

ENSAYO DE DERECHO INFORMATICO

DERECHO INFORMATICO

LA CONCEPTUALIZACION DE LA VISION IUS-INFORMATICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS

Por
Libardo Orlando Riascos Gómez
Doctor en Derecho
Lriascos@udenar.edu.co
2008

ABSTRACT

A partir de los estudios sobre el derecho a intimidad o vida privada, previstos en las Constituciones y legislaciones norteamericanas, europeas, australianas y colombianas, extractamos un concepto general de derecho a la intimidad y varios conceptos específicos, llamados visiones. Una de esas visiones del derecho a la intimidad es la que denominamos: Visión *ius* informática de la intimidad o conocida en el mundo entero como derecho de Habeas Data o derecho a aclarar, corregir, borrar o eliminar su propia información contenida en bases de datos electrónicas.

Palabras Claves: Intimidad, vida privada, derechos, persona, Constitución, Legislación, base de datos, visión *ius* informática.

ABSTRACT

Starting from the studies on the right to intimacy or private life, foreseen in the Constitutions and North American, European, Australian and Colombian legislations, we summarize a general concept of right to the intimacy and several concepts specific, called visions. One of those visions of the right to the intimacy is the one that we denominate: Vision *ius* informatic of the intimacy or well-known in the whole world as right of "Habeas Date" or right to clarify, to correct, to erase or to eliminate their own information contained in electronic databases.

Key words: Intimacy, private life, rights, person, Constitution, Legislation, database, vision *ius* informatic

ABSTRACT

A partir de los estudios sobre el derecho a intimidad o vida privada, previstos en las Constituciones y legislaciones norteamericanas, europeas, australianas y colombianas, extractamos un concepto general de derecho a la intimidad y varios conceptos específicos, llamados visiones. Una de esas visiones del derecho a la intimidad es la que denominamos: Visión *ius* informática de la intimidad o conocida en el mundo entero como derecho de Habeas Data o derecho a aclarar, corregir, borrar o eliminar su propia información contenida en bases de datos electrónicas.

Palabras Claves: Intimidad, vida privada, derechos, persona, Constitución, Legislación, base de datos, visión *ius* informática.

ABSTRACT

Starting from the studies on the right to intimacy or private life, foreseen in the Constitutions and North American, European, Australian and Colombian legislations, we summarize a general concept of right to the intimacy and several concepts specific, called visions. One of those visions of the right to the intimacy is the one that we denominate: Vision *ius* informatic *ius*

of the intimacy or well-known in the whole world as right of “Habea Date” or right to clarify, to correct, to erase or to eliminate their own information contained in electronic databases.

Key words: Intimacy, private life, rights, person, Constitution, Legislation, database, vision informatic *ius*.

CONTENIDO

PARTE PRIMERA:

DIVERSAS VISIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD, EN PARTICULAR LA VISION IUS-INFORMATICA I

- 1. [INTRODUCCION](#)
- 2. [NOTAS PRELIMINARES](#)
- 2. [DIFERENTES CONCEPTUALIZACIONES DIVERSAS VISIONES DE LA INTIMIDAD](#)
- 2.1. [LA VISION ESTRUCTURALISTA DE LA INTIMIDAD COMO DERECHO](#)
- 2.1.1. LOS HECHOS DEL DERECHO
- 2.1.2. PRIMERA PREMISA: “TODO INDIVIDUO DEBE GOZAR DE TOTAL PROTECCIÓN EN SU PERSONA Y EN SUS BIENES”
- 2.1.3. [SEGUNDA PREMISA: EXTENSION DEL PRINCIPIO DE LA INVOLABILIDAD DE LA PERSONA](#)
- 2.1.4. LA CONCLUSION: “THE RIGHT TO PRIVACY”: EVENTOS.
- 2.1.5. LIMITACIONES DEL DERECHO DE LA INTIMIDAD
- 2.1.6. [REPARACIONES EN CASO DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: VISION SOCIOLOGICA O UNIVERSALISTA DE LA INTIMIDAD.](#)
- 2.2. [VISION SOCIOLOGICA O UNIVERSALISTA DE LA INTIMIDAD.](#)
- 2.2.1. [Declaración Universal de Derechos del Hombre](#), de 10 de Diciembre de 1948. Asamblea de la ONU: El Derecho a la intimidad personal y familiar como un “Derecho Fundamental del hombre”.
- 2.2.1.1. [El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de Roma](#): El derecho a la intimidad personal y familiar es un *derecho autónomo pero no absoluto*.

DESARROLLO

INTRODUCCIÓN

Nuestro epicentro del presente ensayo jurídico constitucional, es el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, elevado a rango constitucional en la mayoría de las Constituciones Democráticas Occidentales, derecho cuya protección estatal e incluso de los mismos particulares se ha potenciado últimamente con el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el uso globalizado de la informática, pues hoy resulta difícil dudar que este derecho hunde sus raíces en la dignidad, el respeto, el libre desarrollo y la inviolabilidad de la persona humana y que sus orígenes más próximos a la época en que vivimos se plantearon en el *Common Law* norteamericano, al abrigo del ensayo socio-jurídico de Warren y Brandeis, sobre *The Right to privacy* en 1890.

Así, nuestro proceso de conceptualización del derecho a la intimidad y su correlativa visión ius-informática, surge a partir del análisis de los planteamientos vertidos sobre *The Right to privacy*, al igual que de las directrices, normas y recomendaciones universales como la “Declaración de Derechos Humanos de 1948”; las legislaciones internacionales de ámbito europeo, como el “Convenio de Derechos humanos de Roma de 1950”, “El Convenio de Estrasburgo de 1981”, Las Directivas de la Unión Europea: 95/46/CE y 97/66/CE, principalmente; las legislaciones internacionales en el ámbito de los Estados Miembros de la ONU, en particular: El Pacto de San José y el Pacto de New York; y por supuesto, en las legislaciones, trabajos doctrinales y jurisprudenciales de los diferentes Estados del Mundo.

Las visiones o facetas del derecho de la intimidad, no son más que formas de desdoblamiento didáctico de un mismo derecho, y como tal, ayudan a la mejor comprensibilidad de sus características, contenido y limitaciones, a la vez, que ponen o

quitan elementos de juicio para entender el significado mismo del derecho en un momento histórico concreto de su evolución. Por ello, las diferentes visiones de un mismo derecho, *per se*, no crean nuevos derechos, a no ser que se escindan de forma que entre el derecho escindido y el derecho escíndente, apenas sólo quede el recuerdo de sus orígenes, más no de su estructuración, desarrollo, funcionamiento y ejercicio como derecho autónomo. La visión ius-informática del derecho a la intimidad, no es más que un desdoblamiento académico de aquél derecho devenido de la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la informática; vale decir, cuando, por un lado, el ius o derecho hizo contacto con la informática o ciencia del manejo lógico, ordenado, concatenado de la información por medios informáticos, electrónicos y telemáticos para formar la ius-informática o informática jurídica; y por otro, cuando la información general o personal comenzó a ser objeto de la informática jurídica y la llamaron “dato”, para significar con ello que se trataba de una unidad de información codificada o tratada por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

La visión ius-informática no es una faceta exclusiva y excluyente del derecho de la intimidad, sino aplicable al conjunto de derechos fundamentales de la persona que la permitan. Así puede hablarse de la visión ius-informática del derecho al honor, a la honra, al buen nombre, a la propia imagen, entre otros. Esta particularidad globalizante, constituye un argumento más para desvirtuar que tal visión constituya un nuevo derecho y exclusivo del derecho a la intimidad.

La visión ius-informática de los derechos fundamentales incluido el derecho a la intimidad, no tiene un origen unívoco, tal como lo demuestra el análisis y estudio de las diferentes legislaciones del mundo que indistintamente la prevén expresa o tácitamente al regular el fenómeno del tratamiento informatizado de datos personales y la intimidad como sucede en los estados de ámbito de la Unión Europea, o en las normas de protección del *The Right to Privacy*, como es el caso de los Estados del ámbito del *Common Law*, o también en las normas de protección del derecho de habeas data y del derecho a la información, como sucede en Colombia y Canadá.

1. NOTAS PRELIMINARES

El Derecho a la intimidad en las Constituciones democráticas de la segunda mitad del presente siglo, ha sido considerado como un derecho fundamental del ser humano que hunde sus raíces en valores constitucionales como la dignidad humana, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y en el conjunto de principios y atribuciones que definen a la persona en nuestra sociedad actual y hacen parte de lo que hoy constituye un Estado Social de Derecho. Así se plasma en las Constituciones de España de 28 de Diciembre de 1978, artículo 18 (CE) y en la Constitución Política de Colombia de 7 de Julio de 1991, artículo 15, constitucional ^[1]. Nuestra investigación estudia tan solo la visión ius-tecnológica del derecho a la intimidad personal y familiar.

La proceso de evolución conceptual, tanto de la intimidad, como de los actuales derechos fundamentales ^[2] y del Estado mismo, --a riesgo decir un pleonasma-- son fruto de una incesante e inacabada teorización basada en las prácticas, usos, costumbres y regulaciones normativas de los diferentes pueblos de la tierra y, por su puesto, del trabajo intelectual de la doctrina y jurisprudencia ius-universales. Por eso, *ad portas* del siglo XXI, hemos decantado al derecho de la intimidad personal y familiar como un derecho fundamental de la persona humana, elevado a rango constitucional como derecho autónomo pero limitado por otros derechos de igual jerarquía, por el ordenamiento jurídico y por una serie de intereses, valores y principios igualmente constitucionales; pero por sobre todo, se ha considerado también al derecho a la intimidad como un derecho digno de excelsa protección por parte del Estado y de los particulares mismos, ante los pluri-ofensivos riesgos jurídico-tradicionales así como los devenidos recientemente por los avances tecnológicos de la información y la comunicación (conocidos en las ciencias de la comunicación, como fenómeno TIC ^[3]) unidos a los porosos, penetrantes y complejos desarrollos de la informática, electrónica y telemática ^[4].

La informática ^[5] --que tendremos oportunidad de puntualizar en el transcurso de esta investigación--, se ha entendido, como la capacidad potenciada con medios informáticos, electrónicos y telemáticos (v.gr. elementos, aparatos y sistemas computacionales y de comunicación electrónica: la telemática y la multimedia) utilizados en el tratamiento lógico o mediante sistemas de tratamiento de **Entrada** (E: *Input*) o **Salida** (S: *Output*) de cualquier cantidad o clase de información ^[6] generada por el ser humano en sus diversas actividades o profesiones. Información, en tanto en cuanto, sea considerada como un bien con valor económico ^[7], social y jurídico y sea posible transferirla (emitir y recepcionar) de un lugar geográfico a otro, a velocidades, con equipos y formatos eléctricos y electrónicos (comunicación por cable y electrónica ^[8]: telemática y multimedia ^[9]) y posean una finalidad y objetivos predeterminados.

La informática jurídica o *ius-informática*, hace referencia al tratamiento lógico, con soportes, equipos y medios eléctricos y electrónicos de la información o datos generados por el hombre en el ámbito social y jurídico.

La *ius-informática* es entonces, una parte especializada de carácter académico y sectorial de la informática general que día a día cobra capital importancia, porque a ella hay que referirse en la aplicabilidad de una coherente técnica legislativa con los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática tales; entre otros, como: a) En la regulación de los derechos y obligaciones consecuentes de la creación, distribución, explotación y/o utilización del hardware y software, con su protección en los derechos de propiedad industrial o en los propiedad intelectual; b) En la regulación de los derechos y obligaciones de los creadores, distribuidores y usuarios de bases de datos jurídicos (o “*ficheros*”, según la terminología francesa y española); c) En la contratación de bienes y servicios informáticos; d) En las “Leyes protectoras de Datos Personales” y la potencial no sólo agresividad, sino defensabilidad que representa, según el caso la informática; e) La estructuración y regulación normativa de los denominados “delitos informáticos” ^[10]; f) la regulación del ejercicio, protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana (“el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, artículo 18.4 CE); y g) La regulación de los derechos estructurales del derecho de *habeas Data* (acceso, actualización, rectificación y cancelación), posteriores a los derechos de notificación e información (“derecho a conocer”) que ostenta el titular de los datos que le conciernen en un sistema de tratamiento (recolección, almacenamiento, registro, conservación y “circulación de datos”) informatizado y aplicable al conjunto de derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución Colombiana ^[11], la Portuguesa ^[12] y la Constitución del Brasil ^[13].

