una mujer que había sido prostituta, hacia unos siete años antes de la filmación, y que llegó a ser juzgada por un asesinato, siendo absuelta más tarde. Después del juicio, abandonó el tipo de vida que llevaba y contrajo matrimonio llevando, a partir de entonces, una vida digna y honrada. La película narra su vida, utilizando el nombre real de soltera de la afectada, sin su consentimiento y expresando que era un hecho verídico. La interesada demanda a la productora y gana el pleito, pues 'tenía derecho al olvido' según el Tribunal, lo cual no es otra cosa que su derecho a la intimidad que se había visto afectado por aquella película. LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid: 1996, p.284.

¹²⁶²TERWANGNE, Cécile de. *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*. Revista de Internet, Derecho y Política – IDP, Universitat Oberta de Catalunya, Número 13, Febrero 2012, pp.54-56.

perdido para siempre, aunque el TEDH ya mantiene una aproximación cautelosa ante el fenómeno de Internet y los riesgos que puede entrañar, como demuestra la reciente e importante sentencia de 10 de octubre de 2013¹²⁶³.

La primera faceta del derecho al olvido está relacionada con el pasado judicial o penal de un individuo. Es la faceta más clásica. Hoy en día, el derecho al olvido del historial judicial ha ido mucho más allá de los antecedentes penales. En estos casos el derecho al olvido está justificado por la fe en la capacidad del ser humano de cambiar y mejorar, así como en la convicción de que el ser humano no debe reducirse a su pasado. Una vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de rehabilitarse e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado el resto de su vida.

Es común el derecho al olvido entrar en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. Conforme expone TERWANGNE¹²⁶⁴, dicho derecho debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación. El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Es entonces legítimo recordar esta decisión mencionando los nombres de las partes (excepto si son menores de edad, en cuyo caso se aplican diferentes normas de protección). Pero con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de la información como noticia, el derecho

¹²⁶³STEDH, de 10 de octubre de 2013, Delfi AS c. Estonia, par. 92. La sentencia examina un caso en el que un portal de noticias fue condenado por los tribunales nacionales a una reparación civil por los comentarios difamatorios que los usuarios habían publicado al hilo de una información divulgada por el portal. Para el Tribunal, el hecho de que la difamación se produjera en un contexto digital constituye un elemento decisivo para calibrar el grado de responsabilidad exigible al portal. En este sentido afirma: *“La difusión de Internet y la posibilidad – o para algunos propósitos el peligro – de que la información una vez publicada siga siendo pública y circule para siempre llama a la prudencia. La facilidad de divulgar información en Internet, y la cantidad de información en ella, significa que es una tarea difícil detectar declaraciones difamatorias y eliminarlas. Ello es así para un operador de un portal de noticias en Internet, como en el presente caso, pero esta tarea es aún más onerosa para una persona potencialmente lesionada, para quien es menos probable poseer recursos para el control continuo de la red. El Tribunal considera que este último elemento es un factor importante en la ponderación de los derechos e intereses en juego”*.

¹²⁶⁴TERWANGNE, Cécile de. *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*. Revista de Internet, Derecho y Política – IDP, Universitat Oberta de Catalunya, nº13, Febrero 2012, pp.56-57.

al olvido anula el derecho a la información. Aún se puede mencionar el caso, pero no se deben incluir los nombres de las partes o los datos identificados.

Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido. Y en cuanto deja de tener valor como noticia, la balanza se inclina en la otra dirección.

Añade la autora que se pueden admitir dos excepciones¹²⁶⁵. Esto significa que el derecho a la información anulará el derecho al olvido a pesar del tiempo transcurrido: 1. Para los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y, 2. Para los hechos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública.

El interés histórico y el interés público también se deben tener en cuenta para resolver el conflicto entre el derecho al olvido y el derecho a la información.

Así que sobre el requisito 'relevancia pública de la información 'pesa el 'tiempo', que es considerado en los más diversos ordenamientos como un factor a tomar en consideración al enjuiciar posibles vulneraciones de la intimidad¹²⁶⁶.

Creemos que la dificultad para considerar 'el transcurso de tiempo' como factor de pérdida de la relevancia se evidencia en fijar un trazado de líneas directrices claras que permitan objetivar para diferentes grupos de casos, cuándo un asunto puede considerarse que ha dejado de ser relevante para la opinión pública, reintegrándose la protección de la esfera privada frente a las intromisiones de los medios de comunicación. La firmeza de una sentencia¹²⁶⁷ podría ser un criterio para 'medir' la pérdida de la relevancia pública del acontecimiento, sin embargo la condición de algo noticioso no se pierde de un momento al otro, necesita un tiempo hasta que decline la opinión pública.

¹²⁶⁵ *Ibidem*

¹²⁶⁶ Influído por el derecho estadounidense, el Tribunal inglés de apelación también ha asumido que el transcurso del tiempo podría cambiar el status público de un asunto (*R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Granada Television Ltd. ([1995])*). La referencia jurisprudencial británica procede de Elizabeth Paton-Simpson: "Private Circles and Public Squares: Invasion of Privacy by the publicación of 'Private Facts'", p. 319 [In: MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005, p. 131].

¹²⁶⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Op. Cit., p.131.

En este sentido, de la jurisprudencia alemana encontramos el famoso caso *Lebach*¹²⁶⁸ donde ‘el tiempo’ prevaleció a la hora de calibrar la relevancia pública de la información, porque a la hora de calibrar la relevancia no solo habrá de atenderse el interés de la colectividad en mantener la discusión, sino también los intereses del afectado en su resocialización. Este interés a la resocialización en la jurisprudencia alemana pasa a operar como punto de orientación decisivo para precisar los límites temporales existentes entre una información actual y legítima y un posterior debate que habría de reputarse ilegítimo¹²⁶⁹.

Como se nota el lapso de tiempo es un factor decisivo a considerar junto con otros para determinar si una información alcanza límites irrazonables al revelar hechos penales de una persona, que ha reanudado su vida. Sería el ejemplo de la divulgación del nombre e identidad actual de un criminal que se ha reformado y su nueva vida es consecuentemente arruinada por la revelación de un pasado que é ha dejado atrás¹²⁷⁰.

El ‘derecho al olvido’ es inherente a los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE, en cuya virtud el transcurso del tiempo ‘extinguiría’ la relevancia de los acontecimientos, resultando así constitucionalmente inaceptable la nueva divulgación. Tanto la jurisprudencia constitucional existente sobre la divulgación de los antecedentes penales¹²⁷¹, como la posición sostenida desde un sector de la doctrina¹²⁷².

Varias son las situaciones que eternizan las informaciones como la potencia de los motores de búsqueda de Internet para recopilar datos relativos a un individuo concreto en cualquier momento, desde cualquier lugar, sin

¹²⁶⁸BVerfGE 35, 202, 235.

¹²⁶⁹En Estados Unidos, el caso conocido como “El kimono rojo”. *Melvin v. Reid*, 112, Cal.App. 285, 297 p. 91 (1931). Ocho años después de que una mujer, que ejercía la prostitución, saliera absuelta de un proceso por homicidio, se realizó una película basada en estos hechos en la que se utilizó su nombre de soltera; en ese momento, la afectada había contraído matrimonio y su nuevo círculo de amistades desconocía por completo aquellos acontecimientos. El Tribunal californiano de apelación apreció la vulneración de la privacidad, enfatizando especialmente la circunstancia de que la película interfería seriamente en la rehabilitación de la demandante.

¹²⁷⁰Véase FAYOS GARDÓ. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2000, p.61.

¹²⁷¹SSTC 144/1999, de 22 de julio, F.J.8º; 46/2002, de 25 de febrero, F.J.5º; 52/2002, de 25 de febrero, F.J.4º.

¹²⁷²O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa, Madrid: 1991.

ningún tipo de procedimiento administrativo, sin que la persona que los busca revele su identidad propia y de forma gratuita plantea un peligro aún mayor.

De igual manera los archivos de periódicos en Internet son una fuente de información de todo tipo de lo que alguna vez fueron noticias. Los datos judiciales mencionados en un periódico quedan eternamente accesibles en su archivo electrónico. Esto plantea el problema de un posible conflicto entre el derecho de la persona juzgada a ser olvidado (sobre la base del derecho a la privacidad, los derechos de la personalidad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad) y la libertad de la prensa.

En cuanto al conflicto planteado por los archivos de periódicos en Internet, se deben tener en cuenta los criterios antes mencionados, el interés histórico y el interés público. Por definición se considera que la información contenida en los archivos de los periódicos ya no tiene un interés periodístico. Al considerar el valor histórico de los hechos, se debería tener especialmente en cuenta si hay otras fuentes de información. En cuanto a los datos judiciales, se debe prestar atención especial en cuanto a si se han apelado las decisiones judiciales guardadas en los archivos de los periódicos. Si es así, la primera sentencia podría mantenerse, pero debería ir acompañada de una nota que indicara que la decisión se encuentra pendiente de revisión¹²⁷³.

No hay duda que el derecho al olvido es un aspecto de la intimidad, es decir, no es lícito rescatar del olvido unos hechos pasados de alguien que en la actualidad lleve una vida normal y regenerada.

Todos tienen derecho a rehacer su vida y esto debe ser protegido por el derecho. Es obvio que la vida pasada de cada persona forma parte de su patrimonio moral y nadie tiene derecho a publicar datos de la misma, verdaderos o no, sin autorización expresa o inequívoca de su titular¹²⁷⁴.

Una Sentencia de gran repercusión fue la dictada por el TJUE el día 13 de mayo de 2014¹²⁷⁵, donde el Tribunal ha dictado decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional mediante Auto de 27 de febrero de 2012, en el procedimiento seguido por un lado como parte recurrente Google Spain,

¹²⁷³ TERWANGNE, Cécile de. *Ob. Cit.* p.57

¹²⁷⁴ STS de 24 de mayo de 1994 F.J.2º.

¹²⁷⁵ Sentencia en el asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.

S.L. y Google Inc. y como parte recurrida, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Sr. Costeja González.

Los antecedentes de hecho se remontan al 5 de marzo de 2010, cuando el Sr. Costeja González, presentó ante la AEPD una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S.L. y contra Google Spain, S.I. y Google Inc. para que se exigiese: A) A La Vanguardia Ediciones, S.L.: 1. La eliminación o modificación de la publicación para que no aparecieran los datos personales del Sr. Costeja; 2. La utilización de las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos; B) A Google Spain o a Google Inc.: 1. La eliminación u ocultación de los datos personales del Sr. Costeja para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia.

De la resolución dictada se pueden inferir las siguientes conclusiones relacionadas al denominado 'derecho al olvido':

- Un tratamiento de datos personales como el efectuado por Google puede afectar significativamente a los Derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permita a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una *visión estructurada* de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet y que: 1.1) Afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada. 1.2) Sin dicho motor, la información existente del interesado no se habría interconectado o podría haberlo sido muy difícilmente. 1.3) Permite establecer un perfil más o menos detallado de la persona que se trata. Es por lo tanto la visión estructurada de la información que arroja el motor de búsqueda la que diferencia el tratamiento de datos realizado por el editor de la página web donde aparece el dato personal y aquél que realiza el motor de búsqueda;

- El Tribunal en la decisión recaída realiza una ponderación entre dos derechos existentes: 1. Por un lado, el derecho de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información que se pretenda eliminar por parte del interesado. 2. Por otro, el derecho del interesado a eliminar la información que contenga datos de carácter personal. Es en ese

punto donde la Gran Sala alude al justo equilibrio que habrá de buscarse en cada caso dependiendo de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública;

- La facilitación de la accesibilidad de la información que se produce como consecuencia de la inclusión de la misma en el listado que proporciona el motor de búsqueda puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web. Por ello la eliminación de los datos del motor de búsqueda es independiente de la eliminación o mantenimiento de los mismos por parte del editor de la página web;

- Respecto del derecho a la eliminación de la información estrictamente hablando ('derecho al olvido'), si la información, tomando en consideración el conjunto de las circunstancias atinentes es inadecuada, no es pertinente o ya no lo es o es excesiva en relación a los fines del tratamiento realizado por el motor de búsqueda, debe eliminarse, no sólo la información, sino también los vínculos de dicha lista. Ese derecho prevalece no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda sino también sobre el interés de los internautas en encontrar dicha información. Sin embargo, puede no prevalecer si atendiendo a las circunstancias del caso, por razones concretas, la injerencia en los derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante del público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate (por ejemplo, por el papel desempeñado por el usuario en la vida pública)¹²⁷⁶.

El TS se pronuncia por primera vez sobre el alcance del 'derecho al olvido digital' con la sentencia de fecha 15 de octubre de 2015¹²⁷⁷. La sentencia del TS es de especial interés porque, a diferencia de la referida sentencia del TJUE, que examinaba aisladamente el papel de los motores de búsqueda, determina la responsabilidad de los editores de páginas web

¹²⁷⁶Sentencia en el asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

Acceso en: 14.03.2016.

¹²⁷⁷Sentencia número 545/2015.

o *webmasters* en esta materia, y precisa el modo en que éstos deben atender, cuando proceda, las solicitudes “*derecho al olvido*”¹²⁷⁸.

Según el alto tribunal, la vinculación entre los datos personales de una persona y una información lesiva para su honor e intimidad en una consulta por Internet va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico. Por ello, el derecho a la protección de datos personales justifica que, a petición de los afectados, los responsables de las hemerotecas digitales deban adoptar medidas tecnológicas para impedir que en sus páginas la información obsoleta y gravemente perjudicial pueda ser indexada por los buscadores de Internet.

Sin embargo, la Sala rechaza la procedencia de eliminar los nombres y apellidos de la información recogida en la hemeroteca, o que los datos personales contenidos en la información no puedan ser indexados por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca. En este sentido el TS considera que es necesario ponderar el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tiene la información publicada y el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado.

Este interés puede justificar que, cuando se trata de personas de relevancia pública o existe un interés histórico, una información sobre hechos que afectan a su privacidad o a su reputación, aun sucedidos mucho tiempo atrás, esté vinculada a sus datos personales (en particular, nombre y apellidos) en las consultas realizadas a través de los buscadores de internet. Pero esta vinculación a los datos personales de la información lesiva para el honor y la intimidad en una consulta por internet va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico,

¹²⁷⁸ Los hechos involucran dos personas que en los años ochenta estuvieron implicadas en el tráfico y consumo de drogas, y que tras cumplir condena por estos hechos habían rehecho su vida personal, familiar y profesional, vieron cómo la noticia que en aquellas fechas se publicó sobre su detención, ingreso en prisión y padecimiento del síndrome de abstinencia, aparecía en los primeros lugares de las consultas que en los motores de búsqueda de Internet se hacían utilizando como palabras clave sus nombres y apellidos, tras la digitalización de la hemeroteca en que se encontraba la noticia. La empresa editora del diario y responsable de la hemeroteca no atendió la petición de estas personas de adoptar las medidas necesarias para evitar la difusión actual y permanente de la información publicada cuando sucedieron los hechos y, en consecuencia, estas personas interpusieron demanda en protección de su honor, su intimidad y su derecho a la protección de los datos personales.

pues aunque el tratamiento de los datos pueda considerarse veraz, ya no resulta adecuado para la finalidad con la que inicialmente fueron recogidos y tratados, y distorsiona gravemente la percepción que los demás ciudadanos tienen de la persona afectada, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad.

No obstante, la sentencia puntualiza que el 'derecho al olvido digital' no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, impidiendo la difusión de informaciones sobre hechos que no se considere positivos, ni justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su medida. El derecho a la protección de datos personales justifica que, a petición de los afectados, los responsables de las hemerotecas digitales deban adoptar medidas tecnológicas, tales como la utilización de códigos *robots.txt* o instrucciones *noindex*, etc., para que la página *web* de la hemeroteca digital en que aparezca la información obsoleta y gravemente perjudicial no pueda ser indexada por los buscadores de Internet.

Sin embargo, la Sala rechaza la procedencia de eliminar los nombres y apellidos de la información recogida en la hemeroteca, o que los datos personales contenidos en la información no puedan ser indexados por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca, pues considera que estas medidas suponen una restricción excesiva de la libertad de información vinculada a la existencia de las hemerotecas digitales.

En definitiva, el derecho al olvido constituye el contrapunto indispensable al rumbo actual de internet que la siguiente afirmación de Viviane Reding ilustra incontestablemente: "*Dios perdona y olvida; Internet, nunca*"¹²⁷⁹.

La regulación de internet es una tarea compleja que exige conciliar múltiples intereses. Una de las más importantes tensiones se sitúa entre el derecho a la intimidad y el derecho a la seguridad. No es un conflicto exclusivo del mundo digital, pero la especificidad de las comunicaciones electrónicas hace con que adquiera perfiles singulares.

¹²⁷⁹Viviane Reding, Vicepresidenta y Comisaria de Justicia de la Unión Europea, a favor del reconocimiento del derecho al olvido en la normativa europea. Citado por RALLO, Artemi. *El derecho al olvido en internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014, p.29.

Primero porque es necesario armonizar la tutela de los usuarios, su derecho al anonimato, con las exigencias de seguridad relacionadas con la prevención de delitos.

Eso porque, las peculiaridades de la realidad digital impiden trasladar mecánicamente los instrumentos de investigación característicos del entorno analógico. Los medios tradicionales de investigación no sirven en este entorno. Así que resulta imprescindible articular nuevos instrumentos que abarquen estas condiciones en que se desarrolla la *cibercriminalidad*: volatilidad, carácter transfronterizo, rápida asimilación del progreso técnico y estructura descentralizada de la red.

Por último, porque en las comunicaciones electrónicas resulta imprescindible contar con la colaboración de los intermediarios y esto se traduce necesariamente en la imposición a los prestadores de servicios de ciertas obligaciones para hacer posible la identificación de los autores de las infracciones cometidas en la red¹²⁸⁰.

No obstante, el tema no es tan sencillo, como se desprende de las dos sentencias del TS español, donde dejan constancia de que la eliminación de enlaces en los buscadores, en virtud del derecho al olvido, es un tema que debe analizarse caso a caso.

Son muchas las normativas y especificaciones a tener en cuenta. Prueba de esta diversidad de normativas son las dos sentencias que en un plazo menor a un mes han dictaminado dos Salas distintas del TS.

La primera en marzo, la STS 964/2016¹²⁸¹, donde el Tribunal señalaba que el responsable del tratamiento de datos en el buscador Google era la empresa matriz con sede en América y no su filial en España, por lo que los españoles interesados en solicitar su 'derecho al olvido' y por ende, la cancelación de sus datos en el buscador deben acudir a la empresa americana.

Sin embargo, en el siguiente mes, la Sala de lo Civil del Tribunal, en la STS 1280/2016¹²⁸², ha condenado a la filial española a pagar 8.000 euros por

¹²⁸⁰LÓPEZ ORTEGA. Juan José. *Intimidación informática y derecho penal* (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación). [In: Consejo General de Poder Judicial. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial. Carlos Gómez Martínez (Director), Madrid: 2004, pp.133-142].

¹²⁸¹STS 964/2016, de 14 de marzo, Sala de lo Contencioso (Rec. 1380/2015).

¹²⁸²STS 1280/2016, de 05 de abril, Sala de lo Civil (Rec. 3269/2014).

negarse a retirar información personal sobre un ciudadano. La Sala considera que *“Google Spain sí es responsable, en el marco de un proceso civil de protección de derechos fundamentales, del tratamiento de los datos personales que indexa el buscador”*.

La Sala de lo Civil, señala en su sentencia que la filial española puede ser demandada en un proceso civil de protección de derechos fundamentales pues, es responsable en España del tratamiento de datos realizado por el buscador Google. Aclara que esta consideración no contradice a la sentencia anterior de la Sala de lo Contencioso, dada la existencia de distintos criterios rectores en las distintas jurisdicciones y por la diversidad de las normativas que se aplican por unas y otras.

Respecto a la decisión de que los españoles deben pedir su derecho al olvido ante la matriz, la Sala de lo Civil considera, con razón, que esta obligación vista desde un punto de vista práctico es difícil de llevar a cabo, ya que conlleva grandes trabas burocráticas, económicas..., al tener que actuar sobre una sociedad de nacionalidad norteamericana con domicilio social en California.

Por tanto, ambas sentencias prueban que a la hora de considerar el derecho al olvido debe analizarse caso por caso la retirada de enlaces ya que deben tenerse en cuenta una gran cantidad de criterios.

Independientemente de las decisiones judiciales, la forma que tienen los ciudadanos de solicitar su derecho al olvido es dirigiéndose a Google, a través del formulario que tiene habilitado para ello. Si Google se niega a retirar los enlaces apuntados, el ciudadano puede solicitar la tutela de la Agencia Española de Protección de Datos que defenderá los derechos fundamentales de los ciudadanos ante las instancias correspondientes.

La compañía Google ha comunicado a las autoridades de protección de datos de la Unión Europea que en breve aplicará el ‘derecho al olvido’¹²⁸³ en

¹²⁸³El vicepresidente de Google, Vint Cerf, ha señalado en una conferencia en Montevideo que el derecho al olvido desde el punto de vista técnico es inviable y asegura que no llega a entenderlo del todo. Cerf cree que eliminar informaciones que perjudiquen a una persona no es una buena idea y va en contra del derecho a la información. Señala que el afectado debe dirigirse al responsable de la web que ha publicado dicha información y pedirle que la elimine, argumentando las razones por la que debe desaparecer dicha publicación. Para el vicepresidente de Google, en términos técnicos es muy difícil asegurar el derecho al olvido. Son muchos los enlaces que nos exigen eliminar y debemos recordar cada cosa que tenemos que olvidar. “No tiene ningún sentido”, remarca. Estas declaraciones llegan unos días

Europa en todas las extensiones de su buscador, no solo en la que hace referencia al país europeo desde donde se pidió la eliminación de enlaces.

De este modo, Google eliminará de todos sus buscadores, incluida la extensión '.com', los enlaces que se hayan reclamado, siempre que cumplan con los requisitos que estableció la STJUE sobre derecho al olvido de mayo de 2014.

Hasta ahora, la compañía solo eliminaba los enlaces de los buscadores con dominio del país europeo solicitante, una práctica que fue denunciada por los organismos de protección de datos que consideraban que no se aseguraba el derecho al olvido total. Dichas autoridades habían amenazado a Google con sanciones si no cambiaba su forma de actuar.

En mayo de 2014 la Corte Europea falló a favor de que los buscadores eliminasen de sus resultados de búsqueda aquella información personal que fuese irrelevante, obsoleta, difamatoria, atentara contra la privacidad de los usuarios. Google comenzó a hacerlo pero únicamente en los buscadores locales. En junio de 2015, la agencia de protección de datos francesa obligó a que se eliminarán de todos los buscadores, incluido google.com.

