

**EL NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL  
(Y DE LA PERSONALIDAD)  
A LA LIBERTAD INFORMATICA  
(A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)**

ANTONIO ORTI VALLEJO  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** PRELIMINAR. I. RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO. II. EN TORNO A LA CUESTION DE SI SE PUEDE AFIRMAR EN NUESTRO SISTEMA UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL O DE LA PERSONALIDAD. 1. El fundamento de la tutela de los datos personales en los Estados Unidos: La *privacy*. 2. Las teorías que consideran la existencia de un nuevo derecho fundamental en materia de ficheros informáticos de datos personales. El derecho a la autodeterminación informativa en Alemania. 3. La afirmación del nuevo derecho fundamental en la doctrina italiana y española. Crítica del denominado derecho a la privacidad. 4. La protección frente a la informática como tutela de derechos fundamentales o de la personalidad ya formulados. 5. Una nueva manera de entender el derecho a la intimidad: Derecho a controlar las informaciones. 6. ¿Es conveniente afirmar un nuevo derecho fundamental en materia informática en el Derecho español?. III. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD INFORMATICA TUTELADO CONSTITUCIONALMENTE.

**PRELIMINAR**

Nos proponemos en este estudio reflexionar sobre algunas de las cuestiones que aborda la STC 254/1993, de 20 de julio, primera que se dicta en España resolviendo un caso de protección de la persona por el uso informatizado de datos personales. Adelantamos que la cuestión

central que plantea esta resolución del Tribunal Constitucional es la de la posibilidad de afirmar un nuevo derecho fundamental en el ámbito informático que, además, sería un derecho de la personalidad. La cuestión reviste un notable interés de orden teórico y también gran trascendencia jurídico-política. Por otro lado, desde el punto de vista práctico, que la tutela frente a la informática comporte una mera concreción de derechos de la personalidad ya tipificados, determinará que se pueda acudir con mayor libertad a la regulación de éstos para cubrir necesidades interpretativas o para integrar la regulación propia en caso de lagunas. En cambio, caso de afirmar la sustantividad del derecho de protección de la persona frente a la informática, esa posibilidad estará más limitada.

La sentencia surge unos meses después de entrar en vigor nuestra Ley de protección de datos, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (BOE de 31 de octubre) de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante LORTAD), lo que se produjo en febrero del mismo año. Obviamente, la LORTAD no es aplicada por el TC, aunque sí referenciada en el texto de la resolución como un mero *obiter dictum* (fundamento 9), para apoyar aún más el fallo que otorgó el amparo solicitado, por el que se afirma el derecho particular a que las autoridades administrativas le comuniquen los datos informatizados relativos a su persona de que disponen. En efecto, no es ociosa la cita que hace el TC de la LORTAD, para apoyar a mayor abundamiento la solución del caso, ya que todo el contenido de esta ley vascula sobre el derecho de todo sujeto a recabar información de los datos concernientes a su persona que la Administración o un particular tenga incluidos en un fichero informatizado (arts. 13 y 14 de la LORTAD). Este derecho constituye, sin duda, el núcleo de la tutela de la persona en este ámbito. Como ya veremos luego, el TC afirma que ese derecho conforma el contenido mínimo de la tutela que la Constitución otorga a la persona en el ámbito informático.

## I. RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

La sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la denegación presunta –que no expresa– por los órganos de la Administración del Estado, a la solicitud de información relativa a los datos personales existentes en ficheros automatizados de la referida Administración, presentada ante el Gobernador civil de Guipúzcoa

como representante de la misma en la provincia. En concreto pedía que se le comunicara la existencia, la finalidad y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de la Administración del Estado donde obrasen datos personales suyos, así como los datos en cuestión. Hay que tener en cuenta que la pretensión del afectado se interesó cuando ya había suscrito el Estado español el Convenio del Consejo de Europa de 1981 y se había incorporado a nuestro Derecho interno por su publicación en el BOE (15 de noviembre de 1985). La eficacia directa de la Constitución creando derechos sin necesidad de *interpositio legislatoris* y del citado Convenio es otra interesante cuestión que plantea la sentencia, de la cual luego nos ocuparemos. Agotados todos los recursos en vía administrativa y en vía contencioso-administrativa hasta llegar al Tribunal Supremo, el interesado recurrió en amparo por entender que la negativa de la Administración a suministrarle la información solicitada vulnera los derechos fundamentales que contempla el art. 18 de la Constitución. El recurso fue estimado.

## II. EN TORNO A LA CUESTION DE SI SE PUEDE AFIRMAR EN NUESTRO SISTEMA UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL O DE LA PERSONALIDAD

Hay que afirmar, en principio, que del art. 18.4 no puede desprenderse la existencia de un derecho fundamental en materia informática. Es un lugar común entre los autores, afirmar que este precepto se limita a ser un apéndice de los derechos al honor, intimidad e imagen, sin mayor alcance o transcendencia que el recorte en el uso de la informática y su carácter programático(1). Sin embargo, la sentencia que comentamos claramente lo afirma cuando dice textualmente en el fundamento jurídico 6:

Dispone el art. 18.4 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". De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva

---

(1) Por todos CASTELLS ARTECHE, "La limitación informática", en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Prof. García de Enterría*, II, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 913 a 915.

garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".

Posteriormente, sin embargo, sostiene cabalmente lo contrario al considerar que la tutela de la persona frente a la informática es una faceta más del derecho a la intimidad. Así lo parece en el fundamento jurídico 7 cuando expresa:

...como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*).

De manera más clara, en el sexto epígrafe del mismo fundamento vuelve a decir:

Esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración Pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos...

En el fundamento jurídico 8 insiste en la afirmación de la amenaza que de la informática es para el derecho a la intimidad cuando a

modo de conclusión dice que “la Administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección”.

Estas contradicciones de la sentencia tienen –creemos– una explicación, como posteriormente se verá.

Pero, antes de entrar en el tema queremos dejar sentado nuestro punto de vista –evidenciado por el propio título del trabajo– contrario a considerar conceptos encontrados y divergentes el de derechos de la personalidad y derechos fundamentales como defienden DE ANGEL y ROGEL VIDE(2). Nos adherimos a la posición que renuncia a establecer tajantes diferencias, son conceptualmente el mismo derecho(3), porque la materia sobre la que recaen es la misma, es decir, las manifestaciones o cualidades de la persona, aparte de que también nuestra Constitución recoge como fundamentales todos los derechos de la personalidad(4). Como dice MONTES PENADES se hace necesario integrar las categorías de los derechos de la personalidad y de los fundamentales(5), punto de vista más enriquecedor y fecundo como pers-

---

(2) DE ANGEL YAGÜEZ, “La protección de la personalidad en el Derecho privado”, *RDN*, 1974, pp. 14 y 15; y ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pp. 162 y ss.

(3) De esta opinión son DIEZ PICAZO y GULLON (*Sistema de Derecho Civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 340), que añaden que sólo se podrá hablar de derecho de la personalidad simplemente cuando no lo haya recogido como derecho fundamental por el legislador constitucional. ALBADALEJO (*Derecho Civil*, I-2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 50), aunque directamente no lo afirma, lo presupone al aludir a la consagración constitucional de estos derechos. MONTES PENADES (*Derecho Civil*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 58 y 59) que se pronuncia abiertamente partidario de integrar las categorías de los derechos de la personalidad y de los fundamentales. También LOPEZ JACOISTE, “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *ADC*, 1986, p. 1110.

(4) La Constitución –dice MONTES PENADES– (ob. cit., pp. 35 y 36), recoge todos los tipos o supuestos de derechos de la personalidad salvo la fama, el llamado derecho moral de autor, el nombre y el denominado derecho al cambio del sexo. Pero, es más que discutible –continúa este autor– que la fama pueda ser entendida como un bien distinto del honor y por ende susceptible de protección y tutela independiente, no obstante la autorizada opinión que entiende lo contrario. Discutible es también –añade– el derecho moral de autor, y además podría pensarse que está recogido, bien que indirectamente, en el art. 20.1.b) de la Constitución. El derecho al cambio de sexo carecía hasta la fecha de un reconocimiento, que parece haberle dado la jurisprudencia más reciente: es lógico y más que razonable que no haya sido citado en la Constitución, al menos *expressis verbis* [...]. Luego el cambio de sexo entra en nuestro sistema como un derecho fundamental [...]. Que sea además un derecho de la personalidad no se ha de descartar. Respecto al derecho al nombre, termina afirmando igualmente su carácter de derecho fundamental en base a que la identidad es presupuesto del libre desarrollo de la personalidad que proclama el art. 10.1 de la Constitución y en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York.