Por la necesidad cada día mayor del derecho de regular materias del conocimiento humano, sobre todo las de índole tecnológico surgidas de la llamada informática, para que sean creadas, desarrolladas, protegidas, garantizadas y utilizadas conforme a un ordenamiento jurídico en vigor, es por lo que el profesor *Hernández Gil*, citado por *Davara* ^[14], al hablar de los problemas socio-culturales de la informática jurídica, estima que el derecho *strictu sensu* no va a ordenar nuevas realidades, sino que el Derecho mismo va a experimentar, en cuanto objeto de conocimiento, una mutación, derivada de un modo distinto de ser elaborado, tratado y conocido. Sin embargo, dicha experimentación es de tal entidad que la informática necesita del derecho, como el derecho de la informática, tal y como lo sostienen *González Navarro* y *Lasso de la Vega* ^[15], que resulta insuficiente la estricta observación pasiva de los juristas por lo que sólo la *ius-informática* puede aportar al derecho, si éste a su vez, no suministra sus técnicas, métodos y procedimientos que lo catalogan como ciencia social del conocimiento humano para comprender la dialéctica que se esta produciendo en su interior, tras el advenimiento de las nuevas tecnologías TIC en unión con la informática, hasta tal punto que, hoy hablamos de un *Derecho informático*, impensable décadas de años atrás.

Con sus limitaciones temporales y temáticas puntualizaremos estos temas.

2. DIFERENTES CONCEPTUALIZACIONES DIVERSAS VISIONES DE LA INTIMIDAD.

El derecho a la intimidad personal y familiar, en la Constitución Española (como en la Colombiana), es un derecho fundamental protegido y garantizado por el Estado y los particulares, reglamentado en los diferentes estatutos normativos que persiguen, entre otros fines, la tutela efectiva de sus titulares y la garantía de su pleno ejercicio en las diversas órbitas jurisdiccionales: civiles ^[16], contencioso-administrativas, penales ^[17] y constitucionales e incluso en ámbitos de competencia no judiciales, es decir, en vía administrativa (o mal llamada “gubernativa”) y hasta en una vía *sui géneris* sancionatoria-administrativa desatada ante organismos independientes de los poderes públicos tradicionales v.gr. La Agencia de Protección de los Datos Española ^[18].

El cuadro de protección y defensa del derecho fundamental de la intimidad, a partir del artículo 18 CE, en España y el artículo 15 Constitucional en Colombia, es tan amplio, como variado y regulado en forma pormenorizada en el ordenamiento jurídico vigente, a tal punto, que se conocen diversos niveles de protección: unos de tipo cautelar o preventivo, en vía administrativa; y otros, a nivel reparador e indemnizatorio en vías jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo; a nivel represivo o punitivo en el ámbito penal; y aún a nivel que podríamos llamar de protección *in integrum* en vía constitucional de “recurso de amparo” ^[19], en España, o mediante la “acción de tutela” ^[20], en Colombia. Sin embargo, por ahora no son objeto de nuestra investigación, aunque vale la pena referenciarlos para entender el estado global actual de protección del derecho a la intimidad en España y en Colombia y poder dimensionar la particularidad específica de la protección de la intimidad, a través de la visión ius-informática.

Pese a ello, *Fariñas Matoni* ^[21] en 1983, consideraba que en España, la legislación para ese entonces vigente sobre el derecho a la intimidad era fragmentaria, anticuada, incompleta, asistemática, indirecta, esporádica e incidental, siendo deseable una nueva normativa actualizada y a la altura de los tiempos en que vivimos y que, sobre todo, vamos a vivir, y que contemple la cuestión: a), desde el punto de vista civil (el daño a la intimidad como modalidad especial del daño moral); b), desde el punto de vista penal, sancionando ciertos tipos de intromisiones; c), desde el punto de vista administrativo y preventivo, para evitar que se produzcan ciertas situaciones o se adquieran determinados instrumentos nocivos al derecho a la intimidad. Muy pronto las fundadas críticas del autor citado se ha visto reducidas a su mínima expresión, pues el marco de protección actual del derecho a la intimidad está a la altura de los Estados democráticos y consecuente con los adelantos tecnológicos TIC e informática.

Estos mecanismos de protección del derecho constitucional de la intimidad, antes referenciados, muestran el panorama garantista constitucional y normativo tan frondoso como variopinto y cuasimilar que actualmente tiene el derecho a la intimidad en las dos legislaciones tipo (Española y Colombiana), lo cual hace impensable imaginar como hace más de un centenario desde que produjera el famoso precedente norteamericano, a partir del ensayo de “*Warren y Brandeis*” se pudieran construir teorías, discursos constitucionales sobre la existencia o no de un derecho a la *privacy* o de mecanismos, procedimientos, Estatutos normativos e incluso elevarse a rango constitucional un derecho que bebe de las fuentes ius-naturalistas (dignidad de la persona humano) para convertirse en derecho positivo y más aún, en derecho fundamental del ser humano. El Derecho a la Intimidad, o en su origen angloamericano *The Right to Privacy*, surgió en una intromisión o injerencia periodística en la “*privacy*” de un famoso personaje de la vida social y política norteamericana del siglo pasado en unos ambientes históricos, sociales, culturales, étnicos, políticos e incluso de concepción y estructuración, tan disímiles en tiempo, espacio y aún conceptuales de lo que hoy entendemos en líneas generales por *privacy* ^[22] o

por intimidad. Sin embargo, todavía hoy, estos aspectos de forma, ambientales y aún geográficos sirven de base para ampliar la conceptualización o manifestaciones de ese derecho único que es la Intimidad, pues el paso del tiempo nos ha servido para universalizar aquél derecho, para enriquecerlo con sus diferentes manifestaciones o visiones, para legalizar o constitucionalizarlo entre los Estados con derecho escrito como el Español y Colombiano, sin olvidar el precedente angloamericano en sus orígenes, en su estructuración teórico-práctica y sus posibilidades de enriquecimiento con el paso de los años, los espacios geográficos o los avances tecnológicos, como los sobrevenidos a mediados del siglo XX y conocidos como TIC.

En tal virtud, para estructurar la visión ius-informática del derecho a la intimidad, partiremos del precedente norteamericano de 15 de diciembre de 1890 ^[23], pues a partir aquí se comienza a delinear *The Right to privacy*, como un derecho de la persona humana, diferente a los demás derechos existentes (patrimoniales o extrapatrimoniales), aunque retome elementos y características de algunos otros como el de propiedad, el derecho a la vida o valores constitucionales como la *inviolabilidad y dignidad de la persona* para explicarlo y estructurarlo, sin confundirlo con ellos. Así mismo, partimos del precedente, pues desde aquél entonces ya se vislumbraba la visión ius-tecnológica de la intimidad, cuando en las decisiones del Tribunales Norteamericanos recogidas en el Ensayo de Warren y Brandeis se proscribía *las injerencias en la privacy con aparatos fotográficos* (“cámaras de fotografía”) o producto de los *avances de la tecnología* (“recientes inventos”) --como precisaremos--. Se vislumbra desde aquél entonces una puerta visional del ámbito *ius-informático*, a través de los recientes inventos y como una manifestación más de un único derecho: *The Right to Privacy* o derecho a la intimidad.

Con este proceder no pretendemos desconocer la “evolución histórica del derecho de la intimidad”, relatada a través de las diferentes etapas de la humanidad en forma magistral por *Fariñas Matoni* ^[24] y fundadas en lo que hoy constituyen los elementos intrínsecos y extrínsecos de la intimidad, de otras de sus manifestaciones o de derechos autónomos de la persona humana (sentimientos, recuerdos, hogar, vida privada, interioridad humana, daño moral, aspectos corporales o incorporables --v.gr. datos personales--, relaciones familiares, paz y sosiego personal y familiar, honra, domicilio, el honor, la buena imagen, el nombre, etc.), sino delimitar en el tiempo y en el espacio nuestra investigación, tener un referente universal *ab initio* que permita el fundamento teórico-práctico a nuestro planteamiento de igual índole, para desarrollarlo *a posteriori*.

2.1. LA VISION ESTRUCTURALISTA DE LA INTIMIDAD COMO DERECHO.

2.1.1. LOS HECHOS DEL DERECHO.

The Right to Privacy o derecho a la intimidad elevado a rango constitucional en algunos Estados democráticos, como España y Colombia, y en casi todas las legislaciones estatales y universales, es una realidad jurídica que en el mundo occidental comenzó el 15 de diciembre de 1890, con el famoso ensayo jurídico publicado en la *Harvard Law Review* por los abogados Samuel Warren y Louis Brandeis, sobre el derecho que llamaron “*The Right to privacy*”, tras haber sufrido Warren en carne propia la vulneración de éste derecho con la publicación de las actividades personales y sociales mantenidas dentro y fuera de su hogar como repercusión de las escenas que protagonizaba en los sitios públicos y privados con su “vida de lujo y rumbosa”. Actitudes que se agravaban por ser Warren el esposo de la hija de un prestigioso Senador de los Estados Unidos y porque “atrajo la curiosidad y la chismografía (chismorreo o *Gossip*) de los periódicos en sus crónicas amarillas, hasta el punto de suscitar escándalo” ^[24A].

2.1.2. PRIMERA PREMISA: “TODO INDIVIDUO DEBE GOZAR DE TOTAL PROTECCIÓN EN SU PERSONA Y EN SUS BIENES”

Los juristas Warren y Brandeis, para estructurar *The Right to privacy*^[25], parten del análisis de uno de los fundamentales principios del *Common Law*, que sostiene: *Todo Individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes*. Principio revisable como todos los que componen el *Common Law* por los constantes cambios políticos, sociales y económicos que surgen y se imponen en la misma sociedad que tuvieron origen. En el presente caso, la revisión posibilitó igualmente la redefinición de la naturaleza y extensión de dicha protección.

Los autores para llegar a preguntarse sí en aquella época existía o no un principio de *Common Law* que permita invocarse para amparar la *privacy* (intimidad), analizan los siguientes aspectos: a) La evolución de la concepción jurídicas, efectos y alcances de los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad que tiene toda persona; b) La Sentencia del Juez *Cooley* (1888), sobre el denominado derecho “a no ser molestado”^[26], cuando se la invaden “los sagrados recintos de la vida privada y hogareña”, con la toma de fotografías por parte de empresas periodísticas sin el consentimiento de los fotografiados; y c) El escrito de *E.I Godkin*, sobre *The Rights of the Citiezen: To his Reputación* de junio de 1890, en donde evidencia el peligro de una invasión de la intimidad por parte de los periódicos de la época, sobre todo, cuando hacía comentarios sobre la vida personal y familiar de los ciudadanos en detrimento de su reputación, poniéndolas “en ridículo” o violando “su intimidad legal”^[27].

Los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos y el *Common Law* evoluciona para dar cabida a las demandas de la sociedad. Así, los derechos a la vida, a la libertad y la propiedad de las personas, como otros, están evolucionado por dichos cambios y demandas. En efecto, la vida que sólo se protegía de las diferentes formas de violencia, hoy significa el derecho a disfrutar de ella, a no ser molestado. La libertad, ser libre no sometido, a un derecho a la libertad que garantiza un amplio haz de derechos subjetivos; y la propiedad de bienes materiales, hoy abarca tanto a bienes tangibles como intangibles.

