

ENSAYOS JURIDICOS CONSTITUCIONALES

LA VISION IUS-INFORMATICA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD, NO ES UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL

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

CONTENIDO:

1. [PRELIMINARES](#)
2. [LA INVOLABILIDAD DE LA PERSONA Y LA INFORMATICA.](#)
3. [LA VIOLABILIDAD DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, A TRAVES DE MEDIOS INFORMATICOS](#)
 - 3.1. [El Derecho fundamental de la "Libertad Informática"](#)
 - 3.1.1. [La dignidad humana como fundamento de la intimidad.](#)
 - 3.1.2. [El contenido del derecho a la intimidad](#)
 - 3.1.3. [La relación-tensión intimidad e informática.](#)
 - 3.1.4. [Reconocimiento de la "Libertad informática", a partir del almacenamiento de datos.](#)
 - 3.1.5. [El discurso constitucional de la existencia o no de un derecho nuevo, no afecta a la protección de la persona con los derechos fundamentales.](#)
 - 3.2. [El derecho fundamental de "autodeterminación de la información", "informativa o informática".](#)
 - 3.2.1. [En el ámbito constitucional español](#)
 - 3.2.2. [En el ámbito constitucional colombiano](#)
 - 3.3. [El derecho de la "Intimidad informática"](#)
 - 3.4. [El derecho de habeas data.](#)
 - 3.4.1. [En el ámbito constitucional español](#)
 - 3.4.2. [En el ámbito constitucional colombiano.](#)

1. PRELIMINARES.

El objetivo principal de este ensayo investigativo, es presentar el estado actual del planteamiento doctrinal y jurisprudencial referida a la visión ius-informática del derecho a la intimidad, la cual se la ha catalogado como un nuevo derecho fundamental derivado inicialmente, en España de una trilogía de derechos fundamentales: El honor, la Intimidad y la propia Imagen (artículo 18 CE) y, en Colombia de un binomio de derechos fundamentales: La intimidad y el Buen Nombre (artículo 15, constitucional). Este nuevo derecho constitucional ha sido denominado indistintamente: derecho a la Libertad informática, derecho a la autodeterminación informativa o informática, la intimidad informática o el derecho de habeas data.

El discurso constitucional de nuestro planteamiento tiene como basamento el principio rector de los derechos reconocidos por el *Common Law*, que a la vez, es un presupuesto de la esencia y un valor constitucional de la existencia de los actuales derechos fundamentales: la inviolabilidad de la persona humana, en su dignidad y respeto como tal. El quebrantamiento de este principio o valor constitucional, tras el "uso de la informática" (término genérico, que encierra el sometimiento de datos personales y/o generales, privados o públicos a un procedimiento o tratamiento informatizado por medios informáticos, electrónicos o telemáticos) conduce, cuando menos, a plantear la existencia o no de un nuevo derecho constitucional derivado de los ya existentes, tal como se sucede en la doctrina ius-publicista Española y Colombiana. En tal virtud, analizaremos en seguida este panorama, tomando con punto nuclear la inviolabilidad de la persona y su tensión-relación con la informática.

2. LA INVIOLABILIDAD DE LA PERSONA Y LA INFORMATICA.

El epígrafe, que duda cabe, es una afirmación de entrada sobre lo que desarrollaremos en este aparte .

Para probar nuestro planteamiento, partimos de algunas directrices expuestas con antelación, sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, considerado un derecho fundamental de la persona humana, autónomo, limitado pero sin perder su efectiva incolumidad (STS de 30 de Marzo de 1990 y STS de 24 de Mayo de 1990, 120/1990, de 27 de Junio) y de doble naturaleza jurídica: subjetivo y objetiva [\[1\]](#), tal como esta previsto en el artículo 18 CE y artículo 15 constitucional, basado en los valores constitucionales como la dignidad, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad entre los seres humanos (artículo 10.1 CE, artículo. 1 y preámbulo, constitucional.) y en los principios y fuentes normativas internacionales y universales (como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Roma, Pacto de San José, Pacto de New York, entre otros) --artículo10.2 CE y 93 Constitucional-- como fundamento del orden político y la convivencia pacífica de los ciudadanos en un Estado Social de derecho. Valores, principios y fuentes normativas que constituyen la esencia de los derechos y libertades fundamentales en un Estado democrático y pluralista, y en particular del derecho a la intimidad personal y familiar y "sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental" (STC 21/1992 de 14 de febrero), y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario --según las pautas de nuestra cultura-- para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 231 de 1988, de 2 de Diciembre).

El contenido tan amplio y tan complejo del derecho a la intimidad, como hemos analizado, incorpora sentimientos, emociones y pensamientos de la persona humana en tiempo presente, pasado y futuro cierto y previsible, así como ciertos aspectos de corporeidad humana y algunos datos o informaciones personales obtenidos por cualquier medio manual, mecánico o informático, ha venido creciendo hasta nuestros días en el proceso lógico de evolución de los derechos desde que se planteara por Warren y Brandeis *The Right to privacy*.

La protección jurídica constitucional por parte de los Estados y los particulares mismos, según la Constitución Española (artículo18), se ha centrado en los contenidos mínimos (artículo18.1), o mejor aún, en los más firmes bastiones de la intimidad, tales como: la inviolabilidad del domicilio -- artículo18.2-- (SSTC 137/1985, de 17 de Oct. 22/1984, de 17 de Feb. Auto del TC 642/1986, de 23 de Julio), la inviolabilidad de las comunicaciones --artículo18.3-- (STC 110/1984, de 26 de noviembre) [\[2\]](#), inclusive la realizada a través de los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la inviolabilidad de la persona humana cuando se utiliza la "informática" como soporte, aplicación o medios informáticos (software o hardware) en la creación (selección, recolección, almacenamiento y registro), funcionamiento (conservación), transferencia (comunicación: emisión/transmisión) y cancelación de datos de carácter personal --artículo 18.4-- [\[3\]](#).

La visión ius-informática de los derechos y libertades fundamentales, se estructura en una forma no menos compleja que la del contenido mismo del derecho del cual se deriva, ya que como hemos sostenido, la visión o faceta ius-informática de la intimidad, no es más que una forma de desdoblamiento académico e incluso legislativo (las variopintas legislaciones de protección de datos. v.gr. En España, la LORTAD de 1992) y constitucional (artículo 18.4 CE, artículo 35 Constitución Portuguesa y el artículo 15, constitucional) del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, cuyo nacimiento y desarrollo en todos los ámbitos del derecho ha sido posible al abrigo, en buena o mala hora --según el cristal con el cual se mire-- a la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la informática.

Así, la visión ius-informática del derecho a la intimidad, se estructura con una serie de facultades, principios y valores aplicables a todos los derechos fundamentales, y por supuesto, al derecho de la intimidad. En el caso del derecho español y colombiano, aquellos son sintonizables, entre otras razones constitucionales, en base al principio igualmente fundamental de interpretación o de hermenéutica jurídica y la teoría de las fuentes del derecho (artículo 10.2 y 96.1 CE; artículo 93, 152-a, y 230, constitucional) que permiten desentrañar la naturaleza jurídica, el ámbito de aplicabilidad e incluso el análisis del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE y artículos1 y 95-a Constitucional.). Estos son:

a) las atribuciones que tiene toda persona humana para solicitar, recibir o comunicar información veraz, precisa, oportuna y transparente (artículo 20.1.d) CE., artículo 20 y 74 Cons. Nal., artículo 19

Declaración Universal de Derechos de 1948; artículo 19 del Pacto de New York; artículos 13 y 14 del Pacto de San José) desde el momento mismo hasta que termina un tratamiento o procedimiento con medios informáticos, electrónicos y telemáticos y que persiga la recogida, almacenamiento y transferencia de datos considerados personales que le conciernan y así lo disponga el ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, ya se encuentren tratados por los poderes públicos (artículo 105-b, CE, artículo 74 Constitucional.) o por los particulares. El derecho a la información se acentúa, toma perfiles máximos de vulnerabilidad y/o de protección en las fases, etapas o ciclos informáticos de la recolección y la transferencia (por cesión) de datos dentro de un procesamiento informatizado (artículos 5, 11 y 13 LORTAD, artículos 15 Inc.1 in fine y 2, Constitucional.), bien sea de la información recaba del propio interesado o no (artículos 10 y 11, Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

b) El principio fundamental del *Common law* sobre la inviolabilidad de la persona humana, considerado a la vez, como un valor y basamento de los derechos fundamentales en toda sociedad democrática, al abrigo del cual nació *The Right to privacy*. Este principio en el derecho español y colombiano fue elevado a rango constitucional genéricamente para todos los derechos y libertades fundamentales, al considerarlos como "inviolables" por devenir de la dignidad e inmanencia del ser humano (artículo 10.1 CE y el artículo 1 y el Preámbulo de la Constitucional, que tiene efectos jurídicos y vinculantes para el poder público y los particulares --CC. Sent. C-479/1992, de 6 de Agosto--) y encomendarse su protección al Estado (artículo 2 Constitucional) y los particulares mismos (artículo 15 Constitucional) para asegurar a todos una digna calidad de vida (Preámbulo CE). Por ello, el reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último: la dignidad de la persona humana. Y el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. Quizá por ello, el derecho a la intimidad ha sido clasificado dentro de los derechos de la persona como ser libre (libertades individuales) y en el subgrupo de los derechos inherentes a la autonomía personal, según el iusconstitucionalista González Segado [4], sin desmembrar la visión iusinformática prevista en el artículo 18.4 CE.

La inviolabilidad a la persona humana [5] en la visión iusinformática de la intimidad, se concreta en el "uso de la informática" (artículo 18.4 CE: SSTC 254/1993, de 20 de Julio, 11/1998, de 11 de Enero, entre muchas otras, como veremos), o mejor aún, durante todo procesamiento o tratamiento informatizado de datos personales en los que se utilicen soportes, aplicaciones y medios informáticos, electrónicos o telemáticos (artículo 15 Inc. 1 y 2 Cons. Nal y artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976) por los poderes públicos o los particulares.

c) Desde el surgimiento del *Right to privacy*, se planteó a la par del derecho a no ser molestado, a su vida íntima, a ser dejado en paz, en la soledad y castillo de su hogar (*The Right to let be alone*), el derecho a impedir cualquier tipo o forma de circulación, comunicación, revelación o transmisión de la imagen, de las fotografías, de las memorias (o biografías), los escritos e incluso discursos, sin autorización de su titular [6]. Este último derecho, como sostuvimos, décadas más tarde, fue interpretado, analizado y ampliado por Parker (1974), Fried (1979), pero sobre todo por Westin (1967) [7], al concretarlo en el derecho al control de la información referente a uno mismo (*The Right to control information about oneself*). De esta forma se completaba el esquema del contenido del derecho a la *privacy*, que no solamente se fundaba en las facultades de exclusión erga omnes contra toda clase de ingerencia a su dignidad y respeto humano que ostentaba toda persona, a no ser molestado en público y en privado, sino que se delimitaba aún más la facultad de ese derecho a impedir, o mejor aún, a controlar la información personal que a esta le concierna. Parker, define entonces, la *privacy*, como el derecho al control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona [8], aspectos que obviamente se concretan en información o datos personales, ya que de otra forma, serían inocuos o inexistentes para el derecho.

El derecho al control de la información de uno mismo, se fue incorporando en las diferentes legislaciones protectoras de datos, tanto de la primera generación (Alemania y Suecia), como de la segunda (Francia, Luxemburgo, etc), tercera (España, LORTAD) y cuarta (*Privacy and Data Bill* 1994, de Australia). Sin embargo, a nivel constitucional en el ámbito Europeo la pionera en reconocer este potenciado horizonte de la intimidad fue la Constitución Portuguesa de 1976, cuando reconoció: Todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de todo aquello que les concierna y se halle en registros informáticos y la finalidad para la cual se destinan las informaciones (artículo 35 ab initio).

En el ámbito ibérico, la LORTAD de 1992, como conjunto de normas protectoras del tratamiento informatizado de datos de carácter personal, plasma el derecho de control a la propia información,

como derecho genérico, al establecer que toda persona desde el momento mismo de la recolección de datos y durante todo el procedimiento informatizado, ostenta un catálogo de facultades inherentes al derecho de la información (artículos 5 y 13) y como derecho específico y, "en concreto, los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación, (que) se constituyen como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la Ley" --Exposición de Motivos de la LORTAD-- (artículo 14 y 15).

El Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia de 20 de Julio de 1993, destacaría esa facultad de control de la información que ostenta una persona, como un contenido positivo de la conceptualización de la intimidad.

Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática», es así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data). (F.7).