(5) MONTES PENADES, ob. cit., pp. 58 y 59.

pectiva metodológica que una dialéctica divergente entre los mismos.

Entrando ya en la cuestión de si estamos ante un nuevo derecho(6), examinaremos separadamente los criterios que al respecto existen en el Derecho comparado.

### 1. *El fundamento de la tutela de los datos personales en los Estados Unidos: La privacy*

En los Estados Unidos, los derechos del individuo en este ámbito se residencian conceptualmente en la *privacy*, que constituye un derecho constitucional no expresamente reconocido en la Constitución americana, pero que la Corte Suprema de los Estados Unidos lo funda en la cuarta enmienda de la misma(7). No en vano, la Ley americana que regula los ficheros automatizados recibió el nombre de *Privacy Act*.

En cuanto al concepto de *privacy* se correspondería con el castellano intimidad, pero entendiéndola de una manera mucho más amplia que el mero poder de exclusión del conocimiento de los demás de la esfera personal, que es la idea que todavía hoy está extendida entre nosotros. La *privacy* en Estados Unidos, actualmente, traduce una idea íntimamente conexas con la libertad de la persona, aunque el concepto de *privacy* haya evolucionado desde que fuese introducido en el Derecho norteamericano a finales del siglo XIX(8). Desde una consi-

---

(6) La posibilidad de crear nuevos derechos de esta índole ha sido afirmada tanto en *sedes materiae* de derechos fundamentales como en la de los derechos de la personalidad. Así PEREZ LUÑO (*Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Cuadernos y Debates, 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 143) afirma que los derechos fundamentales constituyen una categoría histórica, añadiendo que lo que sean los derechos humanos tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados. En el marco de los derechos de la personalidad a favor de una lista abierta y sujeta a los avatares y circunstancias cambiantes de la vida social, se pronuncia DE ANGEL, "La protección de la personalidad...", ob. cit., p. 55; CLAVERIA GOSALBEZ, "Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad", *Estudio homenaje al Prof. Beltrán de Heredia*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p. 115; DIEZ PICAZO y GULLON, "Sistema...", I, ob. cit., p. 338; y MONTES PENADES, "Derecho Civil", ob. cit., p. 41, que lo argumenta apoyándose en el art. 10.1 de la Constitución, particularmente por la referencia genérica que realiza a los "derechos inviolables que son inherentes" a la persona y al "libre desarrollo de la personalidad".

(7) El tenor literal de la IV enmienda es el siguiente: No podrá la fuerza pública o de la justicia practicar registros o confiscar bienes en las casas de los ciudadanos, ni intervenir en sus papeles y documentos, o en sus personas, si no es de acuerdo con la ley y mandamiento judicial.

(8) El concepto de *privacy* se atribuye a los juristas WARREN y BRANDEIS en un famoso artículo que publicaron en la "Harvard Law Review" en el año 1890 en el cual se trató de argumentar el derecho de cada uno a ser dejado solo (*the right to be let alone*),

deración como derecho a ser dejado solo, la *privacy* ha ido ampliándose de una manera sorprendente, merced a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Para darse una idea del alcance del *right of privacy* en Estados Unidos, hay que tener en cuenta que abarca desde la mera tutela del domicilio y en general la esfera inmaterial de la persona en todo lo que desea tener reservado, hasta la misma propiedad privada(9). Pero no sólo lo anterior, también encuentra su fundamento en el derecho a la *privacy*, la facultad de guardar silencio sobre opiniones, actividades, afiliaciones políticas propias o de otros, el derecho de las asociaciones a no comunicar el elenco de sus miembros; también una tutela de tipo instrumental, pues la Corte Suprema ha entendido que ser obligado a declarar opiniones (que constituyen un atentado a la *privacy*), puede de hecho constituir un freno al seguro goce de libertad de opinión y de asociación protegida en la primera enmienda(10). Se afirma, en efecto, que la persona que sabe que sus opiniones o comportamientos van a ser conocidos o investigados, se encontrará coarta-

---

que es la fórmula en la cual más comúnmente se identifica desde entonces el contenido del derecho a la *privacy*, derecho de carácter negativo, individualista, semejante a la propiedad, en el sentido de excluir a los demás del conocimiento de noticias, especialmente frente a la prensa (en este sentido cfr. GARCIA SAN MIGUEL, "La intimidad como límite de la libertad de expresión", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 16 y 17; ROPPO, *Informatica, tutela della privacy e diritti di libertà*, Giuffrè Ed Milano 1985, pp. 16 y 17; y ALPA, "Privacy e statuto dell'informazione", en *Banche dati telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, p. 234. Como antecedente más remoto se atribuye al Juez Cooley y la definición del derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado solo: vid. FARIÑAS MATONI, "El derecho a la intimidad", Trivium, Madrid, 1983, p. 347.

(9) Cfr. el estudio de ROPPO, "I diritti della personalità", en *Banche dati telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, pp. 64 y 65 y también PAGANO, "Tutela dei dati personali: evoluzione della legislazione europea e stato del dibattito" *Informatica e Diritto*, anno XII/settembre-dicembre, 1986, p. 69.

(10) ROPPO ("I diritti...", ob. cit., pp. 67 y 68) añade junto a los anteriores muchos otros casos resueltos, realizando un extenso repaso de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema en todos los cuales la solución se ha basado en la *privacy*; también se ha residenciado en la *privacy* el derecho absoluto de la mujer a interrumpir el embarazo dentro de los tres primeros meses, el derecho a detentar en la propia casa material pornográfico (no en cualquier lugar), el derecho a la práctica de la sodomía entre adultos y también son muchos los ejemplos en el ámbito escolar, a saber: las medidas que sancionan a los estudiantes (normalmente con la expulsión) por contraer matrimonio, por la promiscuidad sexual o por el embarazo, se consideran inconstitucionales por atentar a la *privacy* e igualmente ocurre respecto a los maestros cuando se les intenta penalizar por conductas tales como el embarazo fuera del matrimonio, la convivencia extramatrimonial, la homosexualidad o el adulterio (pp. 70 a 72). ROPPO (cit., p. 73) termina afirmando que la reseña de esta última serie de casos confirma un dato subrayado por los observadores: el ámbito más frecuente donde aparecen problemas de tutela de la *privacy* es el que atañe a cuestiones de procreación, matrimonio, vida de familia (*matter of protection, marriage and family life*) o bien comportamientos sexuales externos a la esfera familiar.

da para llevarlos a la práctica y esto hiere la sensibilidad americana a la libertad de acción que proclama la primera enmienda(11). Todo lo anterior ha llevado a los juristas norteamericanos a introducir una nueva acepción de la *privacy*. Se trata de la *privacy of autonomy* o *informational privacy*, con la que se intenta señalar el atentado a la persona perpetrado por la simple recogida y catalogación de informaciones, nueva modalidad que se une al concepto tradicional de *privacy of disclosure*, en el que se engloban los atentados provocados por la difusión y revelación de noticias y datos personales cuyo conocimiento está limitado a un círculo restringido(12).

Sin embargo, de ninguna manera, en Estados Unidos se afirma la existencia de un nuevo derecho fundamental de carácter informático y mucho menos de un nuevo derecho de la personalidad (teoría, la de los derechos de la personalidad, desconocida en el mundo jurídico anglosajón). La tutela frente a la informática deviene por tratarse de un atentado al derecho fundamental ya existente, cual es la intimidad (*privacy*), pero adoptando un concepto de intimidad ampliado o extenso por su conexión a la libertad. Efectivamente, en el ámbito de la informática y, sobre todo, frente al Estado, el sujeto que dispone del control de los datos que aquel maneja sobre él puede desarrollar más ampliamente su libertad.