Aunque Google no ha explicado cómo efectuará el borrado de dichos enlaces, si que se sabe que aquellos usuarios que consulten google.com desde fuera de la Unión Europea, sí podrán acceder a los resultados eliminados. La

después de que la compañía haya hecho balance de un año y medio de derecho al olvido en la Unión Europea, tras la sentencia de mayo de 2014, en la que el Tribunal de Justicia Europeo delimitó las bases para que este derecho fuese una realidad. Durante estos 18 meses, Google ha recibido 350.435 solicitudes de retiradas de enlaces, ha analizado más de 1,2 millones de enlaces, de los cuales ha eliminado de sus resultados de búsqueda 443.545, el 42,1% de las peticiones. Para la eliminación, se han tenido en cuenta los derechos del usuario, pero también el interés público de la información. Recordamos que la Justicia señaló que no tienen derecho al olvido las personas públicas y aquellas informaciones que tengan interés público. Desde España se han recibido 33.472 solicitudes para eliminar 104.688 URLs. El balance publicado por la compañía responsable del buscador líder, también muestra la lista de los principales sitios afectados por el derecho al olvido. El 9% del total de enlaces que se ha pedido eliminar provienen, entre otros sitios, de las redes sociales Facebook, Google +, Twitter, de la plataforma de vídeos Youtube y de la web de citas Badoo. En cuanto a la naturaleza de la información que se pide eliminar, una gran mayoría se trata de publicaciones en las que se muestran datos personales del usuario y otras hacen referencia a delitos menores que fueron cometidos en el pasado. Artículo *Opinión del vicepresidente de Google sobre el derecho al olvido*, de 4 de diciembre de 2015, en el Blog Derecho al olvido en internet Disponible en: <http://www.derechoalolvido.eu/opinion-del-vicepresidente-de-google-sobre-el-derecho-al-olvido/> Acceso en 12.04.2016.

compañía apela al derecho a la información para seguir mostrando estas informaciones desde fuera de Europa¹²⁸⁴.

II.2. El derecho al anonimato.

No se puede dudar de la fuerza que tienen los proveedores de acceso o de contenido a la red o la posibilidad que tienen los buscadores como Yahoo, Google, Bing o Msn (Microsoft) de establecer mecanismos de censura privados o de conocimiento o divulgación de informaciones privadas, incluso de manera oculta, sin conocimiento por parte de las personas. Este hecho supone una enorme amenaza para el ejercicio de las libertades ciudadanas, sobre todo cuando se discute el derecho al acceso a las NTI como un nuevo derecho fundamental¹²⁸⁵.

De este modo, la extensión del secreto de las comunicaciones a las comunicaciones electrónicas, la garantía de un cierto derecho al anonimato cuando se navegue por Internet, aparece como uno de los más importantes, a la vez que más discutidos, en la actualidad.

¹²⁸⁴ Disponible en: <http://www.derechoalolvido.eu/google-acepta-el-derecho-al-olvido-global-en-europa/> Acceso en: 12.04.2016.

¹²⁸⁵ Podríamos subrayar que éste es el primero de los derechos vinculados a las NTI, ya que si no hay posibilidad de acceso a internet, poco más podemos decir. De hecho, así lo entendió la Comisión Especial sobre Redes Informáticas, creada por el Senado Español ya en 1998, cuándo en sus conclusiones lo mencionaba dentro de su primera propuesta: *“Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia”*. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Serie I, nº 812, 27 de diciembre de 1999, pp.1 y ss. En especial las pp.46-48.

Disponible en: <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0812.PDF> Acceso en: 10.12.2015.

De hecho, para esta Comisión del Senado, *“(…) es una responsabilidad de los legisladores y del Gobierno Central y de los de las Comunidades Autónomas garantizar la igualdad de oportunidades a los ciudadanos y a los territorios del Estado”*. De tal modo que *“la cesión de la configuración de redes únicamente al operador y al mercado inspirados en razones de carácter mercantil impide que se cumpla el principio de universalidad y de servicio público”, ya que “todos los individuos y grupos sociales tienen derecho a disponer de instrumentos para su desarrollo y es aplicable el principio de subsidiaridad, cuando no pueden acceder a tales instrumentos por motivos ajenos a su voluntad de desarrollo humano como la distancia, la diferencia de renta, discapacidades físicas, densidad de población, predominio del sector agrícola, o los modos de vida rural, entre otros»*. Por ello, *«no es posible dejar a los agentes del mercado las decisiones sobre el tendido y extensión de las redes cuya planificación y ordenamiento deben corresponder a la Administraciones Públicas”*.

Así el derecho al anonimato es uno de los derechos que suelen ser discutidos con mayor intensidad en los debates sobre nuevos derechos de la sociedad de la información. No obstante, no cabe ninguna duda sobre el hecho de que su protección y mantenimiento deben constituir una garantía para el ejercicio de las libertades públicas, del mismo modo que son el secreto de las comunicaciones o la protección de datos.

Sin embargo, afirma ORZA¹²⁸⁶ que, si considerada la evolución legislativa en esta materia no parece que debamos ser especialmente optimistas.

En realidad, es significativo que la Directiva de la UE 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) fuera muy cuidadosa a la hora de garantizar el anonimato en llamadas telefónicas ante la posibilidad de que los operadores de telefonía pudieran comunicar el número desde el que se llama a la hora de establecer una conexión telefónica.

Así, en su párrafo 34, la Directiva señala: *“Es necesario, por lo que respecta a la identificación de la línea de origen, proteger el derecho del interlocutor que efectúa la llamada a reservarse la identificación de la línea desde la que realiza dicha llamada y el derecho del interlocutor llamado a rechazar llamadas procedentes de líneas no identificadas”*, lo que se justifica por el hecho de que *“Determinados abonados, en particular las líneas de ayuda y otras organizaciones similares, tienen interés en garantizar el anonimato de sus interlocutores”*.¹²⁸⁷ *Y de hecho, el artículo 8 de esta Directiva establece que* *“1. Cuando se ofrezca la posibilidad de visualizar la identificación de la línea de origen, el proveedor del servicio deberá ofrecer al usuario que efectúe la llamada la posibilidad de impedir en cada llamada, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen. El abonado que origine la llamada deberá tener esta posibilidad para cada línea. 2. Cuando se ofrezca la posibilidad de visualizar la identificación de la línea de origen, el proveedor del servicio deberá ofrecer al abonado que reciba la*

¹²⁸⁶ORZA, Ramón M. *El derecho al anonimato en Internet*. Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Editada por Fundación Telefónica, Octubre - Diciembre 2011, pp.2-7.

¹²⁸⁷Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:ES:PDF> Acceso en: 12.04.2016

llamada la posibilidad, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, siempre que haga un uso razonable de esta función, de impedir la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes”, bien que con la posibilidad de eliminar esta opción en determinados casos (Directiva 2002/58/CE, art. 10)¹²⁸⁸.

Dicha Directiva (2002/58/CE) fue trasladada al derecho interno español en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que en su artículo 38.3 indica que: *“En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: (...) f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada; g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada”¹²⁸⁹.*

Si la mera ocultación del número de llamada entrante ha merecido tal atención dentro de la UE como una indudable garantía para el ejercicio de diversos derechos fundamentales, mucho más interés debería tener la protección del anonimato a la hora de navegar por Internet. Como cualquiera puede imaginar, el estudio de una mera relación de páginas visitadas por una persona concreta, sobre todo si el rastreo se refiere a un periodo de tiempo más o menos prolongado, puede ofrecer una enorme información sobre la personalidad, la economía, los gustos, las aficiones o las preocupaciones de ese ciudadano en concreto. El perfil obtenido puede ser utilizado con diversos fines y puede entrañar serias amenazas para su libertad o seguridad.

Tampoco se puede olvidar de las amenazas que se presentan para los ciudadanos a través de los rastreos que se pueden llevar a cabo de su navegación en internet o del contenido de su correo electrónico.

¹²⁸⁸ Art. 10: *“(...) el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónica disponible al público podrá anular: (...) 2. la supresión de la presentación de la identificación de la línea de origen y el rechazo temporal o la ausencia de consentimiento de un abonado o un usuario para el tratamiento de los datos de localización, de manera selectiva por línea, para las entidades reconocidas por un Estado miembro para atender llamadas de urgencia, incluidos los cuerpos de policía, los servicios de ambulancias y los cuerpos de bomberos, para que puedan responder a tales llamadas”.*

¹²⁸⁹ Interesante subrayar que, si bien la Directiva se refiere a las llamadas telefónicas, en la legislación española se extiende este derecho a las ‘comunicaciones electrónicas’, concepto que parece más amplio que las meras llamadas telefónicas.

A cada día se tiene noticias de nuevos problemas derivados del uso generalizado de las nuevas redes sociales, como Facebook, Tuenti, MySpace, Twitter, entre otras, que implican a miles de ciudadanos, entre ellos muchos menores de edad.

De estos hechos surgen los debates sobre el derecho al anonimato, consagrado legalmente en el ámbito de las comunicaciones telefónicas, pero muy discutido en la doctrina especializada en el ámbito de Internet- como uno de los nuevos derechos fundamentales vinculados a la Red¹²⁹⁰, se ha configurado como el derecho más importante de cuantos se reconocen a los internautas, como reacción frente a la monitorización de las huellas de navegación.

En cuanto que manifestación de la protección del derecho a la intimidad, el anonimato se concreta en el “(...) *derecho de excluir del conocimiento ajeno los sitios visitados y consultados, así como en la imposibilidad de reconstruir la ‘personalidad digital’ del usuario de Internet*”¹²⁹¹. Es decir, en las palabras de ROIG¹²⁹² el anonimato en Internet consistiría en “(...) *la posibilidad de acceder a la red y usar sus servicios, sin necesidad de identificarse, ni de ser controlado por ello*”.

Es una reivindicación, según ORTEGA¹²⁹³ entre los usuarios el ‘derecho a ser anónimo en la red’ y, para conseguirlo, se ponen a su disposición nuevas tecnologías de protección a la privacidad. De la misma manera que el proceso tecnológico ha hecho posible que surjan las tecnologías de vigilancia, con los avances tecnológicos se ha intentado equilibrar sus efectos para devolver al usuario el equilibrio originario entre libertad y seguridad.

Sin embargo, este equilibrio preocupa a los gobiernos, ante el peligro de que estas herramientas puedan ahora ser utilizadas para realizar conductas ilícitas. Aunque se reconozca que es necesario dotas contra la ciberdelincuencia, existe, con justa razón, temor frente a los potenciales riesgos

¹²⁹⁰ORZA, Ramón M. *Necesidades legislativas urgente: El derecho al anonimato en Internet*. Revista Telos, Cuadernos de Comunicación e Innovación, Octubre - Diciembre 2011, p.1.

¹²⁹¹LÓPEZ ORTEGA. Juan José. *Intimidación informática y derecho penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*. [In: Consejo General de Poder Judicial. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial. Carlos Gómez Martínez (Director), Madrid: 2004, p.134.

¹²⁹²ROIG, Antonio. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC's)*. Cuadernos de derecho Constitucional, BOSCH Editor, Barcelona: 2010, p.85.

¹²⁹³*Ibidem*

derivados de estos instrumentos de vigilancia puestos en manos de los gobiernos y empresas. Así que, la salida es la regulación, aunque aproxima a la limitación del derecho a la intimidad informática, pero, en contrapartida, obliga a respetar los principios de la legalidad y proporcionalidad.

De hecho, el anonimato evitaría el riesgo que supone la identificación del usuario para la intimidad, el secreto de las comunicaciones y también para la libertad de expresión en la red. Sin hablar de su relación con el derecho a la protección de datos.

En verdad si analizamos, la comunicación anónima ya existe en el mundo virtual, por ejemplo mediante el uso del correo tradicional. La exigencia desproporcionada de identificación, en este caso, vulneraría los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión.

Por consiguiente, si no se individualiza un objeto de protección nuevo y específico en la red, será suficiente configurar al derecho al anonimato como un límite; un límite a restricciones desproporcionadas a los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de expresión y al derecho a la información y quizá también al derecho a la protección de datos personales en internet.

Tal como sostiene el Grupo de trabajo 29, *“(...) la exigencia de que las restricciones de los derechos y libertades fundamentales estén debidamente justificadas y sean necesarias y proporcionadas a otros objetivos de orden público debe cumplirse también en el ciberespacio”*¹²⁹⁴.

Si amparamos esta validez combinada con el derecho al anonimato en Internet puede ser útil otro criterio defendido en la ‘Declaración Ministerial de Bonn’, según el cual si el usuario puede mantener el anonimato fuera de línea, deberá garantizarse la misma posibilidad en línea. El Consejo de Europa comparte esta premisa, cuando sostiene que *“(...) los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos de Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos”*¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ ROIG, Antonio. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC's)*. Cuadernos de derecho Constitucional, BOSCH Editor, Barcelona: 2010, p.89.

¹²⁹⁵ *Ibidem*

Afirma con mucha propiedad ROIG¹²⁹⁶ que, “(...) quizá el argumento decisivo sea el más simple: Internet, como mecanismo de comunicación entre personas, incluye en su tecnología los valores democráticos de apertura, participación y libertad de acceso. Quizá podamos incluir dentro de estos elementos democráticos también el anonimato. Si ello fuera así, se estaría haciendo más por difundir la democracia y limitar los intereses de los terroristas cuando se preserva un Internet abierto, que no cuando se restringe progresivamente”.

Cuanto a la jurisprudencia sobre el tema, el TEDH, en el caso Copland contra Reino Unido¹²⁹⁷, analizó si el seguimiento de las llamadas telefónicas, del uso del correo electrónico y de la navegación por Internet realizada por los responsables de un universitario College de Gales (Reino Unido) sobre una trabajadora del mismo suponía una violación de los derechos reconocidos en el CEDH.

En sus alegaciones, el Gobierno británico aceptó que, en este caso, “(...) si bien se efectuó cierto seguimiento de las llamadas, el correo electrónico y la navegación por Internet de la demandante con anterioridad a noviembre de 1999, no se llegó a interceptar las llamadas telefónicas ni a analizar el contenido de las páginas web visitadas por ella”. Para el gobierno inglés, “(...) el seguimiento no consistió, pues, en nada más que en un análisis de la información generada automáticamente para determinar si las instalaciones del College se habían usado con fines personales”¹²⁹⁸. Se trataba no de interceptar el contenido de las llamadas o de los correos electrónicos, sino simplemente de conocer a qué números se llamaba, a quién se enviaban los correos electrónicos y el nombre o la dirección de las páginas web que se consultaban. Es más, según sus alegaciones, “En el supuesto de que el análisis de la relación de llamadas telefónicas, el correo electrónico e Internet se considera una injerencia en el respeto de la vida privada o la correspondencia, el Gobierno señala que la injerencia estaba justificada”¹²⁹⁹, ya que “En primer lugar, perseguía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás al asegurar que no se abusase de unas instalaciones con cargo a los

¹²⁹⁶ *Ibidem*

¹²⁹⁷ STEDH, Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007.

¹²⁹⁸ STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 32.

¹²⁹⁹ STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 33.

fondos públicos”; y en segundo lugar, “(...) la injerencia tenía un fundamento en derecho interno en la medida en que el College, como organismo estatutario, cuyos poderes le facultan para ofrecer formación superior y hacer lo necesario y oportuno con tal propósito, tenía el poder de controlar razonablemente sus instalaciones para asegurar su capacidad de llevar a cabo sus funciones estatutarias”. Concluía que “(...) era razonablemente previsible que las instalaciones con las que cuenta un organismo estatutario con cargo a los fondos públicos no podían ser utilizadas en exceso con fines personales”¹³⁰⁰.

A pesar de estas alegaciones, el Tribunal consideró que tales injerencias eran injustificadas, ya que “(...) según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’, a efectos del artículo 8.1 (Sentencias Halford (TEDH 1997, 37), previamente citada, ap. 44 y Amann contra Suiza (TEDH 2000, 87) (GC), No. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II). Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del artículo 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet”¹³⁰¹.

Además, el TEDH recuerda que “(...) la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el artículo 8 (RCL 1999, 1190 y 1572), ya que dicha información es «parte de las comunicaciones telefónicas» (Sentencia Malone contra el Reino Unido, de 2 agosto 1984 [TEDH 1984, 1], serie A No. 82, ap. 84)” y el hecho de que el College obtuviese esos datos legítimamente, ‘en forma de facturas telefónicas’, no es impedimento para “(...) constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8”¹³⁰². Y, lo que resulta más importante, “(...) el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona

¹³⁰⁰STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 34.

¹³⁰¹Párrafo 41. Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹³⁰²STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 34.

se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1 (Sentencia Amann [TEDH 2000, 87], previamente citada, ap. 65)¹³⁰³.

También el TEDH considera que tal injerencia no estaba justificada ni por el derecho interno ni por las normas internacionales¹³⁰⁴. Por todo ello, “(...) el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio”¹³⁰⁵, confiriendo a la recurrente una indemnización por daño moral y obligando al Gobierno británico a correr también con los gastos del proceso.

Recientemente, el 22 de septiembre de 2010 el Tribunal Constitucional alemán ratificó una sentencia del Tribunal Supremo alemán del año 2009, en la que este se refería a que el uso anónimo es inmanente a Internet, a la vez que también consideraba que las opiniones anónimas gozaban de la protección de la libertad de expresión¹³⁰⁶.

En definitiva, entendemos que en el sistema de protección de la intimidad en la red, el anonimato es el eje. Un anonimato, tanto pasivo (como hemos visto el derecho a no ser conocido en la red o a que no circule en la red información relativa a uno mismo), cuanto ‘activo’ (el derecho al olvido, a que desaparezca de la red toda información que de uno circule en ella aunque haya sido divulgada por el propio interesado).

¹³⁰³STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 43.

¹³⁰⁴STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafos 45-48

¹³⁰⁵STEDH, Copland c. Reino Unido, párrafo 44.

¹³⁰⁶La sentencia se refiere a una página web (<http://www.spickmich.de/>) en la que, de forma anónima, se introducían valoraciones sobre profesores. El caso se suscitó a partir de la denuncia de una profesora que fue valorada en esa página (BVerfG, Beschluss von 16-08-2010, Az. 1 BvR 1750/09). [In: ORZA, Ramón M. *Necesidades legislativas urgente: El derecho al anonimato en Internet*. Revista Telos, Cuadernos de Comunicación e Innovación, Octubre - Diciembre 2011, p.4].

III. Hacia una redefinición del concepto clásico del derecho a la intimidad con el impacto de las nuevas tecnologías de información.

Todo lo expuesto a lo largo de esta investigación tiene más consecuencias para el derecho a la intimidad de las que nos podríamos imaginar. Ante todos estos planteamientos que analizamos de las NTI's, tenemos que reconocer que los avances de las últimas décadas han incidido considerablemente en el concepto y la protección jurídica de la intimidad.

Es ineludible que nuestra intimidad se ve cada día más afectada por las NTI's al ser capaces de entrar en ámbitos que antes eran inaccesibles al ser humano. Las fronteras creadas entre lo público y lo privado son cada vez más porosas. Lo que se plantea es que el panorama tecnológico actual y el perfil de la sociedad de la información nos obligan a replantear si lo que considerábamos como íntimo otrora sigue siendo entendido así.

Igualmente ineludible que las NTI's han incidido no sólo en la forma de comunicarnos sino que en el propio contenido de la comunicación. Algunas personas verán en los medios electrónicos una barrera para manifestar su intimidad e incluso su auténtica personalidad, mientras que, para otras, se ha convertido en una oportunidad de transmisión de su información más íntima; al no conocer personalmente a su interlocutor, o no necesitar desvelar su identidad, no se sienten condicionados por lo que se pueda conocer de su vida. En un caso y otro es evidente que el impacto de las NTI a nadie ha dejado indiferente.

La verdad es que la gran mayoría de los ciudadanos no son conscientes de las enormes consecuencias, del trasfondo de sus 'actos informáticos cotidianos' y así, cualquier nuevo desarrollo se asume y celebra como un avance, obviando la reflexión crucial e inevitable de si el derecho a la intimidad aun cabe en este mundo actual tal y como se ha entendido hasta ahora.

En la actualidad se va creando a través de la comunicación un modelo común de comportamiento con el que todas las personas pueden entenderse, alineando un 'nuevo hombre' que, por un lado tiene una necesidad natural de comunicación con sus semejantes, de ahí que invente y utilice todo tipo de ingenios para su consecución. Por otro lado, se siente más sólo que nunca

porque carece de un contacto personal que es también natural y preciso y que, por supuesto, la tecnología no puede sustituir. Se acentúa así un claro comportamiento de aislacionismo, un estado social de 'soledad grupal', que está generando un excesivo individualismo. Así es porque está siendo en el espacio virtual donde estamos encontrando la característica fundamental del tipo de información y comunicación que tenemos en nuestros días.

Tradicionalmente se ha entendido la intimidad como una exigencia fundada en los principios de la dignidad, la libertad, la autonomía, etc., de las personas. Como comentamos, se ha definido como un espacio de reclusión y exclusión. Un ámbito para el desarrollo del 'yo', asociado al hogar y la familia. Un espacio de exclusión que proporciona un lugar donde "(...) refugiarse del escrutinio de la vida pública y de ser constantemente vistos y oídos por los demás"¹³⁰⁷.

Hemos visto que el derecho a la intimidad es una construcción jurídica reciente cuyo cometido era la tutela de este espacio íntimo de las personas. En nuestra opinión, este concepto debe evolucionar con el fin de superar las deficiencias de las que padece para afrontar las nuevas y complejas amenazas contra la intimidad.

Delante de las ocasionales invasiones a la intimidad por parte de los nuevos mecanismos de la información durante las décadas de los sesenta y setenta en los Estados Unidos, empezaron a surgir algunas contribuciones doctrinales que definían el concepto de privacidad considerando el aspecto informacional como un factor relevante en una sociedad cada vez más informatizada.

En este contexto, FRIED¹³⁰⁸ entendía el derecho a la privacidad como el poder de control sobre la información personal, no sólo cuantitativa (cantidad de información personal a la que tienen acceso terceras personas) sino cualitativa (el tipo de información de que pueda disponerse).

¹³⁰⁷TOMPSON, John Brookshire. *Los límites cambiantes de la vida pública y privada*. Nueva Época, nº 15, enero-junio, 2011, p.27.

¹³⁰⁸FRIED, Charles. *Privacy*. En *Yale Law Journal*, vol. 77, 1967-1968, pp. 475-493. Citado por SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. Araucaria, vol. 9, nº18, 2007, p.98.

WESTIN¹³⁰⁹, en la misma línea contribuyó a la delimitación de la privacidad como control de la información, definiendo la privacidad como el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a los otros, esto es lo que él denomina autodeterminación informativa.

Los riesgos que afectan al control del flujo de los datos personales en el tratamiento informático, llevó a MILLER¹³¹⁰ a definir el derecho a la privacidad como la capacidad del individuo de controlar el flujo de la información que le concierne, capacidad esencial para el establecimiento de las relaciones sociales y el mantenimiento de la libertad personal.

SCHWARTZ¹³¹¹ ante estas concepciones del derecho a la intimidad, mantiene una posición desconfiada sobre la facultad de los individuos para controlar su información personal, sobre todo, para ejercer su autodeterminación informativa en el terreno de las TIC's en internet. Por ello, propone una regulación estatal que garantice "(...) *el control efectivo sobre el flujo de información personal, formulando así un modelo estatal que interviene en el ámbito informacional individual por ser éste un valor constitutivo esencial del nuevo paradigma sociológico de principios del siglo XXI*"¹³¹². La cuestión es que una regulación estatal no tendría capacidad de garantizar la información de sus ciudadanos ya que no existen fronteras en el ciberespacio donde se almacenan, analizan y difunde mucha de esta información.