En las subsiguientes pronunciamientos del TC, se ha venido reconociendo este carácter positivo del contenido de la intimidad. v.gr. SSTC de Mayo 9 de 1994, Enero 13 de 1998, Marzo 16 de 1998, entre otras.

d) Otro elemento estructural básico de la visión iusinformática de la intimidad, como se ha visto, lo constituyen, el acceso a la información y el ejercicio de ciertas facultades componentes del derecho de habeas data por la persona a quien le conciernen unos datos de carácter personal que han sido sometidos a tratamiento informatizado. El derecho de acceso a la información que en su origen conformó el derecho de habeas data, por considerarlo una modalidad de acción exhibitoria análoga al habeas corpus del derecho anglosajón [9], hasta las facultades actuales de conocimiento, actualización, rectificación y cancelación de la información o datos, están plena y ampliamente reguladas en la Constitución Española (artículo 18.4 y 105-b CE) y Colombiana (artículos 15 Inc.1 in fine y 2 y 74 Constitucional), así como en la legislación interna de cada país: En España, básicamente en la LORTAD de 29 de Octubre de 1992, R.D. 1332/1993, y en el ámbito general para el acceso a la información manual o informatizada (artículos 39 y 45) de las Administraciones Generales del Estado, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Común: Ley 30 de 1992, Nov. 27; y, en Colombia en la Ley 57 de 1985 y el Código Contencioso-Administrativo, Dec-ley 02 de 1984, reformado por el Dec. 2304 de 1989, para toda clase de información (personal o general, manual o informatizada).

Con el pleno ejercicio de las atribuciones del habeas data en un proceso o tratamiento informatizado de datos se evidencia la protección de los titulares de los datos o la informaciones, la inviolabilidad de la persona en últimas, cuando sus datos personales son sometidos a tratamiento por medios informáticos, electrónicos y telemáticos.

La LORTAD, parte de un fundamento negativo para referirse al titular de los datos cuando de ejercitar el derecho de acceso a la información se trata. En efecto, lo llama "el afectado" (artículo14). Quizá esta denominación explique, a estos efectos, no sólo la posición en la que suele colocar a todo titular de los datos personales en un procedimiento informatizado de datos, ab initio desventajosa y de latente vulneración, sino que persigue que la persona, partiendo de esa posición aparentemente negativa ejerza a plenitud las atribuciones del habeas data, para con ello impedir con mayor eficacia la violabilidad de su dignidad como persona.

e) Finalmente, el derecho de oposición al tratamiento informatizado de datos, es otro elemento importante de la estructuración de la visión iusinformática de la intimidad, por el cual se evidencia la inviolabilidad de la persona. En efecto, el ejercicio del derecho de oposición al proceso o tratamiento informatizado de datos, por parte del titular de los datos o "interesado" (artículo14), en las condiciones y con los requisitos que se establecen en la Directiva 95/46/CE, demuestran como a través de la nueva concepción del titular de los datos (faz positiva: interesado), se mantiene el temor y la consideración de potencial amenaza para la persona, todo aquello que se refiera al tratamiento informatizado de datos, y por ello, la norma comunitaria, erige como derecho complementario de la defensa y protección del derecho a la intimidad, de la violabilidad de su dignidad como persona, el derecho que denomina de "oposición del interesado" (artículos 14 y 15) y que lo instituye, al menos en los siguientes casos:

1) Si el procedimiento informatizado de datos es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos; y, 2) Si el procedimiento informatizado de datos es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los otros, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección, como en el caso del derecho a la intimidad (artículo 7-e y 7-f Directiva)

En esta clase de procedimientos informatizados de datos, el titular de los datos podrá oponerse en cualquier momento del tratamiento, previa petición ante el responsable del tratamiento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo que la legislación interna de cada Estado Miembro de la UE, disponga en el ordenamiento jurídico otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable (persona natural, jurídica, pública o privada, según el caso) no podrá referirse ya a esos datos [\[10\]](#).

3. LA VIOLABILIDAD DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, A TRAVES DE MEDIOS INFORMATICOS.

En el derecho constitucional español, el tema se aborda cuando se estudia la limitación del "uso de la informática" con miras a garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos "y el pleno ejercicio de sus derechos" (artículo 18.4 CE).

Para un sector de la doctrina, la violabilidad de la dignidad de la persona a través de medios informáticos, crea un nuevo derecho fundamental denominado indistintamente "Libertad Informática", "Derecho de autodeterminación informativa" o "Derecho a la Intimidad Informática". Cada una de estas denominaciones obedece al origen y posición doctrinal o jurisprudencial que se sigue para estructurarla. En cambio, consideramos junto a otro sector de la doctrina, que no existe un nuevo derecho sino una ampliación del contenido del derecho a la intimidad, evidenciada, por un lado, por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en el mundo del derecho, generando entre otros aspectos, la informática jurídica entendida básicamente como ciencia del tratamiento lógico, incardinado y cualificado de la información por medios informáticos, electrónicos y telemáticos; y por otro, cuando se considera a la intimidad como el derecho que tiene toda persona al control de la información de sí mismo (The Right to control information about oneself), cuando sus datos personales han sido sometidos a tratamiento informatizado.

3.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA "LIBERTAD INFORMATICA".

El iusfilósofo Pérez Luño [\[11\]](#), en España, como Vittorio Frosini en Italia [\[12\]](#), propusieron en sus diferentes ámbitos geográficos el derecho de la libertad informática, con diversos fundamentos y diferente nomen iuris (derecho fundamental y derecho de la personalidad, respectivamente); así mientras, Pérez Luño, plantea sus argumentos con base en los derechos de la libertad de información, el derecho de habeas data (acceso, rectificación --inmerso el "derecho al olvido"-- y cancelación de la información) y los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen (artículo 18 CE) de los cuales se desprende cuando entra en contacto el "uso de la informática" con el derecho; para el iusfilósofo italiano Frossini, el estudio y análisis derecho de habeas data, así como de sus fases o ciclos informáticos, lo lleva a ubicar la libertad informática, como un "derecho perteneciente a la personalidad moral, definiéndolo como el derecho de disponer de los propios datos personales, esto es, de controlar la veracidad o exactitud, de impedir la difusión si se trata de datos sensibles o reservados, de verificar la utilización para el fin autorizado" [\[13\]](#).

En España, la posición doctrinal sobre el nuevo derecho fundamental a la libertad informática fue tomando cuerpo y aceptabilidad entre un gran sector de la doctrina ibérica (Castells Arteché [\[14\]](#), González Quinzá [\[15\]](#), Carreras Serra [\[16\]](#), Fairen Guillen [\[17\]](#), Morales Prats [\[18\]](#), Davara Rodríguez [\[19\]](#); entre muchos otros) e incluso en la jurisprudencia reiterada e incólume del Tribunal Constitucional (SSTC 254/1993, May. 9 de 1994; 11/1998, de 13 de Ene.; Mar. 11 de 1998 y 6/1998, Mar.16/98 [\[20\]](#)), que considera que la garantía de la intimidad adopta hoy (e 1993) un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona... así (como) también, (de) derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) --STC 254/93-- . Este derecho nuevo es un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical,... frente al uso torticero de la tecnología informática..., sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar

el flujo de informaciones que conciernen a cada persona... --- STC 60/1998--. Así, se consagra aquella dicotomía no fácil de asimilar a la vez como: derecho-instrumento y derecho-autónomo [21]. Dicotomía inexistente en la concepción de la "libertad informática", no como nuevo derecho sino como un bastión tecnológico más del derecho a la intimidad.

Para analizar los argumentos expuestos por Pérez Luño, del que se considera nuevo derecho fundamental de la persona humana, derivado de otros derechos de igual rango constitucional, como la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen que son los tutelados expresamente por el artículo 18 CE, dividiremos el planteamiento en cuatro apartes y a renglón seguido haremos las glosas pertinentes. Los temas a tratar son: a) La dignidad humana como fundamento de la intimidad, b) El contenido del derecho a la intimidad, c) La relación-tensión: informática e intimidad, y d) Reconocimiento de la libertad informática, a partir del almacenamiento de datos.

Finalizaremos este apartado, con los puntuales comentarios de los doctrinantes que consideran que no hay un nuevo derecho a la libertad informática, pues la Constitución Española de 1978, lo que constitucionalizó es el derecho a la intimidad personal y familiar, y en particular sus principales manifestaciones, facetas o bastiones (Díaz López, Orti Vallejo, Gutiérrez Sánchez, entre otros), tales como la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, y la faceta que hemos llamado inviolabilidad de la persona a través de medios informáticos, electrónicos y telemáticos.

3.1.1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LA INTIMIDAD.

En un primer momento, se consideró a la intimidad dentro de la teoría jurídica tradicional como una manifestación de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana. Aquella dignidad humana como principio-guía de todo Estado del Derecho. La dignidad constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo (Werner Maihofer) [22]. En tal virtud, la dignidad humana supone el valor básico, fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. Este es el principio legitimador de los "derechos de la personalidad", y por su puesto, del derecho a la intimidad [23].

El reconocimiento de los tradicionales derechos de la personalidad como derechos fundamentales, como le sucedió a la intimidad en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978, supuso un paso decisivo para precisar su status jurídico y su propia satisfacción. Estos derechos suponen la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana (fundamento de la creación y evolución del ius-naturalismo. Ernest Bloch), por lo que resulta evidente el trasfondo ius-naturalista que inspira y fundamenta la consagración constitucional de la intimidad, como también sucedió en Italia y Alemania, donde se hace mención a los derechos inviolables de la persona basados en la dignidad [24].

La concepción positivista de los derechos fundamentales, considera ab initio, aquellos que se encuentran en normas jurídicas en "un sistema cerrado", explicado en sí mismo, por una simple interpretación literal, con lo cual se deduce que no existen más derechos fundamentales que los que se hallan expresamente en la Constitución (E. Grossi). Las tesis ius-naturalistas insisten en considerar que los derechos fundamentales evolucionan como respuesta a los intereses y exigencias necesarias que en cada momento histórico se requieren para el pleno desarrollo de la persona humana [25]. La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la informática, por ejemplo, a partir de la segunda mitad del presente siglo, prueban fehacientemente esta posición iusnaturalista, que sin desvirtuar el derecho positivo que tocan casi mágicamente por los nuevos avances científicos o tecnológicos en un momento y sitio determinados, catapultan ampliando o delineando el contenido del derecho mismo, tal como hemos visto le sucedió al derecho de la intimidad con el advenimiento del fenómeno TIC y la informática.

La Constitución Española de 1978, conjuga estas dos concepciones (ius-naturalista y positivista) sobre los derechos humanos en el artículo 10, al considerar que el valor de la dignidad humana y la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes como persona, con el libre desenvolvimiento de la persona [26]. y por su puesto, al elevar a rango constitucional el derecho a la intimidad personal y familiar e incardinar su fundamento en las previsiones generales del artículo 10 CE.

3.1.2. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Son múltiples las teorías y posiciones doctrinales que se han esgrimido para delimitar el contenido del derecho a la intimidad. Pérez Luño, parte del planteamiento de delimitar conceptualmente la intimidad, con la que llama "noción actual de la privacy", porque considera que la intimidad y la vida privada, contienen una carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas y dificulta la precisión de su significado, e incluso se llega a sostener que tiene una "definición introuvable" (Vitalis) [27]. Precisamente, la amplitud o dispersión del objeto del contenido del derecho de la intimidad, es lo que ha llevado a los doctrinantes a concluir si se trata de un derecho único o de una pluralidad de derechos (A. Cupis) [28]. En la actualidad se distiende esta controversia sosteniendo que se trata de un único derecho con una variedad de manifestaciones, devenidas por la evolución conceptual de los derechos o impuestas al amparo de los adelantos científicos, tecnológicos, culturales, etc.

Entre las varias doctrinas referentes al tema, entre otras, se citan: 1. La Alemana de Hubmann, que reconoce tres esferas : la intimsphäre (secreto), la Privatsphäre (lo íntimo) y Individualsphäre (individualidad de la persona. v.gr. nombre); 2. La Italiana de Frosini, que distingue cuatro fases de aislamiento: soledad, intimidad, anonimato y la reserva; 3. La Norteamericana de Jhon H. Shattuck, sostiene que la privacy abarca cuatro aspectos, a saber: a) Freedom from unreaasable search, libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisión indebida en la esfera privada, b) Privacy of association and belief, garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias, c) Privacy and autonomy, tutela de la libertad de elección sin interferencias; y d) Information control, posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las informaciones que les atañen.

La posición de Shattuck, estuvo precedida por Alain Westin, Charles Fried y L. Lusky, al menos en lo referente al control de la información que tiene toda persona sobre sí misma. Westin, lo llamó derecho al control de la información referente a uno mismo (The Right to control information about oneself); Lusky, posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto y Fried, control sobre las informaciones que nos conciernen.