En efecto, la evolución significó el reconocimiento legal de las sensaciones, los pensamientos y las emociones humanas, tras reconocer paulatinamente la extensión de la protección contra daños físicos de la mera prohibición a causarlos a la de poner a otro en peligro de sufrirlos (acción de amenazas y, mucho más tarde, a la protección del individuo contra los ruidos y olores desagradables, contra el polvo y el humo y las vibraciones insoportables: el derecho sobre actividades nocivas y molestas tomaba cuerpo).

Las emociones humanas se ampliaron al ámbito de la inmunidad personal más allá del propio cuerpo. Se tomó la buena fama, la protección social (leyes de difamación y libelo). Las relaciones de familia del hombre se convirtieron en parte del concepto legal de su vida, y la pérdida del cariño de la esposa se consideró un daño compensable. En fin, se reconoció los daños y perjuicios por atentado contra los sentimientos de los padres. De la propiedad material surgieron los derechos inmateriales que resultan de ésta, los llamados productos y procesos de la mente, tales como las obras literarias y artísticas, los secretos industriales y las marcas comerciales.

El Juez *Cooley* denomina derecho *a no ser molestado* (*The Right to be let alone*)^[28]. Ampara a la persona de “los recientes inventos” (fotografía) y los nuevos métodos de hacer negocios. Las fotografías y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: “lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos”. Desde tiempo atrás se esperaba que un recurso impida la circulación no autorizada de retratos de particulares.

Sin embargo, la invasión en la intimidad, por los periódicos se evidenció tras el escrito de

E.I. *Godkin* en Julio de 1890. Un mes atrás, un Tribunal de New York había reconocido a la prohibición a la circulación de retratos sin el consentimiento del fotografiado (Caso *Marion Manola Vs. Stevens & Myers*. Junio 1890). Por todo ello, se impone, la necesidad de una protección más amplia de la persona. “La prensa esta traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y la decencia. El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro “.

2.1.3. SEGUNDA PREMISA: EXTENSION DEL PRINCIPIO DE LA INVOLABILIDAD DE LA PERSONA

Ahora bien, el principio invocable para la protección de la *privacy* ^[29], que no es el empleado para proteger el honor, ni “el principio que se ha aplicado al amparar estos derechos (los referidos a la propiedad intelectual y artística, en determinados casos de publicación ilegal, los cuales “no emanan de un contrato, de una buena fe especial, sino que son derechos *erga omnes*”, vale decir, oponibles a todo el mundo: particulares y Estado) no es en realidad el de propiedad privada, por más que esa palabra sea empleada en un sentido amplio y poco usual” ^[30]. El Principio que no es nuevo en ámbito del Common law, sino extensivo a nuevos hechos (como los aquí comentados), hace parte de un derecho más general el de “*la inviolabilidad de la persona --del derecho a la propia personalidad--*” ^[31] y toma como referentes los siguientes argumentos:

a) No es conveniente ni necesario recurrir a la aplicación analógica del principio empleado por La ley de difamación y libelo ^[32], para la protección de la *privacy*, por que ésta abarca solamente los perjuicios causados a la reputación (o el honor), los daños causados al individuo en sus relaciones externas con la comunidad, al hacerle perder la estima con sus conciudadanos, puesto que los derechos reconocidos por aquella ley son, por su naturaleza, más bien materiales que espirituales

b) No existe actualmente --sostenían--, ningún principio bajo el que pueda otorgarse una compensación por una ofensa a los sentimientos, aunque ciertamente sea tomada en consideración al determinar la cuantía de la indemnización cuando viene acompañada de lo que se reconoce como una violación de derechos legales.

c) Las infracciones contra el derecho a la propiedad intelectual y artística (el cual constituye uno de “los ejemplos y aplicaciones al derecho general de la intimidad” ^[33]), proporciona una reparación a los daños producido a los pensamientos, sentimientos, emociones humanas, en determinados casos.

En efecto, el *Common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta que punto pueden ser comunicados a otros pensamientos, sentimientos y emociones. Jamás se podrá forzar a alguien a expresarlos (salvo cuando este comparece como testigo); e incluso, cuando ha elegido expresarlos, retiene por regla general, el poder de fijar los límites de la publicidad que les podrá dar. La existencia de este derecho no depende del medio concreto de expansión utilizado. No importa que sea de palabra o por señas, mediante la pintura, la escritura o la música. La existencia de este derecho no depende tampoco de la naturaleza o valor del pensamiento o de la emoción, ni de la calidad de los medios empleados en su expresión. De igual protección disfrutaban una carta intrascendente o unas declaraciones en un periódico que el más valioso poema o ensayo, una chapuza o un pintarrajo que una obra maestra.

Si esto es así, los ensayistas, se preguntan: ¿Cuál es la naturaleza, el fundamento de este derecho a impedir la publicación de manuscritos u obras de arte?.

1. Sería el del derecho de propiedad, si se toma en cuenta la reproducción de obras literarias y artísticas, pues muchos de los atributos de la propiedad común: son

transferibles, tienen un valor, y su publicación o reproducción constituye un modo de materializar ese valor. Pero cuando el valor de la obra no reside en el derecho a obtener las ganancias que se derivan de su publicación, sino en la tranquilidad de espíritu y en el alivio que proporciona el poder impedir su publicación, resulta difícil considerar ese derecho como un derecho de propiedad, en la acepción común del término.

2. Cuando el contenido para el que se solicita el amparo ni siquiera reviste la forma de propiedad intelectual, sino que tiene los atributos de propiedad tangible, resulta más claramente evidente que este amparo no puede basarse en el derecho a la propiedad literaria y artística en sentido estricto.

Sin embargo, la idea de propiedad ha sido empleada como fundamento para proteger los "manuscritos inéditos", y ahora puede tenerse por escrito que el amparo que el *Common Law* proporciona al autor de cualquier escrito es totalmente independiente de su valor pecuniario, de sus méritos intrínsecos, o de cualquier intención de publicarlo, y, desde luego, también enteramente independiente del soporte material, si lo hubiera, o del medio a través del cual el pensamiento o el sentimiento fue expresado ^[34].

2.1.4. LA CONCLUSION: "THE RIGHT TO PRIVACY": EVENTOS.

A esta conclusión, se llega previa el examen de dos conclusiones preliminares: 1. La protección a los pensamientos, sentimientos y emociones humanas, se posibilita mediante el derecho a no ser molestado; y, 2. El derecho a impedir la publicación y reproducción de obras literarias o artísticas, en determinadas circunstancias, sólo es posible, a través del derecho a la intimidad como parte del derecho a la inviolabilidad de la persona.

En efecto, vistas las anteriores consideraciones (o premisas) nos llevan --dicen los ensayistas *Warren y Brandeis*-- a la conclusión de que la protección otorgada a los pensamientos, sentimientos y emociones manifestadas por escrito o en forma artística, en tanto en cuanto consista en impedir la publicación, no es más que un ejemplo de aplicación del derecho más general del individuo a no ser molestado. Derecho que tiene otros derechos de parecida estructuración y efectos ^[35].

En consecuencia, el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos ^[36]. Protección tanto o igual a la que se deduce de la protección a las emociones y sensaciones expresadas en una composición musical u obra de arte; las palabras dichas, la presentación de una pantomima, como las obras plasmadas por escrito. El hecho de haber sido registrado el pensamiento o la emoción en una forma permanente hace que su identificación sea más fácil, y, por eso, puede tener importancia desde el punto de vista de la prueba, pero carece de significado en cuanto al derecho sustantivo. Así, pues si las resoluciones judiciales sobre los casos de propiedad intelectual y artística, sugieren un derecho general a la intimidad para pensamientos, emociones y sensaciones, éstos deberían disfrutar de igual protección, tanto si se expresan por escrito, o mediante una actuación, una conversación, por actitudes o por un gesto. Aunque obviamente hay que hacer la distinción entre la deliberada expresión de pensamientos y emociones en la literatura u otras composiciones artísticas, y aquella otra, despreocupada y a menudo involuntaria, manifestación de los mismos en las actuaciones de la vida diaria. El amparo, en principio, sólo se refiere a las obras fruto del trabajo consciente.

Tras las resoluciones desestimatorias de la distinción que intenta establecerse entre aquellas obras literarias que estaban destinadas a publicarse y aquellas que no, cualquier consideración sobre la cantidad de trabajo necesario, el grado de intencionalidad, el valor del producto y la intención de publicarse debe ser abandonada, y no se vislumbra una base sobre la que poder sustentar el derecho a impedir la publicación y la reproducción de las

llamadas obras literarias y artísticas, como no sea sobre el derecho a la intimidad, en cuanto parte de un derecho más general a la *inviolabilidad de la persona*.

Habría que precisar que los tribunales, en aquellos casos en los que concedió amparo frente a una publicación ilícita, han afirmado su comparecencia, basándose no en la propiedad, o por lo menos no totalmente en ella, sino en el alegado quebrantamiento de un contrato tácito, de la buena fe o de la confianza (así, caso *Abernethy Vs. Hutchinson*, *Price Albert Vs. Strange*, *Tucck Vs. Priester*, *Pollard Vs. Photographic Co.*). Sin embargo, es difícil concebir en base a qué teoría legal se puede acusar de quebrantar un contrato, expreso o tácito, o de violar la buena fe, en la acepción vulgar de este término, al fortuito receptor de una carta que procede a su publicación ^[37]. Aquí se protege, el derecho a la intimidad por la propiedad del contenido de la carta.

Reconocido el derecho a la intimidad, a título de ejemplo, los ensayistas Warren y Brandeis, exponen los eventos en los cuales se plasma el derecho a la intimidad: a) El derecho de una persona particular a impedir que su retrato circule; b) El derecho a estar protegido de los retratos hechos a mano; c) El derecho a estar protegido de un debate sobre un asunto privado. d) Las relaciones sociales y familiares ante una publicidad despiadada (*My home is my castle*) ^[38].

2.1.5. LIMITACIONES DEL DERECHO DE LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad, como todo derecho, 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” ^[39]. Estas son:

1. *El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general*. El objetivo general del derecho, es proteger la intimidad de la vida privada de las personas. Los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, que busca o para el que es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público; entre otros supuestos ^[40].

2. *El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada*. El derecho a la intimidad no se transgrede por hacer público algo ante una autoridad judicial, legislativa, administrativa, así como las noticias sobre algunos de estos procedimientos, en la medida que sean concedidas como un privilegio (Caso *Wason Vs. Walters*; *Smith Vs. Higgins*; y, *Barrows Vs. Bell*). Igualmente, no se prohíbe la publicación que uno hace en cumplimiento de un deber público o privado, ya sea jurídico o moral, o en el manejo de sus propios negocios, y en asuntos que no conciernen más que a su propio interés (v.gr. Limitación al derecho de impedir la publicación de cartas privadas).

3. *El derecho no otorgaría, probablemente, ninguna reparación por violación de la intimidad cuando la publicación se haga en forma oral y sin causar daños especiales*. Hay que distinguir entre lo que se hace público en forma oral y escrita sobre asuntos privados. El agravio resultante de dicha comunicación oral sería de ordinario tan insignificante que el derecho bien podría, en interés de la libertad de expresión, no considerarlo en forma alguna.

4. *El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento*. Esto es una aplicación de la ley de propiedad literaria y artística.

5. *La veracidad de lo que se publica no supone una defensa.* Se impide es la publicación incorrecta de la vida privada y el que pueda ser descrita.