Varios fueron los conceptos desarrollados en el transcurrir del siglo XX. LEONARDI¹³¹³ clasifica en cuatro categorías: "a) *el derecho a ser dejado solo*

¹³⁰⁹WESTIN, Alan Furman. *Privacy and Freedom*. Atheneum, New York: 1967, p. 7. Citado por SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla, Vol. IX, nº 18, 2007, p.99.

¹³¹⁰MILLER, Arthur Raphael. *The Assault on Privacy*. Data Banks and Dossiers, University of Michigan Press, Ann Arbor: 1971. *Ibidem*

¹³¹¹SCHWARTZ, Paul M. *Privacy and Democracy in Cyberspace*. En *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, pp. 1609-1701, 1999 y Schwartz, Paul M. *Internet, Privacy and the State*. En *Connecticut Law Review*, vol. 32, pp. 815-859, 2000. Citado por SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. *Op. Cit.*, p.101.

¹³¹²SCHWARTZ, Paul M. *Privacy and Democracy in Cyberspace*. En *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, pp. 1609-1701, 1999 y Schwartz, Paul M. *Internet, Privacy and the State*. En *Connecticut Law Review*, vol. 32, pp.815-859, 2000. *Ibidem*

¹³¹³LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. USP, São Paulo: 2009, p.51.

(the right to be let alone); b) la defensa contra interferencias ajenas; c) secreto o sigilo; d) el control sobre informaciones personales.

En el mismo sentido, SOLOVE¹³¹⁴ hace de la siguiente manera: “Aunque la extensa doctrina académica y judicial escrita ha producido muchas concepciones diferentes de privacidad, se pueden clasificar en seis tipos generales: 1) el derecho a ser dejado solo - Samuel Warren y Louis Brandeis - famosa formulación del derecho a la intimidad; 2) el acceso a sí limitado - la capacidad para proteger a sí mismo contra el acceso no deseado por otros; 3) el carácter secreto - la ocultación de ciertos aspectos de los demás; 4) el control sobre la información personal - la capacidad de ejercer control sobre la información acerca de uno mismo; 5) la personalidad - la protección de la propia personalidad, la individualidad y la dignidad; y 6) la intimidad - dominio, control y acceso limitado a los demás sobre los relacionamientos íntimos o aspectos de la vida”.

La teoría de la privacidad debe ser construida de bajo para arriba, teniendo como punto de partida su análisis pragmático con un enfoque en los problemas que surgen en las relaciones intersubjetivas. Son cuatro los elementos esenciales para la construcción de esta teoría: método, generalidad, variabilidad y enfoque¹³¹⁵.

Respecto del método, Wittgenstein introduce la teoría de las ‘semejanzas familiares’ sugiriendo que “(...) ciertos conceptos pueden no compartir un rasgo en común, pero se presentan a partir de un conjunto común con rasgos semejantes”¹³¹⁶. Es el caso de la privacidad, que ante la imposibilidad de encontrar un único núcleo específico, permease a través de varios elementos semejantes. No hay incongruencia en esta afirmación, pues ni

¹³¹⁴“Although the extensive scholarly and judicial writing on privacy has produced many different conceptions of privacy, they can be classified into six general types: 1) the right to be let alone - Samuel Warren and Louis Brandeis's famous formulation of the right to privacy; 2) limited access to the self - the ability to shield oneself from unwanted access by others; 3) secrecy - the concealment of certain matters from others; 4) control over personal information - the ability to exercise control over information about oneself; 5) personhood - the protection of one's personality, individuality, and dignity; and 6) intimacy - control over, or limited access to, one's intimate relationships or aspects of life”. Traducción libre del inglés. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Harvard University press Cambridge, Vol. 10, London: 2008, p.12.

¹³¹⁵SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. Cit., pp.40-41.

¹³¹⁶“(...) certain concepts might not share one common characteristic, rather, they draw from a common pool of similar characteristic”. Traducción libre del inglés. Citado por SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. Cit., p.42

todos los conceptos tienen límites claros y fijos, pudiendo contener áreas en común con otros enunciados¹³¹⁷.

De esta forma, en cuanto “(...) *el método tradicional de conceptualización relaciona conceptos en un punto común – tal como ejes conectados a una rueda, es decir, todos conectados a un mismo centro de convergencia*”, Wittgenstein propone que, en algunos casos, “(...) *no existe un punto en común*”, existe a penas “(...) *una red de partes conectadas, sin un elemento central*”¹³¹⁸.

El segundo elemento trata de la generalidad de la teoría. En verdad, para que no se convierta obsoleta, la conceptualización de privacidad debe buscar un equilibrio entre generalidad y particularidad. El propósito del trabajo, cuyo objetivo es la solución de los problemas relacionados con la vida privada, debe construirse de bajo para arriba, utilizándose del pragmatismo como principal forma de análisis y de inducción. Este derecho debe ser analizado a partir de la contextualización social. Sin embargo, es necesario siempre valorar por mantener la generalidad y abstracción necesarias para que el concepto pueda ser objeto de la ciencia jurídica y, de esta forma, ser dable su discusión destacada de una determinada situación fáctica¹³¹⁹.

La variabilidad defiende que se debe construir el concepto a partir de aspectos históricos y culturales y no de elementos posicionados externamente a la sociedad. En este sentido, debe ser suficientemente flexible para adaptarse a los nuevos cambios de las relaciones o situaciones interpersonales¹³²⁰.

Por fin, el enfoque de la teoría debe ser acertado, es decir, “(...) *una teoría de la privacidad debe ser pluralista, debe ser general, pero no excesivamente imprecisa, y debe acomodar la naturaleza dinámica de la privacidad, manteniendo aplicabilidad generalizada*”¹³²¹. Para una construcción general del concepto, sin quitar sus características o inutilizarlo, urge la definición de un enfoque: - los problemas -. El análisis pragmático no podría ser

¹³¹⁷SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, pp.42-46.

¹³¹⁸LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet. Op. Cit.*, p.53.

¹³¹⁹SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, pp.40-50.

¹³²⁰SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Ob. Cit.*, pp.50-67.

¹³²¹“(...) *a theory of privacy should be general but not too vague, and should accommodate the dynamic nature of privacy while maintaining widespread applicability*”. Traducción libre del inglés. SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, p.67.

diferente. Parte, por tanto, no de elecciones subjetivas o expectativas del hombre medio, pero sí de conflictos que deseamos que la ley tutele¹³²².

SOLOVE¹³²³ ha desarrollado una teoría capaz de afrontar los nuevos desafíos que ponen en riesgo la privacidad dentro de cada contexto, entre ellos en el campo de las TIC's. Con ello, procura aportar elementos que ayuden a promover un marco jurídico de protección a la privacidad más eficaz. En su opinión, el valor de la privacidad en un contexto determinado depende de la importancia social que las distintas actividades proporcionan, esto es, no se puede interpretar la privacidad de manera uniforme en todas las circunstancias.

Para subsanar en cierta medida la ambigüedad del término privacidad, y aprehender la privacidad desde el punto de vista plural y contextual, Solove elabora una clasificación diferenciada (la taxonomía de la privacidad) en cuatro grupos básicos de actividades susceptibles de menoscabar la privacidad:

- 1) Recopilación de información;
- 2) Procesamiento de información;
- 3) Diseminación de información;
- 4) Invasión.

Cada uno de estos grupos engloba diversos subgrupos. El propósito de esta taxonomía es examinar los peligros que entrañan estas actividades en cada contexto para categorizarlas y posteriormente buscar posibles soluciones¹³²⁴

En el primer grupo que trata de la *recopilación de informaciones*, Solove incluye todas aquellas acciones que intervienen en el proceso de recopilación de datos y que pueden generar daño al titular de la información recopilada, aun cuando ésta no sea revelada públicamente. La simple colecta de datos puede causar daño a la privacidad.

Existen dos tipos de recopilación de información que pueden tener un impacto negativo sobre la privacidad: a) *la vigilancia* y, b) *la interrogación*.

La vigilancia (a) Puede ser caracterizada como el monitoreo del individuo. No debería ser motivo de inquietud, sin embargo, el aumento de

¹³²²SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, pp.67-77.

¹³²³SOLOVE, Daniel J. *Conceptualizing Privacy*. California Law Review Volume 90, 4ª Ed., Vol. 90, Julio 2002, pp.1087 y ss.

¹³²⁴SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, pp.101 y ss.

sistema de vigilancia en las calles, en centros públicos, como aeropuertos¹³²⁵, etc., pone visible algunas situaciones que colisionan con el derecho a la privacidad. Como exponemos detalladamente en la sección VII del capítulo IV, la vigilancia no solo puede incomodar sino que también altera el comportamiento de las personas. Se produce un impacto negativo sobre la libertad, la espontaneidad y el desarrollo personal, entre otros aspectos. Afirma WESTIN¹³²⁶, el hecho de conocer o temer que se está bajo vigilancia sistemática en lugares públicos destruye el sentimiento de relajación y libertad que las personas buscan en ellos y en los espacios abiertos.

La interrogación (b), se puede definir como la presión que se hace a los individuos para que divulguen información. Aunque es un mecanismo útil para obtener información, es contraria al derecho si se lleva a cabo a través de medios coercitivos. También hay que tener en cuenta que los interrogadores, aun sin uso de la coerción, pueden manipular al interrogado para obtener la información que les conviene, darle la interpretación que quieran e incluso distorsionar la impresión que genera su revelación¹³²⁷.

En el grupo 2 de Solove, lista las hipótesis del *procesamiento de las informaciones*. Este es el uso, la manutención y manipulación de datos que fueron colectados anteriormente, es decir, las actividades relacionadas con el procesamiento de la información una vez que ha sido recopilada. Solove identifica cinco formas problemáticas en el tratamiento de la información:

- 1) Agregación;
- 2) Identificación;
- 3) Inseguridad;
- 4) Uso secundario;
- 5) Exclusión.

La agregación es la confluencia de los datos. En verdad, datos personales dispersos por diversas redes y aislados entre sí, poco dicen de la persona. No obstante, actualmente hay una tendencia de cruce de banco de

¹³²⁵ GUERRERO LEBRÓN, Macarena. *El nuevo escáner corporal de los aeropuertos: ¿violación de derechos o aumento de la seguridad?* Revista de Derecho del Transporte nº 4, Madrid: 2010, pp.151-164.

¹³²⁶ WESTIN, Alan Furman. *Privacy and Freedom*. Atheneum, New York: 1967. Citado por SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*. Op. Cit., p.101.

¹³²⁷ LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., p.138.

datos para la formación de dossiers digitales que, de esta forma, desvelarían una gran parcela de la vida privada de la persona, un perfil del individuo a través de la agregación, triangulación y organización de datos que se han obtenido sobre ella. Se genera un conocimiento sobre el que el sujeto no tiene control y en muchos casos este desconoce el uso que se le va a dar a ese conocimiento.

La identificación es la conexión del individuo con la información. El uso constante de métodos de identificación hace crecer de forma exponencial el poder del Estado sobre los individuos, aniquilando el discurso del anonimato, muy importante en la evolución social.¹³²⁸

En la categoría de *la Inseguridad*, es la otra faceta del procesamiento de datos. En esta categoría están cogidos todos los medios en que la información es manejada y protegida de forma insatisfactoria, causando así abusos y utilización ilícita de las informaciones personales¹³²⁹. Engloba delitos informáticos. Entre ellos destaca la suplantación o robo de identidad, uno de los delitos informáticos más comunes en la actualidad. La inseguridad en Internet es generada por la manera ilícita en que los datos o información del usuario son manejados y protegidos. Cuando los administradores o los propios usuarios son ingenuos incrementan el riesgo de ser víctimas de los delitos informáticos. Caben aún en esta categoría las lagunas y los errores en los sistemas informáticos que exponen a los usuarios a situaciones de vulnerabilidad¹³³⁰.

El *uso secundario* de las informaciones consiste en la utilización de las informaciones con propósitos distintos de aquellos del momento de la coleta de estas informaciones, además, sin la autorización del individuo. Es un conflicto que alcanza directamente la dignidad pues niega a la persona la autodeterminación de sus datos personales¹³³¹. La gente seguramente no facilitaría sus datos si supiera que pueden ser usados con fines distintos para

¹³²⁸SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. En *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, nº 3, Enero de 2006, p. 514. Citado por LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. *Op. Cit.*, p.138.

¹³²⁹SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. *Op. Cit.*, p.518.

¹³³⁰LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. *Op. Cit.*, p.138.

¹³³¹SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. *Op. Cit.*, pp.518-523.

los que fueron proporcionados. El uso secundario de la información genera en su titular una sensación de incertidumbre, impotencia y vulnerabilidad¹³³².

Por fin el último elemento de esta categoría, *la exclusión*. Esta clasificación se refiere a las bases de datos que contienen informaciones personales de los individuos. No se debe negar a él el acceso a tales informaciones, igualmente el conocimiento de cómo tales informaciones son manejadas, de tal forma que, si eso ocurre, resultará en perjuicio a la privacidad de esta persona que tendrá dificultada la administración de parte de su vida¹³³³.

El grupo 3 mencionado *la diseminación de información*, es constituido por los problemas relacionados con la revelación de información personal o la amenaza de difundirla, a saber:

- 1) Quebrantamiento de la promesa de confidencialidad;
- 2) Divulgación;
- 3) Exposición;
- 4) Accesibilidad incrementada;
- 5) Chantaje;
- 6) Apropiación;
- 7) Distorsión.

El *quebrantamiento de la promesa de confidencialidad (1)*, deriva de una relación intersubjetiva, es cuando una persona establece una relación con un banco, un proveedor de servicio de Internet, compañías de teléfono u otras entidades, muchas veces lo hace con la expectativa de que la información sea confidencial, aunque en ocasiones debe ser revelada si el bien común así lo requiere. En otros casos, los profesionales suelen tener un deber de confidencialidad, como los médicos y abogados. Al dar protección legal a la confidencialidad se ayuda a promover ciertas relaciones basadas en la confianza¹³³⁴.

La divulgación (2) es cuando informaciones verdaderas sobre un individuo son desveladas al público. En este caso, se protege la reputación de

¹³³²LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., p.139.

¹³³³SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. Op. Cit., pp.518-523.

¹³³⁴LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., p.140.

la persona¹³³⁵. Puede representar una amenaza a la seguridad de las personas, pues revela información que puede ser utilizada por otros para causarles un daño físico, financiero o moral. Como contrapartida, al restringir la divulgación se puede atentar contra la libertad de expresión. Pero es un hecho que tanto la libertad de expresión como las restricciones a la divulgación de información persiguen el mismo interés: promover la libertad individual¹³³⁶.

La exposición (3) es la revelación de informaciones referentes al cuerpo y a las emociones personales. Son informaciones consideradas nucleares para la persona humana: desnudez, sufrimiento, trauma, injurias, sexo etc., atributos físicos, psíquicos y emocionales. La exposición se diferencia de la divulgación en cuanto la primera involucra información sobre la salud y el cuerpo de las personas, mientras que la segunda está relacionada con un rango mayor de datos relacionados con la reputación de las personas¹³³⁷.

La Accesibilidad incrementada (4), es un problema actual generado, en la mayoría de los casos, por la tecnología. Significa hacer más accesible o de fácil acceso una información que ya tenía un carácter público. El incrementar la accesibilidad a la información personal tiene algunos beneficios, como permitir que las personas encuentren la información que necesitan con mayor facilidad, no obstante, también tiene riesgos, como facilitar su explotación para propósitos distintos a aquellos por los que fue originalmente publicada¹³³⁸.

El chantaje (5) significa amenazar desvelar algún secreto que podrían afectar su reputación o la de su familia si la persona no cumple cierta condición. Se debe a la relación de poder que se crea, pues permite a una persona someter y controlar a otra¹³³⁹.

La apropiación (6) es el uso de la identidad o imagen de un individuo determinado para los propósitos y fines de otro. Cuando una persona es asociada con cierto producto, se vuelve conocida en función del mismo. Utilizar la imagen de una persona sin su consentimiento para promover un producto se asemeja mucho a obligarla a representar y respaldar ciertos puntos de vista.

¹³³⁵SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy. Op. Cit.*, p.523.

¹³³⁶LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización. Op. Cit.*, p.140.

¹³³⁷*Ibidem*

¹³³⁸SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, p.134.

¹³³⁹SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy. Op. Cit.*, p.135.

Por ello, la apropiación atenta contra la libertad y el desarrollo individual de las personas. Según Solove, es más preciso hablar de “explotación” antes que “apropiación”, pero continúa usando este último término, muy vinculado con el concepto de propiedad, porque su uso es más extendido¹³⁴⁰.

Por fin, *la distorsión* (7), es una manipulación y divulgación de informaciones sobre una persona. Al contrario de la revelación, en la distorsión las informaciones son falsas y contradictorias¹³⁴¹. Solove interpreta de manera análoga la ‘distorsión’ con la difamación. La incluye en su taxonomía en razón de su significativa similitud con otros atentados contra la intimidad. La difamación no sólo afecta a los individuos, sino también a la sociedad ya que puede dañar la imagen de un país, un gobierno, un pueblo¹³⁴².

En el Grupo 4 de la taxonomía de Solove, tenemos *la invasión*. Esta categoría no involucra necesariamente informaciones y datos personales. Distingue dos tipos de invasión:

- 1) Intrusión;
- 2) Interferencia en las decisiones.

La Intrusión (1), esta tiene relación con el derecho a estar solo, pues involucra las invasiones en la vida de alguien que acaba por tumultuar sus actividades, bien como destruir su soledad causando malestar¹³⁴³, es decir, consiste en la afectación de la intimidad de una persona provocada por la presencia o actividad de otra. La intrusión es cualquier acto que atenta contra el derecho que tienen todas las personas a ser dejadas en paz. La intrusión no necesariamente involucra incursiones espaciales; el *spam*, el correo basura, no por ser aparentemente un mal menor en el uso de las tecnologías de la información, es menos molesto e incluso nocivo¹³⁴⁴.

La interferencia en las decisiones (2), según Solove, consiste en la intromisión del Estado en las decisiones que toma cada individuo respecto a su propia vida, por lo que se halla estrechamente relacionada con la noción de autonomía. Algunos ejemplos de intromisión del Estado en decisiones privadas

¹³⁴⁰LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., p.140.

¹³⁴¹SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. Cit., pp.136-161.

¹³⁴²SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. Op. Cit., pp.523-548.

¹³⁴³SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Op. Cit., pp.161-170.

¹³⁴⁴LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., p.140.

de cada individuo serían la prohibición de usar anticonceptivos, la prohibición de mantener relaciones sexuales entre personas del mismo género, etc.¹³⁴⁵

Solove registra que su taxonomía es una síntesis descriptiva de los problemas relacionados con la privacidad y admite que las cuestiones identificadas en ella no son todas tampoco son inmutables.

La crítica que se hace a las ideas de Solove está en parte relacionada con el hecho de su clasificación ser elaborada meramente con base en conflictos, características de un sistema *common law*. Este enfoque pragmático no sería capaz de tejer un sistema normativo sobre la intimidad. Además, la negación de un núcleo de privacidad hace con que se quede de lado la dignidad de la persona humana, principio consagrado en el ordenamiento jurídico. A pesar de esta crítica, tampoco se puede inutilizar la taxonomía de Solove, pues la misma confiere a la intimidad una perspectiva innovadora, principalmente delante de los nuevos conflictos derivados de las NTI.

La ventaja del concepto plural de la privacidad de Solove está en su capacidad de solución de conflictos. A pesar de la jurisprudencia norteamericana manejar de forma ejemplar los problemas tradicionales de la privacidad, el advenimiento de las NTI y la nueva gama de relaciones que fueron introducidas en el ámbito social, inclusive aquellas que tienen relación con este derecho, pueden pasar desapercibidas y carecer de tutela adecuada delante del yeso conceptual de una definición unitaria y restrictiva. En estos casos podemos mencionar los nuevos problemas relacionados a la tecnología como: la agregación y el cruce de banco de datos, el uso secundario de estas informaciones, el incremento de la accesibilidad con el internet y el monitoreo y la vigilancia de los individuos.

Son todos conflictos que surgieron en los últimos años y los poderes judicial, legislativo y ejecutivo no los tienen familiarizados en sus entendimientos. Así, la taxonomía plural viene a elucidar y dar alas al nuevo concepto de intimidad, sin pretensión de hacer un mandamiento pétreo e inmutable, esta clasificación es un primer paso (de muchos) en el camino de un mejor entendimiento del derecho a la intimidad.

¹³⁴⁵SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy. Op. Cit.*, pp.548-558.

Pues bien, a pesar de la sabida dificultad para definir y delimitar los espacios de la intimidad en nuestros días, la realidad nos impulsa a investigar un concepto que, si bien no pueda ser satisfactorio totalmente, sí tenga presente los nuevos desafíos que trae consigo el desarrollo NTI cada vez más presentes en nuestra vida cotidiana.

Autores modernos como THOMPSON¹³⁴⁶, entiende que en la actualidad la manera más satisfactoria de conceptualizar la intimidad es en términos en control, esto es, la intimidad tiene que ver con la capacidad de los individuos de controlar las revelaciones sobre uno mismo, y de controlar cómo y hasta qué punto éstas pueden comunicarse a los demás. Pero no debe entenderse solo como control sobre la información.

Rössler distingue tres esferas de la privacidad:

- a) *Privacidad informativa*, que consiste en el control de la información sobre sí mismo y el derecho a protegerla del acceso indeseado de los demás;
- b) *Privacidad de decisión*, que implica el control de nuestras decisiones y acciones;
- c) *Privacidad espacial*, el control respecto a nuestros propios espacios y el derecho a protegerlos de la intrusión indeseada de los demás¹³⁴⁷.

Las violaciones a la privacidad en cada una de estos espacios se definirían de la siguiente manera: como el acceso y uso ilícito de información sobre nosotros; como una interferencia ilícita en nuestras decisiones y actos, y como una intrusión ilícita en nuestros espacios, ya sea a través de la intrusión física, por medio de vigilancia o a través de las NTI's.

Como hemos tenido oportunidad de ver en diferentes secciones de este estudio, el derecho a la intimidad consiste en el derecho de los individuos a una esfera íntima de no injerencia y al control sobre los aspectos relacionados con su vida. Como hemos visto también, en casi todos los Estados se reconoce y se garantiza el derecho a la intimidad, pero la extensión de esta protección es lo que efectivamente varía en cada país. Por ello, es importante tener presente qué se considera 'íntimo', y lo que se interpreta como una invasión o violación de la intimidad. Esto se vuelve más necesario cuando analizamos el contexto

¹³⁴⁶TOMPSON, John Brookshire. *Los límites cambiantes de la vida pública y privada*. Op. Cit., p.299.