En la Constitución española de 1978, al consagrarse a la intimidad como derecho fundamental en el artículo 18, se tutela un contenido amplio (artículo 18.1 CE) y parcelado de los bastiones considerados más vulnerables/protegibles como "tradicionales" e históricos del constitucionalismo ibérico: a) la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2) y b) la inviolabilidad de las comunicaciones o de capitis diminutio "del secreto de la correspondencia" (18.3). La "tensión intimidad-informática", se considera como una tutela de la intimidad y otros derechos fundamentales como el honor y la propia imagen "frente al uso de la informática" (artículo 18.4). Esto nos induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela como manifestaciones de un derecho único [29].

3.1.3. LA RELACION-TENSION: INTIMIDAD E INFORMATICA.

La informática, como conjunto de técnicas, métodos y procedimientos que tratan lógica, incardinada y sistemáticamente cualquier cantidad de información con soportes, aplicaciones y medios informatizados, entre muchos de los impactos que produjo en las ciencias humanas y que abarcó al derecho, se ubica la nueva óptica surgida del "problema de las relaciones entre intimidad e información" [30].

La latencia de dichas relaciones se evidenciaron no sólo en los varios Coloquio, Conferencias, sobre la vida privada y derechos del hombre (Bruselas, 1970; Florencia, 1972; Pavia, 1972) [31], sino en la reciente y puntal legislación estatal que en cascada sobrevino (Alemania, Suiza, Francia, Luxemburgo, Reino Unido, etc), precedida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Humanos de Roma de 1950; y de los denominados Pactos Internacionales (De San José y Nueva York, en 1968). En España y Portugal, la relación-tensión de la intimidad e informática, se llevó hasta sus últimas consecuencias, al constitucionalizar el "uso de la informática" (artículo 18) o la "utilización de la informática" (artículo 35), respectivamente.

La constitucionalización del uso de la informática en el artículo 18.4, CE, supone el encuadre del precepto en el marco de las libertades públicas y el restringido alcance expreso de su contenido a la órbita personal y familiar, un planteamiento fragmentario e individualista de la compleja serie de cuestiones del matiz personal y social que hoy se presentan entre la intimidad e informática. Por ello, el problema más evidente que genera la intimidad frente a la informática no es tanto impedir, hoy en día, el procesamiento informático, electrónico o telemático de la información, que son necesarios para el normal desarrollo de la economía, cultura, investigación, etc., o del funcionamiento de las relaciones

interestatales e incluso interpersonales, "sino asegurar un uso democrático de la information technology" [\[32\]](#) .

Las fuentes normativas constitucionales de la relación-tensión: informática e intimidad, se hallan previstas en el artículo 18.4 y el artículo 105-b, pues mientras en el primero se impide el uso abusivo de la informática frente a los derechos fundamentales y se asegura el uso pluralista de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), el artículo 105-b, permite el "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Vale decir, el ejercicio de uno de las más emblemáticas facultades estructurales del derecho de habeas data: el acceso a la información a los bancos de datos o "ficheros" (manuales o informatizados)

Pero también, encontramos en el artículo 20.1-d, de la CE, otra importante fuente normativa constitucional que forma un "círculo hermenéutico", tras interpretar sistemáticamente los textos constitucionales. En efecto, para acceder a cualquier tipo de información constante en bancos de datos o ficheros (artículo 105.b: información bajo el control de las administraciones públicas del Estado [\[33\]](#)), previamente se debe garantizar la concreción del derecho a informarse y respecto al cual la intimidad constituye su límite, pero a la vez, el derecho a informarse y acceder a la información tiene su límite en la intimidad [\[34\]](#). Por ello, para delimitar el alcance y desarrollo de la intimidad con el uso de la informática, se debe analizar el artículo 18.4 y el artículo 105-b, aunque la continua y recíproca remisión entre el artículo 18.4 y 20.1-d, "no deja de tener peligros en cuestiones que, como la que afecta las relaciones entre intimidad e informática, entran de lleno en el estatuto de los derechos fundamentales, gran parte de cuyo contenido queda así desconstitucionalizado" [\[35\]](#).

Sin embargo, un muro de contención a esa desconstitucionalización, en nuestro sentir, se marcó: inicialmente, con la expedición de la Ley Orgánica Núm. 1/1982, de 5 de Mayo, relativa a la protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, cuando en su disposición primera transitoria, sostuvo que " en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, 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", y muy a pesar de que la regulación era fragmentaria, tópica e incompleta al no ser especializada en el fenómeno, tratamiento y proceso informático de la información o datos personales, en concreto. Así mismo, con la incorporación al ordenamiento jurídico español del Convenio Europeo 108 de 1981, mediante instrumento de Enero 27 de 1984 (artículos 10.2 CE y 96.1 CE), sobre el tratamiento "automatizado" de los datos de carácter personal. Posteriormente, con carácter especializado y aunque todavía no completo, se produjo la expedición de la Ley Orgánica sobre la regulación del tratamiento "automatizado" de los datos de carácter personal o LORTAD, de 29 de Octubre de 1992 y la Ley Orgánica de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) de Nov. 27 de 1992, artículos 39 y 45 y su decreto reglamentario: El Real Decreto (R.D.) Núm. 263/1996, de Febrero 16, sobre la regulación de la utilización de técnicas, electrónicas, informáticas y telemáticas por la administración General del Estado. Y finalmente, con la esperada transposición de las normas comunitarias sobre la materia al ordenamiento jurídico español: La Directiva 95/46/CE y la Directiva 97/66/CE.

3.1.4. RECONOCIMIENTO DE "LA LIBERTAD INFORMATICA", A PARTIR DEL ALMACENAMIENTO DE DATOS.

Esta libertad informática en España surge de los planteamientos vertidos en la época (1984, y aún antes) para reglamentar el artículo 18.4 CE, pues resultaba insuficiente la normativa remitida de la protección civil a la intimidad prevista en la L.O.1/1982, de 5 de Mayo, para algunos de los atentados y agresiones producidos por el fenómeno informático, por la falta de especificidad, contenido e integralidad de la materia regulada y los fines de protección y tutela brindados. Por ello, la doctrina ibérica, principalmente el iusfilósofo Pérez Luño [\[36\]](#), propone el reconocimiento de la libertad informática que comporta garantizar a las personas individuales, y en su caso colectivas (partidos, sindicatos, asociaciones...) el derecho fundamental a la información, su control (facultades estructurales del derecho de habeas data) y tutela de las facultades anteriores mediante el establecimiento de oportunos recursos , previos el análisis de las normas jurídicas internas (L.O.5-5-1982, núm. 1/1982); las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico español en 1984 (El Convenio Europeo 108 de 1981); las normas sobre la protección de datos personales, principalmente en el ámbito europeo (la Alemana , Suiza, Francesa, Noruega, etc.) y americano (Fair Credit Reporting Act US 1970, The Privacy Act 1974).

El derecho Fundamental a la libertad informática, según Pérez Luño, no se limita a la protección de los datos en el momento de su transmisión o utilización, sino que nace y puede ejercitarse desde el mismo momento en que los datos son almacenados [37]. Con lo cual queda por fuera del concepto de este derecho fundamental la selección y recolección de la información, que bien puede ser manual, mecánica o informatizada (datos personales estadísticos, históricos, científicos, registrales, etc) y la fase de registro de los datos que juega papel importante hoy en día en la tutela iuspenalista prevista en el Código Penal Español de 1995 [38]. En tal virtud, se desincorpora del llamado derecho fundamental "a la libertad informática", la fase inicial de todo proceso o tratamiento informatizado, que tanta expectación e importancia mostraban las normas pioneras en la protección de datos --y que hoy se hace con mayores razones-- desde el preciso momento de la recogida de datos por cualquier medio, fundamentadas prioritariamente por el filón de vulnerabilidad y/o protección que ésta representaba, hasta tal punto que, por ejemplo, la LORTAD de 1992, estableció no sólo como derecho precautelar sino durante todo el tratamiento informatizado de datos, el derecho a la información sobre el por qué, el cómo, el quién y el para qué de la recolección y tratamiento de los datos personales (artículo 5 y 13), y una vez en curso el tratamiento informatizado, la puntual información de las etapas del tratamiento en el momento que lo permitan. Más aún, quedaría por fuera la facultad capital de oponerse al tratamiento informatizado de datos, en el momento, circunstancias y motivos expresos, que la Directiva 95/46/CE, ha reconocido como un derecho de oposición al tratamiento para tutelar derechos e intereses legítimos de las personas involucradas en un procedimiento informatizado de datos (artículos 14 y 15). Derecho de oposición al tratamiento que nace en el derecho a la información previo a todo tratamiento (manual o informatizado), sea que se recabe la información del propio titular o no (artículos 10 y 11 de la Directiva).

3.1.5. EL DISCURSO CONSTITUCIONAL DE LA EXISTENCIA O NO DE UN DERECHO NUEVO, NO AFECTA A LA PROTECCION DE LA PERSONA CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Ortí Vallejo [39], al igual que López Díaz [40], plantean esta cuestión aunque desde diversas ópticas pero con idénticos argumentos: ¿Conveniencia o necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental?. ¿Un nuevo derecho, para tutelar o potenciar la protección de los derechos fundamentales ya existentes (la Intimidad, el honor, la propia imagen, el buen nombre, etc)?. Interrogantes a los que añadiríamos: ¿ un nuevo derecho fundamental, autónomo que coexista en el ámbito de interpretación y aplicabilidad sistemática de la Constitución, rectamente dirigidos a la protección del ser humano en sus diversos ámbitos de la vida corporal, espiritual, intelectual, emocional, de pensamientos, sentimientos, etc) ?, o ¿ un derecho nuevo con el don especial, de nacer, ser y actuar, a la vez, como un derecho-instrumento y un derecho-autónomo, según las STC 254/1993, de 20 de Julio y 60/1998, de 16 de Marzo, principalmente?.

"nuestra Constitución ha incorporado una garantía constitucional...de otros derechos, fundamentales, el honor y la intimidad, pero también en un instituto que es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad de la persona, frente a las agresiones a su dignidad y libertad, provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos..." (F. J.6. STC 254/1993).

Sobre el último interrogante, un sector de la doctrina --que compartimos--, al interpretar el fundamento Jurídico 6 y 7 de la STC 254/1993, ha estimado que la contradicción en los argumentos del TC es evidente, mientras a priori, se reconoce a la libertad informática como un instrumento de protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, por ejemplo, a renglón seguido y a posteriori, se reconoce a la libertad informática como un derecho fundamental, autónomo [41], limitado y con un "contenido mínimo, provisional" (aún no definido por el TC) [42]. Contradicción palmaria, pero justificada, para otro sector de la doctrina en la fórmula de que esta doble consideración de derecho-instrumento y derecho-autónomo, ejercitado a la vez, "no parecen excluirse mutuamente" [43], al menos dentro de la tensión-relación de la informática y los derechos "al honor y la intimidad", según los términos del TC, y sobre los cuales la jurisprudencia posterior y reciente, antes que revisar, la ha confirmado (v. gr. STC Mayo 9 de 1994, Enero 13 de 1998 y Marzo 16 de 1998).

Ahora bien, respecto de los demás interrogantes, digamos lo siguiente:

La técnica doctrinal y jurisprudencial que plantea el nacimiento de un "nuevo derecho" denominado derecho a la libertad informática, ubicado dentro de los llamados derechos de "tercera generación", por conjugar, de un lado, la teoría anglosajona de las liberties pollution cuya característica principal es la alta porosidad y receptibilidad de los continuos y permanentes cambios devenidos principalmente de los avances de la técnica y la ciencia [44] y, de otro, la de surgir de derechos de igual rango,

preexistentes y con fines de protección de la persona humana en sus diferentes facetas de su existencia. Trasladados estos planteamientos de cara a desentrañar el espíritu del constituyente sobre los artículos 18.4 y 105-b CE (básicamente, pues la tutela constitucional es fragmentaria) se interpreta que la tensión-relación de la intimidad con la informática que de ellos surge, puede resolverse con la creación de un nuevo derecho y no con la visión de desdoblamiento de los derechos fundamentales que les sirve de sustento (la intimidad, el honor, la propia imagen, y etc, al considerar "el pleno ejercicio de los derechos"), con carácter de faceta, o mejor aún de bastión, pues como hemos dicho la relación de protección prevista en el artículo 18 relativa a la intimidad es *numerus clausus* y no *taxativa*.