6. *La ausencia de ´malicia´ en quien hace público algo no constituye defensa.* No es causal de excepción al régimen de responsabilidad por daños ocasionados a intimidad, la ausencia de mala fe personal, pues aquí se ampara contra cualquier acción ofensiva, sea punible o no, en sí mismos, los motivos que impulsaron a quien habló o escribió. Esto es lo que ha informado el régimen jurídico de la responsabilidad por daños, en el que alguien es considerado responsable de sus actos intencionados, incluso si son cometidos sin intención malévola (un daño contra la sociedad).

2.1.6. REPARACIONES EN CASO DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD:

Como regla general: *la acción de indemnización por daños.* Incluso en ausencia de daños especiales, puede concederse una compensación substancial por agresión contra los sentimientos, como en la acción de difamación y libelo. En casos especiales: *Un mandato judicial.* La protección de la sociedad, debe venir, principalmente, a través del reconocimiento de los derechos de la persona, uno de los cuales es, la intimidad. Podrá recibir también una protección añadida por el derecho penal ^[41].

2.2. VISION SOCIOLOGICA O UNIVERSALISTA DE LA INTIMIDAD.

En el presente apartado nos proponemos demostrar la visión universalista del derecho a la intimidad, a partir del análisis de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de Diciembre de 1948, adoptada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), en la reunión celebrada en la ciudad de Bogotá, primera en su género, en declarar expresamente a la “*vida privada*” (o “*intimidad*”) como derecho objeto-sujeto de protección estatal por parte de los Estados Miembros (entre ellos, España y Colombia). En igual sentido, los diversos Tratados y Acuerdos Internacionales *sobre Derechos Humanos* que siguieron a dicha declaratoria y reconocían y proclamaban expresamente la protección y tutela estatal como la de los mismos particulares del derecho a la intimidad personal, familiar y del menor. Esta visión universalista, ha ido creciendo en forma paulatina y ha evolucionado cada vez más en la sociedad de la primera mitad del siglo XX, teniendo como horizonte el precedente doctrinal del ensayo de *Warren y Brandeis*; los reiteradas decisiones de los Tribunales Americanos sobre la *privacy* que siguieron a éste (basadas en la circulación no autorizada de fotografías, del nombre, de la vida pasada o la publicación de imágenes o comentarios, opiniones o descripciones periodísticas sin el consentimiento de su titular^[42]); la IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América ^[43] y la urgente necesidad de proteger y garantizar el derecho a la intimidad en las normas jurídicas de los diferentes Estados del mundo occidental. Necesidades devenidas, entre otras causas, por la sensible vulnerabilidad de aquél derecho, representada por los avances tecnológicos de la información y la comunicación que cada día resultaban más comprometidos en develar la vida particular y pública de las personas (hechos, actos, imágenes, texto, audio), con o sin su consentimiento; así como los que representaba la informática en sus primigenios e incipientes contactos con el derecho ^[44], tal como lo destaca el abogado norteamericano *Lee Loewinger* en 1949, en lo que denominó *The jurimetric* ^[45].

Para ello, preliminar y brevemente recordemos uno de los aspectos capitales en el estudio de las ciencias jurídicas, cual es, el referido a las fuentes del derecho, en tanto en cuanto, se ponga en evidencia el origen, el rango o jerarquía y su aplicabilidad en el ámbito de los Estados, como surtidores, creadoras, intérpretes o instrumentos aclaratorios del ordenamiento jurídico interno ^[46]. Igual importancia, reviste la jerarquía y clasificación de aquéllas fuentes del derecho, pero por ahora bástenos solo con decir, que los Tratados Internacionales, en el derecho español se han considerado como fuentes complementarias del derecho, en tanto no hayan sido ratificados por el Estado Español y pasen a formar

parte del ordenamiento jurídico, como fuente primaria del derecho, al ser consideradas como leyes de ámbito y aplicación en todo el territorio ibérico ^[47], no sin antes haber sido publicados oficialmente (artículo 96.1 CE).

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE). Este factor determinante de hermenéutica interpretativa del ordenamiento interno en materia de derechos fundamentales previsto, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (que por su naturaleza jurídica no requiere ratificación de los países miembros de la ONU, sino su procedencia, observancia y aplicabilidad), como de los cuerpos normativos internacionales (Tratados y Acuerdos ratificados por España, por ejemplo, el Convenio Europeo de 1981, en materia de “tratamiento automatizado de datos de carácter personal”), a la luz de la teoría de las fuentes del derecho constituyen una fuente primaria o directa del derecho, si son ratificadas por el Estado Español, previa su publicación oficial en el BOE (Boletín Oficial del Estado) al ser leyes, o bien un conjunto coherente de *principios generales del derecho* ^[48] sobre determinadas materias, sino no son ratificados y publicados, o en su caso y por su naturaleza jurídica, no necesitan ratificación ni publicación alguna; pero en estos dos últimos casos, con efectos vinculantes de interpretación para los Estados en los casos concretos y ante sus diversos poderes públicos.

En Colombia, la Constitución Política de 1991, es la fuente suprema de fuentes en el derecho interno, por que siendo la *norma de normas* (artículo 4), “determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar esto funda el orden jurídico mismo del estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados” (CC. Sent. C-434, Jun.25/1992) ^[49].

En el sistema de fuentes del derecho público colombiano, la ley constituye la fuente primera y de obligatoria observancia en el ordenamiento jurídico pero derivada de la Constitución (artículos 4 y 230), en tanto que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son “criterios auxiliares de la actividad judicial” (artículo 230 *in fine* Id.); vale decir, que sirven como “pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces”, y por tanto, “las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales” (Corte Constitucional, --CC-- Sentencia C-083, Mar.1/1995). Sin embargo, hemos sostenido que las fuentes del derecho no solo se aplican a la función jurisdiccional sino al conjunto de funciones de los poderes públicos en tanto se hallen inmersos en ellas derechos y libertades fundamentales o intereses legítimos sobre los cuales decidir, reconocer, garantizar o tutelar ^[50].

Los Tratados y Convenios Internacionales “ratificados por el congreso” (artículo 93 *Ibidem*), ingresan al ordenamiento jurídico interno mediante una ley calificada de “aprobatoria de tratados” que cumple todos los trámites generales y especiales de tales (artículos 160 y siguientes --ss--), y en el caso de los que “reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, *prevalecen* en el orden interno”. Prevalencia, que se representa, en la “prioridad al trámite” (artículo 164 *Id.*, reglamentado por Ley 5/1992, artículo 217) por parte del Congreso, o “trámite de urgencia” (artículo 163 *Id.*) a petición del Presidente de la República, la veeduría del trámite legislativo por parte del Procurador de la Nación (artículo 278-4 *Id.*) y el control constitucional ejercido por la Corte Constitucional, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley (artículo 240-10 *Id.*). Trámites y control especiales que no rigen para los Tratados que no involucran derechos humanos (lo cual es discutible), como los de “naturaleza económica y

comercial” (artículo 274 Id.) ^[51].

En igual sentido e interpretación observada en el derecho español, sobre los tratados, Acuerdos o Convenios que ingresan al ordenamiento jurídico interno mediante ley, constituirán fuente primera pero derivada de la Constitución. Caso contrario, configurarán principios generales del derecho para casos concretos, pero como fuentes complementarias del derecho.

2.2.1. Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de Diciembre de 1948. Asamblea de la ONU: El Derecho a la intimidad personal y familiar como un “Derecho Fundamental del hombre”.

La Declaración se produjo en un ambiente social, económico, cultural y político *sui generis* en la Colombia de 1948. Sin embargo, haciendo abstracción de aquello, su importancia y efectos socio-jurídicos hacia el futuro fueron decisivos en la normatización o reafirmación de los derechos y libertades fundamentales a nivel interno de los Estados del mundo, pues algunos elevaron a rango constitucional los derechos de la intimidad, de habeas data, de la información, de expresión y del libre desarrollo de la personalidad (v.gr. España, Colombia, Portugal, Brasil); otros, expidieron leyes orgánicas, estatutarias o especiales sobre derechos fundamentales, como la intimidad para garantizar y tutelar puntualmente derechos que otrora eran protegidos bajo el amparo de principios, valores o derechos constitucionales más generales (v.gr. derecho al honor, a la honra, a la libertad, la seguridad o la integridad moral).

Nadie será objeto de injerencias 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 y ataque (artículo 12).

La interdicción de intromisiones en la intimidad de las personas, se toma en la Declaración Universal de Derechos humanos más que un posible concepto primario de la misma, en la traducción literal del término *privacy*, empleado por la jurisprudencia norteamericana, y en particular, en el ensayo socio-jurídico de Warren y Brandeis. Por ello, extraña en la actualidad y en el ámbito iuscivilista que se insista en la diferenciación de aquellos términos, en tanto que diversos cuerpos normativos internacionales sectoriales como los de la Unión Europea (UE), p.e., se utilice indistintamente los términos *vida privada o intimidad* en la Directiva 95/46/CE y 97/66/CE, para referirse en esencia, a un derecho inherente a la condición de la persona humana, y por ende, un derecho fundamental garantizado y protegido por el Estado y los mismos particulares.

Las injerencias de toda persona física o jurídica, pública o privada (“Nadie”) en la intimidad de otro, se extiende a la de la familia, a su domicilio y a su correspondencia. Se confirma así, la protección no sólo del concepto de intimidad personal sino de la institución socio-jurídica de la familia (o intimidad familiar), la intimidad primigeniamente epistolar, es decir, la correspondencia escrita (pública o privada) y se refuerza expresamente aquello que Warren y Brandeis, citando a los ingleses, denominaron *My home is my castle* (la intimidad domiciliaria). Visiones conceptuales actuales de la intimidad estas dos últimas (a través de la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio), que preceden al concepto mismo de *the right to privacy*, tanto en la legislación ^[52], como en las diversas Constituciones del mundo ^[53].

El derecho a la intimidad personal y familiar, protegido por la ley contra toda “injerencia o ataque”, surge como un “derecho fundamental del hombre”, cuyo fundamento está: por una parte, en “la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombres y mujeres”; y por otra, en la acción de los Estados en “promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” ^[54].

Las Constituciones del mundo reconocen explícita e implícitamente el derecho a la intimidad personal y familiar, tal como lo relaciona pormenorizadamente *Fariñas* ^[55]: la

Constitución de la República Democrática Alemana de 7 de Octubre de 1949 (artículos 41 y 42); la Constitución Griega de 1 de enero de 1952 (artículo 14); la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976 (artículo 14); la Constitución Española de 28 de diciembre de 1978; y aunque más recientemente, la Constitución Colombiana de 1991 reconoce expresamente en el artículo 15, la protección del derecho a la intimidad personal y familiar, ya en la Constitución de 1886, artículo 16., se reconocía implícitamente ^[56].

A título de ejemplo, veamos como las definiciones de la intimidad e inclusión del derecho a “la vida privada” en las normas jurídicas para su protección, afloran por doquier. Definiciones que llevan un sello de lo provisional, ya sea por la época, el ámbito, la extensión o limitación del término con el cual se pretendía significar.

En efecto, en 1959, *De Cupis*, tomando los elementos de conceptualización de la *privacy* inmersos en el ensayo Warren y Brandeis y la ampliación institucional vertida por la Declaración Universal, define la intimidad “como aquel 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 exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual” ^[57]. Toma el derecho de la intimidad, sólo como el derecho a salvaguardar la ajenidad de la persona (*the right to let alone*), como sujeto individualmente considerado (física como moralmente).