¹³⁴⁷RÖSSLER, B. *The value of privacy*. Cambridge Polity Press. Cambridge: 2005. Citado por TOMPSON, John Brookshire. *Los límites cambiantes de la vida pública y privada*. Op. Cit., p.30.

de las NTI's, donde los límites entre ambos espacios se diluyen posibilitando el tránsito de información de carácter personal del ámbito privado o íntimo al público, creando una espiral continua de información sobre la que el individuo pierde el control.

THOMPSON apunta acertadamente que debemos alejarnos de la tentación de pensar en la intimidad en términos de espacios físicos como la casa donde vivimos. Los espacios físicos forman parte de la esfera íntima, pero no son los únicos. Cuando una persona se encuentra en su casa y se conecta a internet para revelar información sobre sí se encuentra en el espacio físico privado de su casa, pero al mismo tiempo está participando en un entorno público virtual de difusión de la información, la verdad es que lo privado hoy *“(...) está constituido por un territorio desespaciado de información y contenido simbólico sobre el cual cada individuo piensa que puede ejercer control sin que sea relevante dónde este individuo o esta información se sitúen físicamente”*¹³⁴⁸.

En este nuevo escenario tecnológico, el Derecho debería redefinir la naturaleza y la extensión de la protección a la intimidad teniendo presente las transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas para dar cabida a las demandas de la sociedad, y para poder preservar adecuadamente la intimidad de las personas en cada una de las esferas o distintos espacios.

En esta realidad de las NTI, como subraya LUCENA CID¹³⁴⁹, el derecho debería redefinir la naturaleza y la extensión de la protección a la intimidad teniendo presente las transformaciones sociales, tecnológicas y económicas, para dar capacidad a las demandas de la sociedad de la información, y así poder preservar adecuadamente la intimidad de las personas en cada una de las esferas o distintos espacios.

Como enfatizó Solove que con su teoría de la privacidad, aporta un nuevo enfoque a la discusión sobre el derecho a la intimidad, convirtiéndose en un importante punto de referencia para elaborar marcos normativos de mayor eficacia tutelar.

¹³⁴⁸TOMPSON, John Brookshire. *Los límites cambiantes de la vida pública y privada*. Op. Cit., p.33.

¹³⁴⁹LUCENA CID, Isabel Victoria. *La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización*. Op. Cit., pp.143-144.

Hemos visto que las doctrinas tradicionales sobre la intimidad no contemplan muchos de los problemas actuales, sobre todo los asociados a las NTI's y sus consecuencias para los ciudadanos. Como hemos visto, en resumidas cuentas, Solove contempla cuatro ámbitos donde aparecen nuevos desafíos para preservar la intimidad de las personas: 1) Recopilación de información; 2) Procesamiento de información; 3) Diseminación de información; 4) Invasión, aunque no es una clasificación *numerus clausus*.

En dichos procesos se producen situaciones problemáticas en las que se ve amenazada la privacidad. De ahí la necesidad de definir y determinar a qué clase de agresión contra la privacidad nos estamos refiriendo para poder acometer un tratamiento jurídico particular de los diferentes delitos que atentan contra la intimidad en el actual y constante contexto del desarrollo de las NTI's.

CONCLUSIÓN

Ante lo expuesto, se formulan conclusiones respecto del impacto de las nuevas tecnologías de información sobre el derecho a la intimidad en la sociedad de la información. Se trata de un esfuerzo con el intuito de contribuir para la interpretación y para la aplicación de este derecho fundamental de forma más amplia, llevándose en consideración las múltiples dimensiones de este precepto en el contexto del escenario social, político y económico que se instaura. Subrayase la necesidad de implementación de medidas, tanto administrativas cuanto legislativas, para la garantía de una mayor efectividad de este derecho fundamental ante los avances de las NTI's. De igual manera y, quizá la más relevante, la concienciación de todos cuanto a los riesgos a la intimidad que estos avances suscitan, especialmente en el que concierne a los tratamientos de datos personales por medio de los sistemas automatizados.

1. Sobre el derecho a la intimidad:

1. El interés por el derecho a la intimidad ha renacido en estos tiempos, como consecuencia de las agresiones que este ámbito de las personas sufre en la actualidad provenientes de la utilización de las NTI's, que permiten penetrar impunemente en todos los ambientes habitualmente reservados a la intimidad. Los avanzados medios técnicos han ampliado enormemente las posibilidades de trasgresión de la intimidad de las personas.

2. Intimidad y libertad se conectan íntimamente. No se asegura intimidad sin libertad, el que se constata en régimen de excepción; y no se ejercita libertad sin intimidad, siendo esta indispensable a la libre manifestación del pensamiento, creencia y expresión.

3. El derecho a la intimidad expreso en el artículo 18.1 CE se traduce en la facultad inherente a cada persona de obstar la intromisión de extraños en su área definida como reservada, así como en la prerrogativa de controlar informaciones personales, evitando el acceso y la divulgación de tales datos sin

anuencia del titular del derecho. El derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla¹³⁵⁰.

4. La intimidad se traduce en una necesidad de un ámbito de desarrollo interior. Configurase como un elemento imprescindible para el pleno perfeccionamiento de la libertad individual. Sólo a la persona pertenece la opción de compartir o no este ámbito propio y reservado que resguarda de la curiosidad ajena.

5. El derecho a la intimidad otorga a su titular la facultad de exigir del Estado y de los demás particulares una abstención en su esfera jurídica (matice negativa del derecho – derecho de exclusión) y, además, le pertenece el poder de control y disposición de estos datos (matice positiva del derecho – libertad de control). Cabe al titular decidir cuándo, cómo, dónde y a quién dar conocimiento¹³⁵¹. Pese a la predominancia de esa dimensión negativa, se verifica que la efectividad del derecho a la intimidad requiere no a penas una abstención estatal, pero también una actuación del poder público en el sentido de garantizar la no intromisión de terceros en la intimidad, es decir, se exige una acción positiva de Estado¹³⁵².

6. El derecho a la intimidad consagra el poder de la individualidad, la libertad, elementos que aseguran el Estado democrático. De este modo el respeto al derecho a la intimidad es un deber de todos, sean estos poderes públicos o simples particulares y su protección es una obligación para el Estado.

7. La Constitución española no presenta una definición del derecho a la intimidad. Su concepto es demarcado por un carácter predominantemente subjetivo¹³⁵³ (técnica subjetiva), es decir, lo que puede ser objeto de reserva para uno, puede no ser para otro. Varía de persona para persona, bajo influencias geográficas, culturales, etc. El artículo 18.1 CE especifica tan solo qué intimidad es la que se protege, - la intimidad personal y familiar. Además tampoco se encuentra una definición en la legislación española, que se limita a

¹³⁵⁰ STS, de 18 de febrero de 2013.

¹³⁵¹ STC199/2013, de 5 de diciembre, F.J.6º a).

¹³⁵² STEDH, López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994.

¹³⁵³ STC142/1993, de 22 de abril, F.J 7º.

penas a enumerar acciones que serán consideradas como legítimas o ilegítimas en el ámbito de la intimidad. Así, el contenido del derecho a la intimidad tiene que ser definido de manera casuística. No encontramos tampoco una definición clara en el derecho foráneo.

8. Sin embargo, de una nutrida jurisprudencia constitucional se puede extraer bloques de materias configuradoras del derecho a la intimidad, como la intimidad corporal; las relaciones sexuales; la vida sentimental; el estado de salud, el consumo de bebidas alcohólicas y otras drogas; la filiación, entre otros bloques¹³⁵⁴. De igual manera se puede extraer de la experiencia jurisprudencial qué asuntos no pueden entenderse comprendidos en el ámbito de cobertura del derecho a la intimidad como, la inspección de las cuentas bancarias a efectos fiscales, las actividades económicas y los datos relativos a las relaciones profesionales en que se desenvuelve la actividad laboral¹³⁵⁵.

9. El derecho a la intimidad tiene un carácter inmaterial y está permanentemente dependiente de la propia evolución social, porque no es un fenómeno jurídico y sí social. Por esta razón la doctrina especializada opta por enumerar los contenidos posibles de dicho derecho, conceptos suficientemente flexibles para que sean capaces de adaptarse a los cambios y evolucionar en consonancia con la sociedad.

10. Aunque el derecho a la intimidad se encuentra expreso en un artículo cuyo contenido es complejo (Art.18.1 de la CE), pues en él se encuentra los derechos que forman el bloque de los derechos de la personalidad (honor, intimidad personal y familiar, y la propia imagen), son derechos autónomos entre sí. Son estrechamente vinculados y con rasgos comunes porque son derivados de un mismo tronco, la dignidad humana. Los tres derechos hacen referencia a un ámbito reservado personal, a un reducto del cual, el titular

¹³⁵⁴ SSTC 37/1989, de 15 de febrero, F.J.7º; 57/1994, de 28 de febrero, F.J.5º B); 207/1996, de 16 de diciembre, F.J.3º A); 156/2001, de 2 de julio, F.J.4º.; 89/1987, de 3 de junio, F.J.2º; 151/1997, de 29 de septiembre, F.J.5º; 224/1999, de 13 de diciembre y 136/2001, de 18 de junio; 121/2002, de 20 de mayo, F.J.2º y STS de 29 de enero de 1999; 154/199, de 14 de septiembre, F.J.9º; 121/2002, de 20 de mayo, F.J.2º; 202/1992, de 23 de noviembre, F.J.5º; 20/1992, de 14 de febrero, F.J.3º; 232/1993, de 12 de julio, F.J.2º; 231/1988, 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.6º; 234/1997, de 118 de diciembre, F.J.9º A); 197/1991, de 17 de octubre, F.J. 3º; 46/2002, de 25 de febrero, F.J.5º y 52/2002, de 25 de febrero, F.J. 4º.

¹³⁵⁵ SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, F.J.5º; 143/1994, de 9 de mayo; 142/1993, de 22 de abril; ATC 30/1998, de 28 de enero, F.J.2º, B).

excluye injerencias ajenas, pero no se trata de un derecho único. Los bienes jurídicos de cada uno de estos derechos son claramente distinguibles. Los ámbitos a los que se refieren son diferentes, variando igualmente sus fundamentaciones jurídicas.

11. Son por estas constataciones de vaguedad y ambigüedad que involucran el concepto del derecho a la intimidad, que hace con que sea utilizada en el lenguaje común locuciones como vida privada, privacidad, que tienen una identidad significativa con esta noción de intimidad, pero que no son sinónimos. La semejanza es superficial ya que cada una de ellas realiza una función distinta en un momento determinado. La LODHI y la LOTARD, en su texto, hacen distinciones entre las terminologías. El TC y el TS en sus pronunciamientos, también perfilan diferencias entre las expresiones, aunque en la doctrina no encontramos este consenso.

12. En los apartados 2, 3 y 4 del artículo 18 CE, se reconocen tres derechos instrumentales del derecho a la intimidad, son ellos: la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y la autodeterminación informativa (art 18.4 CE).

La inviolabilidad del domicilio representa una de las principales expresiones de la intimidad de las personas, puesto que el domicilio constituye el espacio sagrado donde se ejerce la libertad más íntima. Esta es la circunstancia que crea esta unión indisoluble entre estos derechos y el perfil instrumental del derecho a la inviolabilidad del domicilio, - de la relación intrínseca entre espacio y ejercicio de la libertad -.

El derecho al secreto de las comunicaciones igualmente mantiene una cierta relación con el derecho a la intimidad, no obstante conserva claramente su sustantividad y autonomía. El derecho al secreto de las comunicaciones tiene una finalidad inequívoca, - busca impedir la penetración de un tercero ajeno (público o privado) en un proceso comunicativo entre dos o más personas, derecho este que posee eficacia '*erga omnes*'. Toda comunicación está protegida por el secreto, independiente de su contenido, íntimo o no¹³⁵⁶.

¹³⁵⁶SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 34/1996, de 11 de marzo; y 127/1996, de 9 de julio, entre muchas otras.

Hay, por tanto, una presunción *'iuris et de iure'* de que el objeto de la comunicación es 'secreto' en un sentido sustancial, aunque sólo algunas tengan carácter íntimo.

El derecho a la autodeterminación informativa garantiza al individuo un derecho a no ser transparente. Un poder de control sobre sus datos, íntimos o no. Concede el poder de negar información personal, se oponer a su obtención, difusión o cualquier otro modo de tratamiento. Su objeto es más amplio que el derecho a la intimidad¹³⁵⁷. Se trata, por tanto, de un nuevo derecho fundamental para tutelar el derecho a la intimidad frente a la nueva realidad de la sociedad de la información. Concebir este nuevo derecho como un aspecto de la intimidad podría además dificultar su relación con otros derechos fundamentales que ven también peligrar su ejercicio ante la amenaza tecnológica, de manera que su protección se llevaría a cabo siempre de manera indirecta, es decir, siempre por el camino de la intimidad, el que no nos parece coherente. La autodeterminación informativa depende de una acción positiva por parte del Estado, es decir, el poder público tiene el deber de implementar medidas administrativas y legislativas necesarias a la concretización de este derecho fundamental.

13. Bajo esta perspectiva, el derecho a la intimidad se puede clasificar como un derecho a una prestación e impone al Estado el deber de implementar medidas necesarias para salvaguardar las informaciones personales sometidas a cualquier especie de tratamiento. El derecho a la intimidad exige que el poder público adopte medidas que proporcionen el incremento de la intimidad, protegiendo los ciudadanos de las intromisiones provenientes de otros particulares o Estados extranjeros en el contexto de la sociedad de la información (derecho de protección).

14. El ámbito de protección del derecho a la intimidad posee un carácter eminentemente elástico y variable, sufriendo adecuaciones de acuerdo con el tiempo, el espacio y el titular de la garantía. La intimidad de los políticos, artistas y atletas se someten a parámetros de verificación menos rígidos del que a la intimidad de personas anónimas. Así cuanto mayor la amplitud de la

¹³⁵⁷STC 292/2000, de 30 de noviembre.

proyección de la persona pública o famosa, menor la posibilidad de vetar intromisiones en su intimidad, pues el interés público de la información, cuando presentes los requisitos, predominará al derecho a la intimidad de la persona.

15. El derecho a la intimidad de los menores de edad está ampliamente protegido en el ordenamiento jurídico español e internacional¹³⁵⁸. Respecto a las personas fallecidas, con la muerte, su derecho a la intimidad se extingue. Sin embargo, ciertos eventos adquieren tal trascendencia que, en función del vínculo que une las personas¹³⁵⁹, pasa a existir un derecho propio a la intimidad y no un derecho ajeno. Las personas jurídicas no son titulares del derecho a la intimidad¹³⁶⁰, aunque encontramos posicionamientos divergentes en la doctrina sobre esta materia. No obstante, hablamos de un derecho natural que protege un ámbito reservado, íntimo y personalísimo, que no se puede calificarse a un ente abstracto como la persona jurídica¹³⁶¹. Además la Constitución española no contiene ningún pronunciamiento expreso en este sentido¹³⁶², al contrario, la redacción del art. 18.1 habla del derecho a la intimidad de 'los ciudadanos'. La LODHI en ningún momento hace mención a las personas jurídicas y, en materia de protección de datos, la Ley es igualmente silente. Cuanto a los extranjeros, sin cualquier debate, son sujetos del derecho a la intimidad (art. 13 CE), porque el derecho a la intimidad es un derecho inherente a la dignidad humana¹³⁶³.

16. Podemos indicar dos tipos diferentes de límites de los derechos fundamentales: 1) los que se producen en el momento de la armonización con otros derechos fundamentales y, 2) los que constituye el legislador para resguardar otros bienes o valores de rango constitucional, respetando siempre su contenido esencial. Ambos podrían englobarse en la teoría (germana) de 'los límites inmanentes'¹³⁶⁴. La clasificación - 'límites necesarios', demarcan tan

¹³⁵⁸ STS 621/2003 de 27 de junio, Sala 1ª.

¹³⁵⁹ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.4º y 197/1991, de 17 de octubre.

¹³⁶⁰ ATC 257/1985, de 17 de abril; STC 19/1983, de 14 de marzo.

¹³⁶¹ No obstante, mientras el derecho a la intimidad ha sido negado a las personas jurídicas, no sucede lo mismo respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), si bien, se trata de una protección de menor intensidad, limitada al espacio físico necesario e indispensable para que desarrolle sus actividades (STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J.2º).

¹³⁶² STC 137/1985, de 17 de octubre.

¹³⁶³ STC 17/2013, de 31 de enero.

¹³⁶⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, F.J.9º.

solo el ámbito protegido de cada derecho, no constituyendo por tanto, auténticos límites. Los límites a los derechos fundamentales deben ser, en la práctica, interpretados en sentido restrictivo. El principio es la libertad y las excepciones son los límites. Las limitaciones deben estar habilitadas por la ley (art. 53.1 CE)¹³⁶⁵ que en determinadas circunstancias y para determinados derechos (como el derecho a la intimidad), deberá ser orgánica (art. 81.1 CE)¹³⁶⁶, respetando siempre el contenido esencial del derecho. A la ley le corresponde la tarea de definir con precisión los elementos objetivos y subjetivos del derecho, así como establecer aquellas limitaciones necesarias para hacerlos compatibles entre sí o para preservar otros bienes jurídicos. El contenido esencial se erige en un límite infranqueable a la intervención delimitadora del legislador ordinario, creando un núcleo indispensable (el 'núcleo duro') a su libertad de configuración, constituye el *límite de los límites* de los derechos fundamentales¹³⁶⁷.

17. Sin embargo hay situaciones que no resulta suficiente delimitar el objeto del derecho fundamental y fijar los límites que cabe imponer a éste. Puede acontecer que sea necesario definir la intensidad en que estos límites deben ser aplicados, aquí entra en juego el principio de proporcionalidad. Su finalidad es garantizar que la limitación aplicada al derecho fundamental sea únicamente la imprescindible para que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a una conducta que realmente no puede considerarse incluida en el objeto de un derecho fundamental). Si la intensidad de la limitación es mayor que la que realmente resulta necesaria para cumplir su finalidad se podría deducir que ese límite se convirtió en una forma de disponer del derecho.

18. Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres

¹³⁶⁵ Art 53.1 CE: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo 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)”*.

¹³⁶⁶ Art. 81.1 CE: *“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”*.

¹³⁶⁷ SSTC 11/1981, de 8 de abril, F.J.10º; 197/1987, de 11 de diciembre, FF.JJ.4º, 5º y 6º; 117/1987, de 8 de julio, F.J.11º entre tantas otras.

requisitos: 1) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y 3) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹³⁶⁸. El requisito de la proporcionalidad es igualmente exigido por el TEDH, el Tribunal considera que se debe asegurar un justo equilibrio de los intereses en juego, de suerte que no haya desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido¹³⁶⁹.

19. Además, el TC ha concluido por una exigencia adicional de 'motivación' de todos los actos de los poderes públicos que apliquen límites a los derechos fundamentales. Adicional porque supone un *plus* respecto al deber general de motivación de las sentencias y otro tipo de actuaciones de los poderes públicos. La motivación es un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos¹³⁷⁰, para que los destinatarios de esa norma jurídica limitadora puedan conocer las razones por las que ven su derecho sacrificado¹³⁷¹. Así, la falta de motivación de la medida restrictiva de un derecho fundamental supone vulneración del mismo¹³⁷². Además, la correcta aplicación del principio de la proporcionalidad exige que la motivación de la medida limitativa sea de forma expresa puesto que sólo así puede el TC controlar la exactitud de su aplicabilidad¹³⁷³.

20. Aunque la protección de la intimidad se impone como un presupuesto para el ejercicio de la libertad de conciencia, de creencia y de expresión y configurase como una protección contra 'injerencias ajenas' que perturben el libre desarrollo de la personalidad, no veda el auto exposición a criterio del propio titular. Bajo ese aspecto, la intimidad abarca, en su ámbito de

¹³⁶⁸STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J.4º e).

¹³⁶⁹STEDH *Gropera Radio AG y otros c. Suiza*, de 28 de marzo de 1990; *Observer y guardian c. Reino Unido* de 26 de noviembre de 1991; *Sunday Times II c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991; *Rieme c. Suecia*, de 22 de abril de 1992; *Campbell c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1992.

¹³⁷⁰STEDH, *Caso Silver y otros c. el Reino Unido* de 25 de marzo de 1983.

¹³⁷¹STC 62/1982, de 15 de octubre, F.J.2º b).

¹³⁷²SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, F.J.5º y 177/1998, de 14 de septiembre, F.J.3º.

¹³⁷³STC 200/1997, de 24 de noviembre, F.J.4º.

protección, la libertad de divulgación de hechos íntimos, cabiendo a penas a la propia persona el libre arbitrio de exponerse o no exponerse y, aún más importante, hasta qué límite desea exponerse, no se admitiendo cualquier interferencia estatal, so pena de violación del derecho del individuo de auto determinarse y de tomar sus propias decisiones (intimidad decisional). En este sentido, la intimidad debe ser analizada bajo la concepción del propio titular del derecho y no de acuerdo con una visión unidimensional y heterónoma que ignore las antagónicas e inconmensurables visiones del mundo, características de las sociedades pluralistas.

21. Aunque se admita la limitación del derecho a la intimidad a criterio del propio titular, tal acto solo será válido cuando se respeten determinados presupuestos, como, 1º) limitación temporaria, figurándose como inconstitucional la limitación permanente, el que representaría la renuncia a la propia titularidad del derecho y no a penas su ejercicio; 2º) preservación del núcleo esencial de la garantía, no admitiéndose que la persona se reduzca a la condición de ‘mero objeto de información’, el que violaría el principio de la dignidad de la persona humana; 3º) decisión libre y auto determinada, vedándose la imposición de la restricción por la parte más fuerte de la relación jurídica.

22. Los conflictos más comunes del derecho a la intimidad, ocurren con la libertad de información y expresión (art. 20.1. ‘a’ CE). Estos derechos tampoco son reconocidos de manera absoluta e ilimitada. Su ejercicio está sujeto a restricciones, en los términos constitucionalmente previstos, en función de la necesidad de coexistir y armonizar su ejercicio con los derechos de los demás, específicamente el derecho a la intimidad (art. 20.4 CE). El efecto de legitimación de la libertad de información requiere no solamente que la noticia sea veraz, sino, además que la información goce de relevancia pública en razón del contenido de la noticia o de la condición de la persona sobre la que se informa. Estos elementos, imprescindibles para el reconocimiento de la licitud de la actividad informativa, traducen el ejercicio regular del derecho de informar y sugieren su predominio en situaciones concretas de ponderación con el derecho a la intimidad.