2. *Las teorías que consideran la existencia de un nuevo derecho fundamental en materia de ficheros informáticos de datos personales. El derecho a la autodeterminación informativa en Alemania*

Han sido especialmente los estudiosos del tema en el ámbito del Derecho público y, dentro de éste, autores alemanes e italianos, los que afirman la existencia de un nuevo derecho fundamental en el ámbito de los ficheros automatizados de datos personales, que se denominaría de libertad informática o de autodeterminación informativa (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).

Esta última denominación tiene su origen en la doctrina alemana que comienza a utilizarla desde principios de los años setenta para

---

(11) La I enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es del siguiente tenor: "Se respetará la religión, la libertad de palabra y prensa, el derecho del pueblo a reunirse apaciblemente, y el derecho de petición al gobierno".

(12) Vid. ROPPO, ob. cit., p. 64.

aplicarlo entonces a facetas distintas de la informática, como un aspecto del derecho general a la personalidad(13). Más en concreto se trata de una proyección de la libertad de decisión del individuo necesaria para el fomento de su bienestar privado y para el funcionamiento de una comunidad democrática(14). El derecho a la autodeterminación informativa adquirió rango de derecho fundamental cuando lo consagró como tal el Tribunal Constitucional Federal alemán, por primera vez, en la sentencia de 15 de diciembre de 1983 en el recurso presentado contra una Ley de 25 de marzo 1982 sobre el censo demográfico que se excedió en el número de informaciones que solicitaba de sus ciudadanos(15). El Tribunal extrajo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la competencia de cada individuo de disponer sobre la revelación y el uso de sus datos personales(16). Como dice PODLECH, la autodeterminación informativa junto con la libertad general de acción derivan del derecho al libre desarrollo de la personalidad(17). En cuanto al contenido del derecho a la autodeterminación informativa, DENNINGER aclara que la revelación y el uso de los datos personales, abarca todas las fases de elaboración y uso de datos, o sea, acumulación, transmisión, modificación y cancelación(18).

---

(13) DENNINGER ("El derecho a la autodeterminación informativa", en *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1978, pp. 271 y 272) expresa que ya en 1971 en un informe encargado por el Ministerio Federal del Interior, STEINMÜLLER, LUTTERBECK, MALLMANN y otros, introdujeron la denominación de derecho a la autodeterminación informativa sobre la imagen de una persona o de un grupo de personas, siendo luego generalizada por otros autores a todo tipo de informaciones (cita al efecto a SCHATZSCHNEIDER y PODLECH). Según expone ROPPO ("I diritti...", ob. cit., pp. 79 y 80) el proceso que en Alemania sigue el derecho a la autodeterminación informativa, pasa en primer lugar, por la afirmación de que constituye un derecho de la personalidad, con fundamento constitucional en el derecho general de la personalidad de la Ley Fundamental de Bonn; posteriormente se va a afirmar su carácter de derecho fundamental.

(14) DENNINGER, ob. cit., pp. 272 y 274.

(15) ROPPO ("I diritti...", ob. cit., pp. 81 y 82) explica que la masiva recogida de datos (160 preguntas) destinadas a ser elaboradas electrónicamente, con previsión de multas a los reuñentes, suscitó alarma social en amplios estratos de la sociedad y de la cultura alemana, dando lugar a una oposición organizada y además bajo la sospecha de que el Gobierno no pretendía simplemente finalidades estadísticas, sino asegurarse un control sobre las actividades y sobre las condiciones personales de los ciudadanos.

(16) DENNINGER, ob. cit., p. 273.

(17) PODLECH, "Art. 2 Abs. 1", en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984, pp. 341 y ss.: citado por PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos...", ob. cit., p. 156, nota 20.

(18) DENNINGER, ob. y lug. cit. La sentencia del Tribunal Federal lo define como "la facultad del sujeto de decidir esencialmente lo relativo a la cesión y el uso de los pro-

Por lo expuesto, se comprueba que en Alemania, por un lado, se atribuye gran amplitud a este derecho de autodeterminación informativa, en sintonía con la *Datenschutz* (Ley de protección de Datos alemana) al menos en el ámbito de los ficheros públicos, ya que la ley alemana otorga fuerte poder al afectado sobre sus datos. Por otro lado, destaca el carácter político del derecho, en el sentido de constituir una libertad individual y de defensa de la intimidad del ciudadano, esencialmente, frente al Estado(19).

Pero la afirmación de este nuevo derecho no es pacífica ni siquiera en Alemania(20), señalándose el riesgo de incurrir en una consideración patrimonialista del nuevo derecho de seguir esta corriente, en razón a que induce a pensar que las personas ostentan un derecho de propiedad sobre sus datos(21).

Volviendo al mismo, si comparamos ese derecho a la autodeterminación informativa con la *privacy of autonomy* de los norteamericanos, ambos realizan una clara proyección hacia la libertad del individuo, más acusada si cabe entre los alemanes y con un alto significado democrático, que denota que en los dos países la preocupación por la tutela de la persona frente al tratamiento automatizado de datos se ha proyectado, fundamentalmente, como garantía frente al Estado. No obstante, hay que diferenciar ambos casos, pues si en Alemania se afirma propiamente un nuevo derecho fundamental a la protección del individuo en el ámbito informático, en Estados Unidos permanece conectado con el derecho fundamental de la *privacy*, es decir, sin autonomía propia. Ello no le quita, de ninguna manera, fundamento constitucional a la tutela frente a la informáti-

---

pios datos personales": Vid. SARTOR, "Tutela della personalità e normativa per la protezione dei dati". La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del *Datenschutz*", *Informatica e Diritto*, Studi e ricerche, anno XII/settembre-dicembre, 1986, p. 102 y nota 21.

(19) Según DENNINGER ("El derecho a la autodeterminación...", ob. cit., p. 274), la autodeterminación..., ob. cit., p. 274), la autodeterminación informativa garantiza a cada individuo no sólo el fomento de su bienestar privado individual, al mismo tiempo constituye una condición elemental para el funcionamiento de una comunidad democrática liberal.

(20) Como pone de manifiesto PEREZ LUÑO ("Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", ob. cit., p. 155) no faltan autores que en Alemania conciben la autodeterminación informativa como un aspecto de la vida privada (la intimidad).

(21) Es la opinión de SIMITIS, "Datenschutz. Voraussetzung oder Ende der Kommunikation?", *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, a cargo de N. Horn, C. H. Beck, München, 1982, pp. 513 y ss.; citado por PEREZ LUÑO ("Los derechos humanos...", ob. cit., p. 106).

ca, pues el atentado sigue siendo a un derecho fundamental, cual es la *privacy*.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el fundamento constitucional de la protección de la persona por la utilización informática de sus datos personales, es decir, la afirmación de que se trata de un derecho frente al Estado, no debe ensombrecer ni hacer olvidar, que el peligro del uso de la informática puede provenir también de los particulares. Lo demuestra claramente la LORTAD cuando distingue nítidamente los ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada, para someterlos cada uno a regímenes en muchos aspectos diversos. Desde ese enfoque puede resultar preterida la esencia de la tutela frente a la informática: el tratarse de una protección de la persona humana. En otras palabras, las construcciones examinadas parecen olvidar la faceta de los derechos de la personalidad implicada en el tema informático. Acaso estos puntos de vista encuentren explicación por el hecho de que en los años setenta la protección de la persona frente a los ordenadores era esencialmente frente a los Estados, en tanto que eran los que prácticamente disponían de medios para poseer y utilizar los instrumentos informáticos. Pero, cuando en los años ochenta el progreso técnico extiende el uso del ordenador a todas las actividades de organización y hasta en los hogares (con el ordenador personal) y cuando más tarde aparece la telemática que permite conectar a cualquiera –que disponga de un elemental dispositivo– con bases de datos, el peligro puede provenir de cualquier fuente, no sólo el Estado, sino también los particulares. Con esto lo que queremos poner de manifiesto –según ya afirmamos– es que el derecho en cuestión posee también una faceta *ius privatista*, o sea, que aparte de su naturaleza de fundamental, también la tiene de derecho de la personalidad.