En el ámbito legislativo, la República Federal Alemana, aparece un proyecto de Ley para reordenar la “protección a la personalidad y el honor”, reformando así el Código Civil (Junio 10 de 1959), que amplía el concepto de la *privacy* como el de su protección en base a considerarlo como un derecho de la intimidad personal y familiar. Dicha ley, efectivamente fue redactada bajo la impresión de las indiscreciones de la prensa y la impertinencia de los fotógrafos a su servicio, que ya habían confirmado su evidencia en los estrados judiciales desde 1890. Impresión dubitada por *De Castro* --según *Fariñas*^[58]--, sostenía que la ley contenía “una poca prudente redacción”, con lo cual se “provocó una violentísima reacción por parte de la prensa alemana y numerosos juristas”. El proyecto de ley perseguía que “toda persona que cause un perjuicio a otro en su personalidad está obligado a reparar el agravio causado”, en los siguientes casos, sin autorización: a) Si profiere o extiende en el público alegaciones concernientes a hechos de la vida privada o familiar de otro; b) Si una persona pública, divulga el contenido confidencial de cartas o notas de naturaleza personal; c) Si una persona publica la fotografía de otro; d) Si una persona, registra las palabras de otro por medios técnicos o las publica, ya sea directamente, ya por medios técnicos; e) Si una persona toma, mediante un dispositivo de escucha o de manera análoga, declaraciones de otro que no le están destinadas o de hechos o acontecimientos relevantes de la vida privada o familiar de otro (artículos 15 a 19). Quizá estos dos últimos modos de vulnerar la intimidad con medios tecnológicos, hubiesen sido los antecedentes más próximos para la *Ley de Protección de Datos del Land de Hesse* (Oct. 7/70) e incluso de la *Ley Federal Alemana de Protección de Datos* (Ene. 27 de 1977), como veremos más adelante.

2.2.1.1. El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de Roma: El derecho a la intimidad personal y familiar es un *derecho autónomo pero no absoluto*.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, de aquella época, tras la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos, creyeron conveniente asegurar el reconocimiento y aplicación efectivos de los derechos proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, a fin de afianzar las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposaba esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y respeto comunes de los derechos humanos. Para fortalecer hacia el futuro estos ideales, el Consejo de Europa, acordó la emisión del Convenio de protección de Derechos Humanos y

libertades fundamentales, actualmente conocido como *Convenio de Roma de 1950*, y el cual tardíamente fue ratificado por España, mediante instrumento de 26 de Octubre de 1979.

En esencia, el contenido del Convenio es similar a la Declaración de Derechos Humanos, con diferencias puntuales, pero tiene la virtualidad de ser un instrumento jurídico con efectos vinculantes entre los Estados miembros del Consejo de Europa, hoy de la Unión Europea (U). Quizá por ello, actualmente en España, los Tribunales Judiciales en las áreas penal, civil, social (“laborales”), administrativas, y sobre todo constitucional (TC. Sentencias: Jul. 14/1981; Nov. 15/1982; Jun.6/1994; Feb.23/95; Oct. 25/1995; Dic.11/1995; Mar.3/1996; Jul.9/1996; Mar. 26./1996; Nov. 5/1996), basan sus pronunciamientos en el Convenio de Roma (artículo10-2 CE), puesto que los Convenios ratificados por España, tienen efectos jurídicos vinculantes para los poderes públicos y son un factor de interpretación de los derechos humanos (STC Núm. 254/1993, de 20 de Jul.), cuando ingresan al ordenamiento jurídico interno previa publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE artículo96-1 CE).

El Convenio, reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 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 (artículo8).

El Convenio protege el derecho a la intimidad de las personas y de la familia (llámese familia “legítima e ilegítima”, según el TEDH --Tribunal Europeo de Derechos Humanos-- desde la Sentencia de 13 Jun. 1979 --caso *Marcky*--, en el cual se declaró que “el artículo 8 no distingue entre familia legítima e ilegítima”, v.gr. en el caso *Johnston* --S TEDH 18 Dic. 1986--, tuteló los derechos de una unión conyugal de hecho de más de quince años de convivencia afectiva. Cfr. STC. 184. Nov. 15 de 1990).

De otro lado, establece que el derecho a la intimidad siendo un derecho fundamental y autónomo no es absoluto, lo cual quiere decir, que puede ser limitado o restringido su ejercicio, jamás hacerlo nugatorio, siempre que se den unas causales expresamente previstas. El Convenio, por tanto, proscribire toda injerencia al derecho a la intimidad, salvo que esté prevista: a) en la ley, b) sea necesaria para la seguridad nacional o pública, c) el bienestar económico del país, d) la defensa del orden y la prevención del delito, e) la protección de la salud o de la moral (STC Nov.15/1982, “la moral pública como límite del derecho de expresión, artículo20-4 CE”); y, f) la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Estas excepciones a la injerencia e intromisión en el derecho a la intimidad, plantea actualmente uno de los aspectos constitucionales de mayor interés doctrinal y jurisprudencial, cual es el de los límites a los derechos y libertades fundamentales, al reconocerse que éstos no son derechos absolutos en una sociedad democrática y pluralista y tenerse en cuenta que no puede afectarse el contenido esencial (o del núcleo) de los mismos, que los conduzca a desvirtuarlo, hacer imposible su ejercicio, o peor aún a eliminarlos. En España, para guardar ese equilibrio del contenido esencial y la aplicabilidad de los límites de los derechos, se acude a la interpretación de los artículos 53-1 y 10 CE, de los que constante y profusamente hablaremos en el transcurso de esta investigación.

(1) El derecho a la intimidad desde la Centenaria Constitución Colombiana de 1886, constituía un derecho inherente a la persona humana y como tal inalienable, inenajenable e

imprescriptible, pero indefectiblemente unido al concepto y abrigo del derecho a la honra de las personas. El artículo 16 de dicha constitución establecía que las Autoridades legalmente instituidas en la República protegen y garantiza la “la vida, honra y bienes” de las personas. Los Tribunales y la Corte Suprema Colombianos, durante un siglo aplicaron la norma en el amplio campo de la responsabilidad extra-contractual del Estado y en la teoría de ampliación y nacimiento de nuevos derechos de orden constitucional, como el de la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, la paz , el *habeas data*, etc (hoy, derechos fundamentales en la Constitución de 1991, artículos 15, 16, 21, 22 y 15 *in fine*, respectivamente). Vid. RIASCOS GOMEZ, L.O. **LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA INFORMATICA JURIDICA**. Ed. Universidad de Nariño, UNED, Pasto, 1997, pág. 25 y ss..En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)

- (2) Pretendemos, hacer énfasis en que todo proceso evolutivo de una institución, fenómeno o concepto socio-jurídico, no es producto de una generación espontánea sino de un difícil, lento y casi tortuoso parto que dura años o “siglos”, y que hoy lo acogemos, sin beneficio de inventario, para tener un punto de partida seguro, y si cabe dentro de la lógica jurídica, un punto de apoyo decantado, pero no absoluto, en tanto en cuanto hace referencia al proceso de evolución conceptual de los que hoy denominamos “derechos fundamentales” por tener como referente a la persona humana en su vida, desarrollo y en su dignidad, así como a la interiorización del concepto en la sociedad actual y su consecuente plasmación en las Constituciones Políticas de cada Estado. Pretendemos igualmente, partir de los conceptos ya decantados por los constitucionalistas sobre el derecho a la intimidad, sus principales características, en la estructuración del contenido esencial, el análisis de la teoría de los límites e incluso en las diferentes visiones o formas de cognoscibilidad en el mundo jurídico, para centrarlos en una visión en particular, la que denominamos la visión ius-informática de la intimidad. Sin perjuicio de volver sobre estos aspectos ampliamente discernidos en la doctrina, jurisprudencia y legislación española, con el sólo propósito de estructurar, reforzar y validar nuestra tesis de la mencionada visión del derecho a la intimidad. Véase, especialmente los comentarios del surgimiento y evolución del artículo 10 de la CE, catalogado como “piedra angular de todo el sistema jurídico que ella (CE) instituye”, pues junto al análisis y evolución del artículo 18.4 CE., constituyen el epicentro del presente ensayo constitucional en entronque con otras áreas jurídicas e informáticas. RUIZ-GIMENEZ CORTEZ, Joaquín. **EL ARTICULO 10. En: COMENTARIOS A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978**. Cortes Generales. Ed. Derecho Unidos. Madrid 1997, p.39 y ss. [Regresar](#)
- (3) Estas nuevas tecnologías TIC, que surgieron inicialmente de las denominadas por el profesor *Ethain Katsh*, “tecnologías de la información TI”, no son sólo aquellas “que se llevan a cabo con los simples artefactos funcionales, sino que constituyen verdaderas nuevas formas de recibir y transmitir información de forma más interactiva y permite recoger, seleccionar, organizar, almacenar y transferir cualquier cantidad de información de un sitio a otro, sin frontera geográfica alguna y a velocidades y formatos electrónicos”. Quizá por estas amplias capacidades de transmisión electrónica (emisión/recepción) en la que se basan las nuevas tecnologías de la comunicación , es por lo que estos fenómenos pueden calificarse de novísimas tecnologías TIC, adicionando a ese bien intangible, poderoso, poroso, penetrante, de difícil control (jurídico, tecnológico, personal y social) y de incalculable valor económico como es la *información* actualmente, el vehículo electrónico idóneo, sin el cual aquella pierde parte de su magia y estructuración, como lo es, la comunicación a través de medios eléctricos, informáticos, electrónicos y telemáticos. Nuestro Trabajo. **LA CONSTITUCION...** Ob.ut supra cit., pág. 7 y ss. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. Vid. KATSH, *Ethain*. **RIGHTS, CAMERA, ACTION: CYBERSPATIAL SETTINGS AND THE FIRTS AMENDMENT**. Profesor of Legal Studies, University of Massachussetts at Amberst; B.A. 1967, New York Universiity; J.D. 1970, Yale University. Texto Original en inglés en la dirección electrónica: WWW.UMONTREAL.EDU.CA. [Regresar](#)
- (4) El estudio pormenorizado de los soportes, medios y aplicaciones informáticas, electrónicas y telemáticas; así como, los impactos sociales, jurídicos y tecnológicos en la sociedad de la información en que vivimos serán tratados a profundidad y especio en los documentos electrónicos: **Los Datos personales informatizados en el derecho público foráneo y colombiano**, y también en, **La Visión ius-informática de la intimidad y los delitos relativos a los datos personales**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>.

[Regresar](#)

