

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN LA ERA TECNOLÓGICA: HACIA UNA RECONCEPTUALIZACIÓN *

THE PROTECTION OF PRIVACY IN THE TECHNOLOGICAL AGE: TOWARDS A RECONCEPTUALIZATION

Isabel Victoria Lucena Cid¹
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
[miluccid@upo.es]

Recibido: marzo de 2012
Aceptado: junio de 2012

*Para conmemorar la más gloriosa de las noches,
el Gobierno de Su Majestad se complace en devolverles a ustedes,
sus leales súbditos, el derecho a la privacidad.
Durante tres días, sus movimientos no serán vigilados
sus conversaciones no serán escuchadas...
y el "haz lo que quieras" será la única ley.
Buenas noches y que Dios les bendiga*

Alan Moore y David Lloyd
V de Vendetta

Palabras clave: Intimidad, Privacidad, Nuevas Tecnologías, Datos, Público, Internet, Autodeterminación Informativa, Control, Vigilancia, Taxonomía de la Intimidad, Contexto Integral.

Keywords: Privacy, New technologies, Data, Public, Internet, Information Self-determination, Control, Surveillance, Taxonomy of Privacy, Integral Context.

Resumen: El objetivo de este trabajo es aportar un poco de claridad a la actual confusión en torno al concepto de intimidad en el nuevo contexto tecnológico. Para ello, tenemos en cuenta la amplitud y la complejidad del término sin pretender disipar plenamente la ambigüedad que acompaña a esta noción. Por otro lado, cuestionamos la difícil defensa de los límites herméticos que custodiaban lo íntimo/privado de lo público, superados hoy en día por un *ágora virtual desespaciada* que permite el tránsito y acumulación ilimitada de información y datos

*Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía SEJ 06735, titulado "La protección jurídica de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación. Un análisis interdisciplinar".

¹ Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

personales de toda índole. Exponemos brevemente algunos de los dispositivos tecnológicos de seguimiento y vigilancia, almacenamiento y tratamiento de datos y los potentes sistemas de difusión de la información como Internet. Las nuevas amenazas que atentan contra la intimidad nos llevan a examinar las tesis de algunos autores con el fin de aportar nuevos horizontes de análisis y reflexión sobre una construcción jurídica moderna que ha de evolucionar y definirse para responder ante esos nuevos desafíos.

Abstract: The objective of this paper is to bring some clarity to the current confusion surrounding the concept of privacy in the new technological context. To do it, we explain the breadth and complexity of the term without attempting fully dispel the ambiguity that accompanies this notion. On the other hand, we analyze the difficult question of the limits between privacy and public space, now superseded by a virtual agora where unlimited accumulation of information and personal data of all kinds is a reality. To understand this, we describe briefly some of the new technological devices surveillance, storage and processing of data and powerful systems of information dissemination as the Internet. The new threats that jeopardize the privacy lead us to examine the arguments of some authors to provide new horizons for analysis and reflection on a modern legal construct that has to evolve and be defined to respond to these new challenges.

1. Introducción

Los cambios en la historia más reciente de la humanidad han venido siempre acompañados de la necesidad de una respuesta por parte de las sociedades y los sistemas que los gobiernan. También el derecho y los conceptos jurídicos en los que se sustentan deben estar en continua revisión para cumplir con su sentido y función social. Eso es lo que Warren y Brandeis sugerían en el inicio de su opúsculo cuando decían que “es un principio tan viejo como el *common law* que el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes, sin embargo, resulta necesario, de vez en cuando, redefinir con precisión la naturaleza y la extensión de esta protección. Los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos, y el *common law*, en su eterna juventud, evoluciona para dar cabida a las demandas de la sociedad”². En la época en la que estos autores publicaron su artículo “The Right to Privacy”, (*Harvard Law Review*, 1890), los medios tecnológicos de incursión en la vida privada que denunciaban eran la captura de imagen a distancia y sin permiso a través de fotografías y la distribución de las mismas en la prensa (una práctica que perdu-

2 Warren, S., Brandeis, L. D., “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1980. Edición Española a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, *El derecho a la Intimidad*, Madrid: Editorial Civitas. 1995.

ra en nuestros días). Después de más de un siglo, las denuncias se realizan contra “otras familias tecnológicas”: almacenamiento y tratamiento de datos personales, transferencias y difusión de datos a través de tecnologías digitales electrónicas, Internet, redes sociales, videovigilancia de ciudadanos, etc. Estos nuevos sistemas socio-técnico-informáticos no solo han puesto de manifiesto el poder de la innovación informática y los beneficios que aportan, también han revelado nuevas amenazas y desafíos en materia de protección a la intimidad.

Muestra de esto son las informaciones que continuamente encontramos en los medios de comunicación: “*News of the World* phone-hacking scandal”³, “EE.UU. vigila de forma ‘rutinaria’ sitios de noticias, Twitter y redes sociales”⁴, “Un ataque informático expone los correos de centenares de militares británicos”⁵, “Las redes sociales hacen perder el pudor”⁶, “Anonimato, espejismo en la era digital”⁷, etc. Titulares como estos aparecen diariamente en los medios de difusión alertando del potencial que representan los nuevos sistemas de comunicación e información. Nadie es indiferente a los avances tec-

3 Siddique, Haroon, Gabbatt, Adam and Quinn, Ben, “*News of the World* phone-hacking scandal” www.theguardian.co.uk (8/07/2011).

4 Hosenball, Mark, “EE.UU. vigila de forma ‘rutinaria’ sitios de noticias, Twitter y redes sociales” www.elmundo.es (12/01/2012).

5 Redacción El Mundo, “Un ataque informático expone los correos de centenares de militares británicos” www.elmundo.es (09/01/2012).

6 López, Celeste, Rodríguez de Paz, Alicia, “Las redes sociales hacen perder el pudor” www.lavanguardia.com (09/07/2011).

7 Goldman, David, “Anonimato, espejismo en la era digital” www.CNNExpansión.com (17/01/2012).

nológicos de las últimas décadas ni a los cambios que estos han desencadenados en distintos ámbitos de la vida personal y social (económico, cultural, social, político, académico, científico, etc.). Estas transformaciones han hecho surgir nuevas formas de relacionarse con el entorno y los demás, haciendo que millones de personas compartan información en superpoblados “continentes virtuales” propiciados por Internet y las nuevas redes sociales, sin olvidar el papel que éstas últimas han tenido y mantienen en las llamadas “revoluciones árabes” y las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales en todo el planeta.

Nunca como ahora se ha podido acceder a contenidos académicos y científicos, políticos, económicos, culturales, etc., y a grandes bases de datos de manera inmediata. La información generada a través de los sistemas informáticos e Internet se ha convertido en un valor sin precedentes al conseguir una inimaginable capacidad de almacenamiento, acceso y operatividad en tiempo real. Es indudable que, en general, estas innovaciones científicas y tecnológicas han permitido incrementar la capacidad de progresar en todos los aspectos de la vida humana, convirtiéndose en herramientas casi esenciales tanto para la vida pública como privada. En general, las consecuencias inmediatas del desarrollo de la sociedad de la información ha hecho que el mundo sea más pequeño y asequible, pero inabarcable por la cantidad de contenidos informacionales y la velocidad a la que éstos se generan.