La técnica del derecho nuevo hubiese sido viable en España, si tal como sucedió en la Constitución Portuguesa de 1976, se ubicó no sólo formal sino sistemática y hermenéuticamente el artículo 35, relativo a la "Utilización de la informática" en el título correspondiente a los Derechos y Deberes Constitucionales, con carácter de derecho fundamental, autónomo, limitado, y por ende, aplicable a todos aquellos, tras constitucionalizar la tensión-relación de la informática con el conjunto de derechos y libertades fundamentales y no sólo con la intimidad, el honor, la propia imagen --y por vía de interpretación con el resto de derechos fundamentales previstos en la Constitución, según el artículo 18.4 in fine CE--. En efecto, inmerso en el artículo 35, se halla, cuando menos, el derecho de *habeas data* que por derivarse de otro derecho de rango igual, conforma un nuevo derecho de estirpe igualmente fundamental, estructurado así:

Todo ciudadano tiene derecho a conocer, informarse, acceder o transferir el contenido de los registros informáticos (ficheros o bancos de datos) en los que se hallen insertos datos de carácter personal relativos a él o que le conciernan, salvo que se trate de datos personales relativos a las convicciones políticas, filosóficas, filiación partidista o sindical, fe religiosa o la vida privada, a no ser que hayan sido sometidos a tratamiento informático estadístico previo su disociación (es decir, que la información no pueda asociarse a la persona determinada o determinable) o cuando expresamente la ley en forma exceptiva así lo disponga. Además, todo ciudadano, llegado el caso, podrá exigir la rectificación y la actualización de los datos sometidos a procedimiento informático, en últimas al control de sus datos.

En el ámbito español, a partir de una faceta o bastión de protección de los derechos fundamentales (la inviolabilidad de la persona humana con el uso de la informática: artículo 18.4 CE) y una facultad activa de acceso del ciudadano a los datos informáticos administrativos que maneja el Estado (artículo 105-b CE), se ha creado un nuevo derecho fundamental derecho a la libertad informática o también llamado derecho de *habeas data* (STC 254/1993, de 20 de Julio y 60/1998, de 16 de Marzo. En la doctrina: Morales Prats, Fàiren Guillem, González Quinzà, entre otros). La LORTAD en su Exposición de Motivos recoge estas fuentes normativas constitucionales no para plantear un nuevo derecho sino para desarrollar "lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, (que) tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 1). Es decir, para proteger la faceta o visión *ius-informática* de los derechos fundamentales. Por contra, la LORTAD hubiese sostenido la reglamentación o desarrollo del derecho de *habeas data* o el llamado de "libertad informática", pero en cambio prefirió instituir una serie de garantías sustantivas y procesales para proteger a los titulares de los datos personales cuando estos sean sometidos a tratamiento informático, electrónico o telemático.

Orti Vallejo [45], luego de analizar el F.J. 6 de la STC 254/1993 y el contenido de la LORTAD, llega a la conclusión de que "no hay razones suficientes para afirmar que la protección de la persona frente a la utilización de ficheros y tratamientos automatizados de datos personales, comporte la existencia de un nuevo derecho de la personalidad". Estima que el planteamiento actual debía ser, no de la existencia o no de un nuevo derecho, sino revivir el "conflicto de intereses" existente entre el "derecho a la intimidad, el honor, etc... y el derecho a la información", pues considera que el uso de la informática, no es más que una nueva forma tecnológica de utilizar, manejar o controlar la información personal o general, pública o privada, tanto por los propios interesados, los terceros o el mismo Estado. Siguiendo a Roppo, el autor citado, añade que entre las posturas que rechazan de plano las nuevas tecnologías como un factor de peligro y las que los alaban desmedidamente, debe adoptarse un criterio de equilibrio, condensado en "la fórmula de construir una nueva intimidad que se podría sintetizar en el eslogan 'del secreto al control', y por ello la doctrina mayoritaria italiana (Roppo, Alpa, Giannantonio), acepta hoy en día reconsiderar el concepto de intimidad, sin plantearse la creación de un nuevo derecho y menos fundamental. Con base en ello, Orti Vallejo [46] estudia "una nueva manera de entender el derecho a la intimidad: Derecho a controlar las informaciones", que como hemos visto anteriormente, no es más que una parte de la faceta *iusinformática* del derecho de la intimidad, concretada en *The Right to control information about oneself* de Westin.

Con fundadas razones, plantea el autor citado, que la conveniencia o inconveniencia de un nuevo derecho fundamental en materia informática en el derecho español, no tenga únicamente como fundamento la utilización de medios informáticos en el tratamiento de datos personales (por particulares y el Estado), sino en algo superior y más importante como es el de considerar a la información (siendo un tópico decir que es poder)

"constituye un nuevo poder de dominio social sobre el individuo (Giannantonio) mucho más sofisticado que el ejercicio de la fuerza física. El uso de las informaciones permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a medios coactivos, por lo que la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos y políticos se hallan determinadas por el acceso a la información. De ahí que pueda afirmarse que la protección de datos personales constituye un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados" (Pérez Luño).

Es decir, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales (Pérez Luño) [\[47\]](#).

Quizá por todo, el planteamiento de la Visión ius-informática de la intimidad, como faceta o bastión tecnológico TIC del derecho a la intimidad permite; de un lado, ser el punto de equilibrio entre las tesis que propugnan por la creación de nuevos derechos fundamentales de índole jurisprudencial y doctrinal, como el llamado de libertad informática y las tesis de desmembración de los derechos fundamentales preexistentes. Unas y otras dirigidas a la protección de las personas en el "uso de la informática"; y de otro lado, considerar que la visión ius-informática de la intimidad, tiene como objetivo primordial la protección y tutela del derecho que le sirve de sustento desde el momento mismo en que se va a someter a tratamiento informatizado datos de carácter personal y que le conciernen a aquél, con el ejercicio del derecho a la información previo a la recolección, concomitante con el tratamiento informatizado propiamente dicho y, posterior cuando se han cumplido ciertas fases del tratamiento (almacenamiento, conservación, registro o transmisión). Así mismo desde el acceso a la información que le concierne, la persona involucrada podrá hacer uso de las facultades inherentes al habeas data (conocimiento, actualización, rectificación y cancelación) y en su caso, podrá oponerse al tratamiento informatizado, si se dan unos requisitos y condiciones previas. Esta panorama de la visión ius-informática devala que la tensión-relación de la informática con el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, esta hoy más viva que nunca, y de allí la preocupación de los Estados y los particulares mismos de propender por mecanismos idóneos y más eficaces de protección y tutela.

3.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE "AUTODETERMINACION DE LA INFORMACION", "INFORMATIVA O INFORMATICA"

De entrada digamos que un amplio sector de la doctrina (Baón Ramírez, Orti Vallejo, Díaz López, Castells Arteché, López Garrido, entre otros), consideran derecho sinónimo el derecho a la libertad informática y el derecho fundamental indistintamente llamado de "autodeterminación informativa" o de "autodeterminación informática". La razón de dicha sinonimia, tras analizar sus escritos es simplemente gramatical. Sin embargo, consideramos que las razones para su distinción apuntan no sólo a las fuentes del derecho en las cuales se inspiran una y otra postura, sino también a los fundamentos normativos constitucionales con los que argumentan y sostienen uno y otro derechos: el de la libertad informática y el de autodeterminación informática --que se aplica exclusivamente al fenómeno ius-informático y de contera incluye el fenómeno genérico: de la información o "la autodeterminación informativa" [\[48\]](#) --.

En efecto, se puede decir que mientras el surgimiento doctrinal y jurisprudencial del derecho denominado de "libertad informática", devino de las fuentes del derecho anglosajón, los principios rectores del Common Law sobre la inviolabilidad de la persona humana, The Right to privacy y la tensión-relación de la informática y la privacy en la sociedad contemporánea caracterizada por la libertes pollution [\[49\]](#), los nuevos medios tecnológicos de la información y la comunicación (TIC); el derecho a la autodeterminación informática, en cambio, bebió de las fuentes del derecho alemán, tras el conflicto de intereses entre dos derechos fundamentales y autónomos, previstos en la Constitución Federal Alemana: el derecho a la información y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y por su puesto, en el paradigma de la vulnerabilidad y/o protección de la informática y los derechos fundamentales del ser humano.

El Tribunal Federal Constitucional Alemán, en la sentencia de 15 de diciembre de 1983, resolvió el recurso presentado contra una Ley de 25 de marzo 1982 relativa al censo demográfico, que se declaró inconstitucional en razón del excesivo número de datos o informaciones solicitados a los sus ciudadanos (recolección indiscriminada de datos) cara a ser sometidos a tratamiento informatizado, con la advertencia de aplicar multas a los renuentes. Esto suscitó como comenta Roppo [50], alarma social en amplios estratos de la sociedad y de la cultura alemanas, dando lugar a una oposición organizada y además bajo la sospecha de que el Gobierno no pretendía simplemente finalidades estadísticas, sino asegurarse un control sobre las actividades y sobre las condiciones personales de los ciudadanos.

La sentencia en alguno de sus apartes sostiene:

Quien no sabe con suficiente seguridad qué datos relativos a su persona son conocidos en ciertos sectores de su entorno y no puede estimar aproximadamente qué conocimiento posee su interlocutor, puede verse limitado esencialmente en su libertad de planear y decidir con autodeterminación. Un orden social y un orden legal en el que los ciudadanos no saben quién sabe qué cosa y en qué circunstancias sobre ellos no es compatible, con derecho a la autodeterminación informativa (...). El derecho fundamental (del desarrollo de la personalidad) garantiza la potestad del individuo de determinar él mismo acerca de la cesión y uso de sus datos personales.

En términos de Souvirón [51], la jurisprudencia alemana, parte de la constatación de que las informaciones sobre las circunstancias personales, actualmente acumulables técnicamente sin límite alguno, pueden, refundidas con otras, proporcionar un auténtico "perfil de la personalidad" sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y utilización, y del hecho de que conocido por el entorno social ese perfil o esas informaciones, puede aquél "verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación... La autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos".

El hecho central es, pues, la vinculación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad con el derecho de la autodeterminación individual, al comprender éste la capacidad del individuo para afirmar su personalidad conociendo quién, qué cuándo y con qué finalidad se conocen datos relativos a su persona [52].

Denninger [53], aclara que la revelación y el uso de los datos personales, abarca todas las facetas de elaboración y uso de datos, o sea, acumulación, transmisión, modificación y cancelación. Vale decir, durante todo el procedimiento informatizado de datos desde el momento mismo de la recolección hasta el de comunicación o transmisión. Extremos del proceso donde el binomio vulnerabilidad y protección de los derechos fundamentales más aflora, máxime en el caso sub examine, al tratarse de la creación y posterior uso de una bases de datos del Estado con datos personales amplios, casi indiscriminados, con lo cual se ejercería, si no hubiese las garantías constitucionales, legales y técnicas adecuados e idóneos un fuerte poder de control de la información, por parte del Estado. Quizá por el ello, Orti Vallejo [54], destaca con razón el carácter "político" del llamado derecho de la autodeterminación informática, "en el sentido de constituir una libertad individual y de defensa de la intimidad del ciudadano, esencialmente, frente al Estado (Denninger)"

3.2.1. EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

En el derecho español el llamado por la doctrina derecho fundamental a la "autodeterminación informática" o "informativa", ha sido importada; por un lado, para definir la titularidad dominical sobre los datos de carácter personal, con base dos conceptos más acordes con la índole del objeto de la protección: los de protección de datos (Datenschutz, data protection) y de autodeterminación sobre la información (informationelle Selbstbestimmung), según lo expone Heredero Higuera [55]; y por otro, el de trasladar la doctrina alemana a la tensión-relación surgida entre la informática y el derecho a la intimidad, principalmente por el tratamiento informatizado de datos personales. Esta última postura es la mayoría en la doctrina española, en tanto que en el derecho colombiano predomina la primera, con ciertas matizaciones, básicamente fundadas en que la doctrina alemana del derecho a la autodeterminación informática, se aplica al análisis sistemático y hermenéutico de los derechos fundamentales del libre desarrollo de la persona (artículo 16), el derecho a la información (artículo 20 y 24, constitucional) y el derecho de habeas data (artículo 15 Inc. 1º, in fine y 2º).

En España, siguiendo la corriente doctrinal del llamado derecho a la autodeterminación informática del Derecho Alemán, la cual ha sido objeto de estudio en el ámbito del Derecho Público y, dentro de éste, autores alemanes e italianos, los que afirman la existencia de un derecho nuevo fundamental en el ámbito de los ficheros informatizados de datos personales, que se denominaría libertad informática o de derecho de autodeterminación informativa (informationelle Selbstbestimmungsrecht), como lo expone Orti Vallejo [56], han servido para nutrir con más argumentos el debate de la creación de un nuevo derecho fundamental denominado en España como derecho a la libertad informática, básicamente creemos por el entronque que presenta en uno y en otro ámbito jurídico europeo, el derecho que denominara Westin como Right to control information about oneself, en todo procesamiento o tratamiento informatizado de datos. En efecto, en Alemania con fundamentos constitucionales diferentes a los españoles (el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que en España es un valor constitucional y el derecho a la información), se persigue reconocer a todo ciudadano el derecho que tiene para decidir sobre la propia información, sobre qué hacer sobre aquella y saber que finalidades va a tener cuando sea sometida a un tratamiento informatizado. En España, esos interrogantes aristotélicos de la información personal (el cómo, el por qué y el para qué), cuando van a ser sometidos a un tratamiento informatizado, se fundamentan en el bastión tecnológico de la intimidad, vale decir, en la tensión-relación de la informática y la intimidad y se requieren para definir de entrada, tal como esta previsto en la LORTAD, entre otros aspectos: si esta o no permitido un tratamiento informatizado de datos personales en base al consentimiento del titular de los datos (v.gr.sobre los denominados datos sensibles o del "núcleo duro de la privacy", según Morales Prats) y la delimitación los derechos iniciales, concomitantes y posteriores al tratamiento (especialmente el habeas data).