### 3. *La afirmación del nuevo derecho fundamental en la doctrina italiana y española. Crítica del denominado derecho a la privacidad*

En la doctrina italiana los autores están divididos entre los que afirman la sustantividad de este nuevo derecho de libertad informática –denominación predominante entre los juristas italianos– y los que, simplemente, lo consideran una faceta de la intimidad. Sin embargo, existe unanimidad en considerar la protección de los datos personales frente a la informática, como una temática conexas en mayor o menor medida con la *privacy* tal como se entiende en el

Derecho norteamericano, que es seguido muy de cerca por los autores italianos en este tema. La doctrina italiana se inspira hasta tal punto en el modelo de los Estados Unidos, que el término *privacy* ha conseguido suplantar al latino *riservatezza*, fenómeno justificado por autores de la talla de ALPA en razón –dice– a la riqueza de significación del primero que no permite cubrir el segundo(22). Algo parecido intenta nuestra LORTAD al tratar de introducir innecesariamente –a nuestro juicio– el neologismo privacidad. En Italia la utilización del término inglés quizá esté justificado porque el de *riservatezza* tiene un significado excluyente que, precisamente, se pretende superar. Pero eso no ocurre con el término castellano intimidad, puesto que a diferencia de la expresión reserva (que es sinónimo de aislamiento, exclusión, apartamiento), admite un sentido positivo de cierta apertura, que es lo que ocurre con la *privacy* norteamericana. Pensamos que continúa, por tanto, siendo suficiente el concepto de intimidad, resultando superflua semánticamente y distorsionadora la introducción al castellano del término privacidad. No olvidemos que el concepto de privacidad –dada su excesiva abstracción– dista mucho de ser una noción unitaria y exenta de inconvenientes(23). Aparte de esto, es de hacer notar también que el Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos no usa para nada el término privacidad.

De entre los autores italianos que afirman la llamada libertad informática, FROSINI la califica de derecho perteneciente a la personalidad moral, definiéndolo como el derecho de disponer de los propios datos personales, esto es, de controlar la veracidad o exactitud, de impedir la difusión si se trata de datos sensibles o reservados, de verificar la utilización para el fin autorizado(24). El contenido que se le otorga al derecho es más complejo que el que se ha visto entre los alemanes, destacando también en el mismo su carácter positivo, como una nueva forma de desarrollo de la personalidad, frente a las connotaciones de libertad negativa propias del derecho a la intimidad

---

(22) ALPA, *Nuovo Diritto Privato*, Utet, Torino, 1985, p. 273, cita también a RODOTA.

(23) Para PAGANO (“Tutela dei dati...”, ob. cit., p. 72) la noción de *privacy* no está exenta de dificultades a causa de sus imprecisos contornos, como efectivamente pudo comprobarse por la amplitud que recibe el derecho en los Estados Unidos.

(24) FROSINI, “Il nuovo diritto del cittadino”, en *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, a cura di Francesco Riccobono, Giuffrè Ed., Milano, 1991, p. 77; también en el mismo lugar MODUGNO, “La tutela dei nuovi diritti”, p. 123.

actualmente insostenibles en la sociedad contemporánea(25). Nótese también en estas definiciones que se habla de "control de datos", frente a las que predominan en los juristas alemanes que suelen contener afirmaciones de poder de disponer (excluir) de los propios datos.

Con clara influencia alemana, una férrea defensa de la existencia del derecho fundamental a la autodeterminación informativa –y además con esa denominación– realizan en España PEREZ LUÑO, LUCAS MURILLO y DAVARA RODRIGUEZ. El primero lo incluye dentro de los que llama derechos humanos de la tercera generación, junto con el derecho a la paz, los derechos de los consumidores y el de la calidad de vida y medio ambiente(26). PEREZ LUÑO encuentra el fundamento del derecho en los arts. 18.4 y 105. b) de la Constitución, argumentando la conveniencia de su implantación, porque de lo contrario, negarle sustantividad, dificultaría la relación directa de aquel con otros derechos fundamentales, particularmente la posibilidad de realizar una lectura renovada de otros derechos consagrados en la Constitución(27). En favor de este derecho a la autodeterminación informativa, aduce también PEREZ LUÑO que evitaría que quede minimizada y oscurecida su garantía y operatividad si se constituye en mero apéndice de otros valores o derechos constitucionales(28), teniendo en cuenta la importancia que la informática posee como instrumento de poder político que hay que limitar en las sociedades democráticas(29). Por último, PEREZ LUÑO sale al paso también de las evidentes connotaciones excluyentes e individualistas del término autodeterminación informativa –que ya hemos visto algún sector doc-

(25) MODUGNO, ob. y lug. cit.

(26) PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", ob. cit., p. 143 y, del mismo autor, "Intimidad y protección de datos personales: del *habeas corpus* al *habeas data*", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 37.

(27) PEREZ LUÑO ("Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", ob. cit., pp. 158 a 160) considera la conveniencia de la afirmación del nuevo derecho en que permitiría realizar un nexo con preceptos de la Constitución tales como los arts. 1, 9.2, 10.1, y las libertades de los arts. 16 y 20.

(28) Ob. cit., pp. 160 y 161.

(29) Expresa PEREZ LUÑO ("Los derechos humanos...", ob. cit., pp. 138 y 139) que en las sociedades informatizadas del presente, el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a medios coactivos; por ello la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información; y de ahí que pueda afirmarse –continúa PEREZ LUÑO– que la protección de datos personales constituya un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados, es decir, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales.

trinal le reprocha-, rechazando que en ningún caso tenga tal carácter pese a las relaciones que guarda con la intimidad pues ésta ya no se entiende –dice– como facultad de aislamiento, sino como poder de control sobre las informaciones que son relevantes(30).

Por su parte, LUCAS MURILLO, afirmando la existencia del derecho a la autodeterminación informativa en un trabajo publicado con anterioridad a la promulgación de la LORTAD(31), vuelve a reiterarlo posteriormente en otro estudio después de la misma(32). El argumento fundamental en el que este constitucionalista basa su defensa de este nuevo derecho fundamental, reside en la diferencia de lo que se protege en materia de ficheros informáticos y lo que se tutela con el derecho a la intimidad. El concepto de intimidad que –afirma– acoge nuestro ordenamiento jurídico, se limita al ámbito más próximo de la persona, es decir, el de los datos que se revelan a un círculo de relaciones restringidas, pero no se extiende a los datos que se protegen en materia informática(33). También DAVARA es de la opinión que el derecho que se trata de proteger cuando aparece la informática no es la intimidad sino algo con mayor profundidad, que es en lo que consiste la privacidad(34).

Efectivamente, los datos personales que se tutelan en las leyes de protección de datos en general, y en la nuestra en particular, son de todo tipo con tal de que sean personales, pero ello en absoluto autoriza a afirmar, desde nuestro punto de vista, que la intimidad y las leyes de protección de datos se proyecten en un ámbito distinto o protejan una realidad diferente. En primer lugar, este autor parte de un concepto de intimidad de tipo excluyente, ya superado, como luego se verá. En segundo lugar, tal concepto no es en absoluto el que sigue nuestro ordenamiento jurídico y para ello basta con acudir a la Ley Orgánica 1/1982, reguladora del honor, intimidad e imagen, en tanto que consagra un carácter relativo de estos derechos –sobre todo de la

---

(30) Ob. cit., p. 157; recoge también PEREZ LUÑO una definición de PODLECH para confirmar esa nueva concepción de la intimidad, que no nos parece enteramente adecuada, pues entenderla como “facultad de elección sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen”, es alusiva a poder de exclusión.

(31) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

(32) LUCAS DE MURILLO DE LA CUEVA, *La protección de los datos personales...*, ob. cit., pp. 7 y ss.

(33) LUCAS MURILLO, “El derecho a la autodeterminación...”, ob. cit., p. 96 y “La protección de los datos...”, ob. cit., pp. 15 y 16.