¿Cómo afecta a la intimidad esta constante innovación tecnológica? Si los beneficios que han proporcionado el progreso tecnológico para las sociedades contemporáneas son incuestionables, estas ventajas vienen acompañadas de nuevos desafíos

que hay que abordar ineludiblemente. El mal uso de la información, sobre todo de carácter personal, en la utilización de las nuevas tecnologías se pone de manifiesto en los casos de intrusión en la intimidad de las personas. Los actuales sistemas información y la comunicación se han convertido en la mayor amenaza a la intimidad porque cuentan con sofisticadas herramientas de vigilancia generalizada, bases de datos masivas y la capacidad de almacenar y distribuir la información en todo el mundo a tiempo real. En definitiva, el poder que proporciona el acceso a la información y el control de la misma hacen que la ficción de George Orwell o el Panóptico de Jeremy Bentham encuentren su más exacta representación en la realidad de las sociedades contemporáneas más avanzadas.

Este nuevo contexto nos conduce a la revisión del concepto de intimidad y a valorar la ineludible necesidad de adaptarlo a las nuevas características de las sociedades con un alto grado de innovación y desarrollo tecnológico, especialmente en el ámbito de la información y la comunicación. Nuestro objetivo en este trabajo será aportar un poco de claridad a la actual confusión en torno al concepto de intimidad en el nuevo contexto tecnológico. Para ello, se tendrá en cuenta la amplitud y la complejidad del término sin pretender disipar plenamente la ambigüedad que acompaña a esta noción. Por otro lado, cuestionamos la difícil defensa de los límites herméticos que custodiaban lo íntimo/privado de lo público, superados hoy en día por un *ágora virtual desespaciada* que permite el tránsito y acumulación ilimitada de información y datos personales de toda índole. Exponemos brevemente algunos de los dispositivos tecnológicos de seguimiento y vigilancia, almacenamiento

y tratamiento de datos y los potentes sistemas de difusión de la información como Internet. Las nuevas amenazas que atentan contra la intimidad nos llevan a examinar las tesis de algunos autores con el fin de aportar nuevos horizontes de análisis y reflexión sobre una construcción jurídica moderna que ha de evolucionar y definirse para responder ante esos nuevos desafíos.

2. El Controvertido concepto de Intimidad

Desde distintos ámbitos del conocimiento (jurídico, filosófico, psicológico, sociológico, etc.) se suele afirmar que el término intimidad adolece de una vaguedad e imprecisión que lo lleva al terreno de aquellos conceptos difícilmente definibles. De ahí que en muchos casos utilicemos, en el lenguaje común, locuciones que tienen una identidad significativa con esta noción: vida privada, confidencialidad, secreto, privado, etc. Tomando prestado la metáfora de Wittgenstein, en casos como éste, el lenguaje se parece a las palancas de la cabina de una locomotora. Las palabras se parecen unas a otras, de manera que tendemos a pensar que realizan las mismas funciones. Sin embargo, al igual que las palancas en la locomotora, esta semejanza es superficial ya que en la realidad cada una de ellas realiza una función distinta en un momento determinado: una palanca regula la apertura de una válvula, otra sólo tiene dos posiciones, “abierto” o ‘cerrado; la tercera es el mango de los frenos, cuanto más fuerte se tira, más fuerte es el frenado; y una cuarta, sólo funciona mientras uno lo mueve de aquí para allá, continuamente⁸. Aplicada esta visión al

⁸ Wittgenstein, L., 1953, *Philosophical Investigations. Philosophische Untersuchungen*, Oxford:

término intimidad o privacidad, comprenderemos mejor la borrosas fronteras conceptuales en las que nos desenvolvemos.

2.1. Algunas precisiones lingüísticas

Una revisión de la literatura y la doctrina contemporánea pone de manifiesto que las teorías sobre la intimidad o la privacidad son demasiado generales o ambiguas para resolver casos concretos y determinar cuáles son los principales problemas que atentan contra el derecho a la intimidad de las personas en el actual contexto informático-tecnológico. En un primer esfuerzo por aportar luz al tema, intentaremos clarificar la naturaleza confusa de una noción como el de la intimidad basándonos en la teoría pragmática y la idea del “parecido de familia” (*Familienähnlichkeiten*) expuesta por el filósofo Ludwig Wittgenstein en su obra póstuma *Investigaciones Filosóficas*.

Wittgenstein ha sido uno de los filósofos contemporáneos más fructíferos a la hora de poner la filosofía al servicio de la visión global del sentido común, aquella que se expresa en el lenguaje ordinario. Esta expresión, “lenguaje ordinario”, representa el lenguaje antes de que sea justificado o corregido por la reflexión filosófica. En sus *Investigaciones Filosóficas* Wittgenstein presenta un nuevo contexto para definir los límites de un concepto a partir de la teoría de los “juegos del lenguaje”, esto es, el sentido o sinsentido de un término no se conciben unívocamente sino que varían de un “juego del lenguaje a otro”.

Blackwell, traducido al castellano por Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Wittgenstein, L., 2002, *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, § 12, op. cit. pág. 29

El “significado” de un término se define investigando el papel que desempeña en un determinado “juego del lenguaje” (*Sprachspielen*) o según su “uso” (*Gebrauch*). El lenguaje funciona en sus usos y se entiende en sus contextos, por ello, no tenemos que “preguntar por las significaciones, sino que hay que preguntar por los usos. Pero estos usos son muy numerosos y variados; no hay propiamente un lenguaje, sino lenguajes, y éstos representan “formas de vida”. Cuando aprendemos a usar palabras aprendemos a usarlas significativamente, es decir, en los contextos apropiados. Que el significado de un término sea el uso que de él hacemos, se deriva del hecho de que una palabra solo lo es dentro de un lenguaje: la palabra tiene un significado en un lenguaje; no se puede preguntar por el significado de una palabra fuera de un juego de lenguaje particular, “entender una sentencia significa entender un lenguaje”, en este caso, el lenguaje jurídico⁹.

La crítica de Wittgenstein a la noción común de significado se refiere a aquella que toma el significado de una palabra como el objeto al que se refiere la palabra o aquello que nombra. Mientras esta noción de significado en sentido ontológico se refiere a palabras como “silla”, “vaca” “mesa”, etc., no nos serviría para palabras como “dos”, “¡ay!”, “por tanto”, “no”, ni tampoco para términos como “intimidad” “bueno”, “libertad”, etc. Por ello, es erróneo preguntar qué significan las palabras, como si pudiésemos encontrar siempre un objeto al cual señalar para decir lo que significa. En muchos casos, como decíamos, el significado de una palabra se encuentra en “su uso en el lenguaje”. Pero no solo se encuentra el significado de un

9 Wittgenstein, L., 2002, *Investigaciones...*, § 109, op. cit. pág. 123

término en el uso, o en el lugar que ocupe en el lenguaje. Va más allá, el lenguaje es el instrumento de los propósitos y de las necesidades humanas. Es parte de la conducta social, pertenece a nuestra historia natural. Es creado o se configura como una institución y presupone, por tanto, un contexto no lingüístico y múltiples prácticas sociales extralingüísticas que nos permiten entender el contenido significativo de una determinada locución.