- (5) *Vittorio Frosini* (En: Informática y Derecho), comenta como surgió el término “informática” de la definición dada por *Philippe Dreyfus*, en los siguientes términos: “L’informatique est la science du traitement rationnel, notamment para machines automatiques, de l’information considerée comme le support des connaissances et des communications dans les domaines technique, économique et social”. Y fue también a partir de esta concepción de informática, que las diferentes Leyes de Protección de los Titulares de los Datos Personales en la Unión Europea (UE), como en los diferentes Estados que la componen, que se hizo institucional el término de “*tratamiento automático*” de la información o datos de carácter personal, tal como tendremos oportunidad de profundizar más adelante. Terminología técnico-jurídica que aún subsiste, a pesar de corresponder a la etapa de surgimiento de la computación y de los ordenadores donde se destacaba una de las funciones primarias de aquellas máquinas, cual es, la automatización de datos, tal como lo hace hoy un cajero electrónico. Nuestro trabajo. **LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA INFORMATICA JURIDICA...** Ob. cit., pág. 47 y ss. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)
- (6) LOPEZ MUÑIZ-GOÑI, Miguel. **INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTAL**. Ed. Díaz de Santos, Bilbao, 1984, pág. 39. Citado en nuestro trabajo, **LA CONSTITUCION DE 1991 Y ...** Ob. cit., pág. 72 y ss. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)
- (7) En el ámbito punitivo español siguiendo las tesis alemanas de TIEDEMANN, se propone la tesis de creación del bien jurídico denominado de la información, siempre que sea tenida como bien con valor económico, para referirse a los llamados delitos informáticos. Sobre este aspecto, profundizamos en: **La Visión ius-informática de la intimidad y los delitos relativos a los datos personales**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>..Vid. GUTIERREZ FRANCES, María Luz. **DELINCUENCIA ECONOMICA E INFORMATICA EN EL NUEVO CODIGO PENAL..** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial. C.G.P.J. No. XI, Madrid, 1996. Además, **NOTAS SOBRE LA DELINCIENCIA INFORMATICA: ATENTADOS CONTRA LA “INFORMACION” COMO VALOR ECONOMICO DE EMPRESA**. En: Estudios de Derecho Penal Económico. Editores: Luis Zapatero y klaus Tiedemman. Ed. Univ. de Castilla-La Mancha. Tarazona (Cuenca). 1994, pág. 183 a 208. [Regresar](#)
- (8) KATSH, Ethain. Ob. ut supra cit., en la dirección electrónica WWW.UMONTREAL.EDU.CA. [Regresar](#)
- (9) La multimedia es una de las formas de comunicación electrónica realizada a través de elementos, sistemas y equipos computacionales, por los cuales se transfiere (emite/recepciona) cualquier tipo de información o datos contenidos en formatos de texto, imágenes y sonido. [Regresar](#)
- (10) Por éstos y otros supuestos que amplía la lista, es por lo que el DAVARA, estima que la ius-informática, hoy por hoy, bien puede configurar una nueva rama del derecho, el *Derecho Informático*, en el que todos los juristas estamos comprometidos a “trabajar para colaborar en marcar bien claramente las diferencias entre lo que es, lo que puede ser y lo que debe ser, orientando el camino que debe tomar la regulación jurídica del fenómeno informático en la hemos dado en llamar el “Derecho Informático”. Nosotros creemos haber aportado algo a esa estructuración en el trabajo *ut supra* citado. DAVARA RODRIGUEZ, Miguel A. **MANUAL DE DERECHO INFORMATICO**. Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1997, págs. 25 a 41. [Regresar](#)
- (11) La Constitución de 1991, en el artículo 15, inmerso en el Título II, Cap.I., “De los Derechos Fundamentales”, expresa: “ Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución....”. Aunque el derecho de habeas data esta inmerso en el de la intimidad, no debe interpretarse en forma miope que sólo a éste es aplicable, como tendremos oportunidad de puntualizar más adelante, con base en fallos de la Corte Constitucional Colombiana, sino que por la ubicación sistemática no simplemente formal, la

garantía y protección constitucional se reputa para el conjunto de derechos considerados fundamentales. El error de la ubicación temática del habeas data por parte de la Comisión Codificadora de la Constituyente de 1990, no debe conducir a la negación o, más aún, la evaporación de las garantías y mecanismos constitucionales de protección del conjunto de derechos fundamentales. El Constituyente Colombiano debió beber íntegramente de las fuentes de donde transplantó parcialmente el artículo 35 de la Constitución Portuguesa (que regula la “Utilización de la Informática” en el contexto del Título II, Cap. I. “Direitos, liberdades e garantias pessoais”), a fin de que no aparezca un artículo 15 (Derecho a la Intimidad) fusionado con el de habeas data y generando, --lo que es aún peor-- una forzada y casi inseparable dependencia. [Regresar](#)

- (12) El Título II, Derechos, Libertades e garantías, Cap.I, Artículo 35 (Utilização da informática). Por la ubicación formal y sistemática del citado artículo se deduce que el derecho de habeas data como la limitación al uso de la informática se aplica al conjunto de derechos y libertades fundamentales. Citamos a continuación el texto normativo conforme a la reforma introducida al artículo 35, según la LC Núm. 1/1982, pues el texto original de la Constitución de 1976 que constaba de tres numerales fue reformado, aunque el espíritu y gran parte del texto de aquella se mantuvo. La mentada norma expresa: 35-1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tener conocimiento de lo que consta en forma de registros informáticos que les conciernen y de la finalidad a la que se destinan esas informaciones (datos o registros), y podrá exigir, llegado el caso, la rectificación de los datos, así como su actualización. 35-2. Está prohibido el acceso de terceros a los ficheros (o banco de datos) con datos personales o a la respectiva interconexión de aquellos, a través de los flujos transfronterizos, salvo en los casos exceptuados en la ley (Inciso nuevo). 35.3 La informática no podrá ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a las convicciones filosóficas o políticas, a la filiación partidista o sindical, a la fe religiosa o la vida privada, salvo cuando se trata de procesamiento de datos no identificables individualmente para fines estadísticos. 35-4. La ley definirá el concepto de datos personales para efectos de registro informático (nuevo). 35-5. Se prohíbe la atribución de un número nacional único a los ciudadanos. Los paréntesis de la norma son nuestros, así como los giros de traducción no literal del portugués. Texto Constitución Completo en: AA.VV. **CONSTITUÇÃO NOVO TEXTO**. Coimbra editora, Edição organizado JJ. Gomes Conotilho o vital M., 1982 . [Regresar](#)
- (13) Así lo confirman, los profesores *González Navarro* y *González Pérez*, siguiendo a *Herederero Higuera*, al recordar que la Constitución brasileña de 1988, incorporó el su texto el derecho de *habeas data* que inicialmente sólo se atribuía al derecho que tenía toda persona para acceder a la información que le concernía al considerarse “una modalidad de acción exhibitoria análoga a la del habeas corpus”. Hoy en día, la estructuración y ampliación del contenido de aquél derecho, conlleva a extender las facultades iniciales de dicho derecho a otras, tales como los de actualización (o la puesta al día --*up date anglosajón*-- de los datos), rectificación y cancelación de los datos personales que le conciernen a una persona, sí los datos fueren inexactos, incompletos o ilegales. Vid. GONZALEZ NAVARRO, F. Y GONZALEZ PEREZ, J. **COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN**. Ed. Civitas, 1a., ed., Madrid, 1997, pág. 711. [Regresar](#)
- (14) DAVARA RODRIGUEZ, Miguel. **MANUAL DE DERECHO INFORMATICO**. Ed. Aranzadi Pamplona, 1997. pág. 21 y ss. [Regresar](#)
- (15) Vid. GONZALEZ NAVARRO, Francisco. **DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**. Ed. EUNSA (Univ. de Navarra), Pamplona, 1987, pág. 190-194. [Regresar](#)
- (16) La moderna regulación del derecho a la intimidad en España, comienza con la expedición de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que regula la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta ley desarrolla el artículo 18.1 CE, que garantiza tres derechos fundamentales, incluido la intimidad. Aunque se piensa que el derecho a la imagen no es más que una manifestación corporal de la intimidad [v.gr. El Caso Marks Vs. Joffa. El Tribunal de New York Aplicó los conceptos jurídicos de la “privacy” de Warren y Brandeis, en 1893 para darle razón al demandante cuando solicitaba tutela judicial por la publicación de su imagen (fotografía) en un periódico sin su consentimiento. Aquí se tuteló el “Right to privacy”, por ser la imagen una emanación de la privacy], su autonomía persiste en la CE. La Exposición de Motivos (E.M.), explica el alcance y objetivos

de la ley, así: "...el artículo 20- 4 CE, dispone que el respeto de tales derechos (intimidad, honor e imagen) constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales... Establece el artículo 1.1. de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza en el proyecto de nuevo Código Penal recientemente aprobado por el Consejo de Ministros. Por ello, en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece. Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece." Si bien esta ley tenía como objeto prioritario el desarrollo legislativo del artículo 18-1 CE, sobre el artículo 18-4, sostuvo: "Disposiciones transitorias.1. En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18-4 CE, protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley". Texto completo en AA.VV. **COMPENDIO DE DISCOS COMPACTOS ARANZADI**. Ed. Aranzadi, 1997. [Regresar](#)

- (17) A partir de la Expedición del Código Penal de 1995, se erigió como bien jurídico constitucional autónomo, el derecho a la intimidad personal y familiar, que antes había sido protegido y tutelado con carácter de *ultima ratio* en España, como derecho constitucional sí, pero dentro del bien jurídico (que para muchos ius-penalistas resultaba, cuando menos, poco conveniente, como veremos en el documento electrónico: **La Visión ius-informática de la intimidad y los delitos relativos a los datos personales informatizados**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>.) denominado de la *Libertad y Seguridad de las personas*. Hoy, existe una dual protección punitiva del derecho a la intimidad: a) como bien jurídico autónomo, tutelado en el Libro II, Título X, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio (artículos 197 a 204); y b) como derecho fundamental bajo otros bienes jurídicos: Delitos contra la Constitución: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Tit. XXI. Cap. V). De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (artículos 534 a 536). [Regresar](#)
- (18) Véase, el documento-ensayo electrónico: **Los Datos personales informatizados en el derecho público foráneo y colombiano**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)
- (19) El Tribunal Constitucional de España, tiene jurisdicción en todo el territorio español y ante éste se ejercita el recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades fundamentales (incluido la intimidad), en los casos y formas que establezca la ley (artículos 53-2 y 161.1.a CE). LEY ORGANICA 3-10-1979, núm. 2/19 (BOE 5-10-1979, núm. 239, [pág. 23186]). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Modificado, artículos 50 y 86.1, por Ley Orgánica 9-6-1988. CAPITULO III. De la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos. Artículo 53. La Sala al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) Otorgamiento de amparo. b) Denegación de amparo. Artículo 54. Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. Artículo 55. 1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación. 2. En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la

Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes. Artículo 56. 1. La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. 2. La suspensión podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes, y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de tres días y con informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala lo creyera necesario. La suspensión podrá acordarse con o sin afianzamiento. La Sala podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiere seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieren originarse. Texto completo en **AA.VV. COMPENDIO DE DISCOS COMPACTOS ARANZADI**. Ed. Aranzadi, 1997. [Regresar](#)

- (20) En el Derecho Constitucional se arbitran diferentes mecanismos constitucionales de control y protección de los derechos fundamentales (v.gr. La acción pública de inconstitucionalidad, la acción pública de nulidad). Uno de los más importantes y excesivamente utilizados, es la acción de tutela, por medio la cual “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. (artículo 86). Los Decretos 2591/1991, de 19 de Noviembre y 306 de 1992, desarrollaron la norma constitucional. Texto completo, en: WWW.MINJUSTICIA.GOV.CO. (Base de Datos del Ministerio de Justicia de Colombia). [Regresar](#).
- (21) FARIÑAS M., Luis. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1983, págs. 355 a 367. [Regresar](#)
- (22) LOPEZ DIAZ, Elvira. **DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD. Jurisprudencia y Doctrina**. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 197. [Regresar](#)
- (23) Tendremos en cuenta la obra clásico de la literatura jurídica aparecida en el famoso opúsculo de Samuel WARREN y LUIS BRANDEIS, denominado: “ The Right to Privacy” (“privacy”: Término polémico en su traducción al castellano porque se le ha querido dar diversas connotaciones jurídicas que no tienen en su origen anglosajón, según sea intimidad, privacidad o vida privada, tal como veremos a lo largo de la investigación). El artículo con aquél nombre apareció en la *Harvard Law Review*, Vol. IV., núm. 5, de 15 de diciembre de 1890. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD**. Trad. PENDAS, Benigno y BASELGA, Pilar., Ed. Civitas, S.A., 1a ed. Madrid, 1995. [Regresar](#)
- (24) Tras recorrer y analizar numerosos textos legales, religiosos, filosóficos e incluso literarios, demuestra los componentes tangibles e intangibles del derecho a la intimidad de las personas ya deambulaba en el ambiente de la humanidad, aunque no con ese término, ni siquiera con el de *privacy* acuñado por la cultura norteamericana, puesto que su cognoscibilidad como concepto con contenido interiorizante del ser humano con proyección