El consentimiento del titular de los datos personal en todo tratamiento informatizado constituye la columna vertebral de dicho procesamiento de datos en el derecho español (artículo 4 y 6 LORTAD). Por ello, Souvirón [57] considera que el principio de consentimiento o autodeterminación del afectado (por el titular de los datos), se requerirá en todo tratamiento, salvo que la ley disponga otra cosa.

El entronque del derecho de la autodeterminación informática con el derecho de la intimidad, según Souvirón [58] y Sempere Rodríguez, siguiendo a Urubayen [59], deviene de la consideración que surgió posteriormente a la visión del derecho a la intimidad tenida en cuenta como una libertad-límite frente a las intromisiones ilegítimas en la misma, el "derecho a la privacidad" une a esa vértice una faceta activa: el derecho a controlar el flujo de información existente sobre nuestra vida privada, el término --así ha sido calificado-- a "la autodeterminación informativa". Esta faz positiva del derecho a la intimidad esta prevista en el artículo 18.4 CE.

Por contra, consideramos con Sánchez de Diego [60], que la jurisprudencia del Tribunal Alemán, además de los argumentos antes expuestos, se fundamentó en la Ley Fundamental de Bonn que no incluye referencia expresa a la intimidad y, si por el contrario, la previsión de los derechos fundamentales de la información y el libre desarrollo de la personalidad, que finalmente fueron en los que el Tribunal basó su jurisprudencia sobre el nuevo derecho denominado de la autodeterminación de informática.

3.2.2. EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.

En Colombia, sin tener la consideración de un nuevo derecho fundamental, la "autodeterminación informativa o informática", ha llegado a los Tribunales Colombianos, y principalmente a la Corte Constitucional (CC Sent.T-552/1997, de 30 de Oct.), a fin de enriquecer los argumentos fundados en la atribución que tiene toda persona para controlar la información concerniente a él mismo, cuando los datos personales han sido sometidos a un tratamiento informatizado, principalmente aquellos datos de carácter económico o financiero administrados y gestionados por la entidades bancarias y financieras de ámbito privado, a través de ASOBANCARIA, y en su nombre, de la Central de Información de dichas entidades --CINFIN--.

La fundamentación de esa facultad nueva de autodeterminación informática, que ostenta una persona con la tensión-relación de la informática y el derecho a la intimidad, propende por tutelar el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 15, constitucional), basado en el también derecho fundamental de la información (artículo 20 y 74 Constitucional) y en la determinación del núcleo esencial del derecho a la intimidad. Por ello, sostiene que:

"No obstante, y a pesar de que en determinadas circunstancias el derecho a la intimidad no es absoluto, las personas conservan la facultad de exigir la veracidad de la información que hacen pública y del manejo correcto y honesto de la misma. Este derecho, el de poder exigir el adecuado manejo de la información que el individuo decide exhibir a los otros, es una derivación directa del derecho a la intimidad, que se ha denominado a la "autodeterminación informática" (F.J. 2.1. T-552/1997)

De otra parte, hemos sostenido que el derecho colombiano al igual que sucede en el derecho alemán, bien pudiera hablarse de un nuevo derecho el llamado de la autodeterminación informática, porque se ha elevado a rango de derechos fundamentales y autónomos el derecho a la información y el derecho al libre desarrollo de la persona como ser humano (artículo 16 Constitucional.). Sin embargo, este mismo hecho excluye tal posibilidad, pues el derecho al libre desarrollo de la personalidad, constituye en sí mismo un derecho que expresa la individualidad y autonomía de la persona en todo aquello que no estuviere expresamente manifestado en otros derechos de igual rango. Siendo así, se hace innecesario e inoportuno hablar de un nuevo derecho cuando existe el sustento normativo que lo incorpora y explica.

En efecto, la Constitución Colombiana, con base en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, y siguiendo los pasos de la Constitución Federal Alemana (Ley Fundamental), elevó a rango constitucional en 1991, aquél valor constitucional denominado del "libre desarrollo de la persona humana" que junto con otros igual jerarquía como el de la dignidad y respeto mutuo constituían el eje principal del Estado de Derecho previsto en la Centenaria Constitución Colombiana de 1886. A partir de 1991, se garantiza que "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico" (artículo 16).

El derecho al libre desarrollo de la persona o también conocido como derecho a la autonomía personal, se incorporó al texto definitivo de la Constitución, porque en consideración de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990, entre otras razones, se sostuvo: "En la época actual, el desarrollo de la personalidad no sólo tiene trabas y obstáculos que se conocieron en otros tiempos, sino que el individuo pretende ser condicionado a través de sofisticados medios tecnológicos que han permitido a algunos sociólogos identificar el fenómeno como de alienación"^[61]. Vale decir, que el derecho a la autonomía personal puede ser vulnerado por los nuevos avances tecnológicos TIC e informática, tal como se demostró en la Sentencia de 15 de Diciembre de 1983, por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, al desentrañar el derecho de autodeterminación informática, con base en los derechos de la información y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 2.1. "Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o la ley moral").

Sin embargo, en el derecho colombiano, el derecho al libre desarrollo de la persona como ser humano, considerado como derecho autónomo, "es un derecho de carácter "genérico y omnicompreensivo" cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos" (CC Sent. T-542/1992, de 2 de Septiembre. F.J. 2.1), y por tanto, los argumentos que emplea la Corte Constitucional, para manifestar su vulnerabilidad se hacen al abrigo de las argumentaciones de la protección sistemática y hermenéutica de otros derechos como la intimidad, el honor y el buen nombre, para extractar por deducción esos reductos de autonomía personal que no están garantizados por otros derechos autónomos y fundamentales. Hasta el momento no ha abordado estudio y análisis del reducto de autonomía personal que pudiera existir, tras el pleno ejercicio del derecho fundamental de habeas data (artículo 15 Inc. 1 in fine e Inc. 2 Constitucional) que pudiera estar involucrados en un resquicio de aquél Right to control information about oneself de Westin, pese a que el origen de la elevación a rango constitucional del derecho a la libre desarrollo de la personalidad, como se vio, se hizo en consideración a los atentados que los nuevas tecnologías TIC e informática representaban a la autonomía personal.

En términos de la Corte Constitucional Colombiana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho por el cual la persona goza de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (CP artículo 95.1) -- CC Sent. T-542/1992, de 25 de Septiembre. F.J. 2.1--

El derecho al libre desarrollo o de autonomía personal, es también un derecho a la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco del respeto de los derechos de los

demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental (CC. Sent. T-050/1993 de 15 de febrero, Sent. C-176 /1993, de 6 de mayo, Sent. No. T-493/93, de 28 de Octubre). Es un derecho de la expresión de la individualidad del hombre como ser humano (CC. Sent. 594, de 15 de Diciembre [62]) y un derecho limitado por el derechos de los demás y el ordenamiento jurídico (v. gr. El Manual de Convivencia educativo en cuanto no resulte incompatible con la Constitución ni con las reglas imperativas de la ley) --CC. Sent. T-366/1997, de 6 de Agosto--

3.3. EL DERECHO DE LA "INTIMIDAD INFORMATICA"

La esencia del llamado derecho a la intimidad informática, considerado como nuevo derecho en el ámbito español, es enteramente terminológica, pues el término "intimidad informática" se emplea por Sardina Ventosa [63] y Arroyo Zapatero [64], entre otros, como sinónimo del derecho a la libertad informática y en torno a esta visión se plantea su origen, definición, contenido esencial y límites constitucionales y legales. En tal virtud, haremos nuestras las críticas vertidas en el aparte sobre el derecho a la libertad informática, por considerar que sólo cambia el nomen iuris de uno y otro derecho.

Pese a ello, es de justicia reconocer que Sardina Ventosa [65], ha actualizado juiciosamente la posición doctrinal sobre el llamado derecho de la intimidad informática. En efecto, el autor parte de los criterios vertidos por el iusfilósofo Pérez Luño, sobre el derecho a la libertad informática y la consideración de ser un derecho perteneciente a los derechos de la tercera generación, derecho fundamental y, en su criterio, un derecho no absoluto y limitado (STC 181/1990, F.J.3).

A fin de determinar el contenido esencial del derecho a la intimidad informática, el autor hace una síntesis de lo que se entiende por aquél en la jurisprudencia del TC, y en verdad lo consigue. En efecto, el cualquier caso --dice-- el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho fundamental y los otros criterios al establecer límites a los mismos. Este tema se plantea cara a las STC 120/1990 en su F.J.8, 137/1990, F.J.6. y 57/1994. F.J.6 y se resume así: a) las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986. FJ.3); b) las medidas limitadoras han de ser "necesarias" para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982. F.J. 5 y 13/1985. F.J.2); c) se ha de dar "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone" (STC 37/1989. F.J.7); y d) Respetar su "contenido esencial" (SSTS 11/1981. F.J. 10; 196/1987. F.J.4-5) si tal derecho aún puede aún ejercitarse.

El contenido esencial es "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos" (STS 11/1981. F.J.8) . "Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga el derecho (Ibidem F.J.10).

Con base en estos argumentos el autor citado, explica que el contenido del derecho a la intimidad esta previsto en el artículo 18 CE, y el contenido de la intimidad informática en el artículo 18.4 CE. El contenido esencial de la intimidad informática, por tanto, se encuentra de manera objetiva en los "principios básicos para protección de datos" previstos en el Convenio Europeo 108 de 1981 y ratificado por España en 1984. Estos principios, son: calidad de los datos de carácter personal (artículo 5), categoría de los datos (artículo 6), medidas de seguridad de los datos (artículo7), garantías para la persona concernida (artículo 8), excepciones (artículo 9). Esto es así, porque el mismo TC, al plantear la pregunta de "cuál debe ser ese contenido mínimo", expresa que este se halla en "las pautas interpretativas que nacen del Convenio...de 1981"(STC 254/1993, de 20 de Julio)

Posteriormente, se establece cuáles son los límites a la intimidad informática derivados directa o indirectamente de la Constitución Española, expresa que se hallan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de Roma de 1950, en el en el artículo 8.2, al prever las excepciones al derecho a de intimidad, pues estas "constituyen una medida necesaria para una sociedad democrática", que no sólo son límites sino criterios de interpretación de los derechos y libertades fundamentales (artículo10.2 CE). Estas excepciones como medidas necesarias para: la seguridad nacional, la seguridad pública y el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de los derechos y libertades de los demás. Este criterio, también se halla previsto en el Convenio 108 de 28 de Enero 1981 (artículo 9), así como en la Directiva 95/46/CE, en varias normas.

3.4. EL DERECHO DE HABEAS DATA

3.4.1. EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

En el derecho español, el derecho de habeas data es sinónimo del nuevo derecho de la libertad informática, tal como los afirman, entre otros Faren Guillen, González Quinza, e incluso el Ministerio Fiscal, tal como se recoge en la Sentencia 254 de 1993, de 20 de Julio, al decir: "La llamada «libertad informática», es así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)" --F.J.7--.

También es un derecho sinónimo con el derecho de autodeterminación informativa o informática, según Baón Ramírez [66]. En efecto, el autor estima que debe entenderse por habeas data (artículos 18.4 CE y artículo 105-b, CE) el abanico de derechos que conforman de una persona la identidad informática. Tales derechos despliegan en conjunto una defensa global, pero individualmente son ponderables también. Se pueden destacar los siguientes: 1. El derecho de la persona a estar informada de su inclusión en un bando de datos que le afectan, 2. El derecho de acceso a esos datos, 3. El derecho a la supresión de determinados datos -- de datos sensibles-- o de su cancelación, lo que implica también la fijación de una limitación temporal de la validez de los mismos, 4. El derecho de rectificación de los datos erróneos, 5. El derecho a reconocer el uso que se va a hacer de ellos y a la confidencialidad; y, 6. la adopción por el banco de datos de medidas que garanticen el no acceso a los datos de personas no autorizadas, o en su caso, que se asegure la no destrucción o modificación de datos.