Por tanto, “uso del lenguaje” y “contexto extralingüístico o juegos del lenguaje” se convierten en dos variables que debemos contemplar a la hora de buscar una aproximación al concepto de intimidad o privacidad. Antes de preguntar ¿cuál es el significado del término intimidad?, tendríamos que preguntar ¿cómo se usa la palabra intimidad? Esto nos conduce inevitablemente a los contextos donde aprendemos a usar la palabra apropiadamente o significativamente. Debemos descubrir a qué “juego del lenguaje” pertenece y después ensayar las “reglas” de ese juego del lenguaje particular. Si por ejemplo alguien pregunta “¿qué es un peón?, debemos responder que es una pieza usada en el juego del ajedrez y después fijar las reglas del ajedrez que ha de seguir el peón en dicho juego. “Pregúntate a ti mismo” aconseja Wittgenstein “¿cómo hemos aprendido el significado de esta palabra (bueno, por ejemplo)?, ¿a partir de qué ejemplos; en qué juego del lenguaje?”¹⁰. Investigar el significado de una palabra significa, finalmente, investigar el uso que esa palabra tiene en una “forma de vida”. Los juegos del lenguaje o contextos lingüísticos hace referencia al “lenguaje de las ciencias”, el “lenguaje de la ética”, el “lenguaje de la poesía”, “el lenguaje del

10 Wittgenstein, L., 2002, *Investigaciones...*, § 77 op. cit. pág. 97.

derecho” etc. Así, cuando hablamos el lenguaje de las ciencias nos referimos a la forma en la que usamos los términos para explicar teorías científicas en contextos científicos, para describir o predecir, etc.; lo mismo podemos decir del “lenguaje jurídico”. Esta multiplicidad de juegos de lenguaje, así como los usos que hacemos de ellos, no es algo acabado, que venga “dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir nacen, y otros envejecen y se olvidan”¹¹.

Wittgenstein pasa revista a una serie de actividades o juegos para comprobar que no existe un algo, algún elemento común a todas ellas, “...el resultado de este examen es: vemos una red complicada de semejanzas superponiéndose y entrecruzándose: a veces, semejanzas generales, a veces, semejanzas de detalle”¹². Wittgenstein llama a estas semejanzas “parecidos de familia”. Y eso es todo lo que hay en los juegos (y también en los juegos de lenguaje): forman una familia. El concepto de juego no es una suma de sub-conceptos, no es un concepto “estrictamente delimitado”, no existe una clara línea divisoria que separe lo que es juego de lo que no lo es; lo cual no quiere decir que el uso de la palabra “juego” sea arbitrario, que no esté regulado; en realidad tiene reglas, pero no está regulado en todos sus detalles y pormenores. Puede decirse que se trata de un concepto *borroso*. Esta carencia de precisión no es relevante. No es necesario que existan reglas que regulen todos los casos posibles de uso de una palabra. Comprobamos que alguien ha entendido el significado de una palabra

11 Wittgenstein, L., 2002, *Investigaciones...*, op cit. § 23 y § 18 pág. 39 y 31.

12 Wittgenstein, L., 2002, *Investigaciones...* § 66 op. cit. pág. 87.

que le explicamos, si vemos que la usa como nosotros.

Aplicada esta teoría al discurso sobre la intimidad o el concepto extensivo, la privacidad, observamos que esta locución pertenece a múltiples “juegos del lenguaje”, a distintos contextos extralingüísticos que hace que su significado y definición sean tan escurridizo como apremiante la necesidad de abordarlo para establecer un marco de comprensión en la realidad de un nuevo “juego de lenguaje o contexto lingüístico y extralingüístico”, en nuestro caso, el entorno de la sociedad de la información.

En este mismo sentido, Solove considera que encontrar una definición perentoria del término intimidad es imposible, considera que es “a concept in disarray”¹³, o como diría Vitalis una “definition introuvable”¹⁴. El motivo de esto es que la intimidad es un concepto radical que abarca la libertad individual, el control sobre el propio cuerpo, la soledad en el hogar, la potestad sobre la información personal, la libertad ante los sistemas de control y vigilancia, la protección del honor y la reputación, etc.. Existen conceptos diferenciados de la intimidad que se relacionan con él por sus “semejanzas de familia”: interioridad, interior, privativo, privado, secreto, confidencial, reservado, personal, propio, oculto¹⁵, y que en-

13 Solove, D. J., “Conceptualizing Privacy”, en *California Law Review*, Vol. 90:1087, 2002.

14 Vitalis, a., 1981, *Informatique, pouvoir et libertés*. París: Économica, pág. 151.

15 Según la Real Academia de la Lengua el término intimidad se refiere a “una zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. La acepción de interioridad no apela a las “cosas privativas, por lo común secretas, de las personas, familias o corporaciones”; interior por su parte nos remite

al alma como principio de la actividad propiamente humana”. Privativo sería lo “propio y peculiar, singularmente de una cosa o persona y no de otras”. La acepción privado se alude a lo “que se ejecuta a la vista de pocos, familiar o domésticamente, sin formalidad ni ceremonia ninguna”. Lo secreto remite a “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”, etc. Véase al respecto, Rebollo Delgado, L. 2000, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid: Dykinson, pp. 48-50.

2.2. De la intimidad como valor moral a la intimidad como valor jurídico

La configuración de la noción de intimidad, tal y como la entendemos hoy, tiene su origen en el nacimiento de la burguesía y se fundamenta en la dogmática “iusprivatista” burguesa sobre los derechos de la personalidad, entendidos como objetos de propiedad privada y asociados a los derechos de la personalidad (el honor, el nombre, la imagen, el secreto de la correspondencia...)¹⁶. La aspiración de la intimidad por parte de la burguesía está alimentada por el deseo y las necesidades de esta nueva clase social. Para Pérez Luño, “la continuidad entre *privacy* y *property* no es puramente jurídico-formal, sino que la propiedad es la condición para acceder a la intimidad”¹⁷. De ahí se deduce que la pobreza y la privacidad son simplemente

16 Pérez Luño, A. E. 1995, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, pág. 321.

17 *Ibid*, pág. 322.

contradictorias¹⁸. Sería sobre estos presupuestos y la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre sobre lo que se construiría doctrinalmente el derecho a la intimidad, cuya fundamentación teórica la podemos encontrar en la idea del *fuero interno* que Thomasio y Kant emplazan al margen de la injerencia estatal y de las relaciones sociales comunitarias¹⁹.