al mundo exterior, ni menos como un derecho subjetivo resultaba ajeno a la época histórica y de evolución de la humanidad en cualquier lugar del mundo. En efecto, en la “Edad Antigua”, el “sentimiento de la personalidad”, constituía un valor moral, la conciencia que el hombre occidental tiene del propio ser como un fin en sí mismo, como un centro autónomo de intimidad y de vida. Para los griegos la esencia del hombre era el “ser político”. Para los Romanos, según Von Ihering, el hogar doméstico era importante y cobraba un valor moral. La idea de paz de la casa ha sido reconocida en la inviolabilidad del domicilio en donde era además un lugar santo o sagrado. De ahí el aforismo latino: “*Domus tutissimum cuiusque atque receptaculum est*” (Gayo): La casa es para cada cual segurísimo refugio y acogida. En la “Edad Media”. Frente a los “males” contra la tranquilidad de las personas debía ser indemnizados, se reconoce en el s.xiv la “responsabilidad por agresión y difamación”. En la “Edad Moderna”, en el s. xvi se reglamenta la propiedad literaria. El “hogar” cobra mucho más importancia de la que tenía antes. Se plantea la dicotomía de lo “público y lo privado”. En el s.xviii, los ciudadanos intentan definir lo que era “vida pública y lo que no tenía esa calificación. “Mientras el hombre se hacía a sí mismo en público, realizaba su naturaleza en el dominio privado, sobre todo experiencias dentro del núcleo familiar”. En las declaraciones de los derechos del hombre formuladas en el s. xviii, “no contienen mención alguna al derecho a la intimidad”. En 1750, parisinos y londinenses consideraban a sus familias como dominios privados. En la “Edad contemporánea”. La idea moderna sobre los derechos humanos proviene de la oposición entre naturaleza y cultura. Si los sentimientos de un hombre son lesionados, si hacen que se sienta abyecto o humillado, esto constituye una violación a sus derechos naturales. La Glorificación del hogar se alcanzó en Inglaterra (s.xix). Eduard Shils, llamó a la era Victoriana “la edad de oro de la privacy” (The golden age of privacy). Establece un relación entre el culto victoriano a la intimidad y la urbanización decimonónica de la vida.”La concepción victoriana de la intimidad fue un medio de defensa contra el código puritano de la época. Incluso, en ciertos aspectos, la intimidad llegó a ser concebida no sólo como un derecho, sino también como un deber: el deber de ocultar ciertas partes del cuerpo”. En esta época, surge en Norteamérica el famoso artículo en la Revista de Derecho de Harvard de Warren y Brandeis (1890). A finales del siglo XIX Engels, se refiere a la familia privada como la expresión del carácter capitalista. “La privacidad era el realismo de la expresión interactiva, era una cultura donde los extraños podían inferir el carácter de uno a partir de cómo lucía y cómo vestía. Y aquí esta el punto clave: la creencia de que el secreto es necesario cuando las gentes interactúan plenamente brinda la clave de un barómetro de la angustia psíquica en la sociedad: el deseo de despojarse del sentimiento a fin de no mostrar involuntariamente los sentimientos de los demás. En 1877, Gareis proclamó el derecho del individuo a organizar su vida como deseare, el derecho al nombre y el derecho al honor. Kohler (1880) defensor de los derechos de la personalidad. Proclamó el derecho a una “esfera de intimidad”, y en 1907 definió el derecho al secreto. FARIÑAS M., Luis. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1983, págs. 315 a 352.

[Regresar](#)

- (24A) FROSINI, Vittorio. *INFORMATICA Y DERECHO*. Ed. Temis, Bogotá, 1988, pág.64. Citado en mi trabajo, *LA INFORMATICA Y...* Ob. cit., pág. 27. [Regresar](#)
- (25) Para las glosas y comentarios del Ensayo Warren y Brandeis, seguiremos *ad pedem litterae*, la traducción de Pendás y Baselga. PENDAS, Benigno y BASELGA, Pilar. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD. (THE RIGHT TO PRIVACY)**. Ed. Civitas, Madrid, 1995. [Regresar](#)
- (26) *The right to be let alone*, ha significado para autores como Vittorio Frossini, (Ob.cit., pág. 64) --y desde allí *et al-* el *summum* o la esencia del derecho a la intimidad en sus orígenes. Sin embargo, como vemos en este planteamiento silogístico del trabajo Warren y Brandeis, apenas significa un elemento, importante sí, pero no el único y a manera de primera premisa, de lo que debemos entender integralmente por el derecho a la *privacy* (la intimidad, que es el término que engloba y más fielmente refleja el concepto de *privacy*): su características, sus límites como derecho no absoluto, sus colisiones y toma de elementos de otros derechos como el del honor o la propiedad intelectual y artística; y en fin, sus mecanismos de reparación o indemnizatoria en caso de daños. Más aún, así se evidencia en el propio ensayo de Warren y Brandeis, se lee: “*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* “. Cfr. PENDAS, B., y BASELGA, P. Ob. cit.,

págs. 25. [Regresar](#)

- (27) PENDAS, B., y BASELGA, P. Ob. cit., págs. 25 y 68. [Regresar](#)
- (28) En el sentido expuesto por Frossini (nota 26), se sostiene que :” Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS, ... exponen, ... las bases técnico-jurídicas de la noción de privacy, configurándolo como un derecho a la soledad, como la facultad de “to be let alone” (el derecho a estar solo, o mejor, el derecho a ser dejado tranquilo y en paz), uniéndose en esta expresión --que cobra carta de naturaleza-- a lo llamado, anteriormente en 1888, por el juez COOLEY, “The Right to be let alone”. Este derecho a no ser molestado significaba, para aquella época, no sólo un factor negativo --como es la posición doctrinaria más difundida actualmente-- , sino también un factor positivo, basada en no dejar circular las fotografías de una persona (La fotografía, era un invento mecánico que invadía abierta y subrepticamente la vida privada de las personas) sin consentimiento del titular. Estos planteamientos, fueron plasmados judicialmente, como lo asevera la autora citada, al decir que “Tres años más tarde de la publicación de este conocido artículo un Tribunal utilizó por primera vez la expresión acuñada por lo dos abogados, Warren y Brandeis, fue el caso MARKS V. JOFFA, fallado por el Tribunal de New York: el demandante, un actor y estudiante de leyes, había visto un retrato suyo publicado en un periódico propiedad del demandado, formando parte de un concurso de popularidad, al que se le oponía personalmente. La sentencia, estimó la demanda y declaró su “derecho a ser dejado en paz”, basándose en el hecho de que “ningún periódico o institución tiene derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie, sin su consentimiento”: Cfr. LOPEZ DIAZ, Elvira. **EL DERECHO AL HONOR Y L DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 175. [Regresar](#)
- (29) El Common law, ha “amparado por siglo y medio la privacy en determinados casos” aunque en supuestos diferentes; por ello, en los supuestos expuestos por Warren y Brandeis, constituyó, una “ aplicación más de la regla vigente”, vale decir, que no se pretendía crear “ningún principio nuevo cuando se hace extensivo este amparo a la apariencia personal, a los dichos, a los hechos y a las relaciones personales domésticas o de otra clase”, sino plantear su reconocimiento a supuestos nuevos. La privacy, en otros supuestos fue utilizada por Lord Cottenham, en 1820 en el casp Wyatt Vs. Wilson, cuando declaraba, respecto de la actuación de los demandados en aquél caso y sostenía que era “el derecho a la privacy el que ha sido vulnerado”, en relación con un grabado del Rey Jorge III durante su enfermedad, quien señalaba que “si alguno de los médicos del anterior Rey hubiera llevado un diario sobre lo que oyó y vio, el tribunal no le hubiera permitido darlo a la imprenta y publicarlo en vida del Rey”. *Ibidem*. págs. 44 y 59. [Regresar](#)
- (30) “El significado genuino de la palabra ‘propiedad’ en su sentido legal es ‘lo que es peculiar y propio de una persona, lo que pertenece exclusivamente a uno’. El principal significado de la palabra de la que se deriva --proprius-- es ‘propio de uno. Done on Copyright, pág. 6. *Ibidem*. 46. [Regresar](#)
- (31) *Ibidem*, pág. 48. [Regresar](#)
- (32) Pese a esto, las limitaciones al derecho de la intimidad como un derecho no absoluto, según el ensayo Warren y Brandeis, “las reglas más generales, vienen dadas por las analogías legales que ya fueron desarrolladas en la Ley de difamación y libelo y en la Ley de propiedad intelectual”. PENDAS, B. y BASELGA, P. Ob. cit., pág. 62. [Regresar](#)
- (33) Así se sostiene en diversos momentos del ensayo, en particular, previos a la conclusión del planteamiento del principio invocable para la protección de la privacy. *Ibidem*, pág. 59. [Regresar](#)
- (34) “Aunque los tribunales han afirmado que basaban sus resoluciones en los estrictos fundamentos de la protección a la propiedad, existen sin embargo, indicios de una doctrina más liberal. El caso Prince Albert Vs. Etrange... al hablar de las publicaciones de un individuo que había “escrito a personas particulares o sobre asuntos personales se refería a ellas como un ejemplo de revelaciones posiblemente ofensivas, al tratarse de asuntos privados y que los tribunales deberían impedir en los casos pertinentes; sin embargo, es difícil concebir cómo, en un caso así, cualquier forma de derecho de propiedad podría ser aplicada a la cuestión, o por qué, dicha publicación debería impedirse como amenaza con

exponer a la víctima no sólo del sarcasmo, sino también a la ruina, no debería ser igualmente prohibida cuando amenaza con amargarle la vida. Privar a un hombre de las potenciales ganancias que se obtendrían con la publicación de un catálogo de sus piedras preciosas no puede ser, *per se*, una agravio contra él... Pero una vez reconocida la intimidad como un derecho protegido legalmente, la intervención de los tribunales no puede depender de la especial naturaleza de los perjuicios causados”. *Ibídem.*, pág. 44 y 45. [Regresar](#).

- (35) El Right to be let alone de Cooley, es “como el derecho a no ser agredido a no ser golpeado, el derecho a no ser encarcelado, el derecho a no ser procesado mediante engaño, a no ser difamado. La cualidad a ser propiedad o posesión es inherente a cada uno de estos derechos, como lo es de cualquiera otros que el derecho reconoce, y, dado que es éste el atributo que distingue a la propiedad, podría considerarse apropiado referirse a estos derechos como una propiedad. Pero obviamente, se parecen poco a lo que, por regla general, se entiende por dicho término. El principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona” . *Ibídem.*, pag. 44. [Regresar](#)
- (36) No imaginaban en aquélla época que tal invasión se iba a sofisticar tanto, hasta llegar a la utilización de medios informáticos, electrónicos y telemáticos, tal como lo comentaremos en el documento electrónico: **Los Datos personales informatizados en el derecho público foráneo y colombiano**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)
- (37) “Supongamos que se le ha enviado una carta, sin que lo haya solicitado. La abre, y la lee. Con toda seguridad, no ha hecho ningún contrato; no ha aceptado ninguna confianza. Por abrir y leer la carta, no puede haber contraído ninguna obligación, salvo que lo diga la ley; y, se diga como se diga, esta obligación consiste, únicamente, en respetar el derecho legítimo del remitente, sea cual sea, llámese derecho a la propiedad sobre el contenido de la carta, o llámese derecho a la intimidad”. Aspecto éste que en el derecho actual, tiene regulación expresa en leyes civiles y penales que protegen la intimidad. *Ibídem.*, pág. 57. [Regresar](#)
- (38) Como sostienen al final del ensayo Warren y Brandeis, “El Common Law ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?” . *Ibídem.*, pág. 73. [Regresar](#)
- (39) Toma como referente analógico para la determinación de aquellos límites, los que han sido planteados en la ley de la difamación y libelo y en la ley de propiedad intelectual. Muy a pesar , que *ab initio* del ensayo, Warren y Brandeis, proscriben tales analogías, por lo visto, esta tiene una excepción al analizar los límites del derecho a la “privacy”. Sobre este punto volveremos en la Parte II de esta investigación. *Ibídem.*, pág. 61-62. [Regresar](#)
- (40) Aclaran los autores, que la relación no es “exhaustiva” o taxativa. *Ibídem.*, pág.65. [Regresar](#)
- (41) Desde aquélla época se planteaba la posibilidad de proteger a la intimidad a través de la tutela penal y por ello, los ensayistas Warren y Brandeis, citan el trabajo en este sentido de William H. Dumbar, que sancionaban a quien publique en “un periódico, revista u otra publicación periódica, una declaración sobre la vida privada o los asuntos de otro...” (Artículo 1). *Id.*, pág.71. [Regresar](#)
- (42) A título de ejemplo: a) Marks Vs. Joffa (Tribunal de New York, 1893). Un periódico publicó del demandante para una publicidad, sin el consentimiento de Marks (la imagen como parte de la intimidad); b) Robertson Vs. Rocherter Folding Box (New York, 1902). Franklin Mills Co., sin el consentimiento de la joven Abigail Robertson ni la de sus padres, obtuvo, imprimió y vendió e hizo circular litografías y retratos de Abigail (Se reconoció la violación del derecho a la privacy); c) Pavesich Vs. New England Life Insurance Co. (Georgia, 1905). Publicación de foto de la demandante en una publicidad de la empresa de seguros “Atlanta Constitution”; d) Melvin vs. Reid (California, 1931). El productor de cine Reid hizo una película de la “vida pasada de una persona”, sin el consentimiento del titular y aún utilizando su verdadero nombre; e) Philip Shuyler Vs. Ernes Curtis, Alice Donleroy e alt. (New York, 1895). El actor