23. En consonancia con el artículo 81.1 CE, el desarrollo normativo para la protección del derecho a la intimidad personal y familiar ha correspondido a la LODHI, donde se tipifica las intromisiones al derecho a la intimidad que se consideran legítimas e ilegítimas (art. 7, apartados 1 a 4 y arts. 2.2. y 8). Donde se extrae que para que se produzca la vulneración del derecho a la intimidad a través de la obtención de una información de manera ilegítima, no es necesario que se la divulgue *a posteriori* la información, basta obtener la información. De la misma manera habrá vulneración con la divulgación de la información aunque la información se haya obtenido de manera legítima. Las intromisiones del artículo 7, son independientes y distintas entre sí aunque puedan estar conectadas en un caso concreto. Los supuestos de intromisión o injerencia del art. 7, según la jurisprudencia, no constituyen *numerus clausus*, el que nos parece bastante razonable considerando los imparables avances tecnológicos que crean y recrean a diario nuevas formas de agresión al derecho a la intimidad. La LODHI, sin duda, nació con defectos y carencias, seguramente por el trascurso del tiempo y porque fue promulgada en un momento en que las NTI's, o mejor dicho, internet, era prácticamente inexistente. Hoy se oyen muchas voces pidiendo su reforma. No obstante las reconocidas carencias de la ley, vino sin duda a suplirlas el TC, con una doctrina tan rica que no se entiende la LODHI sin la correcta interpretación que de ella ha hecho el supremo intérprete de la Constitución española. Con esta escasa base que la LODHI suministra, y apoyándose directamente en el texto de la Norma Suprema, el TC ha logrado desarrollar los tres derechos regulados.

24. La nueva realidad de nuestra sociedad está planteando uno de los más importantes problemas a los que el derecho va a tener que dar respuesta, ya que parece evidente que la tradicional definición del derecho a la intimidad, como derecho de corte exclusivamente negativo, se ha visto ya claramente superada por las posibilidades que nos ofrecen las modernas NTI's.

2. Sobre el impacto de las nuevas tecnologías de la información:

1. La expresión 'sociedad de la información' define una nueva forma de organización social, política y económica donde ocurre intensivo uso de la tecnología de la información para colecta, producción, procesamiento, transmisión y almacenamiento de las informaciones; destacándose la información, de *per sí*, como la principal materia prima de este nuevo modelo capitalista, de ahí la nomenclatura atribuida. Además de este trazo distintivo, resaltase como principales rasgos de la sociedad de la información, el extraordinario avance en el sector de las comunicaciones; el incremento de la criminalidad en el medio electrónico (*cybercrimenes*); la sustitución de recursos humanos por agentes inteligentes en determinadas líneas de producción; la escala global del flujo de las informaciones, debilitando los tradicionales límites territoriales; el surgimiento de una nueva especialidad denominada seguridad de la información, con el fin de incrementar la gestión de las informaciones en el sector público y en el sector privado, y el fuerte impacto de la tecnología en las ciencias, en la cultura, en la economía, en la política y, por supuesto, en la propia sociedad.

2. En el escenario de la sociedad de la información, crece el interés tanto de los gobiernos cuanto de la iniciativa privada en la intimidad de las personas. El Estado invierte en poderosos bancos de datos para interconexión y procesamiento de informaciones personales, a fin de trazar el perfil de los ciudadanos; surgen compañías especializadas en la colecta y en el procesamiento de datos personales para fines de *marketing* y de publicidad; las agencias de inteligencia firman acuerdos, a fin de interceptar comunicaciones alrededor de todo el mundo; etc. La sociedad asume contornos de permanente control y vigilancia de los individuos por medio de las NTI's. Los gobiernos no sólo no están preparados para combatir la erosión de la intimidad en la era de internet, sino que a menudo son los primeros que la llevan a cabo.

3. Es innegable que los avances de las NTI's, cuyo protagonista es internet, está produciendo cambios determinantes en distintos ámbitos, en la vida personal y social de los individuos, en la comunicación entre las personas y en los procesos de socialización. Las nuevas tecnologías y sus efectos en la

sociedad facilitan la implantación de nuevas formas de control social, público y privado, ya que permiten detectar electrónicamente cualquier acto o movimiento que sus usuarios realicen, especialmente aquellos realizados en la *web*.

4. Los satélites, cada vez más modernos y poderosos, pueden exhibir imágenes que eran inimaginables hasta hace poco tiempo, como el *google street view* y los *drones* por ejemplo, que invaden cualquier lugar y espacio. Dentro de toda esta 'oferta' tecnológica (porque todos pueden tener acceso con poco conocimiento informático), no sólo la prensa, empresas o los órganos públicos, sino que también cualquier persona puede invadir la intimidad ajena sin salir de casa.

5. Internet se ha revelado un medio agresivo a la invasión de la intimidad, destacándose el intercambio de informaciones personales entre diversos prestadores de servicio de la sociedad de la información sin previa autorización de los titulares de los datos; la posibilidad del monitoreo electrónico de los internautas por medio de las IP's; la diseminación de la cultura de auto exposición en *chats* , sobre todo, en las redes sociales; la colecta de informaciones sobre la navegación de los usuarios por medio de los *cookies*; y la diseminación de *trojans*, *keyloggers*, *spywares* y otros programas desarrollados para la ejecución de acciones maliciosas. Con esta realidad, la preservación del derecho a la intimidad en los moldes tradicionales se está tornando cada vez más difícil.

6. El modo como nos comunicamos actualmente, es decir, electrónicamente, ha cambiado de forma significativa en unos pocos años, sobre todo con la *web 2.0* donde los usuarios han pasado a ser protagonistas en el desarrollo de contenidos e interacción entre ellos, convirtiéndose no tan sólo en consumidores, sino al mismo tiempo en generadores de contenido. Se ha creado un efectivo diálogo entre receptores y emisores. Internet pasa a representar un nuevo espacio para el desarrollo de las libertades públicas, donde la libertad de expresión es su 'reina'.

7. El advenimiento de la *web 2.0* representó un cambio no sólo en internet, como también en el perfil de la sociedad, que ha pasado a interactuar de forma

masiva en las redes sociales. Internet se configura como un espacio de relaciones sociales sostenido en la progresiva cooperación de los usuarios. Las redes sociales y sitios *web* colaborativos son uno de los principales medios de contacto utilizados por los usuarios de internet para promover la interacción con los demás miembros de la red y suscitar la generación de nuevas relaciones y el acceso a contenidos comunes. Sin embargo este desarrollo y popularidad de las redes sociales no está libre de riesgos o ataques malintencionados. Esto se debe, en parte, a que el uso de estas redes se fundamentan en la publicación de información personal de los usuarios (relación de confianza), hecho que puede crear situaciones que amenacen y vulneren el derecho a la intimidad no sólo del propio usuario, sino incluso de terceros.

8. El derecho a la información y la libertad de expresión son los derechos de comunicación por excelencia que más se ejercitan en la red. El acceso a internet es en nuestros días la manifestación esencial del ejercicio de los derechos de información y de libertad de expresión¹³⁷⁴.

9. La convergencia entre la telecomunicación audiovisual e internet ha modificado todas las pautas del proceso de comunicación en el mundo, dando lugar a una nueva etapa histórica en el desarrollo de los medios de comunicación. Internet dejó de ser un espacio de información para convertirse en un espacio donde sus usuarios se convirtieron en sujetos que construyen y depositan información. En efecto, urge una inevitable redefinición de las libertades de expresión e información en función de estas nuevas capacidades de actuación proporcionadas por internet. La ruptura del tiempo y del espacio en la red, y sobre todo de los caracteres esenciales de internet inducen a una profunda modificación de los esquemas clásicos de la Teoría de la Comunicación. Así la controvertida STC165/1987, donde el Tribunal ha considerado que la libertad de información alcanza su máximo nivel “(...) *si es ejercida por profesionales de la información*”, a través de los “(...) *cauces normales de formación de la opinión pública (...)*”¹³⁷⁵, tiene aplicación adecuada solamente para el mundo analógico, es decir, para los medios de comunicación tradicionales.

¹³⁷⁴STEDH, Ahmet Yildirim c. Turquía, 18 de marzo de 2013.

¹³⁷⁵Por ambas STC 165/1987, de 27 de octubre, F.J.10º.

10. La vulnerabilidad en la red del derecho a la intimidad es enorme, sin embargo hay que destacar que cada vez que se revela información por ese medio no se está delante de una renuncia del derecho a la intimidad. Cuando se utiliza un medio virtual de comunicación prestado por la red, y a través suyo se revela una información personal, el titular del derecho fundamental está tolerando la intromisión en su 'intimidad'; el acceso de otra persona a su esfera privada y el uso de la información así adquirida. No se trata de renuncia del derecho sino que su efectivo ejercicio. A partir de ahí, entrará en juego el derecho a la protección de datos. Un instrumento jurídico que confiere al sujeto que ha autorizado el acceso a su intimidad para seguir manteniendo un poder de control sobre el uso y destino de esa información¹³⁷⁶.

11. Muchas de las difusiones realizadas por usuarios de internet se debe a una falta de formación y conocimiento del usuario, que ejecuta una mala configuración de la privacidad de su perfil en la red. El peligro de vulneración crece cuando la información que se publica no es la de uno mismo, sino la de terceros y alcanza su máximo cuando el usuario es un menor de edad, ya que a los riesgos generales hay que añadir el del acceso a contenidos inadecuados y la posibilidad de contactos con adultos malintencionados.

12. Todo el que se divulga en las redes sociales puede ser eliminado por su usuario, pero en realidad no es realmente así. Efectivamente los datos no son privados, mismo que el perfil este definido como privado, nada impide a quien tenga acceso autorizado al mismo de copiar sus contenidos y enviarlos a terceros. Será importante que su usuario comprenda que si piensa en colgar algo en su página personal que le deje con dudas, opte por no hacerlo del todo.

13. No existe, actualmente, jurisprudencia en España que resuelva la cuestión de este espacio, no obstante la tendencia internacional es considerar las redes sociales como encuadradas en la esfera pública del usuario, independientemente de sus definiciones de privacidad. En este sentido, es necesario definir si las redes sociales son o no un espacio privado. En nuestra opinión, entendemos que no. Como tal, y en el sentido de ofrecer al usuario más garantías y seguridad, se hace imprescindible y urgente el alargamiento

¹³⁷⁶STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J.5º.

de los preceptos legales ya existentes, para reforzar los resultados de una acción preventiva.

14. Las redes sociales disponen de información legal en la que verificamos que existen algunas faltas, podemos mencionar: - las condiciones de uso son colocadas normalmente en partes del sitio *web* de difícil acceso para el usuario; - Son confusas y con transcripciones comúnmente amplias; - Son de difícil comprensión para cualquier usuario medio que no tenga conocimiento jurídico y tecnológico; además de escasos medios de seguridad tecnológicos existentes en la plataforma.

15. La herramienta más utilizada en las redes sociales para garantizar la seguridad de los usuarios y de los contenidos que éstos alojan, está en los sistemas de denuncias internas, nos parece ser totalmente insuficiente e ineficiente.

16. Aunque la situación normativa respecto a la protección de datos personales, intimidad, honor y la propia imagen en España se encuentra actualmente en una situación muy avanzada, comparada con otros Estados del entorno, sería necesario a las autoridades trabajar a favor de un derecho internacional homogéneo en materia de protección de datos personales, honor, intimidad y la propia imagen, que permita la correcta protección de los mismos en internet.

17. Es necesario impulsar el establecimiento internacional, al menos a nivel comunitario, de los principios normativos básicos, el obligado cumplimiento para cualquier operador, con independencia del lugar desde el que actúe, permitiendo así a las plataformas y usuarios contar con una seguridad jurídica global, que atienda la propia naturaleza del servicio ofrecido a través de internet.

18. Las Administraciones e Instituciones Públicas, como garantes de los derechos de los ciudadanos y de millones de usuarios de internet, cuentan con capacidad suficiente para impulsar nuevas propuestas y recomendaciones respecto a los aspectos normativos, tecnológicos, de seguridad, así como fomentar la concienciación y formación de los usuarios.

19. Existe un real y grave problema derivado de la falta de toma de conciencia por parte de los usuarios que sus datos personales serán accesibles por cualquier persona y del valor que éstos pueden llegar a alcanzar en el mercado. En muchos casos, los usuarios hacen completamente públicos datos y características personales que en ningún caso expondrían en la vida cotidiana como ideología, orientación sexual y religiosa, etc. Así, resulta necesario impulsar de manera curricular, es decir, incluir en los planes oficiales de enseñanza el conocimiento de aspectos relacionados con la seguridad de las NTI's y la protección de datos personales, una necesaria orientación hacia la formación de plenos ciudadanos y ciudadanas digitales.

20. Se constata una exacerbada entrega voluntaria de datos personales a través de las redes sociales. Las redes sociales son la coronación de la sociedad de la información que, a través de la *web* ofrece en bandeja los últimos restos de su intimidad. Las redes sociales, sin duda, son unos de los motores del cambio del concepto de intimidad, sobre todo de los nativos digitales que tienen un concepto de 'lo íntimo' muy distinto de generaciones anteriores.

21. Además de la exagerada colecta de informaciones personales, la intromisión en la intimidad de los individuos se consume también por medio de espionaje operada por los sistemas de inteligencia. Hoy, las agencias de inteligencia interceptan comunicaciones realizadas por medio de teléfonos, internet, entre otros medios. Medidas como la implementación de sistemas de espionajes electrónicos como *Carnivore* (Carnívoro), desarrollado por la Oficina Federal de Investigación (FBI) que se instalaba en los equipos de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) al objeto de controlar las comunicaciones electrónicas que tienen lugar a través de ellos, también el *Magic Lantern*, *Matrix*, *TIASystems*, el Proyecto *Echelon*, todos implantados por los EEUU y el proyecto *Enfopol* europeo. Estos proyectos y programas, operados por agentes policías y agentes de inteligencia, esconden sus objetivos so alegaciones ancoradas en presunta necesidad de combatir el terrorismo, la corrupción, el tráfico de drogas y el lavado de dinero, pero lo que se observa es la tentativa de ampliar el desmesurado poderío económico de los países que les controlan, y que libremente colectan informaciones privilegiadas

sobre transacciones comerciales y negociaciones políticas de todos los pueblos. Igualmente, la expansión de la vigilancia electrónica de los servicios de inteligencia regulados en la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (*Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*) de 1978, ha supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación de comunicaciones electrónicas de todo tipo en internet. Además de estas leyes, están la ECPA (*Electronic Communications Privacy Act*) de 1986, y una de las más importantes en las últimas décadas, la *USA Patriot Act, de 2001*.

22. Urge contar con instrumentos internacionales que superen esta idea de extraterritorialidad e impidan la aparición de amenazas que suponen algunos marcos normativos como *USA Patriot Act* que permiten a una serie de sujetos públicos el pleno acceso a cualquier base de datos, público o privado, restringiendo y aún eliminando las garantías que deberían reconocerse en relación con el respeto a la base de datos.

23. Estamos en riesgo de perder no solo toda nuestra intimidad, sino también la posesión del 'yo', expropiado por quienes tienen la posibilidad de observarnos y reconstruir a su capricho toda nuestra identidad, la totalidad de nuestro cuerpo electrónico. En el conflicto entre la seguridad pública y el derecho a la intimidad, no está en juego solo la intimidad de los ciudadanos o la protección de datos, está en juego todo el sistema democrático.

24. En pleno siglo XXI, en la sociedad de la información, aún vigora el modelo panóptico para control de los individuos, diferenciándose del método vislumbrado por Jeremy Bentham y descrito por Foucault en la década de 70 en las obras 'Microfísica del poder' y 'Vigilar y punir', tan solo por adoptar recursos tecnológicos más sofisticados. El método está fundado en el principio de la constante vigilancia de las personas, con el intuito de construir un saber detallado sobre estos individuos. Sin embargo, la gran eficiencia de dicha técnica deriva de la capacidad de este procedimiento interferir en el comportamiento del individuo aún en fase de desarrollo, una vez que la persona, teniendo conocimiento de que se encuentra expuesta a un mecanismo de permanente visibilidad, pasa a comportarse de manera diversa,

para adecuarse a los propósitos del agente de vigilancia y resguardarse así de posibles puniciones futuras. Esta vigilancia 'visible', pero 'inverificable', asegura el funcionamiento automático del poder, de ahí su incorporación por las sociedades contemporáneas, en cuanto al mecanismo de fortalecimiento del Estado.

25. La vigilancia sobre el comportamiento de las personas sufrió un extraordinario avance con el advenimiento de las NTI's, que permite el rastreo, el monitoreo y el control de los individuos a distancia mediante dispositivos electrónicos. En este contexto, la videovigilancia pública se materializa como unas de las especies más comunes de vigilancia, estructurándose por medio de circuitos internos de televisión y cámaras de seguridad que captan las imágenes de las personas a fin de influenciar su comportamiento e incrementar la seguridad colectiva. No obstante, el uso indiscriminado de estos dispositivos de vigilancia electrónica, tiene preocupado a juristas y activistas de organizaciones no gubernamentales de defensa de las libertades públicas al rededor de todo el mundo. Destacase aún otras formas comunes de videovigilancia como la radiofrecuencia, el rastreo vía satélite de usuarios de móviles, el GPS y la utilización de *chips* integrados a internet como el biosensor Digital Angel.

26. Ante las nuevas demandas de seguridad, frente a los nuevos retos planteados a consecuencia de fenómenos tan abominables como el terrorismo, la delincuencia organizada y la seguridad ciudadana en general y los desafíos de los Estados en dichas materias, es inevitable la potenciación de diversas medidas policiales como la videovigilancia. Al terrorismo hay que combatirlo. Bajo tales medidas, la afectación que puede sufrir el derecho a la intimidad es justificable siempre y cuando toda medida se haya adoptado conforme el principio de la proporcionalidad y respetando el contenido esencial. El equilibrio entre libertad y seguridad es el fundamento mismo de la existencia del Estado democrático. Así es porque los dos valores están íntimamente ligados, no pudiendo darse la libertad sin un clima de seguridad, ya que donde la seguridad de las personas y la protección de sus bienes no están garantizados no puede subsistir la libertad, así como tampoco cabe hablar de libertad si en aras de una pretendida seguridad se producen recortes sustanciales a aquélla.

27. En situaciones donde se enfrentan rígidas medidas de seguridad pública, como la que se presenta en reacción al terrorismo, donde se juega el valor normativo de la Constitución, es cuando se puede verificar la eficacia de las garantías clásicas del derecho constitucional, - la garantía del contenido esencial y el principio de la proporcionalidad-, pues son a través de ellas que se va determinar la medida admisible de los límites a los derechos fundamentales.

28. La seguridad pública, con los medios que le proporcionan las NTI, está poniendo en jaque el derecho a la intimidad. Es más, creemos que, en razón de la preservación de la seguridad, ya no tenemos más resguardada nuestra intimidad de la manera que imaginamos tener, nos estamos transformando en ciudadanos de cristal.

29. La crisis del derecho a la intimidad resulta evidente bajo varias perspectivas: por las amenazas advenidas del internet, con sus plataformas como las redes sociales o de sus programas como *google earth, google, street view*, etc.; por exigencia de la seguridad pública donde la información genera seguridad; por nuestra propia voluntad como elemento definidor de 'lo íntimo', que tiene demostrado el ámbito del derecho cada vez más reducido; por el perfil de los nativos digitales que está creando pautas de comunicación en internet que contamina el comportamiento de todos los demás sean o no nativos digitales, etc.

30. Se han podido reconocer tres modos de atentar contra la vida privada en la civilización tecnológica: a) En el plano físico, y de manera directa, recurriendo a los nuevos instrumentos de reconocimiento óptico y acústico; b) en el plano psicológico, mediante diversas técnicas para obtener del individuo informaciones sin que éste se dé cuenta del significado que éstas tienen en la revelación de su vida privada y; c) en forma indirecta, mediante la recolección, comparación, adición o agregación de datos, incluso minuciosos, que son procesados por ordenadores electrónicos.

31. El derecho a la intimidad ejercido por los usuarios en las redes sociales se presenta como un enfermo en fase terminal. Estamos llegando a un nivel de posibilidades técnicas tan alto que se hace difícil defender algunos

derechos sin recurrir a la propia tecnología para buscar providencias técnicas. Esta es la idea de las técnicas garantes, como del sistema de la *Privacy by design* (privacidad desde el momento del diseño), que hace posible incorporar desde el principio las consideraciones de privacidad en la tecnología. Dicha medida, de forma positiva obligará el análisis del impacto de la tecnología sobre la intimidad de forma previa (*Privacy impact análisis*).

32. Debemos ajustar la idea de la complementariedad de la tecnología con el derecho como garantes de la intimidad. La suma de ambas garantías ordenadas sería mejor. Creemos que el sistema de la *Privacy by design*, sea un primer y gran paso en este sentido. La previsión de estándares técnicos protectores de la privacidad podría ser la última oportunidad para la regulación, entendida como una competición entre los intereses comerciales, particulares y los intereses generales como la privacidad. La delimitación de la privacidad se hará, presumiblemente, no en grandes definiciones, sino en pequeñas y constantes redefiniciones de técnicas garantes en ámbitos como las redes sociales. Si no estamos atentos a estos necesarios cambios, el derecho a la intimidad se podría transformar en un derecho ficticio.

33. La aplicación de la tecnología de protección a la intimidad - PET, demuestra el doble carácter de la relación entre el derecho y la tecnología. Por un lado, tenemos el estudio jurídico de un nuevo ámbito, como las NTI's; por otro lado, tenemos la aplicación de los recursos tecnológicos a los problemas jurídicos. Es la transformación de la tecnología invasiva en tecnología garante de la privacidad.

34. En el ámbito jurídico, ante el impacto de las NTI's sobre los derechos fundamentales se abre con enorme fuerza la necesidad de definir otro nuevo conjunto de derechos a incluir en los textos constitucionales, vinculados a la 'sociedad de la información' y que vayan más allá de la mera protección de los datos personales o de una adaptación más o menos forzada de los derechos tradicionales. Se trataría de un serio intento doctrinal de evitar la disociación de la sociedad en razón a su conocimiento o ignorancia de estas NTI's. Por tanto, se habla de la necesidad de la garantía de un cierto derecho al anonimato

cuando se navegue por internet, cuando se hagan transacciones económicas o se participe políticamente a través de la red y el derecho al olvido.

35. Existen 2 tipos de anonimato: el anonimato completo, donde la persona es totalmente desconocida, no siendo dable la identificación del individuo; y - el pseudoanonimato, donde la persona puede ser conocida, a pesar de no tener revelado su nombre o otra forma de 'autenticación directa'. Sustentase la necesidad de preservación del anonimato en internet en la modalidad del pseudoanonimato, permitiéndose tan solo la identificación de los usuarios responsables por la práctica de actividades ilícitas por intermedio de este medio de comunicación, que puede ser hecho mediante el rastreo de la IP y el cruce de esta información con los datos almacenados por los prestadores de servicios de telefonía y conexión a internet, o otra forma de identificación del protocolo, y desde que exista previa autorización judicial para la realización de pericia forense computacional. Resáltese la importancia del anonimato *online*, en cuanto medida indispensable al ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación, a la cohibición de la censura por el Estado y la consolidación de un auténtico régimen democrático.

36. Hay que se reconocer la importancia de la colecta de informaciones personales como recurso imprescindible al desempeño de las actividades estatales, como la investigación de la evasión tributaria, disminución y el combate a la criminalidad, formulación de políticas públicas, entre tantas otras. Subrayase, sin embargo, la necesidad de imponerse límites al uso de los datos de carácter personal, tanto por los órganos y entidades públicos como por la iniciativa privada, a fin de evitar abusos y excesiva intromisión en la intimidad de los ciudadanos. Se propone, en este sentido, la reglamentación con respecto a la identificación de los datos de los cuales pueden ser colectados y aquellos que tendrán la colecta prohibida, además de la especificación de las medidas y procedimientos de seguridad aplicables al tratamiento de informaciones personales, tanto en el sector público como en el sector privado.