La tradición filosófica inglesa que arranca con Thomas Hobbes²⁰ y John Locke contribuyó a definir el concepto anglosajón de *privacy* y a buscar un equilibrio entre las acciones del Estado y el individuo. No obstante, sería John Stuart Mill quien en su obra *On Liberty* (1598) marcara una distinción entre la esfera privada y la pública. A la primera correspondería el ámbito del poder y la dominación y a la segunda, el ámbito del individuo y la libertad. El principio de libertad de Mill, entendido como autonomía individual, se sustenta en la idea de que en aquellos aspectos que conciernen sólo al individuo: su propio cuerpo, su mente, etc., éste tiene derecho a una absoluta independen-

cia. El ámbito de la intimidad, por tanto, es el reducto último de la personalidad, es el espacio donde el individuo es soberano, donde decide las formas de comportamiento social, privado o público²¹.

La relación entre la libertad, entendida como autonomía, y la intimidad sigue siendo inexcusable para comprender la noción moderna de intimidad. En primer lugar, si entendemos la intimidad como el derecho al control de la información referente a uno mismo, y admitimos que la autonomía es la autodeterminación del individuo, entonces la intimidad está, al menos en parte, constituida por la autonomía. Desde este punto de vista, la intimidad se entiende como la facultad de control sobre la información que concierne a los individuos y la decisión de lo que se expone ante los demás. En segundo lugar, si concebimos la intimidad como un límite para que los demás no puedan acceder a la información que solo nos concierne a nosotros, propiciamos las condiciones materiales para el desarrollo de la autonomía y libertad de pensamiento y de acción. La misma idea ha sido defendida por Bobbio, para quien ser libre, en sentido de que debe ser protegido y favorecido en la expresión de su libertad, quiere decir que “todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo, en general del poder estatal”²².

Merece una referencia especial en este punto el famoso y breve ensayo jurídico “The Right to Privacy” de Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en la revista *Harvard Law Review* en 1890. Este artícu-

18 Bendich, A. M., “Privacy and the Constitution”, en *Conference of the Law of the Poor*. University of California, Berkeley, 1966. Pérez Luño, considera que la “idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos y no para los extractos más humildes de la población”. Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. pág. 322.

19 Pérez Luño, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. pág. 322.

20 Los pensamientos íntimos de una persona discurren sobre todo tipo de cosas “sagradas, profanas, puras, obscenas, graves, y triviales- sin vergüenza o censura; lo cual no puede hacerse con el discurso verbal más allá de lo que sea aprobado por el juicio según el tiempo, el lugar y las personas” Hobbes, T. 1957, *Leviatán*, Londres: J. M. Dent & Sons Ltd., pág. 34.

21 Stuart Mill, J. 1998, *Sobre la Libertad*, Madrid: Alianza.

22 Bobbio, N. 1991, *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, pág. 44.

lo representa un punto de inflexión en la definición de las bases doctrinales y técnico-jurídicas del derecho a la intimidad contemporáneo. Desde el inicio del texto, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a la intrusión por modernos mecanismo de reproducción y difusión de imágenes que amenazaban a la información privada. Samuel Warren había sufrido la intromisión en su ámbito privado con la publicación de las actividades personales y sociales mantenidas dentro y fuera de su hogar. Hechos que se agravaban por ser Warren el esposo de la hija de un prestigioso Senador de los Estados Unidos lo que propició la curiosidad y la chismografía de la prensa²³. En esta época los medios tecnológicos de incursión en sus vidas privadas que denunciaban estos autores estaban relacionados con la captura de imagen a distancia y sin permiso a través de fotografías y la distribución de las mismas en los medios de comunicación. Entre las demandas que exigían estos autores se encuentran el derecho de una persona particular a impedir que su retrato se divulgue; el derecho a estar protegido de un debate en la prensa sobre un asunto privado. El amparo de las relaciones sociales y familiares ante una

23 “Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocio fueron focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y para garantizar al individuo lo que el Juez Cooley denomina el derecho ‘a no ser molestado’. Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: “lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos”. Warren, S. Brandeis, L. D., *El derecho a la Intimidad*, op. cit. pág. 25.

publicidad despiadada; la protección a los pensamientos, sentimientos y emociones humanas. Mediante este derecho se invoca a no ser molestado; el derecho a impedir la publicación y reproducción de obras literarias o artísticas, cuestiones éstas que en determinadas circunstancias, solo es posible a través del derecho a la intimidad como parte del derecho a la inviolabilidad de la persona²⁴.

En la actualidad, trazar los límites de la intimidad y determinar un ámbito definitivo para su protección sigue siendo una tarea difícil. Como ponen de manifiesto varios autores²⁵, las definiciones legales y los pronunciamientos jurisprudenciales que intentan tutelar este derecho no establecen un concepto unívoco, se basan esencialmente en tipificar los supuestos que

24 Warren, S. Brandeis, L. D., *El derecho a la Intimidad*, op. cit. pág. 61. Muchas décadas después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establecía en su artículo 12 que “Nadie será objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Este artículo confiere al derecho a la intimidad un reconocimiento internacional que proporcionaría, posteriormente, el desarrollo normativo del derecho a la intimidad en muchos Estados. El derecho a la Intimidad está reconocido y garantizado como derecho fundamental y desarrollado en el ordenamiento jurídico español y en numerosas directrices europeas. El Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España el 26 de Octubre de 1979 reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 1, art. 2).

25 Pérez Luño, A. E. op. cit. pág. 327; Sabater, M. C., “Vidas de Cristal. Análisis del derecho a la Intimidad en la sociedad de la información”, en *Intersticios, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, Vol. 2 (1) 2008.

amenazan o vulneran la intimidad. A ello se une una mayor complejidad si lo que pretendemos es delimitar el contenido de este derecho en las circunstancias que presenta la sociedad tecnológicamente desarrollada. Las controversias suscitadas han encontrado respuestas desde distintos ámbitos doctrinales jurídicos y las investigaciones más recientes han derivado en la configuración de una noción de intimidad amplia, flexible y contextual. En todo caso, como sostiene Pérez Luño, “en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (*status negativo*) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (*status positivo*) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto”²⁶. Como señala Solove²⁷, la privacidad es una necesidad que urge a los particulares como consecuencia de las presiones que ejerce la vida en sociedad sobre su ámbito íntimo, de manera más apremiante en el actual entorno tecnológico relacionado con los nuevos sistemas de información y comunicación.

2.3. La tricotomía íntimo/privado/público: la difícil delimitación de los márgenes

Como apuntábamos anteriormente, la delimitación de los márgenes de la protección que proporciona el derecho a la intimidad desde el punto de vista jurídico, conlleva múltiples dificultades si tenemos en cuenta las transformaciones e innova-

26 Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. pág. 330.

27 Solove, D. J., 2008, *Understanding Privacy*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

ciones tecnológicas que afectan tanto al ámbito íntimo/privado como el público.