(34) DAVARA RODRIGUEZ, *Derecho informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 56.

intimidad- (art. 2.1), y en la propia Jurisprudencia constitucional a propósito de los conflictos con el derecho a informar, que ha establecido reiteradas veces la supremacía de éste, mucho mayor cuando se trata de personas públicas(35). En tercero y último lugar, afirmar que las leyes de datos protegen un ámbito distinto de la intimidad, supone olvidar que el mayor peligro de la informática no proviene del almacenamiento de tales o cuales datos, sino del tratamiento automatizado de los mismos.

Son muy pocos los tipos de datos cuyo conocimiento en sí mismo afecta a la intimidad, sino que todo depende propiamente de la utilización automatizada que se haga de ellos. De ahí que la LORTAD distinga en todo momento entre fichero y tratamiento de datos. El atentado contra la intimidad por el uso de la informática puede provenir, no sólo de la recogida y almacenamiento de datos pertenecientes a la esfera de la intimidad en sí, sino de la capacidad de almacenamiento y de las relaciones (tratamientos) susceptibles de realizar entre las más diversas informaciones o datos íntimos o neutros, inocuos o triviales y las conclusiones a que pueden llegar los ordenadores una vez tratados el conjunto de los mismos(36). Esas conclusiones pueden atentar tanto o más contra la intimidad, aunque partan de datos no íntimos. RODOTA, hace ya algunos años advirtió de este peligro para el individuo y de que la falta de defensa hacia el nuevo poder de la cibernética es tanto mayor y más invasora, cuanto más ligada a los actos de la vida cotidiana(37). En efecto, como dice GIANNANTONIO, la posibili-

---

(35) MARTINEZ DE PISON CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 142 a 144, donde recoge abundante jurisprudencia. También O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991, p. 90. Asimismo, BUSTOS PUECHE, "Los límites de los derechos de libre expresión e información según la Jurisprudencia", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, en especial pp. 148 a 156, donde realiza una cuidada síntesis de los supuestos en los que la intromisión en la intimidad está justificada.

(36) KAYSER (*La protección de la vie privée*, editado por Economica y Presses Univ. d'Aix-Marseille, Paris y Aix-en-Provence, 1984, p. 215) hace notar que los datos así almacenados no son pura y simplemente añadidos los unos a los otros como lo han sido siempre los ficheros ordinarios; pueden ser relacionados a base de tratamientos y procesos que permiten realizar combinaciones variadas susceptibles de muchas aplicaciones; a título de ejemplo, dice KAYSER que un banco médico y escolar relativo a niños es susceptible de indicar si éstos están sujetos a afecciones congénitas, cuáles han sido sus incidentes de salud, cómo se han desarrollado sus estudios hasta el momento, si resultan aptos para continuarlos, qué carreras corresponderían mejor a sus capacidades, etc.

(37) RODOTA, S., *Elaboratori elettronico e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 16.

dad de acumular informaciones en cantidad ilimitada sobre los más minuciosos actos de la vida cotidiana de cada uno de los individuos, sobre sus condiciones físicas, mentales, económicas, sobre lugares o sobre las personas que frecuenta, sobre lo que lee, sobre sus opiniones políticas y religiosas; la capacidad propia del ordenador le permite confrontar y agregar los datos más diversos entre sí en modo de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse, de los actos más banales del individuo, a los más íntimos o secretos(38). Pero es que, además, en los últimos años, el peligro que la informática representa se ha multiplicado en razón a las posibilidades que brinda la telemática, que permite interconectar muchos ordenadores y acceder a más informaciones y datos. La conclusión de todo lo expuesto es obvia: en materia informática no tiene caso distinguir entre informaciones íntimas y las que no lo son, porque esta tecnología posee la capacidad de transformar estas últimas en informaciones íntimas.

Otro argumento que aduce LUCAS MURILLO para afirmar la sustantividad del derecho fundamental a la autodeterminación informativa es el de eludir el problema que representa la extensión del concepto de intimidad(39), frente a lo cual cabría objetar que no se trata de ampliar el concepto de intimidad, sino de reformularlo –como veremos luego– con una dimensión más social y no individualista. Aduce algún razonamiento más(40) y termina, para rubricar su postura, apoyándose en la propia LORTAD –cuando dice en su exposición de motivos que la privacidad es más amplia que la intimidad–, afirmando que la autodeterminación informativa coincide con el concepto de privacidad que utiliza la LORTAD y que el derecho a la privacidad constituye un derecho fundamental(41).

La conclusión a que llega LUCAS MURILLO es, desde nuestro punto de vista, rechazable. Por un lado, si lo que propone este autor es

---

(38) GIANNANTONIO, "Introduzione all'informatica giuridica", ob. cit., p. 215.

(39) LUCAS MURILLO, "La protección de los datos...", ob. cit., p. 17.

(40) Resulta aconsejable, además, según LUCAS MURILLO (ob. cit., p. 17), apartar el tema informático de la intimidad debido a la especificidad y complejas características del mismo, alejado del mecanismo normativo típico –prohibición, sanción por el incumplimiento y medidas complementarias– que sigue el derecho a la intimidad. No compartimos tampoco este argumento del constitucionalista, pues la LORTAD adopta el único sistema normativo que existe, que es el de crear derechos, deberes, cargas, prohibiciones y sanciones; lo nuevo son los derechos que crea, pero eso ocurre con todo fenómeno jurídico que se regula *ex novo*.

(41) LUCAS MURILLO, ob. cit., p. 20.

afirmar que la privacidad es un derecho distinto al de la intimidad(42), este punto de vista es insostenible con sólo recordar el contenido que posee la *privacy* norteamericana en la que se inspira el término castellanizado, cuyo núcleo –según se vio– es siempre el respeto a la vida privada o, lo que es lo mismo, la intimidad. Por otro lado, si lo que LUCAS propone significa –como también parece pretender la LORTAD– que el concepto de privacidad se aplique a la informática exclusivamente, mientras que el de intimidad a otros ámbitos, tampoco nos parece argumento suficiente. No hay ninguna razón para hacer distingos. En todos los ámbitos o parcelas se trata de tutelar la intimidad, sin que sea necesario introducir neologismos. La STC 254/1993 no utiliza en ningún momento la expresión privacidad. En cuanto a la LORTAD sólo alude a la misma en la exposición de motivos, mas no en el articulado, lo cual no deja de resultar significativo en el sentido de poner de manifiesto las dudas del legislador sobre su adopción, ya que de haberlo tenido claro lo habría recogido en el art. 1(43). Ni que decir tiene que la referencia a la privacidad que realiza la LORTAD, por realizarse en la exposición de motivos, tiene una función meramente interpretativa, careciendo del menor valor normativo. Desde nuestro punto de vista, lo que la informática ha significado es una ampliación del concepto del derecho a la intimidad. Más exactamente: el término privacidad que indebidamente recoge la LORTAD y el profesor LUCAS pretende introducir, es el mismo derecho a la intimidad sólo que reformulado y actualizado en función de las necesidades que demanda el cambio social y tecnológico. Estas consideraciones serán más ampliamente fundamentadas en las páginas que siguen.

Pero, con independencia de todo ello, hay otra petición de principio en el planteamiento de LUCAS MURILLO. La protección de la persona

---

(42) También parece mantener este punto de vista HERRERO TEJEDOR (*Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pp. 40 y 78 ss.) que se refiere a la intimidad y la privacidad como realidades conceptualmente distintas.

(43) La referencia que realiza la exposición de motivos de la LORTAD a la privacidad resulta además innecesaria, pues tras afirmar que la privacidad constituye un conjunto más amplio de facetas de la personalidad que la intimidad –relativa a datos singularmente reservados– añade en relación a estas facetas que: "...aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que *éste tiene derecho a mantener reservado...*". En definitiva, lo subrayado demuestra lo que hemos repetido varias veces, es decir, que el atentado que provoca la informática termina siendo a la intimidad, porque ese precipitado es íntimo. Como ya se dijo antes, una cosa es el dato y otra el uso que se haga del mismo. Lo que ha ocurrido es que el legislador ha confundido el resultado con los medios.

en materia de ficheros y tratamientos automatizados no puede polarizarse exclusivamente en una amenaza para la intimidad o la vida privada, sino también como un peligro para las libertades, según –ya vimos– enfatiza la doctrina alemana y en España señala PEREZ LUÑO. La amenaza que para la libertad comporta la informática, la expresa la misma LORTAD en su art. 1, al igual que todas las leyes de protección de datos, que siempre comienzan manifestando la necesidad de proteger no sólo la intimidad, sino también otros derechos de la persona (libertad y honor) distintos de lo que el término privacidad permitiría dar a entender. De todo ello nos vamos a ocupar inmediatamente.