37. Además del derecho al anonimato, también se discute la necesidad de implantación del derecho al olvido, como el derecho a la cancelación de datos privados anteriores, en el caso de que, bien por nuestra propia voluntad,

o bien por voluntad ajena, deseemos borrar nuestros datos de la red. De hecho podemos concluir que en la actualidad, según la legislación española, para la protección de datos, sólo hay la posibilidad de utilizar los instrumentos asociados a la protección de datos, es decir, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO). En ese sentido, habría que apoyar los esfuerzos de la AEPD para garantizar el 'derecho al olvido' a través de una reinterpretación continuada de estos derechos.

38. Cabría concluir que en la actualidad la confluencia, por un lado, de una demanda creciente de datos personales reales en internet, la continua fuente de datos personales que las publicaciones oficiales se vuelcan en la red y el creciente volumen de información que suministran también a internet los medios de comunicación, hacen que los intentos de los ciudadanos por preservar su vida privada al margen de internet resulten ineficaces. Por ello urge utilizar otros instrumentos legales, al margen de la reinterpretación de los derechos de ARCO, que refuercen la posición del ciudadano que desea preservar su anonimato, incluso en internet. Quizá sea la STC 144/1999 al señalar que *"(...) el art. 18.1 CE garantiza (...) un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos (...)"*, la que ofrezca un nuevo punto de apoyo para la creación de instrumentos legales que refuercen el control sobre nuestra propia vida y garanticen en estos ámbitos, nuestra libertad.

39. Sabemos que el camino para la incorporación a los textos constitucionales de estos nuevos derechos no es fácil ni rápido, porque la idea de la 'rigidez constitucional' sería un óbice, así que se podría recurrir a otras vías para atender estas nuevas necesidades como la vía de la interpretación jurisprudencial, que nos parece como una de las más adecuadas para ello. Junto con la jurisprudencia, también sería posible que estos eventuales nuevos derechos tuvieran acogida en tratados y convenios internacionales que, dadas las características transnacionales de estas nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, aparecen como un medio especialmente idóneo.

40. Por fin, sabemos que toda esta realidad traída por internet difumina la posible división entre modos de comunicación interpersonal y medios de comunicación en internet, a los que atribuir, en principio, una protección reforzada de la libertad de expresión e información, así como ello genera una serie de problemas de difícil superación para la atribución de responsabilidades. Hasta ahora las respuestas constitucionales a estos fenómenos parecen anacrónicas y difícilmente proyectables para el futuro. No encontramos respuestas a varias cuestiones que suscita internet bajo la perspectiva de la libertad de expresión e información, como la cuestión de garantizar la veracidad de la información en una situación como la que propicia internet donde cualquier usuario de la red puede ser emisor de contenidos. Encontramos 'visiones' sobre muchas de ellas por la doctrina y por la jurisprudencia. Creemos que de esto se trata, de ir sembrando el camino aún carente de literatura jurídica en este mar de dudas que suscita un fenómeno que, aun cumpliendo más de cuarenta años, resulta cada día más novedoso. Lo que sí es cierto, es que estas libertades obligatoriamente tendrán que pasar, como el derecho a la intimidad a un proceso de reconceptualización con el advenimiento del internet.

41. Es indudable que las cuestiones relativas a la privacidad en general, y al derecho a la intimidad en particular, llaman cada vez más la atención pues se trata de un ámbito expuesto progresivamente a actuaciones invasivas como consecuencia del avance tecnológico. En este contexto, resultan insuficientes los remedios tradicionales de protección y es necesaria una redefinición de los conceptos y medios de protección previstos en las normas relacionadas con la intimidad, en un entorno interterritorial, para dar respuesta a los obvios problemas de territorialidad que se derivan de la globalización, especialmente en el ámbito de internet.

42. Evidenciamos tanto la fragilidad de nuestros más diversos datos por la infinidad de aplicaciones y herramientas tecnológicas que progresivamente se incorporan con total normalidad a nuestra faena cotidiana, como las consecuencias, que en orden a nuestro más básico derecho a la intimidad suponen estas nuevas prácticas. Constatamos también y, especialmente, la necesidad de educar a la ciudadanía para una nueva consciencia sobre la

afección de dichas tecnologías a este derecho; y por fin, poner de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos legales y judiciales actualmente vigentes en los Estados de Derecho frente a estas nuevas agresiones, que precisan de una urgente actualización conforme a las necesidades de los tiempos. La convivencia en una sociedad democrática depende de que las personas tengan, frente al avance de la técnica, la posibilidad de ejercitar un control real sobre su esfera personal.

ANEXO

Sugerencias, propuestas y recomendaciones dirigidas a los servicios de redes sociales y usuarios para garantizar el derecho a la intimidad¹³⁷⁷.

1. Sugerencias de otras medidas de seguridad a ser implementadas por las redes sociales:

- La gran mayoría de las redes sociales no han realizado sistemas efectivos para identificar la edad de sus usuarios, por ejemplo, contactar individualmente con cada usuario que solicita el registro para comprobar su edad (Destacamos en este sentido la iniciativa propuesta por la Asociación para la protección de los menores 'Protégeles' en su proyecto micueva.com, que lo hace);

- Control de la indexación y almacenamiento de los perfiles por parte de los buscadores;

- Mudanzas en la configuración por defecto del nivel de privacidad (porque habitualmente está configurado para admitir la máxima difusión de los perfiles de los usuarios);

- Preparación de los usuarios sobre las distintas formas de configuración del perfil y las ventajas de una ajustada limitación en la publicación de datos personales.

¹³⁷⁷ Formuladas con base en los Estudios de la Agencia Española de Protección de Datos.

2. Propuestas y recomendaciones destinadas a las redes sociales y plataformas de colaboración:

1. Propuestas para los proveedores de los SRS y plataformas de colaboración para que sus servicios:

a) Conozcan las implicaciones jurídico-tecnológicas que conlleva la realización de determinadas prácticas;

b) Amplíen el grado de concienciación respecto a la necesidad de incrementar las medidas de seguridad y protección de sus usuarios;

c) Se ajusten a los términos de la normativa europea y nacional;

e) Proporcionen una efectiva protección de sus usuarios.

2. Recomendaciones:

a) Aumentar el grado de transparencia y la facilidad de acceso a las condiciones del servicio;

b) Explicar toda la información referente a sus servicios de forma clara y comprensible, de forma que el lenguaje utilizado en sus condiciones de uso y políticas de privacidad sea totalmente comprensible para todos los usuarios posibilitando a estos conocer cuáles son sus derechos y obligaciones durante el uso del servicio;

c) Disponer dentro de sus páginas de inicio un apartado específico reservado a informar a los usuarios, en cualquier período de la navegación, respecto a cuáles son las condiciones del servicio y los efectos que conlleva cada una de las acciones que se realizan a través de la plataforma;

d) Para alcanzar la máxima efectividad se recomienda la creación de pequeñas páginas *web* (*microsites* con contenidos específicos vinculados a la página principal) con acceso directo desde la página principal de la red social, donde contenga información mediante 'preguntas frecuentes' y 'contenidos multimedia' (vídeos, diapositivas online, etc.) que posibiliten a los usuarios conocer de forma sencilla y clara cuáles son las implicaciones que conllevan el uso del servicio, así como sus derechos y obligaciones;

e) Que las redes sociales mantengan su política de privacidad y condiciones de uso sin cambios importantes ni trascendentes para los usuarios y que, en caso de ser inevitables, sean anticipadamente notificados, para que

aquellos puedan leerlos y aceptarlos siendo el caso, posibilitándoles así la opción de darse de baja del servicio de forma sencilla y efectiva;

f) Con independencia del lugar desde el que operen las redes sociales, se recomienda la ejecución de medidas que admitan cumplir con las obligaciones dispuestas en la normativa comunitaria o nacional, ampliando el bienestar y confianza de los usuarios y autoridades europeas.

g) Las plataformas deben asegurar a los usuarios que tienen el total control de la información sobre sí mismos publicada en la red, colocando a su alcance el mayor número de herramientas tecnológicas volcadas a hacer efectivos sus derechos de forma automática, sencilla y rápida;

h) Por esta razón es esencial que todas las plataformas implementen herramientas que permitan: - Ejercer automáticamente los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición con respecto a sus datos personales, publicados en su perfil o en el de otro usuario de la red; - Informar de forma expresa para qué se utilizan los datos personales y la información publicada en el perfil; - Restringir la posibilidad de etiquetado de los usuarios dentro de la red, de tal forma que cualquier persona etiquetada con su nombre, reciba automáticamente una solicitud de aceptación o rechazo, impidiendo en este caso la publicación y tratamiento de datos no autorizados (esta medida deberá ir asociada a una herramienta que permita a cualquier usuario la retirada de contenidos en los que aparezca algún dato o información personal); - Que los sistemas de denuncias realizados admitan que el usuario se dé de baja y bloquee el acceso por parte de cualquier otro usuario de la red a los contenidos denunciados, siendo éste un procedimiento completamente automático y de aplicación inmediata; - Configurar por defecto el máximo grado de privacidad del perfil de usuario, permitiéndole que pueda graduarlo en función de sus preferencias.

i) Para impedir el tratamiento de datos no autorizado por parte de los buscadores de internet, se recomienda a las plataformas la inclusión de las modificaciones pertinentes en el código HTML de la aplicación, impidiendo de esta forma que los 'motores de búsqueda' puedan indexar los perfiles de los usuarios, transfiriendo a los usuarios la autorización voluntaria. Así se garantiza un mayor control de la información publicada en la red, y se evita que la misma sea accesible por cualquier persona que navegue por internet.

j) Todos los responsables de este tipo de plataformas deben considerar que estos servicios se basan en grandes bases de datos, con datos personales de los usuarios que las utilizan. Por tanto, debe garantizarse que la red es segura frente a posibles ataques de terceros y, que impide, o al menos reduce, la posibilidad de éxito;

k) Desarrollo interno de espacios *web* dedicados a poner a disposición de los usuarios el máximo nivel de información posible respecto al tratamiento de datos personales, los sistemas publicitarios empleados en la plataforma, las situaciones de riesgo a las que se pueden enfrentar derivadas del uso de este tipo de servicios *online*, así como de las implicaciones que pueden nacer de la publicación de contenidos en la red social;

l) Que los SRS pongan a disposición de los usuarios información relativa a las medidas de seguridad que la plataforma ha puesto a disposición de todos los usuarios para actuar en caso de que se produzca la vulneración de alguno de sus derechos. En este contexto, se recomienda a las redes sociales que lleven a cabo las siguientes recomendaciones: - Ejecución de proyectos de formación en los que se aborden de forma práctica aquellas situaciones conflictivas que, con mayor frecuencia, se dan durante el uso de este tipo de servicios. Se recomienda recurrir al uso de vídeos *online* y de material gráfico que permita a cualquier usuario el claro entendimiento de las principales ideas que se desea transmitir; - Buscar acuerdos con las autoridades nacionales e internacionales competentes para el fomento de la formación y concienciación de los usuarios respecto a la importancia de la seguridad en internet.

m) Considerando que la mayoría de los usuarios de redes sociales generalistas son menores de edad, es fundamental que las redes sociales y plataformas de colaboración, junto con las autoridades públicas, asociaciones y organizaciones cuya finalidad sea la protección de este tipo de colectivos, implementen iniciativas conjuntas encaminadas a incentivar la formación entre los menores y tutores respecto a la seguridad de los usuarios, investigando las posibilidades tecnológicas existentes para lograr la identificación de la edad de los usuarios del servicio;

n) Tal y como se ha indicado por parte de alguno de los proveedores, es recomendable la realización de programas de voluntariado dentro de la empresa para colaborar con las instituciones escolares y centros de formación

para difundir la importancia de la seguridad, así como para informar sobre las principales recomendaciones a tener en cuenta en el uso de este tipo de servicios;

3. Recomendaciones destinadas a los usuarios y asociaciones.

1. Recomendaciones direccionadas a los usuarios de los SRS, para que éstos sepan todos y cada uno de los beneficios que pueden aportar este tipo de servicio, para que sean conscientes sobre la existencia de determinadas situaciones nocivas, que pueden ser fácilmente evitables. Así, las recomendaciones dirigidas a los usuarios y asociaciones buscando la protección de su intimidad son las siguientes:

a) Los usuarios de SRS deben considerar que son ellos mismos quiénes tienen el control respecto a la información y datos personales que desean publicar, por lo que el nivel de responsabilidad respecto de la publicación excesiva de información y datos puede implicar riesgos para su intimidad. En este contexto, se recomienda inicialmente a los usuarios disponer de un perfil registrado en el que no se publique información excesiva respecto a su vida personal y familiar, de forma que nadie que pueda tener acceso a su perfil a través de la red social obtenga información íntima. Por otro lado, el usuario debe conocer y llevar en cuenta las implicaciones que, a nivel profesional, puede tener el hecho de ‘dejar rastros’ indeseados en este tipo de plataformas, ya que, cada vez más, las empresas utilizan este recurso para identificar posibles candidatos para participar en sus procesos de selección o profundizar en la información disponible en el perfil de los candidatos preseleccionados para un vacante de trabajo. No obstante, y dado que los usuarios son libres de hacer pública toda la información que deseen respecto a sus vidas privadas, se recomienda que dicha publicación se realice en todo caso de forma controlada y siempre que exista la posibilidad de retirar o bloquear el contenido.

b) Recurrir al uso de seudónimos o *nicks* personales en las actuaciones en internet, posibilitándoles disponer de una auténtica ‘identidad digital’, que no ponga en entredicho la seguridad de su vida personal y profesional. De esta

forma, únicamente será conocido por su círculo de contactos, que conocen el *nick* que emplea en internet;

c) Hay que tener especial cautela a la hora de publicar contenidos audiovisuales y gráficos en sus perfiles, dado que en este caso pueden estar poniendo en riesgo la privacidad e intimidad de personas de su entorno. Siempre que se vayan a colocar contenidos de este tipo o información relativa a terceros, se recomienda notificar previamente a ese tercero para que lo autorice o, en su caso, filtre los contenidos que desea publicar y los que no. Sin embargo, todos los usuarios que descubran contenidos no autorizados o que pudieran ser perjudiciales para un tercero, deberán ponerlo en conocimiento del responsable de la red social, para que éste providencie su retirada o bloqueo de forma inmediata;

d) Siempre revisar y leer, tanto previamente al registro de usuario, como posteriormente, las condiciones generales de uso y la política de privacidad que la plataforma pone a su disposición en sus sitios *web*;

e) Configurar de forma adecuada el grado de privacidad del perfil de usuario en la red social, de tal manera que éste no sea completamente público, sino que únicamente tengan acceso a la información publicada en el perfil aquellas personas que hayan sido catalogadas como 'amigos' o 'contactos directos' previamente por el usuario.;

f) Aceptar como contacto únicamente las personas conocidas o con las que mantiene alguna relación previa, no aceptando de manera compulsiva todas las solicitudes de contacto que recibe, además, investigar siempre que posible y necesario, quién es la persona que solicita su contacto a través de la red social;

g) No publicar en el perfil de usuario información de contacto físico, que admita a cualquier persona saber dónde vive, dónde trabaja o estudia diariamente o los lugares de ocio que suele frecuentar. Es necesario que todos los usuarios tengan conciencia que la potencialidad de contacto y de difusión de la información publicada en Internet obliga a tener profunda cautela con la información personal, especialmente aquella que permite tener acceso a la vida física del usuario;

h) Los usuarios deben utilizar diferentes nombres de usuario y contraseñas para entrar en las distintas redes sociales de las que sea miembro.

Esta medida procura aumentar el grado de seguridad del perfil de usuario, dado que los posibles atacantes no deberán romper la seguridad de un único sistema de acceso;

i) Utilizar contraseñas con un grado de seguridad del acceso elevado, garantizando de esta forma una mayor integridad de la información publicada;

j) Disponer en sus equipos de *software* antivirus instalado y debidamente actualizado, que garantice que su equipo se encuentra libre de *software* maligno, así como de aplicaciones *spyware* que pongan en riesgo su navegación en internet, y en peligro la información alojada en el equipo.

3.1. Recomendaciones a los menores de edad y sus padres o tutores.

1. Recomendaciones dirigidas a los menores de edad usuarios de los SRS así como a sus tutores.

a) No se deben revelar datos personales excesivos. Hay personas que quieren aprovecharse de los datos de los menores para acceder a un grupo de usuarios o simplemente para recolectar perfiles. Nunca se deben suministrar los datos a desconocidos. En caso de duda, lo más recomendable es preguntar a los padres o tutores;

b) Toda la información concerniente a la página web debe ser leída. En ella se expone quiénes son los titulares de la misma y la finalidad para la que se solicitan los datos;

c) Si el usuario es menor de catorce años, se necesita también el consentimiento de los padres o tutores. En estos casos, siempre que se soliciten datos por parte de una red social debe preguntarse a los padres o tutores para ver si ellos aprueban la suscripción o no;

d) Nunca se debe comunicar a terceros los nombres de usuario y contraseña, ni compartirlos entre amigos o compañeros de clase. Estos datos son privados y no deben ser comunicados a terceros y/o desconocidos;

e) Cualquier duda respecto a alguna circunstancia que resulte del uso de los SRS, debe preguntarse a los padres o tutores. Detectando una conducta no agradable por parte de otro usuario, lo mejor es comunicárselo a los padres o tutores y denunciar a ese usuario dentro de la propia plataforma, para que se

tomen las medidas pertinentes con respecto a éste a través de los medios internos con los que las propias plataformas cuentan. En caso de considerar tal conducta como delictiva, se debe comunicar también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que cuentan con brigadas especializadas en este tipo de situaciones;

f) Los padres o tutores deben conocer el funcionamiento y las posibilidades de los SRS, tanto positivas como negativas. Así, se podrán conocer las posibles implicaciones jurídicas y tecnológicas que pueden derivarse de su uso, y de otro lado, educar en su utilización de una forma más experta;

G) Deben mantener el ordenador en un área común de la casa, sobre todo cuando los menores utilicen internet. Si no es posible, se recomienda utilizar herramientas de monitorización que permitan conocer las rutas de navegación de los menores y que éstos no puedan eliminar ni desbloquear dichos contenidos;

h) Se debe establecer reglas de uso de internet en casa. En el momento en que los menores empiecen a utilizar internet de forma independiente, se deben establecer reglas respecto al tipo de contenidos que pueden visitar, incluidas las redes sociales, así como fijar las horas del día para utilización de las mismas;

I) Activar las herramientas de control de la plataforma, así como establecer el correo del padre o tutor como correo de contacto secundario. Eso porque, con esta medida, cualquier anuncio o petición proveniente de la plataforma llegará a la dirección del correo electrónico del padre o tutor, pudiendo éste controlar las actividades que realiza su hijo. Con esta medida, para la incorporación a ciertos grupos será necesaria la autorización de los padres o tutores;

J) Asegurarse de que los controles de verificación de la edad están efectuados. Asegurarse de que las páginas a las que acceden los menores disponen de sistemas de reconocimiento de edad, así como de información previa respecto al tipo de contenidos mostrados en el sitio web;

k) Certificar la correcta instalación del bloqueador de contenidos. El uso de este tipo de herramientas puede prevenir del acceso a contenidos no recomendables para menores, tanto desde el ordenador, como desde

dispositivos móviles. Con esta herramienta, todo contenido para mayores de edad o sin clasificación de edad será bloqueado;

l) Explicar a los menores los principios básicos para llevar a cabo una navegación segura en el entorno de estas plataformas;

m) Explicar a los menores que nunca han de quedar con personas que hayan conocido en el mundo *online* y que si lo hacen debe ser siempre en compañía de sus padres o tutores. Se debe evitar que los menores acudan a citas presenciales con personas que no conocen personalmente y respecto a las que sólo cuentan con un contacto *online*, los padres o tutores deberán acompañarlos;

n) Asegurarse de que los menores conocen los riesgos e implicaciones de alojar contenidos como vídeos y fotografías, así como el uso de cámaras *web* a través de las redes sociales. Es necesario explicar a los menores que el uso de fotografías y vídeos puede suponer un riesgo. Por ello es necesario enseñarles cómo y cuándo utilizar este tipo de herramientas;

o) Controlar el perfil de usuario del menor. Es recomendable revisar el tipo de información que el menor está utilizando y qué tipo de datos pone a disposición del público y del resto de usuarios de la red social. Además se recomienda realizar una revisión de las condiciones aplicadas respecto de su privacidad;

p) Asegurarse de que el menor sólo accede a las páginas recomendadas para su edad. Así se asegurará que el resto de usuarios de la red tienen una edad semejante a la del menor, manejándose en un entorno en el que se sentirá cómodo y en el que los riesgos son menores. En caso de no conseguir encontrar la edad recomendada, la mejor solución es preguntar a la propia red social o, en su caso, bloquear el contenido;

q) Asegurarse de que los menores no utilizan su nombre completo. De esta forma serán más difícilmente identificables por terceros malintencionados. Además, se debe potenciar el uso de pseudónimos dentro de las propias plataformas.

BIBLIOGRAFÍAS

1. Libros y revistas consultados:

AA.VV. *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014.

AA.VV. *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014.

AA.VV. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Antonio Fernández Hernández (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia: 2013.

AA.VV. *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Coordinadores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013.

AA.VV. *Constitución y Democracia, Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. II, Editorial Universitas, Madrid: 2012.

AA.VV. *Manual de derecho constitucional*. Miguel Agudo Zamora (Coordinador), 3ª Edición, Tecnos, Madrid: 2012.

AA.VV. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Editor).PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011.

AA.VV. *Ciberseguridad, retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de estrategia, Ministerio de defensa. Madrid: 2011.

AA.VV. *Tendencias en prevención del delito y sus límites. Privacidad y dignidad humana frente al uso de las nuevas tecnologías*. José Ramón Agustina (Director), Edisofer S.L., Madrid: 2010.

AA.VV. *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010.

AA.VV. *La formación o-line. Una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*. Gregorio Casamayor Pérez (Coordinador), Editorial Graó, Barcelona: 2008.

AA.VV. *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador), Tirant to Blanch, Valencia: 2007.

AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006.

AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director) Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005.

AA.VV. *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Salvador del Rey Guanter (Coordinador), Manuel Luque Parra (Director), Editorial La Ley, Madrid: 2005.

AA.VV. *El Derecho de Internet*. Pablo García Mexía (Director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005.

AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Miguel Peguera Poch (Coordinador), Editorial UOC, Barcelona: 2005.

AA.VV. Consejo General de Poder Judicial. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial. Carlos Gómez Martínez (Director), Madrid: 2004.

AA.VV. *Teoría y Práctica en la aplicación e interpretación del derecho*. A. López Moreno (Directora y Coordinadora). Colex, Madrid: 1999.

AA.VV. *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. Ubaldo Gómez Álvarez (Coordinador), Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo: 1993.