En el seno del pensamiento jurídico anglosajón se establece una distinción entre lo privado y lo público demarcando así dos espacios: el espacio de la intimidad y el espacio de la visibilidad. No es el caso de la tradición jurídica alemana ni la continental en general, donde generalmente se tiende a establecer límites que van desde lo íntimo a lo privado pasando por lo individual hasta llegar a lo público. Entre estas tesis destaca la *teoría de las esferas* de Hubmann, *las modalidades del aislamiento* de Frosini, y los *torts o agresiones a la privacidad* de William Prosser. Según la *teoría de las esferas*²⁸, la *esfera íntima* se corresponde con ámbito de lo secreto, los sentimientos, los pensamientos, las creencias, etc., y se viola cuando se difunden o comunican sin consentimiento; en segundo lugar, la *esfera privada* se refiere al espacio de la vida personal que se desea mantener al margen de la injerencia de sujetos ajenos; y finalmente, *la esfera individual* equivale a aquello que concierne a la singularidad individual (imagen, reputación, datos personales, etc.).

La *teoría de las modalidades del aislamiento* de Frosini define cuatro espacios: la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva²⁹. Prosser en su *Law of Torts*, enumeró cuatro áreas de tutela de la intimidad: i) contra la intrusión en la soledad, o en los asuntos privados de uno; ii) contra la revelación de actos privados o embara-

28 Hubmann, H. 1967, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln: Böhlau, pág. 268, cit. en Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. pág. 328.

29 Frosini, V. 1990, *La protección de la intimidad, Derecho y Tecnología informática*, Bogotá: Temis.

zosos; iii) contra la publicidad que coloca a uno en una falsa imagen ante el público; y iv) contra la apropiación del nombre de uno en beneficio de otro³⁰. A estos autores se une García Morente con su obra *Ensayo sobre la vida privada*. Morente formula la *teoría de los polos contrapuestos* según la cual “la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad –cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social– y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica”³¹.

En su trabajo “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, Garzón Valdés³² se pregunta si es posible delimitar exactamente el ámbito de lo privado y por lo tanto, de lo público, y en caso afirmativo si la distinción público-privado es exhaustiva. En el transcurso de su respuesta encontramos una delimitación de lo íntimo, lo privado y lo público con objeto de determinar el alcance moral o jurídico de los actos realizados en cada uno de estos ámbitos. En primer lugar, Garzón considera lo *íntimo* como el ámbito de los pensamientos, las decisiones, las dudas, etc. Dentro de este espacio se encontrarían aquellas acciones que no requieren la intervención de terceros, en definitiva, y como diría Mill, es el medio donde el individuo ejerce su autonomía personal, el último reducto de la personalidad. Por otro lado, entiende la *privacidad* como el terreno donde pueden predominar los deseos y preferencias in-

dividuales, donde solo pueden acceder los que deseen libremente los individuos. En último lugar, lo *público* se caracteriza por la libre accesibilidad de las actividades y decisiones de las personas en la sociedad. Esto es aún más evidente cuando los individuos desempeñan un cargo dotado de autoridad político-jurídica. En este caso, la publicidad de sus actos se convierte en un elemento esencial del Estado de derecho³³. En suma, lo *íntimo* se caracteriza por su opacidad, lo que distingue lo *público* es la transparencia y lo *privado* es la “esfera personal reconocida”, como diría Sen³⁴, o el “espacio de la transparencia relativa” que señala Garzón.

¿Qué relación existe entre estos tres ámbitos? La teoría de las esferas y las posiciones doctrinales tradicionales consideran que no habría más conexión entre ellas que la que los individuos estableciesen y las que se dispusiesen en el marco normativo vigente. En el Estado social de derecho democrático y liberal esa relación transcurriría en dos direcciones inversas: desde lo íntimo a lo público y desde lo público a lo íntimo. Con respecto a la primera trayectoria (de lo íntimo/privado a lo público), si admitimos, como sugiere Garzón, que “el velo que protege la intimidad puede ser levantado sólo por el individuo en uso de su discreción, no habría mayor inconveniente en aceptar que si alguien desea hacerlo puede, en principio, desvelar la intimidad de su personalidad”, lo que significaría la eliminación o la reducción de lo secreto, de los

30 Prosser, W., 1955, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul: West.

31 García Morente, M., 2001, *Ensayo sobre la vida privada*, Madrid: Ediciones Encuentro.

32 Garzón Valdés, E., “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, en *Revista Claves de Razón Práctica*, nº 137, 2003.

33 Garzón Valdés, E., “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, op. cit. pp. 15 y ss.

34 Sen, A., “Liberty and social choice” en Booth, W. J., James, P., Meadwell, H. (eds.), *Politics, and Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 11-32. Garzón Valdés, E., “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, op. cit. pág. 18.

sentimientos y de los pensamientos³⁵. No obstante, habitualmente, se tiende a preservar la intimidad interponiendo barreras que impidan la injerencia de terceros. La interacción en el espacio público, se realiza adecuando el comportamiento a las reglas convencionales de la vida social y las restricciones normativas que la regulan, procurando salvaguardar aquellos aspectos de la personalidad que decidimos que han de permanecer en el ámbito privado. No sucedería lo mismo si el papel que una persona desempeña en la sociedad tiene connotaciones públicas ya que en estos casos, trazar un límite infranqueable entre lo privado y lo público es muy difícil. Esto se debe a lo Thompson denomina “nuevas formas del contexto público mediático”. En su opinión, el desarrollo de los medios de comunicación iniciado en la modernidad con la imprenta y seguido por el avance de los medios electrónicos en nuestros días (radio, dispositivos móviles, televisión, Internet, etc.), ha dado lugar a nuevas formas de visibilidad, es decir, han permitido una *nueva forma de intimidad mediática* a través de la cual los personajes públicos, los representantes políticos, etc., se presentan a sí mismos como personas cercanas, familiares y no solo como líderes o famosos, revelando selectivamente a sus audiencias aspectos de su vida privada³⁶.

Si atendemos ahora al recorrido opuesto, (de lo público a lo privado/intimo), constatamos que el incremento de los recursos tecnológicos propicia “la invasión de lo público en lo íntimo/privado”. La intromisión de lo público en el ámbito privado de

35 Garzón Valdés, E., “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, op. cit. pág. 20.

36 Thompson, J. B. “Los límites cambiantes de la vida pública y privada”, en *Nueva Época*, nº 15, enero-junio, 2011, pp. 11-42.

las personas es cada vez más frecuente y encuentra su justificación en múltiples razones, todas ellas en base al interés general de la sociedad. Garzón ofrece varios ejemplos de casos en los que el poder público se permite intervenir en el espacio reservado a la privacidad limitando el control y el poder de las personas en esa esfera: la intervención del Estado en el ámbito familiar (la violación de la autonomía familiar) para regular la educación de los niños y asegurar así la vigencia de los principios de igualdad y no discriminación; el control fiscal, justificado en razón a la justicia distributiva; la persecución de los delitos sexuales y violencia de género en el hogar, etc. Garzón concluye diciendo que “la esfera privada no puede, en este sentido ser un coto reservado para la comisión de delitos” y apostilla convencido de “que una sociedad no deja de ser decente porque no admita la impunidad en la esfera privada”³⁷. Por otro lado, se da el caso en el que los individuos voluntariamente desvelan su intimidad sin ningún pudor a través de los medios de comunicación e información, y un fenómeno particular de esto se da en el entorno de Internet y las redes sociales. Ya se trate de un asunto de adulterio, enfermedad grave, escándalo familiar o cualquier otro asunto morboso no existe contención ante millones de espectadores si se ofrece la oportunidad de contarlos en programas de televisión especializados en estos asuntos. Ante esto Umberto Eco afirma que en la actualidad las personas no desean la *privacy* y que de lo que deberían preocuparse las “distintas autoridades en defensa de ella es hacer que sea conside-

37 Garzón Valdés, E., “Lo Íntimo, lo Privado y lo Público”, op. cit. pág. 30.

rada un bien precioso por parte de los que entusiastamente han renunciado a ella”³⁸.