#### 4. *La protección frente a la informática como tutela de derechos fundamentales o de la personalidad ya formulados*

La gran mayoría de los autores que han estudiado el tema, sin pronunciarse por la conveniencia o necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental o de la personalidad, simplemente estudian el tema presuponiendo que se trata de proteger derechos de la persona ya existentes, fundamentalmente la intimidad, pero también las libertades del sujeto y el honor. Esta posición predomina en Francia(44), en Italia(45) y en la doctrina española, tanto entre civilistas(46), como entre estudiosos de otras disciplinas jurídicas(47). Claramente lo afir-

---

(44) KAYSER (“La protection de la vie privée”, ob. cit., pp. 130 y 131) recoge diversos informes de la “Commission informatique et libertés”, poniendo de relieve que el peligro que puede suponer la informática afecta a las libertades, a la alteración de la personalidad –por informaciones inexactas o incompletas– y al secreto de la vida privada. En Francia el concepto que se maneja paralelo al nuestro de intimidad, es el de vida privada. Cfr. también TEYSSIE, *Droit Civil, Les personnes*, Litec, Paris, sin fecha, pp. 28 y 29.

(45) ALPA, “Nuovo Diritto Privato”, ob. cit., p. 272, FROSINI, “Il nuovo diritto del cittadino”, ob. cit., p. 77, GIANNANTONIO, E., *Introduzione all’informatica giuridica*, Giuffré Ed., Milano, 1984, p. 217. MIRABELLI, “Banche dati e temperamento...”, ob. cit., p. 159. ROPPO, “Informatica, tutela della...”, ob. cit., p. 15.

(46) Los únicos civilistas que se han referido al tema en España presuponen que el peligro de la informática es para el derecho a la intimidad: FERNANDEZ COSTALES, “La aplicación y la incidencia de la informática en el ámbito del Derecho civil”, *RGLI*, 1985, p. 520; DIEZ PICAZO y GULLON, “Sistema de Derecho Civil”, I, ob. cit., pp. 366 y 367; y RIVERO HERNANDEZ-LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, I-2.º, ob. cit., p. 74.

(47) DE MIGUEL CASTAÑO, “Derecho a la intimidad frente a derecho a la información...”, ob. cit., p. 320. HERRERO TEJEDOR, “Honor, intimidad y propia imagen”, ob. cit., p. 40. VELAZQUEZ BAUTISTA (*Protección jurídica de datos personales automatizados*, Ed. Colex, Madrid, 1993, pp. 41 y 42) enfatiza que no es sólo en la intimidad en la que ha de polarizarse el tratamiento de datos, sino también en las libertades.

ma también nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 254/1993, cuando dice que estamos ante un instituto de garantía de otros derechos fundamentales (fundamento jurídico 6), aunque, como ya sabemos, en la misma sentencia se contradice afirmando cabalmente lo contrario.

Sobre los derechos de la personalidad que se trata de tutelar frente a la informática, el atentado a la misma puede producirse, en primer lugar, hacia la libertad de la persona, lo cual parece olvidarlo el Tribunal Constitucional en la sentencia 254/1993. Resulta de lo más elemental –y ya lo hemos visto al referirnos a la Jurisprudencia norteamericana– que el individuo que se siente vigilado y sus datos controlados, puede resultar condicionado en el libre desarrollo de su personalidad. En cuanto a la amenaza que la informática puede producir al honor, la propia LORTAD ya lo advierte expresamente en el art. 1 y aunque, ciertamente, serán mínimos los casos en que se produzcan atentados al honor, no puede menospreciarse<sup>(48)</sup>. Derechos tales como el de rectificación o cancelación de datos inexactos (arts. 15 y 16 de la LORTAD) o las obligaciones del responsable del fichero, tales como la de puesta al día (art. 4.3) y la de seguridad para evitar alteraciones de los datos (art. 9), están considerando el peligro que esa falta de correspondencia de los datos con la realidad puede suponer al honor o fama de la persona afectada. Estos derechos y obligaciones también están pensados para prevenir frente a una ilegítima alteración de su personalidad, aspecto éste que ha merecido la atención de la doctrina francesa<sup>(49)</sup>, como un atentado a la identidad de la persona por alteración de la personalidad que no siempre comportará también un atentado contra el honor, aunque pueden concurrir. En ambos casos, el afectado podrá hacer valer el derecho de rectificación de datos inexactos o incompletos que establece la LORTAD, derecho de rectificación que es una aplicación informática del mismo derecho regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. Pero el mayor peligro de la informática, evidentemente, concierne a la intimidad. Es

---

También se refiere al atentado a libertad y no sólo a la intimidad: MARTINEZ DE PISON CAVERO, "El derecho a la intimidad...", pp. 146 a 149; FUENTE MUÑOZ, "El derecho a la intimidad en la Constitución", ADC, 1980, pp. 924 y 925; y PEREZ LUÑO ("Intimidad y protección de datos personales...", ob. cit., pp. 158 y 162), habla, por un lado, de la estrecha conexión del derecho de autodeterminación informativa con la intimidad, pero también con la libertad.

(48) LUCAS MURILLO ("La protección de los datos...", ob. cit., p. 14) minimiza en exceso el peligro de la informática para el derecho al honor.

(49) Vid. KAYSER, "La protection de la vie...", ob. cit., pp. 76, 84 y 85.

este derecho de la personalidad el que principalmente late como prevalente preocupación en todas las leyes de protección de datos informáticos del mundo y en la nuestra también.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, no parece que haya razones suficientes para afirmar que la protección de la persona frente a la utilización de ficheros y tratamientos automatizados de datos personales, comporte la existencia de un nuevo derecho de la personalidad. Pero, examinemos los intereses que confluyen en torno a la utilización de esta nueva tecnología. En este tema surge un complejo conflicto de intereses que ALPA describe como el que tiene lugar entre quienes pretenden recoger datos para posteriormente hacer un uso público o privado de las informaciones y aquellos que supuestamente tienen los datos celosamente custodiados y no desean comunicar a otro; el problema está en que si prevalece la exigencia del conocimiento, se sacrifica el secreto y si, en cambio, se protege a éste, sufre la transparencia informativa de la actividad pública y privada(50). Hay que tener en cuenta también, que la utilización de la informática afecta al desarrollo y eficacia de gran número de actividades que es impensable que puedan prescindir del uso informático de datos personales. Pensemos que inclinar la balanza en exceso al interés privado, al secreto, favorecería una mayor patrimonialización del derecho a la intimidad, tal como ha ocurrido en España con la Ley 1/1982(51), frente al cual habría de sacrificarse el interés general del derecho-libertad de información, al que ya sabemos que se le otorga supremacía sobre la intimidad. Pero es que, además, la informática resulta irreversible como instrumento de acceso a la cultura, de progreso científico y de tecnología para el desarrollo de las modernas organizaciones sociales(52), es decir, tanto las empresas y entes privados como las Administraciones Públicas necesitan para el adecuado cumplimiento de sus fines la informática.

El conflicto de intereses expuesto, pone en evidencia que no estamos ante un nuevo problema, sino ante el ya conocido enfrentamiento

---

(50) ALPA, "Privacy e statuto dell'informazione", en *Banche dati telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, p. 196. PAGANO ("Tutela dei dati...", ob. cit., pp. 73 y 74), igualmente, considera que la informática constituye un problema que no se puede reducir a una exclusiva cuestión de *privacy*, sino teniendo en cuenta su estrecha ligazón con la libertad de información.

(51) Severas críticas realiza ROJO AJURIA ("La tutela civil del derecho a la intimidad", *ADC*, 1986, I, pp. 142 a 147) a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, achacándole una excesiva tendencia patrimonialista.