demando a una asociación que tenía la intención de erigir un monumento a su tía difunta. No hubo unanimidad en la decisión del Tribunal, pero el Juez J. Gray, contra la mayoría dijo: “que el propósito de los demandados había sido la invasión no autorizada del derecho del acto a preservar el nombre y memoria de la difunta frente a los comentarios y la crítica del público”. Ampliamente comentada en: FARIÑAS MATONI, Luis M. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Trivium, S.A. Madrid, 1983, págs. 103 a 143. El Caso OLMTEAD Vs. UNITED STATES (Washington, 1928). Estando como juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos, afirmó: “los legisladores de la Constitución norteamericana debieron proteger las creencias, pensamientos, emociones y sensaciones de sus ciudadanos, así como la esfera privada del individuo (idea que más tarde garantizó la Cuarta Enmienda de la Constitución, al proteger la seguridad de sus personas, domicilio y efectos personales frente a cualquier intromisión indebida)”. Cfr. LOPEZ DIAZ, Elvira. **EL DERECHO ... Ob. cit.**, pág. 176-177. [Regresar](#)

- (43) Se reconoce el derecho a la privacy en “La IV ENMIENDA”, sostiene: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de las personas, hogares, papeles y efectos contra riesgos y detenciones arbitrarias y no menos que hubiese causa probable, apoyada por juramento o afirmación que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya que apoderarse”. [Regresar](#)
- (44) Alan F. Westin, retrospectivamente observaba los problemas que generaba la naciente informática jurídica, el derecho a la información a que tiene toda persona y el ejercicio de ciertos derechos constitutivos de lo más tarde se llamaría los *derechos de habeas data* (acceso, rectificación y cancelación de información incompleta o indebida). El autor sostenía: “En las áreas físicas y psicológicas, la ley americana tiene conceptos bien definidos..., pero consideren las dificultades de aplicar normas constitucionales al proceso de información..., la ley americana no tiene ninguna definición... precisa de información... no ha tenido ningún sistema general para tratar el flujo de información que controlan los órganos de gobierno..., excepto algunos ejemplos de datos censales... y las cargas fiscales..., tenemos tradiciones de libre circulación de información... tenemos tradiciones de carácter confidencial y reservas mantenidas en secreto... la ley americana no ha desarrollado procedimientos institucionales para la protección contra la recogida inapropiada de información, almacenamiento de datos inadecuados o falsos, y empleo entre organismos de dicha información... El Act de procedimiento Federal de 1946 aseguraba a los hombres negocio que se enfrenten con sus órganos reguladores federales que ellos conocerían, la información que sobre ellos iba a entrar en los expedientes en ciertos tipos... de juicios orales que ellos tendrían otra oportunidad de presentar otra información para recusar o modificar esta información, y que el expediente sería sometido a revisión... El desarrollo de semejante teoría... fue propuesto... durante... los años cuarenta y ... cincuenta la ley americana queda seriamente afectada por algunos aspectos tecnológicos de los sistemas de información por computador”. WESTIN, Alan F. **SEGURIDADES LEGALES PARA GARANTIZAR LA INTIMIDAD EN UNA SOCIEDAD DE COMPUTADORES 1967**. Citado por FARIÑAS M., Ob. cit. pág. 152-153. [Regresar](#)
- (45) Lee Loevinger en un trabajo titulado: “*Jurimetrics: The next step forward*”, explica como los adelantos tecnológicos, los recursos y procedimientos de manejo de la información al amparo de los computadores u ordenadores y programas (conocidos también como Hardward y Softward), eran válidos para todas la ciencias , y en especial, para las sociales como el derecho. En consecuencia, la jurimetría consistía en una especie de medida del derecho, a través de procedimientos lógicos, racionales y “automatizados” de la información jurídica, en el ámbito financiero y fiscal, la cual era aplicable al tratamiento de cualquier cantidad de información jurídica para que le permita al hombre disminuir riesgos de error y aumentar eficacia, rapidez y certeza en el trabajo diario. Más tarde, el procedimiento y métodos utilizados por la jurimetría serían duramente criticados, aunque el fundamento de aquella, aún se utiliza en el tratamiento moderno de la información jurídica (Bases de datos, Thesaurus Jurídicos especializados,etc), como veremos en el documento electrónico: **La Informática Jurídica Documental, los datos personales informatizados, el Thesaurus Jurídico y el Documento jurídico electrónico**. .En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>. [Regresar](#)
- (46) No es el momento para hacer un análisis detallado de las fuentes del derecho, pero si destacar, la relevancia e incidencia que tienen en la evolución del derecho, y en particular de

los derechos y libertades fundamentales, como la Intimidad, que es ahora nuestro objeto de estudio. Quizá en otro momento, debería hacerse un análisis profundo del tema de las fuentes del derecho, pues el origen y evolución de los derechos humanos (incluidos los fundamentales), se ha debido desde el punto de vista teleológico y normativo, a partir de las llamadas “Declaraciones Universales de Derechos” (v.gr. De derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o la de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, en Bogotá-Colombia), de los Tratados o Convenios Públicos bi o multilaterales, de los pronunciamientos de los Organismos Judiciales Internacionales (Tribunal de Derechos Humanos, Tribunal de la Haya, Tribunal de la CE, Tribunal Andino, etc.), y en general de los principios generales del derecho generados por los pronunciamientos, decisiones o recomendaciones de los organismos internacionales o comunitarios (UE, ONU, OIT, OEA, OMS, UNESCO, PACTO ANDINO, etc.). **CONFERENCIAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL.**(Teoría de la ciencia administrativa y organización del Estado). Digitocomputarizadas, Tercer Curso, Facultad de Derecho, Universidad de Nariño, Pasto, 1990, p. 50 a 63. [Regresar](#)

- (47) Vid. MARTIN MATEO, Ramón. **MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO.** Instituto de Administración Local. Madrid, 1984, págs. 101-107. En igual sentido, ENTRENA CUESTA, Rafael. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.** Ed. Tecnos, 7a.,ed., 1982, Madrid (Esp.), págs.82-161. [Regresar](#)
- (48) Muy a pesar de que MARTIN MATEO, considera que los principios generales del derecho, “no constituyen fuente en sí mismo, pero sí son aplicables al caso concreto y en un momento histórico determinado. Estos principios rectores intemporales y ahistóricos (conformadores de un Derecho Natural, que no parece posible) parecen no existir en el mundo jurídico actual. El principio de igualdad ante la ley, el principio de equidad de trato, el principio de prohibición de actuaciones arbitrarias, como principios generales del derecho de los cuales se extraen consecuencias jurídicas son invocables directamente ante el Juez para obtener un fallo favorable al caso concreto”. Sin embargo, muchos de estos denominados principios, con el devenir de los tiempos se han ido incorporando en las Constituciones de los Estados (como Colombia y España), hasta tal punto de ir aumentando el catálogo de derechos constitucionales (primera, segunda o tercera generación), y en particular, derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el honor, etc., o auténticos *valores constitucionales*, como el de dignidad de la persona, el de libre desarrollo de la personalidad, que en la Constitución Española, constituyen junto a otros derechos fundamentales y el respeto a la ley, en el “fundamento del orden político y de la paz social” (art 10.1 CE). MARTIN MATEO, R. Ob. cit. pág.50. [Regresar](#)
- (49) Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (CCC.) **AA.VV. COMPENDIO DE DISCOS DE LEGIS.** Ed. Legis, S.A., Bogotá, 1997. [Regresar](#)
- (50) Nuestro trabajo, **CONFERENCIAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO...**Ob. cit., pág. 63. [Regresar](#)
- (51) *A contrario sensu*, que el término “prevalencia” se aplica al “valor preferente de los principios del derecho internacional humanitario en el orden interno”, pues la “Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios de derecho internacional humanitario” (CC. Sent.. C-574, Oct. 22/1992.M.P. Ciro Angarita Barón). [Regresar](#)
- (52) En Colombia, por ejemplo, se reguló la protección del domicilio en el Código Civil de 1887. [Regresar](#)
- (53) En la Constitución de los EE.UU: La IV Enmienda de 1787 (Inviolabilidad de domicilio como de las personas, papeles y efectos); La Constitución de Bélgica de 7 de Febrero de 1831 (El secreto de correspondencia es inviolable); La Constitución Argentina de 1 de mayo de 1853 (Inviolabilidad de domicilio); La Constituciones de España de 1869, 1873 y 1876 (Inviolabilidad de correspondencia); y, La Constitución de Colombia de 1886 (Inviolabilidad de correspondencia y domicilio). [Regresar](#)
- (54) Considerando (C.5). Declaración Universal de Derechos Humanos. Texto completo en: **AA.VV. DISCOS COMPACTOS LEGIS.** Ed. Legis S.A., Bogotá, 1997. [Regresar](#)

- (55) FARIÑAS MATONI, Luis. Ob.cit., pág. 251. [Regresar](#)
- (56) La Constitución Política de 1886, reconoce el derecho a la intimidad implícitamente, cuando expresa que las Autoridades de la República de Colombia, están instituidas para garantizar y proteger a las personas en “su vida, bienes y honra” (artículo16). Dicho artículo reconocía el principio del Common law que marcó el punto de partida (Primera Premisa) para la elucubración teórica-práctica de The right to privacy formulado en 1890 por Warren y Brandeis, es decir, el principio de que “*el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes*”. En el derecho a la libertad de prensa y de opinión (artículo42). La Corte Suprema de Justicia, interpretó este artículo sosteniendo que la libertad de opinión “consiste en la facultad o poder del individuo de expresar por cualquier medio, publicación, lo que se piensa y cree. Por consiguiente, la palabra, expresión del pensamiento y del contenido de la conciencia es libre, tanto hablada como escrita. La escrita se denomina de imprenta y se manifiesta en el libro, el folleto, el periódico, la revista, el cartel, etc” (Sent. Marz.31 de 1971). Y, finalmente en el derecho de información contenido en el derecho de petición (artículo45). Otros argumentos en nuestro trabajo, **LA CONSTITUCION DE 1991...** Ob.cit., pág. 25 y ss. [Regresar](#)
- (57) LOPEZ DIAZ, E., Ob. ut supra cit., pág. 188. [Regresar](#)
- (58) FARIÑAS M., L., Ob. ut supra cit., pág. 163. [Regresar](#)

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)