Las redes sociales y otros recursos informáticos asociados a Internet, las nuevas aplicaciones en dispositivos móviles, las bases de datos personales, los sistemas de control de la información de los ciudadanos a través de sofisticados mecanismos para garantizar la seguridad y el orden social, etc., nos plantean una manera distinta de entender la tricotomía íntimo/privado/público y una reflexión. En primera instancia, la proliferación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha quebrado los límites que establecía la *teoría de las esferas* a la hora de explicar los distintos ámbitos de la intimidad, la privacidad y lo público, ya que es difícil preservar “espacios puros” de la injerencia del aparato estatal-administrativo por un lado, y la contención en la libre disposición de los ciudadanos a exponer aspectos de su vida íntima/privada en espacios públicos (físico o virtuales). El libre y doble tránsito de la información personal de unas esferas a las otras nos permite esbozar una *teoría de la espiral* según la cual, si bien se sigue considerando un centro de exclusión de la intromisión ajena, se ha perdido el control pleno de la información íntima y personal. Los nuevos medios tecnológicos permiten que nada quede oculto o secreto y con ello se acrecienta el peligro de vulneración de la intimidad.

Como sugiere Thompson, los límites cambiantes entre la vida pública y privada, propiciada por el auge de la privacidad *desespaciada* y la visibilidad mediática (y virtual), definen un terreno de lucha donde los individuos y las organizaciones sostienen un nuevo tipo de guerra por la

38 Eco, U., *La Nación*, Buenos Aires, 14/06/1998.

información, y usan todos los medios que tengan a su disposición para obtenerla sobre los demás y controlarla sobre sí mismos³⁹.

3. La necesidad de una reconceptualización de la intimidad en la era tecnológica

Los avances tecnológicos de las últimas décadas han incidido considerablemente en la evolución del concepto y la protección jurídica de la intimidad. La noción de privacidad, como hemos visto, es difícil de precisar dada la influencia de distintos factores contextuales: sociales, circunstanciales y en nuestros días, tecnológicos. Tradicionalmente se ha formulado la intimidad en términos de autonomía, secreto, libertad, desarrollo de la personalidad, sustrato inviolable de la dignidad personal, etc., en la actualidad se reivindica como derecho del control de la información personal. Se demanda la protección de la información personal frente al potencial invasivo de las nuevas tecnologías, su almacenamiento, procesamiento, difusión y utilización en el ámbito telemático. Aunque el control de la información personal (*informational privacy*) se contempla de manera general en las distintas formulaciones del derecho a la intimidad, este aspecto se redimensiona en la sociedad globalizada del siglo XXI, demandando nuevos mecanismos de protección suficiente ante los nuevos desafíos que traen consigo la tecnología de la información y la comunicación.

39 Thompson, J. B., “Los límites cambiantes de la vida pública y privada”, op. cit. pág. 35.

Ante las eventuales invasiones de la privacidad por parte de los nuevos mecanismos de la información durante las décadas de los sesenta y setenta en los Estados Unidos, comenzaron a surgir algunas contribuciones doctrinales que definían el concepto de privacidad considerando el aspecto informacional como un factor relevante en una sociedad cada vez más informatizada. En este sentido, Fried⁴⁰ entendía el derecho a la privacidad como el poder de control sobre la información personal, no sólo cuantitativa (cantidad de información personal a la que tienen acceso terceras personas) sino cualitativa (el tipo de información de que pueda disponerse)⁴¹. En la misma línea, Westin contribuyó a la delimitación de la privacidad como control de la información, definiendo la privacidad como el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a los otros, esto es lo que él denomina *autodeterminación informativa*⁴². Los riesgos que aquejan al control del flujo de los datos personales en el tratamiento informático, llevó a Miller a definir el derecho a la privacidad como la capacidad del individuo de controlar el flujo de la información que le concierne, capacidad esencial para el establecimiento de las relaciones sociales y el mantenimiento de la libertad perso-

nal⁴³. Ante estas concepciones del derecho a la intimidad, Schwartz mantiene una posición escéptica sobre la facultad de los individuos para controlar su información personal, sobretodo, para ejercer su *autodeterminación informativa* en el terreno de las tecnologías de la información y la comunicación en Internet. Por ello, propone una regulación estatal que garantice “el control efectivo sobre el flujo de información personal, formulando así un modelo estatal que interviene en el ámbito informacional individual por ser éste un valor constitutivo esencial del nuevo paradigma sociológico de principios del siglo XXI”⁴⁴. La cuestión es que una regulación estatal no tendría capacidad de garantizar la información de sus ciudadanos ya que no existen fronteras en el ciberespacio donde se almacenan, analizan y difunde mucha de esta información.

3.1. El contexto tecnológico y las nuevas amenazas a la intimidad

Como venimos subrayando, la innovación en el campo de las tecnologías de la información y la comunicación han configurado una nueva y compleja realidad social cuyas características más relevantes giran en torno a Internet y sus ilimitadas posibilidades, donde: a) la información es

40 Fried, Ch., “Privacy”, en *Yale Law Journal*, vol. 77, 1967-1968, pp. 475-493.

41 Vid. Saldaña, M. N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, en *Araucaria*, vol. 9, núm. 18, pp. 85-115, 2007, pág. 98.

42 Westin, A. F., 1967, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, pág. 7. Vid. Saldaña, M. N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica...” op. cit. pág. 99.

43 Miller, A. R. 1971, *The Assault on Privacy. Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press. Vid. Saldaña, M. N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica...” op. cit. pág. 99.

44 Schwartz, P. M., “Privacy and Democracy in Cyberspace” en *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, pp. 1609-1701, 1999 y Schwartz, P. M., “Internet, Privacy and the State” en *Connecticut Law Review*, vol. 32, pp. 815-859, 2000. Saldaña, M. N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica...” op. cit. pág. 101.

fuente de poder a todos los niveles; b) el mundo está globalizado, y existen a su vez varios tipos de globalización (entre ellas la mundialización de la información); y c) las nuevas tecnologías sirven de motor a las dos características anteriores⁴⁵. En opinión de Campuzano Tomé, la sociedad de la información es “un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la comunicación”⁴⁶. Y es ante este nuevo escenario donde Galán propone que “el derecho tiene que adaptar sus estructuras y sus conceptos tradicionales a la realidad digital”⁴⁷. Nadie duda de la utilidad y versatilidad que nos aportan estas tecnologías, sin embargo, con ellas aparecen también amenazas a los derechos fundamentales, entre ellos al derecho a la intimidad.