(52) ROPPO, "Informatica...", ob. cit., pp. 18 y 19.

entre la intimidad, honor, etc., y el derecho a la información. Sólo se trata de una nueva tecnología, una nueva posibilidad de atentar contra diversos derechos de la persona, especialmente la intimidad, que a lo sumo plantea un enfoque renovado del concepto de la intimidad. Dice ROPPO que entre las posturas que rechazan de plano estas tecnologías como un factor de peligro y las que las alaban desmedidamente, ha de adoptarse un criterio de equilibrio, ese criterio se condensa en la fórmula de construir una nueva intimidad que se podría sintetizar en el eslogan “del secreto al control”(53). Este es el punto de vista que mayoritariamente sigue la doctrina italiana, estimando que el tema de la protección en materia informática, supone la necesidad de reconsiderar el concepto de intimidad, sin plantearse la creación de un nuevo derecho fundamental o de la personalidad.

5. *Una nueva manera de entender el derecho a la intimidad:  
Derecho a controlar las informaciones*

La intimidad (o *privacy* que es el término que usan los juristas italianos, como ya sabemos) la entiende ALPA con contornos colectivos(54), de manera que considerando superada la época de la defensa de la “ciudadela privada”, en el tiempo de los bancos de datos, no es cuestión de custodiar un espacio vital, sino de controlar la esfera de reserva que cada uno lleva dentro de sí y que resulta hoy transparente al conocimiento organizado de los aparatos públicos y privados(55). GIANNANTONIO señala la insuficiencia de continuar actualmente con un concepto de derecho a la intimidad construido como derecho a la no ingerencia por parte de los terceros, puesto que comportaría la prohibición de la recogida de datos salvo con el consentimiento, el cual es instrumento adecuado para los fuertes pero claramente insuficiente en manos de los más débiles(56). La solución pasa –continúa GIANNANTONIO–, de una parte, por reconocer, la necesidad de la

---

(53) ROPPO, ob. cit., pp. 21 y 22. E igualmente ALPA (“*Privacy...*”, ob. cit., p. 198) dice que el dilema no es prohibir o admitir la recogida de información, sino de selección de la información y de control de la misma.

(54) ALPA, “*Nuovo Diritto...*”, ob. cit., p. 280, recoge una idea de RODOTA que califica de burguesa e individualista la *privacy* entendida como “casa fortaleza” que favorece el egocentrismo, frente a la “casa vitrina” que privilegia los intercambios sociales.

(55) *Idem*, p. 273.

(56) GIANNANTONIO, «*Introduzione...*», ob. cit., pp. 217 y 218.

recogida de las informaciones personales, y de otra, por conceder eficaces instrumentos de control; no se puede configurar el derecho a la intimidad como derecho a ser dejado en paz, sino como el poder de controlar el uso que otros hagan de las informaciones relativas a un determinado sujeto(57). La *privacy* –añade ROPPO– no tiene un carácter excluyente, por encima de ella está la exigencia de que los datos de los sujetos sean adquiridos, detentados y organizados(58).

Entre los autores españoles, una idea similar de la intimidad ha sido recogida por RIVERO HERNANDEZ –no exclusivamente para el tema informático–, considerando superado el concepto excluyente de intimidad de visión cuasi propietaria de la misma, postulando la necesidad de integrar en aquel derecho un aspecto positivo, relativo al control de su titular de los datos e información concernientes a la propia persona(59). También habla de dos aspectos de la intimidad, uno negativo (de exclusión) y otro positivo (de control de informaciones) O'CALLAGHAN MUÑOZ(60) y en el mismo sentido ROJO AJURIA, criticando el excesivo patrimonialismo de la Ley del 82, se adhiere a una concepción de la intimidad como poder de contenido positivo de control de informaciones(61). De manera igualmente general para todos los atentados al derecho a la intimidad, MARTINEZ DE PISON aduce el carácter social del concepto de intimidad(62), sólo comprensible desde la óptica de la comunidad(63), para terminar afirmando la conveniencia de un concepto de la misma que la contemple no solamente como un derecho garantista (*status* negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sino, al propio tiempo, como un derecho activo, de control sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto(64). Un concepto de intimidad en exceso

(57) *Idem*, p. 218.

(58) ROPPO, *ob. cit.*, pp. 22 y 23.

(59) RIVERO HERNÁNDEZ-LACRUZ BERDEJO, "Elementos de Derecho Civil", I-2.º, *ob. cit.*, p. 74.

(60) O'CALLAGHAN MUÑOZ, "El derecho a la intimidad", *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, p. 647.

(61) ROJO AJURIA, "La tutela civil del derecho a la intimidad", *ob. cit.*, p. 148. Un criterio parecido sustenta FARIÑAS MATONI, "El derecho a la intimidad", *ob. cit.*, p. 352.

(62) MARTINEZ DE PISON ("El derecho a la intimidad...", *ob. cit.*, p. 55), se pregunta ¿hasta qué punto una esfera de lo íntimo en soledad es realmente una manifestación de la noción de intimidad?

(63) MARTINEZ DE PISON (*ob. cit.*, p. 63), recogiendo doctrina norteamericana sobre la *privacy*, añade que la intimidad sólo cobra sentido en el marco de un complicado ritual social.

(64) *Idem*, p. 66.

social, hasta el punto de rechazar la existencia de esfera ninguna del individuo cerrada al conocimiento de los demás sostiene PRADA ALVAREZ-BUYLLA(65), pues ello equivaldría a desnaturalizar el derecho. Mitigar las connotaciones personalistas y patrimonialistas no puede llegar a hacerle perder su condición de derecho de la persona.

Particularmente para el tema informático, esa nueva forma de concebir el derecho a la intimidad como poder de control la acoge el Tribunal Constitucional en la sentencia base de este estudio como antes se vio (fundamento jurídico 7)(66) y también autores como PEREZ LUÑO(67), DE MIGUEL CASTAÑO(68) y –no tan claramente– VELAZQUEZ BAUTISTA(69).

Esta nueva manera de concebir el derecho a la intimidad a la que nosotros nos adherimos, no significa suprimir la facultad de impedir el uso de ciertas informaciones a terceros, como ocurre con los llamados datos sensibles, pero, ineludiblemente esa facultad de exclusión en los casos en que se admita, ha de ser integrada con esa faceta positiva de control que es –si cabe– de mayor importancia que la anterior(70). Esta faceta positiva, en definitiva, presupone el derecho de manejar informaciones o datos de los demás, aunque siempre bajo el control del afectado. Este concepto de intimidad que nosotros propugnamos no lo es con exclusiva aplicación al ámbito informático, sino en general para toda realidad o medio técnico de transmisión de información con el

(65) PRADA ALVAREZ-BUYLLA, "La publicidad registral y el derecho a la intimidad", *RCDI*, 1992, pp. 1122 y 1139.

(66) En la última parte del fundamento jurídico 7, el TC afirma textualmente: "...Esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en las facultades puramente negativas de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración Pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos..."

(67) PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos...", ob. cit., p. 157.

(68) DE MIGUEL CASTAÑO, "Derecho a la intimidad...", ob. cit., p. 337.

(69) VELAZQUEZ BAUTISTA ("Protección jurídica...", ob. cit., p. 68) al referirse al derecho de intimidad dice que hay que abandonar su configuración semejante a la propiedad.

(70) DIEZ PICAZO y GULLON ("Sistema...", I, ob. cit., p. 338) en aras de esa necesidad de superar la perspectiva patrimonialista de los derechos de la personalidad, afirman que no pueden caracterizarse simplemente por poderes de exclusión, su exigencia requiere como premisa previa reconocer una potestad de actuación al favorecido con ella.

que el derecho pueda entrar en conflicto. Estamos convencidos de la conveniencia de introducir esta nueva forma comunitaria y social de concebir la intimidad, con objeto de superar la excesiva patrimonialización que la intimidad viene alcanzando, sobre todo desde la Ley Orgánica de 1982 y que también se extiende a otros derechos de la personalidad. Se muestra aquí que el acercar la construcción jurídica de los derechos de la personalidad a la de los derechos fundamentales puede contribuir a desechar esa –tan denostada por todos los civilistas– óptica patrimonialista de los derechos de la personalidad.