Igualmente, el derecho a la libertad informática, se ha considerado como un derecho sinónimo al de autodeterminación informática, al de habeas data o habeas scriptum, según el profesor Morales Prats. En efecto, la privacy --sostiene-- no delimita tan sólo una 'esfera complementaria de libertad', cuando que 'libertad-límite'; se trata de un bien jurídico con proyección social, de ahí que las facultades dimanantes del mismo sean designadas en la actualidad como 'libertades informáticas' (STC 254/1993). Estas libertades implican un derecho de control sobre los datos personales automatizados, por ello la 'privacy' informática se erige en un nuevo 'habeas' del ciudadano, el denominado 'habeas data' o 'habeas scriptum', expresión que pretende abrazar la idea del 'derecho a la propia identidad informática o como señala la doctrina alemana, de 'derecho a la autodeterminación informativa' [67].

Sin embargo, como sostiene Orti Vallejo --argumentos que compartimos--, si comparamos ese derecho a la autodeterminación informativa con la privacy of autonomy de los norteamericanos, se comprueba que ambos realizan una clara proyección hacia la libertad del individuo, más acusada si cabe entre los alemanes y con un alto significado democrático, que denota que en los dos países la preocupación por la tutela de la persona por el tratamiento automatizado de datos se ha proyectado, fundamentalmente, como garantía frente al Estado. No obstante, hay que diferenciar ambos casos, pues si en Alemania se afirma propiamente un nuevo derecho fundamental a la protección del individuo en el ámbito informático, en Estados Unidos permanece conectado con el derecho fundamental de la privacy, es decir, sin autonomía propia. Ello no le quita, de ninguna manera fundamento constitucional a la tutela frente a la informática, pues el atentado sigue siendo a un derecho fundamental, cual es la privacy [68].

Finalmente, digamos que en el ámbito del derecho español, como lo pone de presente Orti Vallejo [69], la protección frente a la informática como tutela de derechos fundamentales ya formulados, --y añadimos-- sea cual fuere el nomen iuris que adopten (libertad informática, autodeterminación informativa, intimidad informática o habeas data),

"La gran mayoría de los autores que han estudiado el tema, sin pronunciarse por la conveniencia o necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental o de la personalidad, simplemente estudian el tema presuponiendo que se trata de proteger derechos de la persona ya existentes, fundamentalmente la intimidad, pero también las libertades del sujeto y el honor. Esta posición predomina en Francia (Kayser, Teyssié), en Italia (Alpa, Frosini, Giannantonio, Mirabelli, Roppo) y en la doctrina española, tanto entre civilistas (Fernández costales, Díez Picazo y Guillón), como entre estudiosos de otras disciplinas jurídicas (De Miguel Castaño, Heredero Tejedor, Velásquez Bautista, Martínez de Pisón, Puente Muñoz y Pérez Luño)".

3.4.2. EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.

En el derecho colombiano, el derecho de habeas data es un derecho fundamental (C.C.:Sent. T-002, Mayo 8 de 1992), autónomo (C.C.: Sent. T-022, Ene. 29 de 1993, Sent. T-119, Marzo 16 de 1995; Sent. T-097, Marzo 3 de 1995) no absoluto y limitado (CC.: Sent. T-552, Oct.30 de 1997, Sent. SU-

082/1995, T-176/1995), previsto en el artículo 15 Inc. 1 in fine y 2 de la Constitucional, que por falta de técnica legislativa de la Comisión Codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990, lo incorporó a renglón seguido e inmerso en el derecho a la intimidad, como un apéndice más no siéndolo. El derecho de habeas data abarca no sólo las facultades estructurales tradicionales (de acceso a la información), sino las de actualización, rectificación, modificación, cancelación de la información, así como las operaciones lógico-técnicas propias del manejo y gestión de la información por parte de la informática, electrónica y telemática: el bloqueo, el borrado y el storage electrónico y la transmisión de la información, que se deducen al constitucionalizar el procedimiento o fases del tratamiento informatizado de los datos personales insertos en bancos de datos creados, gestionados o controlados por entidades públicas y privadas. En este último aspecto, la Constitución Colombiana de 1991, sólo tiene como par a la Constitución Portuguesa de 1976, en la cual se inspiró, a buen seguro.

El artículo 15 Inc. 1 in fine y 2, Constitucional., expresa:

"Todas las personas 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..."

La interpretación sistemática de la Constitución, conduce a estudiar el derecho de habeas data en su origen a través del derecho igualmente fundamental de toda persona humana denominado de la información (artículo 20 y 74), más aún cuando nos hallamos ante la llamada "sociedad de la información" donde los nuevos medios tecnológicos inauguran una nueva óptica de los derechos y libertades fundamentales (v.gr. "La libertad informática" que ostenta toda persona, según los artículos 15 y 20 Constitucional. CC.: Sent. 414, Junio 16 de 1992). En efecto, el derecho de acceso a la información, permite inicialmente entender la información, tal como se prevé en el Artículo 19 de la Declaración universal de Derechos Humanos de 1948, constituye un derecho que ostenta toda persona a "informar y recibir información veraz e imparcial" (artículos 20), como derecho genérico y la libertad de expresión o "prensa" (artículo 73) y el derecho de toda persona de acceder a los documentos públicos, salvo las excepciones de ley (artículo 74), como derechos igualmente fundamentales específicos. Así, en el derecho constitucional colombiano, el derecho a la información no sólo se extiende a la vieja como clásica libertad de corte individualista denominado: libertad de prensa (como capacidad de recepción de información o fase pasiva), sino como un derecho con capacidad de emitir y recepcionar información, en el lugar y posesión que se encuentre (pública o privada), con cariz positivo. La Corte Constitucional, ha encontrado en los "abusos de la información" -- abuso de los derechos de los demás-- (CC.: Sent. T-119, Mar.16 de 1995, Sent. T-017 de Ene.30 de 1995) un gran filón para corroborar la constitucionalización del derecho de habeas data como "un nuevo derecho" (C.C.: Sent. C-114, Marzo 25 de 1993. Sala Plena).

El análisis jurisprudencial del derecho de habeas data, con las anteriores características, se ha extendido a desentrañar el contenido esencial del derecho ubicado en la "autodeterminación informática (que) es la facultad de la persona a la cual se refieren datos, para autorizar su recolección, almacenamiento, (registro), conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales" (los paréntesis son nuestros -- C.C.: Sent. SU-082 de 1995 y Sent. SU-089 de Marzo 1 de 1995 que incorporó los términos en cursiva--

En consecuencia, el derecho de habeas data, en el ámbito constitucional colombiano, está plenamente identificado como derecho autónomo, tanto normativa como jurisprudencialmente, y por ende, no es un apéndice del derecho a la intimidad ni de ninguno otros derechos o libertades fundamentales, aunque como tales a la hora de aplicarse al caso concreto deban estudiarse y analizarse en forma sistemática y de respeto del contenido esencial y mínimo de cada uno, para no desvirtuarse mutuamente.

Citas :

- (1) El derecho constitucional a diferencia del ius-privatismo, ha reconocido la doble naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, enunciada en su tiempo por la doctrina alemana y aceptada por el TC Español, al sostener que la "doble naturaleza: subjetiva y objetiva" de los derechos fundamentales, se reconoce al elevar a rango constitucional la primacía del valor constitucional último de la dignidad de la persona humana, al que se vincula íntimamente el

libre desarrollo de la personalidad (razón de ser, por qué son y para qué son) como fundamento del orden político y paz social (artículo 10.1 CE). La STC 25/1981, de 14 de Julio, el Tribunal acoge la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, al sostener: "En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en estricto sentido, sino en cuanto garantizan un 'status' jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o al Estado Social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución" Citada por GONZALEZ SEGADO, Francisco. **EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**. Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 163-164. Los iusprivatistas, sostienen que el derecho a la intimidad, siendo un derecho de la personalidad, --y que en nuestro sentir no riñe con la calificación de ser un derecho fundamental de rango constitucional-- "goza" (uti non abusi) de las características propias de esa categoría, es decir, "es un derecho innato, subjetivo, privado, absoluto, irrenunciable, inalienable, indisponible, imprescriptible y extrapatrimonial..." Derecho Subjetivo, porque "consiste en un poder concreto, compuesto por un conjunto de facultades reales o potenciales (facultad de realizar inmediatamente el interés del titular; facultad de exclusión erga omnes; facultad de configurar dentro de ciertos límites el ámbito protegido y prioridad de dicho derecho frente a otros derechos y libertades), cuyo ejercicio se deja a la libre decisión de su titular". LOPEZ DIAZ, Elvira. **EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 248 y ss.

- (2) Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones, el autor sólo hace recaer dicha garantía, en la "inviolabilidad de correspondencia" privada, pues explica que quedan excluidas de dicha protección constitucional, las comunicaciones aún privadas realizadas por medio de la imprenta, radio, televisión u otro procedimiento destinado a la difusión de mensajes a un número indeterminado de personas". Sin embargo, el término "comunicaciones" no tiene una interpretación tan restrictiva como la planteada por el autor, a la sola "inviolabilidad de correspondencia", por los términos "en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas", pues estos son apenas meramente enunciativos y no taxativas o *numerus clausus*. CREMEDES, Javier. **LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL**.. Ed Ley, Bilbao, 1995, pág. 216 y ss.
- (3) A pesar que este bastión de la intimidad devenido de las nuevas tecnologías TIC y de la misma informática --como ciencia del tratamiento lógico de incardinado la información por medios informáticos, electrónicos o telemáticos-, ha sido interpretado por Cremedes, como una mera limitación al uso de la informática que se cumplirá por la ley por mandato constitucional, no sólo para proteger al derecho de la intimidad, el honor, sino "el pleno ejercicio de sus derechos", el artículo 18.4., encierra otro gran bastión de la intimidad que es el de la inviolabilidad de la persona humana, tal y como lo fue en el fundamento primigenio del Right to privacy, según Warren y Brandeis. Sobre el concepto de soporte, aplicación y medios informáticos, electrónicos y telemáticos y el procedimiento o tratamiento informatizado de la información personal o datos. Así mismo analizaremos el ambiente e impactos de la "cultura electrónica", la iuscibernética, a través de aquello que David Lyon, en el "Ojo electrónico", describiera como "el panóptico (que) ofrece una poderosa y atrayente metáfora para la comprensión de la vigilancia electrónica". Vid. Mi obra: **EL DERECHO A LA INTIMIDAD, LA VISION IUSINFORMATICA Y EL DELITO RELATIVO A LOS DATOS PERSONALES**. Tesis doctoral, Universidad de Lleida (España), Lleida, 1999.
- (4) GONZALEZ S, F. **EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**. Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 174.
- (5) Cuando Vidal Martínez, comentaba la Ley Orgánica de protección civil de la intimidad, el honor y la privacidad (L.O. Núm. 1/1982, de 5 de Mayo, al referirse a la disposición transitoria primera, que daba patente de corzo a la aplicabilidad subsidiaria de la ley, en tanto no se expida la Ley Orgánica que desarrolle el artículo 18.4 CE, relativa al "uso de la informática", denotaba que para la expedición de dicha ley especializada debía tenerse presente, entre otros planteamientos, los siguientes: "la informática es una realidad de nuestro presente, que se esta revelando como instrumento indispensable en el mundo que nos ha tocado vivir. Hace ya medio siglo que Lewis Mumford (técnica y civilización, 1945) escribiera: ' las nuevas sendas de comunicación tienen los rasgos característicos y las ventajas de las nuevas técnicas, y a la