Un breve repaso de algunos de los sistemas tecnológicos de la información y de comunicación nos permitirá entrever el

poder de estas aplicaciones y su relación con la intimidad.

Sistemas de vigilancia y seguimiento. La pesadilla distópica descrita en la novela de George Orwell en 1984 no está tan lejos de nuestra realidad cotidiana. En la actualidad existen sistemas de videovigilancia y seguimiento que en muchos casos superan la ficción de Orwell. En las grandes ciudades del mundo y en otras, no tan populosas, se utilizan numerosas cámaras con avanzada tecnología para mantener una vigilancia y seguimiento de las actividades de sus ciudadanos (en pro de la seguridad y el control social). En Londres⁴⁸, por ejemplo, el sistema de circuitos cerrados de televisión (CCTV) dispone de un software para etiquetar a personas específicas, rastreándolas a través de todo el sistema e incluso ejecutar una “búsqueda” sobre ellos en circunstancias anteriores. Estos circuitos de televisión se encuentran en localizaciones estratégicas como aeropuertos, estaciones de transportes, centros comerciales, parques, calles, escuelas, etc.

45 Ballesteros Moffa, L. A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 34-37.

46 Campuzano Tomé, H., 2000, *Vida Privada y Datos Personales*, Madrid, Tecnos. Ver también los interesantes artículos de Holgado González, María, “Intimidad y Nuevas Tecnologías en el entorno Laboral” en AAVV, 2012, *Constitución y Democracia, Ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Madrid: Editorial Universitas; Toscano Gil, Francisco, “Publicación de actos administrativos y protección de datos personales” en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 31; Carrizosa Prieto, Esther, “El principio de proporcionalidad en el Derecho de Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004.

47 Galán Muñoz, A., 2010, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por los contenidos ajenos a Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Helen Nissenbaum, en su libro *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, proporciona una nutrido repertorio de sistemas tecnológicos de seguimiento y vigilancia mostrando el alcance y la repercusión negativa que estos dispositivos tienen sobre la intimidad de las personas. Esta variedad de sistemas socio-tecnológicos van desde la vigilancia visual a la grabación de la voz y otras sofis-

48 En 2010 Londres tenía 7 684 700 habitantes, 60.000 cámaras distribuidas en toda la ciudad, y el responsable de ellas era la autoridad local. Ver AAVV. 2010, *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*, Foro Europeo para la Seguridad Urbana

ticadas aplicaciones⁴⁹, suministrando una gran cantidad de información biográfica y geofísica. La primera vez que se discutió sobre videovigilancia urbana en Europa fue 1997 a raíz de uno de los temas clave de la conferencia europea sobre “Prevención del crimen: hacia un nivel europeo”, organizada por la Presidencia holandesa de la Unión Europea en Noordwijk (Países Bajos). En la declaración de clausura de dicha conferencia se concluyó diciendo que: “Las cámaras, como una herramienta para prevenir el crimen, son en general un modo nuevo y rentable de infundir confianza a los ciudadanos que se sienten inquietos por su seguridad, porque disuaden la criminalidad y suministran un elemento de apoyo al ministerio fiscal. No obstante, los sistemas de videovigilancia o circuitos cerrados de televisión (CCTV) sólo deben ser usados (dentro del marco de trabajo) de una política más amplia, local y/o nacional, de prevención del crimen (...) y deben estar en manos de personal entrenado (...). El público debe ser advertido de que se emplean estos sistemas y se debe preservar la privacidad”⁵⁰. No siempre es así. Las amenazas a los derechos fundamentales es evidente si no se establecen mecanismos de protección de los ciudadanos. Esto es especialmente cierto en el caso de personas y miembros de algunas minorías en las grandes ciudades, que ya de por sí pueden ser objeto de vigilancia e injustamente perseguidos por la policía y las autoridades locales.

49 Nissenbaum, H., 2010, *Privacy in Context, Technology, and the Integrity of Social Life*, Stanford, CA: Stanford Law Books, pp. 34 y ss.

50 Recomendaciones de la conferencia europea sobre “Prevención del crimen: hacia un nivel europeo”, Noordwijk, 11-14 de mayo de 1997, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 5, Nº 3 (Septiembre de 1997), pp. 65-70 (66).

Las cámaras de seguimiento y videovigilancia no solo representan una intrusión en nuestras vidas sino que generan la sensación de incertidumbre y una amenaza a nuestra experiencia de la privacidad en el espacio público. Es normal que algunas personas, además de sentir una pérdida de privacidad, “modifiquen su forma de actuar, no porque crean que estén haciendo algo malo, sino porque no desean llamar la atención de la policía o correr el riesgo de que sus acciones sean malinterpretadas”⁵¹. Ser observado por un sistema de videovigilancia, como sostiene el filósofo y criminólogo Andrew von Hirsch, “es como desarrollar nuestras actividades en un lugar con un cristal de espejo, por lo cual mientras que uno sabe que nos están observando detrás del espejo, no necesariamente sabemos quiénes son o qué están buscando los que están del otro lado”⁵². También, en este sentido, Giovanni Buttarelli, Supervisor Adjunto Europeo de Protección de Datos, afirma lo siguiente: “Ser observado cambia el modo de comportarse. Por cierto, cuando somos observados muchos de nosotros censuramos lo que decimos o lo que hacemos y ciertamente tal es el efecto de una vigilancia continua y generalizada. Saber que cada movimiento y que cada gesto está controlado por una cámara puede tener un impacto psicológico y cambiar nuestro comportamiento,

51 Goold Benjamin J., “Videovigilancia y derechos humanos”, en AAVV. 2010, *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*, op. cit. pp-29-30.

52 von Hirsch, A. (2000), “The Ethics of Public Television Surveillance” in von Hirsch, A., Garland, D. and Wakefield, A. (eds.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention* (Hart Publishing: Oxford).

lo cual constituye una intrusión en nuestra privacidad”⁵³.