AA.VV. *Introducción a los derechos fundamentales*. Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Ministerio de Justicia, Vol. III, Madrid: 1988.

AA.VV. *Libertad de expresión y Derecho penal*. Manuel Cobo Del Rosal (Director) Edersa, Madrid: 1985.

ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999.

ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al derecho privado*. Editorial Dykinson, Madrid: 2013.

AGUADERO FERNÁNDEZ, Francisco. *La sociedad de la información: vivir en el siglo XX*. Acento, Madrid: 1997.

AGUIAR, María Victoria y FARRAY, Josefa Isabel. *Un nuevo sujeto para la sociedad de la información*. Netbiblo, A Coruña: 2005.

AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCLÚS RUIZ, Jorge. *Aspectos legales de las redes sociales*. Bosch, Barcelona: 2016.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. *Derecho social: Uso del correo electrónico e internet en el trabajo y medios de control del empresario*. Revista de contratación electrónica, nº 63, septiembre de 2005.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis. *Contenido del derecho a la intimidad*. Actualidad jurídica, III, 1981.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón, CEC, Madrid: 1993.

ANDRÉS BLASCO, Jorge de. *¿Qué es Internet?* [In: Pablo GARCÍA MEXÍA; Pablo (director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2005].

ANTONIO MILLÁN, José. *Internet. Pierda el miedo a la Red que está cambiando el mundo*. El país Suplemento, 20/10/96.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Saraiva, São Paulo: 2005.

ARZOZ, Xabier y LAZCANO, Iñigo. *La distribución de fotografías e imágenes por la policía y las autoridades de videovigilancia a los medios de comunicación*. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 67, 2003.

AVOGADRO, Marisa. *Glosario de Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*. Revista Electrónica Razón y Palabra, nº 55, febrero, México: 2007.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. 2ª ed., Fundación Manuel Buendía, Universidad Iberoamericana, México: 1998.

BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Civitas, Madrid: 1988.

BARREIROS, José Antonio. *Informática, libertades e privacidade*. Estudos sobre a Constituição, 1º Vol., Lisboa: 1977.

BARRIUSO RUIZ, Carlos. *Las redes sociales y la protección de datos hoy*. Anuario Facultad de derecho, Universidad de Alcalá II, Madrid: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan/mar 2004.

BECK, Ulrich. *What Is Globalization?* Polity Press, Cambridge: 1999.

BÉJAR, Helena. *El ámbito de lo íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*. Alianza, Madrid: 1988.

BELLOCH, Consuelo. *Las Tecnologías de la Información y Comunicación en el aprendizaje*. Material docente [on-line], Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. Universidad de Valencia, Valencia: 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª edição. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro: 2004.

BOIX PALOP, Andrés. *Privacidad y menores en las Redes Sociales*. [In: *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador), PUV, Valencia: 2010].

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª Ed., Malheiros, São Paulo: 2009.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. *El desamparo del derecho fundamental al honor de la 'gente corriente' tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 24 de mayo de 2007*. [In: *AA.VV. Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014].

_____ *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Réus, Madrid: 2010.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004.

BRIN, David. *Transparent society. Will technology force us to choose between privacy and freedom?* Perseus books group, Cambridge: 1998.

BUENO GALLARDO, Esther. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados Tributarios*, CEPC, Madrid: 2009.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la Intimidad*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1998.

CALONGE CRESPO, Iñaki. *Videovigilancia y seguridad pública*. [In: *ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko* (Coordinadores). *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2011].

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI*. Actualidad civil, nº1, quincena del 1 al 15 de enero de 2011.

_____ *Vida privada y datos personales*. Tecnos, Madrid: 2000.

CANDAU ROMERO, Javier. *Estrategias nacionales de ciberseguridad, ciberterrorismo*. [In: AA.VV. *Ciberseguridad, retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*. Cuadernos de estrategia, Ministerio de defensa. Madrid: 2011].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina Coimbra: 1992.

CAPDEVILLA DOMÍNGUEZ, David. *Las redes sociales. Tipología, uso y consumo de las redes 2.0 en la sociedad digital actual*. [In: *Documentación de las Ciencias de la Información*. Vol.33, 2010.

CARDONA RUPERT, María Belén. *Informática y contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999.

CARMONA SALGADO, Concepción. *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del código penal*. Cuadernos de Política Criminal, nº 56, 1995.

CARRASCO DURÁN, Manuel. *Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001*. [In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Dir.) y Manuel Carrasco Durán (Coord.), Madrid: 2010].

CARRASCOSA, José Luis. *InformAcción. De la era industrial a la sociedad de la información*. Espasa Calpe, Madrid: 1991.

CARRILLO, Marc. *El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)*, Editorial Aranzadi, Navarra: 2003.

_____ *Los límites a la libertad de Prensa en la Constitución Española de 1978*. PPU, Barcelona: 1987.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. Editorial Reus, RGLJ, núm. 1-2, Madrid: 1952.

CASTELLS, Manuel. *La galaxia Internet*. Areté, Barcelona: 2001.

CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor: 2011.

CASTRO, Catarina Sarmiento. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Almedina, Coímbra: 2005.

CEREIRAS CHECA, Ramón. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. [In: AA.VV, *Introducción a los derechos fundamentales*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid: 1988].

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites*. Poder Judicial, nº 38, 1995.

CLAVERO, Bartolomé. *La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*. Dott. A. Giufrè editore, Estratto dal volumen quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno, 39, Milano: 2010.

CLIMENT BARBERÁ, Juan. *Derecho y nuevas tecnologías*. Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia: 2001.

CÓDIGO DEL DERECHO AL OLVIDO. Selección y ordenación: Luis Gervas de la Pisa Vidau Abogados. Edición actualizada a 26 de enero de 2016. Boletín Oficial del Estado.

CONDE ORTÍZ, Concepción. *La protección de datos personales, un concepto autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Universidad de Cádiz. Dykinson, Cádiz: 2005.

CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA. Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía, s/d.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2012.

CORDERO CUTILLAS, Iciar y FAYOS GARDÓ, Antonio. *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI*. [In: *Los derechos a la intimidad y privacidad en el siglo XXI*. Antonio Fayos Gardó (Coordinador), Dykinson, Madrid: 2014].

COSTA JUNIOR. Paulo José. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., RT, São Paulo: 1995.

COTINO HUESO, Lorenzo (Editor). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011.

_____ (Coordinador). *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Tirant to Blanch, Valencia: 2007.

_____ *Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los 'blogs')*. [In: AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Lorenzo Cotino Hueso (Director), Facultad de Derecho de Burgos, Burgos: 2005].

CRUZ VILLALÓN, Pedro; y PARDO FALCÓN, Javier. *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 97, 2004.

DARANAS PELÁEZ, Manuel (Trad.). *Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo*. nº 33, BJC: 1984.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura. *Implicaciones Socio-jurídicas de las Redes Sociales*. Aranzadi, Cizur Menor: 2015.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de derecho informático*. Aranzadi, Pamplona: 1993.

DE ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais no século XXI*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006].

DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Régimen jurídico de la información*. Ariel, Barcelona: 1996.

DE OTTO y PARDO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución*. Madrid: 1983. [In: DE OTTO, Ignacio y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988].

_____ *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas*. En Estudios sobre derecho estatal y autonómico, Civitas, 1986.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Pensamiento Constitucional Año XIV N° 14, Pontificia Universidad Católica el Perú, Lima: 2010.

_____ *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español*. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, n° 2, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas, Madrid: 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho Civil*. Vol. I, Technos, Madrid: 2003.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano: 1982.

DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. Fontamara, México: 1993.

DE MIGUEL, Ángel. *El derecho a la intimidad frente al derecho a la información*. Revista Estadística Española del I.N.E., n. 086, enero-marzo, 1980.

DEL PESO NAVARRO, Emilio; RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *LOTARD Análisis de la Ley*. 2ª ed., Ediciones Díaz de Santos, Madrid: 1998.

DIÁNOIA. Vol. LV, nº 64, Fondo de Cultura Económica, México: 2010.

DIAS COELHO, José. *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*. Ed. Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa: 1997.

DUMORTIER, Franck. *Facebook y los riesgos de la 'descontextualización' de la información*. Revista internet, Derecho y Política, nº 9, 2009.

ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la personalidad*. Marcial Pons, Madrid: 2012.

ESEBBAG BENCHIMOL, Carlos; y MARTÍNEZ VALERO, Julián. *Internet*. Quinta reimpresión. Anaya, Madrid: 1977.

ESPINAR VICENTE, José María. *La primacía del derecho a la informática sobre la intimidad y el honor*. [In: GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1992].

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (Coordinadores). *Videovigilancia: ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2011.

ETZIONI, Amitai. *Los límites de la privacidad*. 1ª Ed., Edisofer S.L., Edit. B de F, Montevideo, Buenos Aires: 2012.

FAERMAN, Juan. *Faceboom. Facebook, el nuevo fenómeno de masas*. Alienta editorial, Argentina: 2009.

FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Ed. Trívium, Madrid: 1984.

_____ *El derecho a la intimidad*. Ed. Trívium, Madrid: 1983.

FAYOS GARDÓ, Antonio. *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [In: *InDret*]

_____ *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2000.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Coord.); GONZALEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2013.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. McGraw Hill, Madrid: 1998.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)*. Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 53, Mayo-agosto, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico [In: AA.VV. Teoría y Práctica en la aplicación e interpretación del derecho. A. López Moreno (Directora y Coordinadora). Colex, Madrid: 1999]*.

_____ *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 1993.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Dykinson, Madrid: 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6ª ed., Madrid: 2009.

FLAHERTY, David. *Privacy in Colonial New England*. Charlottesville, University of Virginia Press, 1971.

FREIXES SANJUÁN, Teresa. *Libertades Informativas e Integración Europea*. Colex, Madrid: 1996.

_____ *Constitución y derechos fundamentales*. I- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978, PPU, Barcelona: 1992.

FROSINI, Tommaso Edoardo. *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*. Revista de Estudios Políticos 124. (Nueva Época), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2004.

FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho*. Temis, Bogotá: 1998, Consejo General de Poder Judicial. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial. Carlos Gómez Martínez (Director), Madrid: 2004.

_____ *La protección de la intimidad, Derecho y Tecnología informática*. Ed. Temis, Bogotá: 1990.

_____ *Il diritto nella società tecnologica*. Giuffré Editore. Milano: 1981.

FRUMER, Philippe; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid: 2013.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes. *Neutralidad en la red: ¿realidad o utopía?* Marcial Pons, Madrid: 2014.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid: 2005.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Libertad de expresión y responsabilidad penal por los contenidos ajenos a internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2010.

GALO, Igor. *Diccionario de Internet*. Acento, Madrid: 2001.

GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *Sistema constitucional de derechos y libertades*. Club Universitario, Alicante: 2000.

GARCÍA, Felipe; PORTILLO, Javier; ROMO, Jesús y BENITO, Manuel. *Nativos Digitales y nuevos modelos de aprendizaje*. IV Simposio Pluridisciplinar sobre Diseño, Evaluación y Desarrollo de Contenidos Educativos Reutilizables, SPDECE, Bilbao, 2007.

GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Colección Estudios de derecho, Universidad de Murcia, Murcia: 2003.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del menor no emancipado*. Thompson-Aranzadi, Cizur Menor: 2004.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. *El Derecho de Internet*. [In: Pablo García Mexía (director). *Principios de Derecho de Internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *Ensayo sobre la vida privada*. Ediciones Encuentro, Madrid: 2001.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1992.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid: 1986.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *Datos personales y protección de los ciudadanos*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 87, Madrid: 1997.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid: 2004.

GAVARA DE CAVA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1994.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Lo Íntimo, lo Privado y lo Público*. Revista Claves de Razón Práctica, nº 137, 2003.

GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *Imagen (derecho a la propia)*. In: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Vol. XI, Barcelona: 1962.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. Atlas, São Paulo: 2001.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia; NÚÑEZ RIVERO, Cayetano. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universitas Internacional, Madrid: 2004.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº 22, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 18ªed., Forense, Rio de Janeiro: 2001.

GÓMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra: 2014.

_____ *Especial transcendencia constitucional y propia imagen*. [In: *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). Director José María Morales Arroyo, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen. *Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código Civil*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XVII, Vol. 1-B, EDERSA, Madrid: 1993.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manuel. *Comentários a Constituição brasileira de 1988*. Saraiva, São Paulo: 1999.

GONZÁLEZ, José Luis; SANCHEZ, Marisol. *Autopistas de la información e internet (Tecnología, Servicios Peajes y normas de navegación)*, Universidad de Extremadura, Cáceres: 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La pornografía en el Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 91, 1996.

GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raul. *Libertad de expresión y ponderación de derechos*. Revista el Mundo del Abogado, nº 146, junio, México: 2011.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos, Madrid: 1992.

GUERRERO LEBRÓN, Macarena. *El nuevo escáner corporal de los aeropuertos: ¿violación de derechos o aumento de la seguridad?* Revista de Derecho del Transporte, nº 4, Madrid: 2010.

GUICHOT REINA, Emilio. *La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido*. Revista española de derecho administrativo, nº 154, 2012.

GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad registral y derecho a la privacidad, una necesaria conciliación*. Fundación Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid: 2006.

GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O princípio de humanidade*. Ideias & Letras, São Paulo: 2008.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº1, Sevilla: 1996.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Dykinson, Madrid: 2003.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. *Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?* Revista Vasca de Administración Pública, nºs 87-88, 2010.

_____ *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de datos Personales*. Dykinson, Madrid: 2003.

_____ *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales*. Dykinson, Madrid: 2002.

HERRERA JOANCOMARTÍ, Jordi. *Nociones técnicas de Internet*. [In: AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Miguel Peguera Poch (Coordinador), Editorial UOC, Barcelona: 2005].

HERRERO TEJEDOR, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*. Colex, 3ª ed., Madrid: 1998.

_____ *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex, 2ª ed., Madrid: 1994.

_____ *Honor, Intimidad y propia imagen*. Colex, Madrid: 1990.

HOLGADO GONZÁLEZ, María. *Intimidad y Nuevas Tecnologías en el entorno laboral*. [In: AA.VV. *Constitución y Democracia, Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol. II, Editorial Universitas, Madrid: 2012].

HOYO SIERRA, Isabel Araceli. *La evaluación psicológica de la 'capacidad natural' del menor maduro*. En *Los menores ante el derecho*. Madrid: 2005.

HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín; GIL IBÁÑEZ, José Luis. *Constitución española*. 5ª ed., Colex, Madrid: 2010.

INTECO y AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Febrero: 2009.

JAMES WATTS, Duncan. *Six Degrees. The Science of a Connected Age*. Vintage books, London: 2013.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritto publici subjetivi*. Società Editrice Libreria, Milán: 1912.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta, Madrid: 1999.

_____. *Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*. [In: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Oscar Alzaga (Director), Cortes Generales-Edersa, Madrid: 1996].

_____. *El legislador de los derechos fundamentales*, [In: *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto, Ubaldo Gómez Álvarez (Coordinador), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo: 1993*].

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, Inmaculada. *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario: especial referencia a la contaminación acústica*. En *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*. Director José María Morales Arroyo, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014.

JORDÁ CAPITÁN, Eva; DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica; DEL LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto Messía; FLORES RODRÍGUES, Jesús. *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*. El Derecho Editores. Madrid: 2012.

JORDÁ CAPITÁN, Eva; DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica de; SÁDABA CHALEZQUER, Charo. *La protección y seguridad de la persona en Internet: aspectos sociales y jurídicos*. Reus, Madrid: 2014.

KAISER, Pierre. *La protection de la vie privée*. P.U. d'Aix – Marseille, 2ª ed, Aix de Provence: 1990.

LA CONSTITUCIÓN COMENTADA. *Análisis artículo por artículo*. Director Walter Gutiérrez Camacho, 2ª ed., Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima: 2012.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil I*. Parte general, Vol. Segundo - Personas, Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid: 1998.

LANDA, Cesar. *Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006].

LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ariel, Barcelona: 1984.

LASAGABASTER, Iñaki. *Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*. En la obra de VVAA: *Estudios sobre la Constitución Española*, Estudios en homenaje al profesor García de Enterría, Vol. II, Civitas, año nº 14, nº 40, Madrid: 1994.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito a intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Edit. Del Rey, Belo Horizonte: 1998.

LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. USP, São Paulo: 2009

LINACERO DE LA FUENTE, María. *Protección jurídica del menor*. Montecorvo, Madrid: 2001.

LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales*. Bosch, Barcelona: 2000.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Jurisprudencia y doctrina. Dykinson, Madrid: 1996.

LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. *Modelos de comunicación en internet*. Tirant to Blanch, Valencia: 2004.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio. *Nuevo derecho constitucional comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2000.

LOPEZ GUERRA, Luis María. *Algunas consideraciones sobre los límites a la libertad de expresión*. 2º Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos (1989-1990).

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Intimidad informática y derecho penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*. [In: Consejo General de Poder Judicial. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial. Carlos Gómez Martínez (Director), Madrid: 2004].

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Inviolabilidad del domicilio y auto tutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista española de estudios de la administración local y autonómica nº 25, 1985.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío. *La capacidad contractual del menor*. Dykinson, Madrid, 2001.

LOSANO, Mario; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; GUERRERO MATEUS, María Fernanda. *Libertad informática y leyes de protección de datos*. Cuadernos y Debates, CEC, Madrid: 1989.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dykinson, ADP nº 27-28, Madrid: 1997.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*. Tecnos, Madrid: 1990.

LUCENA CID, Isabel Victoria. *La Protección de la Intimidad en la Era Tecnológica: Hacia Una Reconceptualización*. Revista Internacional de Pensamiento Político I, Época, Vol. 7, Sevilla: 2012.

MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y estado de derecho*. Universidad de Valencia. Valencia: 1984.

MARIN ALONSO, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005.

MARTIN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid: 1988.

MARTINEZ MARTINEZ, Ricard. *Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma*. [In: *Derecho y Redes Sociales*. Artemi RALLO LOMBARTE y Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ (Editores), 2ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013].

_____ *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson, Madrid: 2004.

_____ *Tecnologías de la información, policía y Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2001.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill, Madrid: 1997.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant to Blanch, Valencia: 2005.

_____ *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid: 1996.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. *Revista de contratación electrónica*. nº 17, junio de 2001.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?* Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº1, 2001.

MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidación Personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor: 2002.

MILLÁN SALAS, Francisco; PERALTA ORTEGA, Juan Carlos. *El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental*. Cuadernos de estudios empresariales, nº 5, 1995.

MONTAÑEZ PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*. Aranzadi, Pamplona: 1999.

MORALES GODO, Juan. *Instituciones del derecho civil. El derecho a la intimidad y el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (a propósito de las interceptaciones telefónicas)*. Editora Palestra, Lima: 2009.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*. Ed. Destino. Barcelona: 1984.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Aspectos jurídicos privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad, [In: La protección jurídica de la intimidad. Javier Boix Reig (Director) y Ángeles Jareño Leal (Coordinador), Iustel, Madrid: 2010]*.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. *La protección jurídica del menor ante las redes sociales*, en *La protección jurídica de la intimidad*. Valencia: 2010.

MOTA PINTO. Paulo. *O direito à reserva sobre intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, Vol. 69, Coimbra: 1994.

MOURA LOUREIRO DE MIRANDA, Jorge Manuel (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Vol. I, Lisboa: 1977.

MUÑOZ LORENTE, José. *La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La regulación de la red. Poder y derecho en internet*. Taurus, Madrid: 2000.

_____ *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Ariel. Barcelona: 1988.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos en el Derecho español*. Aranzadi, Pamplona: 1998.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid: 2009.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa*. IDP: revista de Internet, derecho y política, nº5, 2007.

NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital*. Ediciones B, Barcelona: 1996.

NISSENBAUM, Hellen. *Privacy in Context, Technology, and the Integrity of Social Life*. Stanford Law Books, Stanford: 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. FTD, São Paulo: 1997.

NÚÑEZ VIDE, José Luiz. *La prueba pertinente: un problema constitucional y otras cuestiones. La videovigilancia*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, nº2, 1997.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I, 5ª ed., Madrid: 2004.

_____ *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa, Madrid: 1991.

OROZCO PARDO, Guillermo. *Intimidad, privacidad, 'extimidad' y protección de datos del menor*, en *La protección jurídica de la intimidad*, Valencia: 2010.

ORZA LINARES, Ramón M. *Necesidades legislativas urgentes: El derecho al anonimato en Internet*. Revista Telos, Cuadernos de Comunicación e Innovación, Octubre - Diciembre 2011.

_____ *¿Es posible la creación de nuevos derechos fundamentales asociados a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación? Crisis analógica, futuro digital, actas del IV Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad, celebrado del 12 al 29 de noviembre de 2009*, Editores Media, 2010.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. Revista Española de Derecho Constitucional, núm.3, septiembre-diciembre 1981.

PARGA, Jiménez de. *Los Regímenes Políticos contemporáneos*, 6ª ed., Madrid: 1983.

PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor: 2003.

PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría general, Universidad Carlos III, Madrid: 1995.

_____ *Derechos fundamentales*. Editorial latina, 3ª ed., Madrid: 1980.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Juruá, Curitiba: 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y Derecho*. Ariel, Barcelona: 1996.

_____ *Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad*. En Anales de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, año XLVIII, nº73, Madrid: 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. [In: Mario Giuseppe Losano; Antonio Enrique Pérez Luño y María Fernanda Guerrero Mateus. *Libertad informática y leyes de protección de datos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1990.

_____ *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*. Edición a cargo de Mario Giuseppe Losano; Antonio Enrique Pérez Luño, Antonio y María Fernanda Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1989.

_____ *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Fundesco, Madrid: 1987.

_____ *Los derechos fundamentales*. Tecnos, 8ª ed., Madrid: 1998.

_____ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid: 1984.

_____ *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº9, mayo-junio 1979.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 13ª edición, actualizada por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid: 2012.

_____ *La democracia frente al terrorismo global*. [In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010.

_____ *Curso de derecho constitucional*. 11ª Ed., actualizada por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, Madrid: 2007.

PÉREZ UGENA, María y PÉREZ UGENA, Álvaro. *Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías*. [In: datospersonales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, n°6, diciembre de 2003].

PETRISSANS AGUILAR, Ricardo. *El futuro y la sociedad digital. La necesidad de una reflexión*. Serie Estudios, Montevideo: 2000.

PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. *Hábeas data: Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires: 1999.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración electrónica y ciudadanos*. Thomson Reuters-Civitas, Madrid: 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª Ed., Saraiva, São Paulo: 2010.

PIQUERAS BAUTISTA, José Antonio. *El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales*. [In: AA.VV. *Introducción a los derechos fundamentales*. Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Ministerio de Justicia, Vol. III, Madrid: 1988].

PRENSKY, Marc. *Digital natives, digital immigrants*. From on the horizon, MCB University Press, Vol. IX, n° 5, October 2001.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate, Madrid: 1990.

PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*. West, St. Paul: 1955.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “Los consumidores de información se convierten en —prosumidores, ya que producen información que luego ellos mismos consumen. Se fomenta, pues, la colaboración y el intercambio de información entre los usuarios”. *La red social como ejemplo de participación: casos y cuestiones*. [In: Lorenzo Cotino Hueso (Editor). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011.

RALLO LOMBARTE, Artemi. *El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos*. Telos: Cuadernos de comunicación e innovación, n. 85, 2010.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª ed., Dykinson, Madrid: 2005.

_____ *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*. Dykinson, Madrid: 2004.

_____ *El derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson, Madrid: 2000.

REBOLLO VARGAS, Rafael. *Aproximación a la Jurisprudencia Constitucional: libertad de expresión y sus límites penales*. PPU, Barcelona: 1992.

REVUELTA DOMÍNGUEZ, Francisco Ignacio; y PÉREZ SÁNCHEZ, Lourdes. *Interactividad de los entornos en la formación on-line*. UOC, Barcelona: 2011.

RODRÍGUES LÓPEZ, Geraldo Miguel. 'Breves consideraciones sobre la protección civil del derecho a la intimidad de los menores', en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Dir. Rafael Martínez Die, Civitas, Madrid: 2000.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *Poder de Control Empresarial, Sistemas Tecnológicos y Derechos Fundamentales de los Trabajadores*. Tirant to Blanch, Valencia: 2015.

RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam. *Las líneas de acción contra el terrorismo de la unión europea y sus condiciones de constitucionalidad*. [In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons, Javier Pérez Royo (Director) y Manuel Carrasco Durán (Coordinador), Madrid: 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis. *Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional*. [In: *AA.VV. Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Salvador del Rey Guanter (Director); Manuel Luque Parra (Coordinador), Editorial La Ley, Madrid: 2005].

RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca. *El Tribunal Constitucional y el amparo a las familias*. [In: *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014].

_____ *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid: 1998.

_____ *El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales*. Revista española de derecho constitucional, Año 19, nº56, mayo-agosto, 1999.

RODRIGUEZ TOUBES, Joaquín. *La razón de los derechos*. Tecnos, Madrid: 1995.

ROIG BATALLA, Antoni. *Tecnología, libertad y privacidad*. [In: *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. COTINO HUESO, Lorenzo (Editor), PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia: 2011].

ROIG BATALLA, Antoni. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC's)*. Cuadernos de derecho Constitucional, Bosch Editor, Barcelona: 2010.

_____ *Comentario Jurisprudencial. Derecho Público y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)*. Revista catalana de dret públic, nº35, 2007.

_____ *E-privacidad y redes sociales*. Revista de Internet, Derecho y Política, nº9, Universitat Oberta de Catalunya, 2009.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor: intimidad y presunción de inocencia*. Cuadernos Civitas, Madrid: 2000.

ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Tirant to Blanch, Valencia: 2004.

ROUCA GÓMEZ, S. *Informe Pro Veritas sobre La colocación de videocámaras en vehículos de atestados*. Universidad de A Coruña, Abril: 2002.

ROVIRA VIÑAS, Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales*. Península, Barcelona: 1983.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera edición, CEPC, Vol. III, Madrid: 2012.

RUIZ, Miguel Ángel. *La aplicación generalizada de nanos dispositivos en humanos ocultaría un siniestro plan para controlar la población*. Revista Año Cero, mayo de 2014.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995.

_____ *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid: 1995.

RULE, James B. *Privacy in Peril: How we are sacrificing a Fundamental Right in Exchange for Security and Convenience*. 1ª Ed., Oxford University Press, Oxford: 2007.

SALDAÑA, María Nieves. *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos*, - Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla, Vol. IX, núm. 18, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito a intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da vida sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Del Rey, Belo Horizonte: 1998.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria Editorial, Barcelona: 2003.

SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manuel de internet y Redes Sociales*. Dykinson, Madrid: 2015.

SARAZA JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi, Pamplona: 1995.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. [In: AA.VV. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2006].

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 1ª Ed, Alianza, Madrid: 1992.

SEMPERE NAVARRO; Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Ed. Aranzadi, Pamplona: 2002.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. *¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos*. DS, Vol. 10, nº 2, Julio-Diciembre 2002.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. *La dignidad de la persona como principio del derecho público*. [In: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 2, nº4, 1995].

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. *Los derechos de las víctimas frente a los medios de comunicación*. Un blog colectivo sobre derechos humanos. Al revés y al derecho. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3756>

SERRA URIBE, Carlos Enrique. *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Laberinto, Madrid: 2006.

SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson, Madrid: 2003.

SEVERO, Sergio. *Os danos extrapatrimoniais*. Saraiva, São Paulo: 1996.

SICHEL, Olivier. *L'échiquier numérique américain. Quelle place pour l'Europe?* Programme États-Unis de l'Ifri. Paris: 2014.

SPAEMANN, Robert. *Sobre el concepto de dignidad humana*. Persona y Derecho, nº19, 1988.

SOLER PRESAS, Ana. *Am I in Facebook?. Sobre la responsabilidad de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen del sujeto.* [In: InDret, 3/2011].

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy.* Harvard University press Cambridge, Vol. 10, London: 2008.

_____ *A Taxonomy of Privacy.* University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, nº 3, Enero de 2006.

_____ *Conceptualizing Privacy.* California Law Review Volume 90, 4ª Ed., Vol. 90, Julio 2002.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales.* [In: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto.* Ubaldo Gómez Álvarez (Coordinador), Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo: 1993].

_____ *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información.* Revista Española de Derecho Constitucional, nº23, 1988.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *La Libertad de Expresión y Derecho a la Intimidad de los Personajes Públicos no Políticos.* Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, nº2, 1990.

_____ *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales.* REDC, nº32, 1991.

SORIANO DIAZ, Ramón. *Las libertades públicas.* Tecnos, Madrid: 1990.

STARCK, Christian. *La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán.* [In: FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coordinador). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional.* Dykinson, Madrid: 2008].

STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la Republica Federal de Alemania.* Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº1, 1988.

SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978.* Revista de ciencias jurídicas, nºs 12-13, 2007-2008.

TAJADURA TEJADA, Javier. *Los Derechos Fundamentales y sus Garantía.* Tirant to Blanch, Valencia: 2015.

TERWANGNE, Cécile de. *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido.* Revista de Internet, Derecho y Política – IDP, Universitat Oberta de Catalunya, nº13, Febrero, 2012.

THOMPSON, John Brookshire. *Los límites cambiantes de la vida pública y privada*. Nueva Época, nº15, enero-junio, 2011.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español*. Tomo I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos. Sexta edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid: 2010.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional Español*. Átomo, Madrid: 1988.

TOURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Edit. Catarata, Madrid: 2014.

URABAYEN, Miguel. *Vida privada e informática, un conflicto permanente*. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona: 1977.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. *Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información*. [In: *Recurso de Amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional* (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España). Poch José María Morales Arroyo (Director), Editorial Aranzadi, Cizur Menor: 2014].

VEGA FERNÁNDEZ, José María; GALÁ GALÁN, Susana. *Internet. Al día en una hora*. Anaya Multimedia, Madrid: 1996.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica 5-5-1982*. Ed. Montecorvo, Madrid: 1984.

VILASAU SOLANA, Mónica y VILA MUNTAL, María Ángel. *Intimidad y datos personales en internet*. [In: *Principios de derecho de la sociedad de la información*. Miguel Peguera Poch (Coordinador), Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra: 2010].

VILASAU SOLANA, Mónica. *Redes sociales y usuarios: cuestiones sobre su regulación*. [In: *Derecho y Redes Sociales*. Artemi Rallo Lombarte Y Ricard Martínez Martínez (Editores), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Navarra: 2013].

_____ *Derecho de intimidad y protección de datos personales*. [In: *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Miguel Peguera Poch (Editor), Editorial UOC, Barcelona: 2005].

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La intimidad, ese "terrible derecho" en la era de la confusa publicidad virtual*. Espacio Jurídico: journal of law, Edit. Unoesc, Vol. 14, Nº. 3, Chapecó: 2013.

_____ *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-

Universidad Complutense de Madrid-Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2002.

_____ *Actividad Informativa y Derecho Privado*. Derecho Privado y Constitución, nº10, 1996.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Los derechos del Público. El derecho a Recibir Información del art. 20.1 d) de la Constitución Española de 1978*. Tecnos, Madrid: 1995.

VON HIRSCH, Andrew. *Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión*. Revista para el análisis del Derecho, nº4, [InDret], 2007.

_____ *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid: 1995.

WESTIN, Alan Furman. *Privacy and freedom*. Atheneum, New York: 1970.

_____ *Privacy and freedom*. Atheneum, Nueva York: 1967.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La Ley del honor, veinte años después*. [In: Diario La Ley, nº 5591, Sección doctrina, 19 de julio de 2002].

ZAVALA ALARDÍN, Gonzalo. *La sociedad informatizada. ¿Una nueva utopía?* Trillas, México: 1990.

ZUBIRIS DE SALINAS, Fernando. *Libertad de expresión y derecho penal*. Edersa, Madrid: 1989.

JURISPRUDENCIAS CONSULTADAS

Algunas jurisprudencias como la del TCF alemán y otras eventualmente no catalogadas abajo (y que constan en el cuerpo del texto de esta investigación) es porque fueron retiradas de otras fuentes como libros y artículos.

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015

STC 18/2015, de 16 de febrero

2014

STC 7/2014, de 27 de enero

STC 19/2014, de 10 de febrero

STC 19/2014, de 30 de febrero

2013

STC 17/2013, de 31 de enero

STC 115/2013, de 09 de mayo

STC 170/2013, de 7 de octubre

STC 176/2013, de 21 octubre

STC 186/2013 de 4 de noviembre

STC 190/2013, de 18 de noviembre

STC 199/2013, de 5 de diciembre

STC 208/2013, de 16 de diciembre

2012

STC 12/2012, de 30 de enero

STC 96/2012, de 7 de mayo

STC 142/2012, de 2 de julio

STC 241/2012, de 17 de noviembre

2011

STC 25/2011, de 14 de marzo

STC 41/2011, de 11 de abril

STC 173/2011, de 7 de noviembre

2010

STC 50/2010, de 4 de octubre
STC 60/2010, de 7 de octubre

2009

STC 29/2009, de 26 de enero
STC 70/2009, de 23 de marzo
STC 129/2009, de 1 de junio
STC 155/2009, de 25 de junio
STC 159/2009, de 29 de junio

2007

STC 9/2007, de 15 de enero
STC 72/2007, de 16 de abril
STC 139/2007, de 4 de junio
STC 206/2007, de 24 de septiembre
STC 236/2007, de 7 de noviembre
STC 230/2007, de 5 de noviembre

2006

STC 11/2006, de 16 de enero
STC 89/2006, de 27 de marzo
STC 112/2006, de 5 de abril
STC 174/2006, de 5 de junio
STC 281/2006, de 9 de octubre

2005

STC 1/2005, de 17 de enero
STC 25/2005, de 14 de febrero
STC 154/2005, de 9 de junio
STC 278/2005, de 7 de noviembre

2004

STC 16/2004, de 23 de febrero
STC 43/2004, de 23 de marzo
STC 54/2004, de 15 de abril
STC 136/2004, de 13 de septiembre
STC 189/2004, de 2 de noviembre
STC 196/2004, de 15 de noviembre

2003

STC 14/2003, de 28 de enero
STC 22/2003, de 10 de febrero
STC 56/2003, de 24 de marzo
STC 101/2003, de 2 de junio
STC 127/2003, de 30 de junio
STC 158/2003, de 15 de septiembre
STC 160/2003, de 15 de septiembre
STC 184/2003, de 23 de octubre

2002

STC 10/2002, de 17 de enero
STC 46/2002, de 25 de febrero
STC 47/2002, de 25 de febrero
STC 52/2002, de 25 de febrero
STC 70/2002, de 3 de abril
STC 75/2002, de 8 de abril
STC 76/2002, de 8 de abril
STC 83/2002, de 22 de abril
STC 99/2002, de 6 de mayo
STC 121/2002, de 20 de mayo
STC 123/2002, de 20 de mayo
STC 185/2002, de 14 de octubre
STC 225/2002, de 9 de diciembre

2001

STC 2/2001, de 15 de enero
STC 46/2001, de 25 de febrero
STC 81/2001, de 26 de marzo
STC 102/2001, de 23 de abril
STC 119/2001, de 24 de mayo
STC 136/2001, de 18 de junio
STC 139/2001, de 18 de junio
STC 148/2001 de 27 de junio
STC 156/2001 de 2 de julio
STC 47/2001, de 2 de diciembre

2000

STC 21/2000, de 31 de enero
STC 98/2000, de 10 de abril
STC 112/2000, de 5 de mayo
STC 115/2000, de 5 de mayo
STC 127/2000, de 16 de mayo
STC 290/2000, de 30 de noviembre
STC 292/2000, de 30 de noviembre

1999

STC 18/199, de 22 de febrero
STC 49/1999, de 5 de abril
STC 90/1999, de 26 de mayo
STC 134/1999, de 15 de julio
STC 192/1999, de 15 de julio
STC 139/1999, de 22 de julio
STC144/1999, de 22 de julio
STC 154/1999, de 14 de septiembre
STC 166/1999, de 27 de septiembre
STC 187/1999, de 25 de octubre
STC 199/1999, de 18 de noviembre

STC 224/1999, de 13 de diciembre
STC 241/1999, de 20 de diciembre

1998

STC 37/1998, de 17 de febrero
STC 81/1998, de 2 de abril
STC 194/1998, de 4 de mayo
STC 144/1998, de 30 de junio
STC 177/1998, de 14 de septiembre
STC 197/1998, de 13 de octubre

1997

STC 3/1997, de 13 de enero
STC 67/1997, de 7 de abril
STC 90/1997, de 6 de mayo
STC 151/1997, de 29 de septiembre
STC 161/1997, de 2 de octubre
STC 200/1997, de 24 de noviembre
STC 207/1997, de 27 de noviembre
STC 151/1997, de 29 de noviembre
STC 228/1997, de 16 de diciembre
STC 234/1997, de 18 de diciembre

1996

STC 4/1996, de 16 de enero
STC 6/1996, de 16 de enero
STC 20/1996, de 12 de febrero
STC 4/1996, de 19 de febrero
STC 28/1996, de 26 de febrero
STC 34/1996, de 11 de marzo
STC 54/1996, de 26 de marzo
STC 55/1996, de 28 de marzo
STC 106/1996, de 12 de junio
STC 127/1996, de 9 de julio
STC 170/1996, de 29 de octubre
STC 186/1996, de 25 de noviembre
STC 199/1996, de 3 de diciembre
STC 207/1996, de 16 de diciembre

1995

STC 52/1995, de 23 de febrero
STC 59/1995, de 17 de marzo
STC 66/1995, de 8 de mayo
STC 76/1995, de 22 de mayo
STC 132/1995, de 11 de septiembre
STC 173/1995, de 21 de noviembre

1994

STC 41/1994, de 15 de febrero
STC 57/1994, de 28 de febrero

STC 85/1994, de 14 de marzo
STC 99/1994, de 11 de abril
STC 117/1994, de 25 de abril
STC 143/1994, de 9 de mayo
STC 170/1994, de 7 de junio

1993

STC 15/1993, de 18 de enero
STC 94/1993, de 22 marzo
STC 142/1993, de 22 de abril
STC 178/1993, de 31 de mayo
STC 232/1993, de 12 de julio
STC 254/1993, de 20 de julio
STC 336/1993, de 15 de noviembre
STC 341/1993, de 18 de noviembre

1992

STC 20/1992, de 14 de febrero
STC 21/1992 de 14 de febrero
STC 85/1992, de 8 de junio
STC 219/1992, de 3 de diciembre
STC 223/1992, de 14 de diciembre
STC 240/1992, de 21 de diciembre

1991

STC 143/1991, de 1 de julio
STC 150/1991, de 5 de julio
STC 160/1991, de 18 de julio
STC 197/1991, de 17 de octubre
STC214/1991 de 11 de noviembre
STC 220/1991, de 25 de noviembre

1990

STC 20/1990, de 15 de febrero
STC 55/1990, de 28 de marzo
STC 105/1990, de 6 de junio
STC 120/1990, de 27 de junio
STC 134/1990, de 19 de julio
STC 171/1990, de 12 de noviembre
STC 172/1990, de 12 de noviembre
STC 181/1990, de 15 de noviembre

1989

STC 1/1989, de 16 de enero
STC 37/1989, de 15 de febrero
STC 113/1989, de 22 de junio
STC 121/1989, de 3 de julio
STC 132/1989, de 18 de julio
STC136/1989, de 19 de julio
STC 185/1989, de 13 de noviembre

1988

STC 6/1988, de 21 de enero
STC 9/1988, de 25 de enero
STC 46/1988, de 21 de marzo
STC 61/1988, de 8 de abril
STC 107/1988, de 8 de junio
STC 177/1988, de 10 de octubre
STC 254/1988, de 21 de noviembre
STC 231/1988, de 2 de diciembre

1987

STC 42/1987, de 7 de abril
STC 63/1987 de 20 de mayo.
STC 196/1987, de 10 de junio
STC 115/1987, de 7 de julio
STC 7/1987, de 8 de julio
STC 160/1987, de 27 de octubre
STC 165/1987, de 27 de octubre
STC 199/1987, de 16 de diciembre

1986

STC 64/1986, de 21 de mayo
STC 72/1986, de 2 de junio
STC 104/1986, de 17 de julio
STC 133/1986, de 29 de octubre
STC 159/1986, 16 de diciembre
STC 160/1986, de 16 de diciembre
STC 168/1986, de 22 de diciembre

1985

STC 13/1985, de 31 de enero
STC 19/1985, de 13 de febrero
STC 53/1985, de 11 de abril
STC 241/1985, de 17 de abril
STC 59/1985, de 6 de mayo
STC 77/1985, de 27 de junio
STC 88/1985, de 19 de julio
STC 99/1985, de 30 de septiembre
STC 137/1985, de 17 de octubre

1984

STC 22/1984, de 17 de febrero
STC 57/1984, de 8 de mayo
STC 67/1984, de 7 de junio
STC 107/1984, de 23 de noviembre
STC 110/1984, de 26 de noviembre
STC 114/1984, de 29 de noviembre

1983

STC 5/1983, de 4 de febrero
STC 19/1983, de 14 de marzo
STC 76/1983, de 5 de agosto
STC 91/1983, de 7 de noviembre
STC 105/1983, de 23 de noviembre
STC 120/1983, de 15 de diciembre

1982

STC 2/1982, de 29 de enero
STC 12/1982, de 31 de marzo
STC 33/1982, de 8 de junio
STC 62/1982, de 15 de octubre
STC 73/1982, de 2 de diciembre
STC 77/1982, de 20 de diciembre
STC 86/1982, de 23 de diciembre

1981

STC 5/1981, de 13 de febrero
STC 6/1981, de 16 de marzo
STC 11/1981, de 8 de abril
STC 25/1981, de 14 de julio
STC 26/1981, de 17 de julio

2. AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ATC 10/2012, de 12 de marzo
ATC 201/1994, de 9 de junio
ATC 129/1990, de 16 de julio
ATC 565/1989, de 27 de noviembre
ATC 156/1987, de 11 de febrero
ATC 788/1987, de 24 de junio
ATC 642/1986, de 23 de julio
ATC 112/1985, de 20 de febrero
ATC 171/1985, de 6 de marzo
ATC 241/1985, de 17 de abril
ATC 308/1985, de 8 de mayo
ATC 413/1983, de 22 de septiembre

3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

2016

14 de marzo

05 de abril

2015

15 de octubre

2014

31 de enero

16 de junio

2013

05 de febrero

18 de febrero

20 de marzo

2010

24 de mayo

2009

09 de junio

2011

14 de febrero

26 de septiembre

06 de octubre

2003

26 de marzo

27 de junio

2002

25 de noviembre

1997

17 de diciembre

1999

23 de abril

08 de mayo

1994

24 de mayo

1988

29 de marzo

18 de julio

1986

28 de octubre

1984

STS de 24 de mayo

1959

22 de septiembre

1944

14 de febrero

4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, De La Flor Cabrera c. España, de 27 de mayo de 2014.
STEDH, Ahmet Yildirim c. Turquía, 18 de marzo de 2013.
STEDH, Delfi AS c. Estonia, de 10 de octubre de 2013.
STEDH, Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.
STEDH, Mosley c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2011.
STEDH, Martínez Martínez y Pino Manzano c. España, de 3 de julio de 2011.
STEDH, S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008.
STEDH, Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007.
STEDH, L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006.
STEDH, Éditions Plon v. France, de 18 de mayo del 2004.
STEDH, Von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004.
STEDH, Peck c. Reino Unido, de 28 de enero de 2003.
STEDH, News Verlags c. Austria, de 11 de enero de 2000.
STEDH, Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000.
STEDH, Rotaru c. Rumania, de 4 de mayo de 2000.
STEDH, Foxley c. Reino Unido, de 20 de junio de 2000.
STEDH, Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998.
STEDH, Caso Botta c. Italia, de 24 de febrero de 1998.
STEDH, Kopp c. Suiza, de 25 de marzo de 1998.
STEDH, Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1998.
STEDH, Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998.
STEDH, Caso XeY c. Países Bajos, 25 de febrero de 1997.
STEDH, Kopp c. Suiza, de 25 de marzo de 1997.
STEDH, López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994.
STEDH, Campbell c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1992.

STEDH, Rieme c. Suecia, de 22 de abril de 1992.
STEDH, Caso Niemietz c. Alemania, de 19 de diciembre de 1992.
STEDH, Observer y The guardian c. Reino Unido, de 26 de noviembre de 1991.
STEDH, Sunday times II c. Reino Unido, de 26 de noviembre de 1991.
STEDH, Powell y Rainer contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990.
STEDH, Groppera Radio y otros c. Suiza, de 28 de marzo de 1990.
STEDH, Kruslin y Huvig c. Francia, de 24 de abril de 1990.
STEDH, Antronic AG c. Suiza, de 22 de mayo de 1990.
STEDH, Chappel c. Reino Unido, de 30 marzo de 1989.
STEDH, Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania, de 20 de noviembre de 1989.
STEDH, Berrehab c. Países Bajos, de 21 de junio de 1988.
STEDH, Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987.
STEDH, W. c. Reino Unido, de 8 de julio de 1987.
STEDH, B. c. Reino Unido, de 8 de julio de 1987.
STEDH, Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986.
STEDH, Johnston y otros c. Irlanda, de 24 de diciembre de 1986.
STEDH, Barthold c. Alemania, de 25 de marzo de 1985.
STEDH, Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 mayo de 1985.
STEDH, Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984.
STEDH, Sylver y otros c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983.
STEDH, Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Bélgica, de 18 de octubre de 1982.
STEDH, Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981.
STEDH, Sunday times I c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979.
STEDH, Marck c. Bélgica, de 27 de abril de 1979.
STEDH, Klass y otros c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978.
STEDH, Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.
STEDH, De Wild, Omms y Versup c. Bélgica, de 18 de junio de 1971.
STEDH, Régimen lingüístico de Bélgica, de 23 de julio de 1968.

2.5. SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

2014

STJUE, Google c. España, de 13 de mayo.