- larga prometen no desalojar al ser humano, sino volverlo a concentrar en sí mismo y dilatar sus capacidades. Pero esta promesa esta sometida a una condición; a saber: que la cultura de la personalidad sea tan refinada como la explotación mecánica de la máquina... Pero, sobre todos ellos (se refiere a los planteamientos), debe primar, pensamos, cuando de la protección de la intimidad se trata, el principio de respeto a la persona. Porque los valores jurídicos escapan a la pura lógica o la trascienden, y porque la naturaleza libre del ser humano se aviene mal con las etiquetas y categorizaciones, máxime en el trasfondo irreductible de su intimidad (Quizá esta circunstancia diese la pista al filósofo Bergson para encontrar en lo automático, lo rígido, aplicado a lo humano, el origen de un paradójico efecto, la comicidad)". VIDAL MARTINEZ, Jaime. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA LEY ORGANICA DE 5-5-1982**. Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1984.págs. 164-165.
- (6) Véase, PENDAS, B y BACELGA, P. EL DERECHO A LA INTIMIDAD. Ob. cit., págs. 1-77., en mi obra **EL DERECHO A LA INTIMIDAD, LA VISION IUSINFORMATICA Y EL DELITO RELATIVO A LOS DATOS PERSONALES**. Universidad de Lleida (Esp.), 1999.
- (7) Citados por LOPEZ DIAZ, E. Ob ut supra cit. págs. 189 y 195.
- (8) *Ibidem.*, pág. 195.
- (9) HEREDERO HIGUERAS, Manuel. Citado por GONZALEZ NAVARRO, F. DERECHO **ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**. Ed. EUNSA, Pamplona, 1987-1994, pág. 179.
- (10) Para mayor cobertura del tema, véase la estructuración de la visión iusinformática de la intimidad, relacionada con el llamado "derecho de oposición" al tratamiento informatizado de datos, en mi obra **EL DERECHO A LA INTIMIDAD...**, Lleida (Esp), 1999.
- (11) El análisis de los planteamientos, se hace inicialmente (pues el autor posteriormente a 1984, ha venido revisando y ampliándolos, como sucedió en 1992, en su trabajo "Del habeas Hábeas al habeas", con base en las posturas anglosajonas de las "liberties Pollution") con base en: a) La Intimidad como derecho fundamental; b) la Intimida en la sociedad informatizada; y, c) Intimidad e informática en la Constitución. Temas que aparecen en el texto del autor PEREZ LUÑO, Antonio. **DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCION**. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 316 a 375. Habermas, citado por Pérez Luño en el colofón de sus escritos sostiene: "al desafío de la técnica no se debe responder sólo con la técnica", para indicar la irrupción de los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática en el derecho, con lo cual estamos de acuerdo, pero agregamos: pero sin olvidarse por entero de ella.
- (12) FROSINI, Vittorio. **LA PROTECCION DE LA INTIMIDAD: DE LA LIBERTAD INFORMATICA, AL BIEN JURIDICO INFORMATICO**. En: Revista Derecho y Tecnología Informática No 3. Editorial Temis. Bogotá.1990
- (13) ORTI VALLEJO, Antonio. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMATICA**. Ob.ut supra cit., pág. 44- 45.
- (14) Acepta la postura del profesor Pérez Luño, de considerar un derecho nuevo a la visión iusinformática de la intimidad, no sin antes hacer un síntesis oportuna del decurso constitucional que siguiera el artículo 18.4 CE, presentando las posturas que aconsejaban la eliminación del aparte, por considerar que la protección de la intimidad y el honor se hallaba plenamente garantizada con los restantes apartados (18.1 a 18.3), o los que propugnaban por su inclusión, con algunas matizaciones, como que se haga mención al a la limitación al "uso de la informática" para que se " garantice el pleno ejercicio de los derechos". Postura esta última que prosperó. CASTELLS ARTECHE, José Manuel. **LA LIMITACION INFORMATICA**. En: Estudios sobre la constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Ed. Civitas, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 913 y ss.
- (15) El autor comparte la postura del derecho nuevo, aunque al transcribir apartes del alegato del Ministerio Fiscal (MF), en el "Caso Olaverri", se puede decir, que el Ministerio Fiscal, no planteó la tesis de un derecho nuevo al incluir el término Libertad Informática en su alegato, cuando más si se insiste en la postura contraria, podría inferirse que el derecho nuevo sustentado sería el derecho de habeas data, tal como se comprueba por el autor citado al

reproducir el planteamiento del MF, así: "el significado presente de la protección de la intimidad personal, afirmando que 'en nuestros días (...) la privacy se concibe una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la persona, que han salido ya de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico', añadiendo que la 'libertad informática, reconocida en el artículo 18.4 de la Constitución, ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos derivados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de habeas data". GONZALEZ QUINZA, Arturo. **EL CASO OLAVERRI RECURSO DE AMPARO SOBRE EL ACCESO A FICHEROS PUBLICOS AUTOMATIZADOS DE CARACTER PERSONAL**. En: Revista Actualidad Informática. Ed. Aranzadi S.A., Núm. 10, Enero, Pamplona, 1994, pág.5.

- (16) Presenta la tensión intimidad e informática, como la "contemplación de la informática como factor de la intromisión en la intimidad de las personas culmina todo un proceso histórico que tiene como objeto el preservar la vida privada de la intromisión ilícita de los demás". El autor en la línea doctrinal de Davara Rodríguez y el profesor González Navarro, estima que la privacy (castellanizándola como privacidad, tal como lo hace la LORTAD, únicamente en la Exposición de Motivos, no en el contexto normativo), es el ámbito nuevo de protección de la intimidad cuando se hace "uso de la informática", y por ende, el reconocimiento de un nuevo derecho: "la privacidad...(que) constituye un conjunto más amplio, más global..." que la intimidad. DE CARRERAS SERRA, Lluís. **REGIMEN JURIDICO DE LA INFORMACION – PERIODISTAS Y MEDIOS DE COMUNICACION--** Ed. Ariel., S.A., Barcelona, 1996, págs.82 y ss.
- (17) Los ácidos planteamientos de Fairen Guillen, reconoce el nuevo derecho en las previsiones del artículo 18.4, pero denominado desde el epígrafe derecho de habeas data, pero en el contexto defiende las tesis del derecho a la libertad informática, basado en los argumentos potenciados de Pérez Luño en 1992 (Del Habeas corpus al Habeas Data), cuando considera: "los derechos y libertades llamadas 'de tercera generación' --entre las cuales se halla la libertad informática—con fenómenos de polución, de contaminación (liberies Pollution, anglosajona) producidos por el abuso de las tecnologías modernas, entre las que se halla la informática". Y aún más: en este vastísimo campo lleno de malezas que impiden saber el terreno que se pisa y las bestias dañinas que en él pueden ocultarse, la parcela del comercio, de lo mercantil, es de las más expuestas a tales peligros de abuso de la informática. Y la repercusión de tales atentados en la esfera de la intimidad y del honor del individuo se produce automáticamente". FAIREN G.V. **EL HABEAS DATA Y SU PROTECCION ACTUAL SURGIDA EN LA LEY ESPAÑOLA DE INFORMATICA...** En Revista de Derecho Procesal. Ed. de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1996, pág. 523-527
- (18) El profesor Morales Prats desde 1984 (en el texto: "La tutela penal de la intimidad: privacy e informática"), reafirmada en 1996 (Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal. Ob. Et all), al analizar el artículo 18.4 CE., plantea el surgimiento de un nuevo derecho fundamental el de "habeas data o libertad informática". En efecto, se expone: "De nuevo nos hallamos ante una cláusula de oscura interpretación, en la que a priori no aparecen suficientemente aclarados sus fines, ni tan siquiera su alcance. Ello ha motivado planteamientos de distinto signo en la doctrina:...". Los argumentos que se analizan van desde la innecesariedad de la inclusión de dicho apartado hasta su defensa parcial o total del texto definitivo de la CE., para concluir: "Por nuestra parte debemos manifestar nuestras reservas con algunas de las precisiones efectuadas por Pérez Luño. Si bien corroboramos su planteamiento crítico en torno a la fractura radical entre derechos individuales y derechos sociales, por su inadecuación 'para reglamentar completa y unitaria de problemas tales como los que hoy suscitan las relaciones intimidad e informática, que hacen saltar los viejos esquemas que convertían en comportamientos estancos lo individual y lo social, lo personal y lo colectivo, lo público y lo privado', la función que asignamos en nuestro estudio al derecho a la intimidad en el marco constitucional no permite conceptualar este derecho como una mera libertad-límite. En la definición constitucional del derecho a la privacy anida una proyección social y política, que convierte a este derecho en un nuevo habeas del ciudadano e incluso en sus aspectos pre-informáticos (habeas mentem), que deriva del carácter de garantía dinámica e institucional y que en el número cuarto del artículo 18 se traduce en un habeas data o libertad informática, propuesto del pleno ejercicio de otros derechos fundamentales de la persona". MORALES PRATS, Fermín. **LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD: PRIVACY E INFORMATICA. Barcelona, 1984. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA**

IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO. En: Comentarios a la parte especial del derecho penal. Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona, 1996, págs. 293 y ss.

- (19) El nuevo derecho de la "Privacidad" (Privacy) más amplio que el de la intimidad, es el que nace de la tensión informática e intimidad. En efecto, Davara lo define como "el derecho que se trata de proteger no es solamente el de la intimidad, sino algo con mayor profundidad que, en el ordenamiento anglosajón, se conoce como privacy y que nosotros hemos castellanizado como 'privacidad' ". Para llegar a dicha conclusión el autor toma como referencia la Exposición de Motivos de la LORTAD, que efectivamente distingue los conceptos de Privacidad, vida privada e intimidad. Conceptos que en el texto sólo reduce a la sola intimidad. Igualmente, conceptualiza lo que debemos entender por "protección de datos, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él afecta a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad... Es una protección jurídica ante la potencial agresividad de la informática". DAVARA RODRIGUEZ, Miguel A. **LA PROTECCION DE DATOS EN ESPAÑA: PRINCIPIOS Y DERECHO.** En. Revista Actualidad Informática. Núm. 13, Octubre, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1994, pág. 1 y ss. Ibídem, en **MANUAL DE DERECHO INFORMATICO.** Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997, págs. 27 y ss.
- (20) STC. Núm. 60/1998, de 16 de Marzo. Sala Segunda Fundamento Jurídico Unico: "«5. Establecidas estas consideraciones con relación a la libertad sindical (artículo 28.1 CE), y a la protección de los datos informáticos (artículo 18.4 CE) es procedente desde la perspectiva constitucional, situar correctamente la relación de los citados artículos 18.4 y 28.1, respecto de la libertad sindical. En efecto, el artículo 18.4 en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, lo que significa que, en supuestos como el presente, el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical, entendida ésta en el sentido que ha sido establecido por la doctrina de este Tribunal, porque es, en definitiva, el derecho que aquí se ha vulnerado como consecuencia de la detracción de salarios, decidida por la empresa al trabajador recurrente por su incorporación a determinado Sindicato. En suma ha de concluirse que tuvo lugar una lesión del artículo 28.1 en conexión con el artículo 18.4 CE. Este no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la LORTAD-, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical». La aplicación de la doctrina que se ha reproducido conduce también en este caso al otorgamiento del amparo solicitado. ". Texto completo en: **DISCOS ARANZADI...** Ob. cit., 1998.
- (21) Así, se planteó por el Tribunal Constitucional español desde la STC 254/1993, según LOPEZ DIAZ, y así se ha continuado sosteniéndose (STC 60/1998). "...el Tribunal parece que incurre en contradicción al afirmar, por un lado, que frente a la informática se trata de tutelar derechos fundamentales ya reconocidos y por otro, señalar la sustantividad de un derecho en este ámbito, (cosas que no parecen excluirse mutuamente en opinión del Tribunal). LOPEZ DIAZ, E. **EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.** Ob.cit., pág. 248.
- (22) En este segundo aspecto de la concepción de dignidad humana en términos de Maihoffer, surge también la conceptualización sobre el derecho al desarrollo de la personalidad que tanta influencia tendría en la doctrina ibérica para considerar a la "autodeterminación de la información" como nuevo derecho fundamental. En efecto, se dice que "El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias e impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza". PEREZ LUÑO, Antonio. **DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCION.** Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 317-318.

- (23) Ibídem, pág. 318
- (24) Ibídem, pág. 325
- (25) Ibídem, pág. 325
- (26) Citado Ob ut supra cit. pág. 326
- (27) Citado Ob ut supra cit. pág. 327
- (28) Citado Ob ut supra cit. pág. 327
- (29) Ibídem. pág. 331
- (30) Ibídem., pág. 337.
- (31) Ibídem., pág. 337
- (32) Ibídem., pág. 339
- (33) Así quedó evidenciado en la Exposición de Motivos (E.M.) de la LORTAD de 29 de Octubre 1992, cuando sostuvo: " En concreto, los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación, se constituyen como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la Ley. El primero de ellos ha cobrado en nuestro país, incluso, plasmación constitucional en lo que se refiere a los datos que obran en poder de las Administraciones Públicas (artículo 105.b)".
- (34) Estas dos visiones en la actualidad, se han visto reflejadas en la doctrina y jurisprudencia ibéricas. En efecto, en un trabajo sobre la libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?, que bien puede argumentalmente extenderse al derecho a la intimidad, el autor, opta por la tesis de la prevalencia de la libertad de expresión, y en particular de la información, sobre el derecho al honor, debido --sostiene-- " a la condición de las primeras como valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Las limitaciones que se han establecido en referencia a esta prevalencia, como son el interés público y el carácter veraz de la información, no han sido a nuestro juicio 'demasiado' explicitadas por lo que conservan ambigüedad. El interés público es muy voluble. Solo hay que repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal estadounidense, a la que la mayoría de autores consideran un necesario punto de referencia, que ha pasado de la excesiva protección del 'general interest', como en la Sentencia Rosebloom vs Metromedia de 1971 en el que hacía coincidir el interés público con el interés del público, a desde 1974, con su resolución sobre el caso Gertz vs Robert Welch Inc., afirmar que la mera inclusión de una noticia en un medio de información no es suficiente para afirmar su interés para la opinión pública, lo que tendría cierto paralelismo con lo explicitado en la ... STC 219/92, de 3 de diciembre". CUCHI DENIA, Javier M. **LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN VERSUS EL DERECHO AL HONOR. ¿DE LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN A LA PREVALENCIA DE LA PRIMERA?**. En: Revista General de Derecho., Núm. 61, Abril, Valencia, 1996, pág. 3489 y ss. Igualmente se ha planteado, que frente a la colisión del derecho a la información y el derecho a la intimidad (artículo 18 y 20.4 CE), en el ámbito ibérico, la doctrina y la jurisprudencia se optado por dos posturas: "a) La jurisprudencia del TC, en ciertas ocasiones, ha situado a la libertad informativa en posición de supremacía respecto de la intimidad, realizando una muy controvertible interpretación del significado propio del apartado 4 de la Constitución, y b) La propia potencia de creación de opinión, característica de los distintos medios de comunicación social, que ha generalizado la idea y sentado el principio de que la libertad informativa no tiene más límite que la 'veracidad' de las noticias difundidas, y en consecuencia, la intimidad personal, en cuanto 'derecho individual', debería ceder siempre el paso frente a la 'opinión pública' (communis opinio) por tratarse de un necesidad de interés general...". En la Sentencia de 14 de Febrero de 1992, se ha dado "primacía constitucional a la intimidad como 'ratio decidendi'... y sienta como fundamento del fallo... la doctrina de que la intimidad personal, en principio, debe prevalecer frente a la libertad informativa... 'cuando tal libertad (de información) se quiere ejercer sobre ámbitos que puede afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y, en su caso, la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad..." Cfr. LOPEZ DIAZ, E. Ob. ut supra cit., pág. 295-296.
- (35) Ibídem, pág. 341.
- (36) Ibídem, pág. 368
- (37) Dicho procedimiento de datos contiene una serie de fases, etapas o ciclos, tales como la fase inicial o de recolección de datos, la fase in de datos o fase de almacenamiento, registro y