En lo que concierne a la LORTAD, la afirmación de esa actualizada manera de entender el derecho a la intimidad encuentra clara confirmación, desde el momento en que la misma combina una protección contra el uso informático de datos personales que, por un lado, concede un papel de cierta importancia al consentimiento (carácter excluyente) y, por otro, sustrae del consentimiento, es decir, de la posibilidad de que el sujeto pueda impedir la utilización de sus datos, a buen número de ficheros y tratamientos de datos personales por particulares y organismos públicos. Lo que no falta en nuestra Ley de protección de datos, es el establecimiento de un conjunto de facultades y derechos de controlar el uso de los datos (que se utilicen para la finalidad prevista, que se cancelen cumplida aquélla, que se pongan al día, etc).

6. *¿Es conveniente afirmar un nuevo derecho fundamental en materia informática en el Derecho español?*

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, desde el punto de vista jurídico estricto, no hay razones para afirmar que la utilización informática de datos personales, requiere la introducción de un nuevo derecho de la personalidad o fundamental. Por el contrario, resulta más conveniente, desde el punto de vista doctrinal, profundizar en la tan necesitada reformulación de los derechos de la personalidad que comporta esa nueva manera de entender el derecho a la intimidad, con objeto de superar la excesiva patrimonialización de aquéllos. Sin embargo, desde un punto de vista de jurisprudencia de intereses o, si se quiere, desde la óptica más amplia de los derechos y libertades fundamentales, es decir, en ese ámbito en el que lo jurídico y lo político tienen una mayor interrelación, puede que convenga socialmente la afirmación del derecho fundamental nuevo.

En efecto, hemos visto cómo es en ese marco teórico de los dere-

chos fundamentales donde se manifiestan las posiciones defensoras de la afirmación de un nuevo derecho. Desde ese punto de vista, tal vez existan razones para ello. Antes hablábamos de las capacidades de la informática. Basta pensar en las posibilidades de la misma en manos de la máquina del Estado. Que la información es poder, es un tópico que no necesita demostración. La informática constituye un nuevo poder de dominio social sobre el individuo(71), mucho más sofisticado que el ejercicio de la fuerza física. El uso de informaciones permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a medios coactivos, por lo que la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información. De ahí que pueda afirmarse que la protección de datos personales constituye un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados(72). Es decir, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales(73). Todo esto explica que ya desde los años setenta se utilice el término *habeas data* como una nueva carta fundamental que enfatiza la necesidad de defensa del ciudadano frente al abuso del poder informático del Estado. Todo ello muy probablemente ha debido pesar en el ánimo del Tribunal Constitucional en la sentencia que nos ocupa y quizá sea la causa de la contradicción en que incurre al afirmar, por un lado, que frente a la informática se trata de tutelar derechos fundamentales ya reconocidos y, por otro, la sustantividad de un derecho en este ámbito.

Pero tampoco se puede pensar que el peligro de la informática acabe hoy en las confrontaciones ciudadano-Estado. El poder informático actualmente puede ser alcanzado por organizaciones privadas de mediana altura y ello sin tener en cuenta la posibilidad de comunicar las informaciones a través de la telemática. Todo depende de las capacidades de los sistemas que, por cierto, debido al abaratamiento de los costos, ha permitido la proliferación de los ordenadores personales. A través de éstos y de la telemática, masas cada vez más amplias acceden a informaciones útiles; lo cual puede determinar un inquietante aumento de poder en aquellos que centralizan, controlan y gestionan los bancos de datos de los que parten los flujos informativos

---

(71) GIANNANTONIO, "Introduzione all'informatica...", ob. cit., p. 215.

(72) PEREZ LUÑO, "Los derechos humanos...", ob. cit., p. 138.

(73) PEREZ LUÑO, *idem*, p. 139.

que, por el hecho de ser destinados al conocimiento de un número elevado de personas (e influir así en conocimientos y opiniones), multiplican el poder de las organizaciones privadas que los detentan(74).

Este nuevo poder de dominio social sobre los individuos, muy problemáticamente aconseje que el límite al mismo posea la más alta afirmación normativa. En aras de la profundización en la libertades, es deseable, en efecto, el máximo reforzamiento del derecho de control de la persona sobre las informaciones en el ámbito informático. Así las cosas se revela como conveniente la formulación de un derecho de la personalidad y, a la vez, fundamental, en el ámbito informático. Ello no significa que lo que se tutele sea una cualidad de la persona especial y distinta. Esta nueva prerrogativa jurídica tutela derechos de la personalidad ya formulados y existentes, en especial de la intimidad, que ha recibido una importante reformulación conceptual por influjo, precisamente, de la problemática informática.

En cuanto al tema terminológico de este nuevo derecho, sin prejuzgar la validez de la denominación derecho de autodeterminación informativa del Derecho alemán, esta manera de expresarlo resulta absolutamente equívoca en cuanto al contenido del haz de facultades que el afectado posee en nuestro Derecho. En España, tal como la LORTAD regula el tema, en absoluto se puede afirmar con carácter general que el sujeto ostenta un derecho a impedir el uso de los datos o a determinar el destino de los mismos, como da a entender la expresión autodeterminación. La LORTAD no sólo establece derechos y facultades de las personas en relación con sus datos, sino también derechos a favor de los que utilizan ficheros [arts. 2.2 *c*) y *d*), 6.2, 11.2 y 23 de la LORTAD]. Incluso, en aquellos casos en que el uso de los datos depende de la voluntad del sujeto, una vez que otorga el consentimiento para el uso ya no puede ser revocado, salvo causas justificada (art. 6.3 LORTAD). Limitaciones de este tipo impiden –creemos– importar el término autodeterminación informativa. Más adecuado nos parece la expresión “libertad informática”, terminología que viene avalada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 254/1993 (fundamento jurídico 7). Con esta denominación, el énfasis ya no se coloca sobre un supuesto poder del sujeto sobre sus datos de tipo excluyente, sino en el límite que tienen los titulares de ficheros automatizados de datos personales. También permite aproximarse más al contenido de

---

(74) ROPPO, “Informatica, tutela della *privacy*...”, ob. cit., pp. 30 y 31.

las facultades del sujeto sobre sus datos, pues la libertad puede entenderse como libertad de control de los datos personales, una libertad de control que queda garantizada constitucionalmente frente al poder del Estado y sus órganos y frente a los particulares.

### III. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA TUTELADO CONSTITUCIONALMENTE

En el caso que resuelve la STC 254/1993, a propósito de la alegación que formuló el Abogado del Estado al recurso, relativa a la necesidad de desarrollo legislativo del art. 18.4 CE para que engendre derechos a favor de los sujetos, es interesante la doctrina que establece el TC en torno al contenido esencial del derecho a la libertad informática y también incidentalmente, la doctrina sobre el efecto directo de la Constitución en materia de derechos fundamentales. Al respecto dice el TC lo siguiente en el fundamento jurídico 6:

“...los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/1982, fundamento jurídico 8.º).

Es cierto que, como señalamos en esa misma sentencia, cuando se opera con una reserva de configuración legal es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado por el legislador...”.

Establecida, por tanto, la posibilidad de un efecto directo limitado al contenido esencial y sin necesidad de *interpositio legislatoris*, la sentencia señala en el fundamento jurídico 7 que, de manera similar al contenido positivo que adopta actualmente el derecho a la intimidad en forma de derecho de control, “la llamada libertad informática es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”. Posteriormente, apoyándose en el Convenio del Consejo de Europa de 1981, concreta el contenido en las facultades de conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados. El criterio del TC está en sintonía con la LOR-

TAD, dado que esta ley vascula sobre el derecho de todo sujeto a recabar información de los datos concernientes a su persona que la Administración o un particular tenga incluidos en un fichero informatizado (arts. 13 y 14 de la LORTAD). Esas facultades de información conforman el contenido esencial de la tutela de la persona en este ámbito amparado por la Constitución, lo que significa que todo atentado a ese contenido esencial, podrá en lo sucesivo ser objeto de recurso de amparo.