conservación de datos y la fase output de datos o fase de transmisión o comunicación. El planteamiento que reconoce el derecho fundamental a la libertad informática, según Pérez Luño, comienza a partir de la fase de almacenamiento de datos, con lo cual quedan por fuera las etapas iniciales del tratamiento informatizado, y por su puesto, fuera de la órbita de tutela o protección, tal como lo enunciaremos en seguida y desarrollaremos en el transcurso de la investigación.

- (38) La estructura tutelar ius-penalista española, se plantea a partir de la fase de registro de los datos personales, tal como lo prueba el Título X, De los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio (artículos 197 a 202), pero particularmente el artículo 197, cuando se protege a la intimidad, contra todo procedimiento informatizado de datos abusivo o ilegal, o de uso indebido o ilegal de medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Quizá por ello y otras razones que damos en otro de nuestros trabajos, hacemos alusión a la visión ius-informática de la intimidad en las normas penales, en particular en el Código Penal Español, en el delito que a título de ensayo jurídico, llamamos Delito de datos personales. Véase, nuestra obra ut supra cit. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD, LA VISION IUSINFORMATICA Y EL DELITO RELATIVO A LOS DATOS PERSONALES**. Tesis doctoral, Universidad de Lleida (Esp.), Lleida, 1999, págs. 432 y ss.
- (39) ORTI V., A. **DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMATICA**. Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 38. ss
- (40) LOPEZ DIAZ, Elvira. **DERECHO AL HONOR Y DERECHO A LA INTIMIDAD**. Ed. Dikynson, Madrid, 1996, págs. 245 y ss.
- (41) ORTI VALLEJO, A. Ob. ut supra cit., pág. 55. Pero hay más, el F.J. 7 in fine, reconoce que " Esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración Pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente" -- cursivas nuestras-- . Es evidente que si se plantea la creación de un nuevo derecho, llamado de "libertad informática" o de "habeas data", se delimita su contenido mínimo, "provisional" , no se puede afirmar luego que la intimidad aparte de la facultad de exclusión (negativa), tradicional de la privacy, "hoy adopte un contenido positivo en forma de control sobre los datos relativos a la propia persona.. así como controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático" (libertad informática), porque así presentado el surgimiento del derecho nuevo, no hace más que corroborar las facetas o bastiones del derecho a la intimidad, que hoy en día, por la tensión-relación de la informática (el fenómeno TIC y los medios informáticos, electrónicos y telemáticos) y éste derecho, presenta una nueva visión que llamamos ius-informática o de control de la información personal que le concierne a una persona, según el TC.
- (42) La STC, 254/1993, conceptualiza "**el contenido mínimo, provisional**", para aquél entonces, aún sin entrar en vigor la LORTAD en los siguientes términos: "A partir de aquí se plantea el problema de cuál deba ser ese contenido mínimo, provisional, en relación con este derecho o libertad que el ciudadano debe encontrar garantizado, aun en ausencia de desarrollo legislativo del mismo. Un primer elemento, el más «elemental», de ese contenido es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el MF, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática», es así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)--F.J. 7 Ab initio--. Sin embargo, sobre el contenido mínimo

definitivo del nuevo derecho a la libertad informática, la jurisprudencia del TC., no se ha pronunciado, muy a pesar de que existe un cuerpo normas jurídicas estatales (LORTAD/1992, R.D.1332/1993) y comunitarias (Convenio 108 de 1981, que para la época de la sentencia era norma jurídica incorporada al ordenamiento jurídico español, por disposición del artículo 96.1., y las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE, entre otras) especializadas sobre la materia.

- (43) Véase, LOPEZ DIAZ, E. , Ob. ut supra cit., pág. 248.
- (44) PEREZ LUÑO, A. DEL HABEAS CORPUS AL HABEAS DATA. Citado por FAIREN GUILLEN, Victor. **EL HABEAS DATA Y SU PROTECCION ACTUAL SURGIDA EN LA LEY ESPAÑOLA DE INFORMATICA DE 29 DE OCTUBRE DE 1992...** En Revista de Derecho Procesal. Ed. de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1996, pág. 523-527 y ss.
- (45) Ob. ut supra cit., pág.57.
- (46) Ibídem, pág.59 a 64.
- (47) Ibídem, pág. 67.
- (48) "Por **autodeterminación informativa** se entiende el derecho que asiste a una persona para decidir, por sí misma, de qué datos pueden disponer otros y en qué circunstancias, con qué límites, pueden ser revelados en cuando forman parte de su intimidad (son secretos de su vida). Existe ya jurisprudencia internacional al respecto y, de manera más explícita, este concepto de control informativo ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de Alemania en sentencia 15 de septiembre de 1983, donde se establece la libre decisión de la persona para que otros dispongan de sus datos --decide "qué es lo que otros pueden saber de ella"--. BAON RAMIREZ, Rogelio. **VISION GENERAL DE LA INFORMATICA EN EL NUEVO CODIGO PENAL**. En: Revista del Consejo General del Poder Judicial. C.G.P.J. Núm. XI., Ambito jurídico de las tecnologías de la información, Madrid, 1996, pág. 82 y 85.
- (49) PEREZ LUÑO, A. Citado por FAIREN GUILLEN, Ob.cit., pág. 523.
- (50) Citado por ORTI VALLEJO, A., Ob. ut supra cit., pág. 40
- (51) SOUVIRON, José María. **EN TORNO A LA JURIDIFICACION DEL PODER INFORMATIVO DEL ESTADO**. En: Revista Vasca de Administración Pública R.V.A.P. Núm. 40, Sep-Dic. Bilbao, 1994, pág.130
- (52) LOPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. **LOS LIMITES AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS**. En: Revista Actualidad informática Aranzadi. Núm. 8 de Julio, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1993, pág. 1 y ss. En similar sentido, "Se trata de la posibilidad, que se integra en el patrimonio jurídico de cada individuo, de decidir el quién, qué, cuándo y con qué ocasión sobre el conocimiento de datos que le conciernen. Es cuestión, en definitiva, de otorgarle un poder de control sobre las informaciones que versan sobre la propia persona". CREMADES, Javier. **LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**. Ed. Ley- actualidad, Bilbao, 1995, pág. 211
- (53) Citado por ORTI VALLEJO, A., Ob. ut supra cit., pág. 40
- (54) Ob. cit., pág. 41.
- (55) El autor explica como en un principio la doctrina hubo de abandonar el debate sobre si la titularidad de los datos debía plantearse sobre el concepto de derecho de la intimidad, por no existir, ni antes ni ahora una teoría general del derecho a la información. La doctrina del derecho fundamental a "la autodeterminación informa- tiva", en el derecho alemán no gira en torno al derecho a la intimidad, sino a los derechos fundamentales y autónomos de la información y "el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en 1983 invocaría el Tribunal Constitucional Federal alemán como base para el derecho a la autodeterminación sobre la información". HEREDERO HIGUERAS, Manuel. **LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES REGISTRADOS EN SOPORTES INFORMATICOS**. En: Revista Actualidad Informática Aranzadi. Núm. 2, Enero, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1992, pág.2-3
- (56) ORTI VALLEJO, A., Ob. ut supra cit., pág. 40
- (57) SOUVIRON, J.M. EN TORNO ... Ob. cit., pág.152.
- (58) Ibídem., pág. 130

- (59) Quienes denominan "derecho a la autodeterminación informática" o "derecho de habeas data", a imagen y semejanza del habeas corpus, como el ámbito de poder jurídico de la persona sobre sus propios datos, vivencias y circunstancias personales, como medio de protección frente al creciente auge de los medios informáticos y frente a la necesidad de acumulación de información y rapidez en el tratamiento de la misma, como instrumentos imprescindibles de la sociedad de masas y de consumo, así como de la competencia mercantil". SEMPERE RODRIGUEZ, César. **COMENTARIOS A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978**. Tomo II, Artículos 10 a 23. Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pág. 447.
- (60) SANCHEZ DE DIEGO, M. **EL CONFLICTO ENTRE LA INTIMIDAD INFORMATICA Y EL DERECHO DE ACCESO A LAS BASES DE DATOS PUBLICOS: LIMITES EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA AL PERIODISMO DE PRECISION**. En: Jornadas internacionales sobre periodismo de precisión. Investigación en bases de datos, Madrid, UCM, 1993, pág. 9 Citado por SOUVIRON, J.M. Ob. cit., pág. 132.
- (61) Citado en la Sent. T-542/1992, de 25 de Septiembre. F.J. 2.1 de la Corte Constitucional Colombiana. Texto completo en WWW.RDH.GOV.CO.
- (62) F.J. 2.1. " El derecho a la expresión de la individualidad. La individualidad es el acto de ser del individuo, o en otras palabras, la trascendencia distintiva del individuo frente a los demás. Jurídicamente se expresa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad. El individuo es la realidad vital unitiva, el indivisible que trasciende ante los demás su modo de ser único e irrepetible, pero con relaciones de comunidad (común unidad por vínculos de solidaridad) con los otros. Luego la primera necesidad que tiene el individuo es la de ser reconocido como ente distinto y distinguible, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su individualidad, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común. ¿Qué significa la expresión de la individualidad?. En el plano ontológico supone la exteriorización de la singularidad distinta del individuo. Y desde el punto de vista jurídico, el derecho al reconocimiento de su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (Artículo 94 C.P.), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 C.P.). La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Artículo 18 C.P.). La autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado". Texto completo de la Sentencia transcrita en WWW.RDH.GOV.CO.
- (63) SARDINA VENTOSA, Francisco. **EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMATICA Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PARA LA PREVENCION DEL FRAUDE**. En: Revista Actualidad informática Aranzadi, No. 20 de Octubre, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1997, págs 1 a 5.
- (64) ARROYO ZAPATER, Luis. **LA INTIMIDAD COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO**. En: Revista del Consejo General del Poder Judicial C.G.P.J., Madrid, 1995, págs. 285 y ss.
- (65) Para fundamentar el criterio jurisprudencial del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, el autor, toma como punto de partida el artículo 53 CE y el análisis de la jurisprudencia del TC, particularmente cuando se sostiene: "el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción... es una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados... La Constitución establece por sí misma los límites a los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o

preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos" (STC 11/181 F.J. 7).

- (66) BAON RAMIREZ., Rogelio. **VISION GENERAL DE LA INFORMATICA EN EL NUEVO CODIGO PENAL.** En: Revista del Consejo General del Poder Judicial. C.G.P.J. Núm. XI., Ambito jurídico de las tecnologías de la información, Madrid, 1996, pág. 82 y 85.
- (67) MORALEZ PRATS, Fermín. **DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.** En: Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal. El autor et all. Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1996, pág. 306.
- (68) ORTI VALLEJO, A. **DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMATICA.** Ed. Comares, Granada, 1994, pág.38 y ss.
- (69) Ibídem, pág. 54 y ss.

Actualización: Pasto, Enero 4 de 2004

[Principio del documento](#)

[Ir al inicio](#)