Pero existen además otros sistemas de seguimiento y vigilancia. Los teléfonos móviles y tabletas con tecnología 3G y 4G están equipados con GPS (*Global Positioning Systems*) que permiten la situación exacta de los usuarios a través de satélites. En EEUU, los padres preocupados de sus hijos utilizan el sistema de “localización social” denominado *Verizon Chaperone* para saber dónde se encuentran sus hijos en cada momento⁵⁴. Junto a los GPS, las cajas negras en los vehículos, que muchos usuarios desconocen que tienen, están dotados de una tecnología EDRS (*Electronic Data Recorders*) que recogen y gravan datos como la velocidad, el uso de cinturones, el estado de frenos, aceleración, etc. Una gran mayoría de ciudadanos no tienen conocimiento de otras tecnologías de vigilancia y rastreo como el sistema ANPR (*Automatic Number Plate Reconition*); de la identificación mediante radio frecuencia (RFID, *Radio Frequency Identification*)⁵⁵, etc. Igualmente, las transacciones que realizamos a través de Internet pueden ser vigiladas. Aunque todos estos sistemas están esencialmente enfocados a mejorar la seguridad de usuarios y ciudadanos en general, no existen mecanismos de información a

los mismos que les permitan tener conciencia de ellos ni de las consecuencias que puede tener para sus vidas. Como dice Nissenbaum, es una paradoja que, por un lado, se les ofrezca a los individuos la posibilidad de comunicarse e interactuar entre ellos, con otros grupos y organizaciones en su esfera privada, mientras que, por otro lado, se les exponga a una vigilancia y seguimiento sin precedentes.

Sistemas de almacenamiento y procesamiento de datos. Del análisis de la información al conocimiento. Las innovaciones científicas y tecnológicas, las nuevas necesidades del comercio moderno, el desarrollo industrial y de los servicios a los ciudadanos ofrecidos por las administraciones del Estado, etc., han propiciado la creación de distintas bases de datos de carácter personal, cuyo contenido lo conforma la información privada sobre la identidad (nacimiento, muerte, estado civil, propiedades, permiso de conducir, etc.), la profesión, los datos económicos y fiscales, ideológicos, de salud, e incluso valoraciones de la personalidad, lo que Solove denomina “digital dossiers”⁵⁶.

Muchos autores han destacado no solo la capacidad de la tecnología informática para almacenar una ingente cantidad de información, sino la posibilidad de “la interrelación o conexión de la misma, logrando sacar el máximo partido de todos los datos acumulados en los soportes automatizados”⁵⁷. Una vez que los datos son filtrados, esto es, seleccionados aplicando criterios previamente establecidos, se obtiene la información, que una vez

53 “Restricciones legales. Vigilancia y derechos fundamentales”, Discurso de Giovanni Buttarelli, Supervisor Adjunto Europeo de Protección de Datos, en el Palacio de Justicia, Viena, 19 de junio de 2009 (se lo pueden consultar en: www.edps.europa.eu/.../site/.../09-06-19_Vienna_surveillance_EN.pdf).

54 “GPS child tracking service called Verizon Chaperone”, Ver Nissenbaum, H., 2010, *Privacy in Context, Technology, and the Integrity of Social Life*, op. cit. pág. 24.

55 *Ibid.* pág. 31 y ss.

56 Solove, D., “Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy”, en *Southern Californian Law Review*, 75, 1083-1167, 2002.

57 Ballesteros Moffa, L. A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, op. cit. pág. 41-42.

almacenada en un ordenador, se convierte en una base de datos. Para Pierini y otros autores, una base de datos es un “conjunto de programas de computación (*software*) que provee eficientes métodos de acceso a los datos institucionalizados” pero no sólo a este tipo de datos. Cuando las bases de datos están organizadas o se implementa un sistema de manejo de las mismas se forma un banco de datos⁵⁸. Otra característica que James B. Rule ha subrayado, es que los sistemas de recopilación de datos, una vez implantados, tienden a crecer y difícilmente pueden ser desmantelados⁵⁹. Conforme se perfeccionan los medios para conocer más sobre las personas, más eficaz se vuelve para las instituciones que las emplean para recopilar más datos.

El proceso de convergencia tecnológica de datos provoca que cualquier información personal circule por el mundo, queramos o no, con nuestro consentimiento o sin él. Navegar por la red, comprar por Internet, visitar una página web, consultar nuestras cuentas bancarias *on line*, pagar con una tarjeta de crédito o consultar en cualquier administración pública o privada, los perfiles en las redes sociales, dejan un rastro de nuestras preferencias, nuestras inclinaciones, nuestras ideologías, etc. Toda esta información, aunque pueda parecer irrelevante, diseminada en distintos contextos virtuales y físicos, dentro de todo un engranaje, se acumula a otra información y puede acabar teniendo mucho valor,

58 Pierini, A., Lorences, V., Tornabene, M. I., 1999, *Hábeas data*, Buenos Aires, Editorial Universidad.

59 Rule, J., *Privacy in Peril: How We are Sacrificing a Fundamental Right in Exchange for Security and Convenience*, Oxford University Press, 2007.

de todo ello se extrae *conocimiento*⁶⁰. Es lo que se denomina Knowledge Discovery in Databases (KDD). Según Fayyad, Piatetsky-Shapiro y Padhraic Smyth, “El Descubrimiento de Conocimiento en Bases de Datos es el proceso no trivial de identificación de patrones válidos, novedosos, potencialmente útiles y fundamentalmente comprensibles en los datos”⁶¹. La obtención de estos datos a través de potentes herramientas de investigación y almacenamiento de esta información proporciona perfiles de los sujetos que pueden ser utilizados con fines comerciales, de seguridad o simplemente de control sobre la ciudadanía. A través del proceso de la Minería de Datos (*Data Mining*), se realizan análisis de bases de datos con el fin de descubrir o extraer información inherente a los datos objeto de análisis, de modo que sea de utilidad en la toma de decisiones que impliquen beneficios, ya sean comerciales, de control, de inferencia en las preferencias y las acciones de los sujetos, etc. Ante estos peligros, la función del derecho a la intimidad es “la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que el individuo desea excluir del conocimiento ajeno y de

60 Ver los siguientes artículos relacionados con la minería de datos: Martínez-Ramos, J. L., Gómez-Expósito, A., Riquelme, J. M., Troncoso, A., Marulanda, A. R., “Influence of ANN-Based Market Price Forecasting Uncertainty on Optimal Bidding”, en PSCC Power System Computation Conference, 2002 y Morales-Esteban, A., Martínez-Álvarez, F., Troncoso, A., Justo, J. L., Rubio-Escudero, E., “Pattern Recognition to Forecast Seismic Time Series” en *Expert System with Applications*, 37, pp. 8333-8342, 2010.

61 Fayyad, U., Piatetsky-Shapiro, G., y Smyth, P., “From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases”, en *AI Magazine* 17(3): Fall 1996, 37-54.

las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”⁶², pero no sólo en el espacio físico sino en el ciberespacio, donde se pierde el sentido tradicional de la territorialidad y donde es más difícil establecer fronteras de protección.

Ante la posible vulneración de la intimidad en el tratamiento de los datos, la aspiración de los sujetos de controlar sus datos personales se materializa en el derecho a la *autodeterminación informativa*. Para muchos autores, esta pretensión es una derivación del derecho a la intimidad, como una especie de ramificación autónoma orientada a proteger la esfera de la vida privada. La autodeterminación informativa se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal almacenada en medios informáticos tanto por las administraciones públicas como entidades u organizaciones privadas.

El tratamiento de esta información requiere de instrumentos de regulación dada la sensibilidad de los datos que se transfieren a través de las redes informáticas. Ciertamente, se han elaborado múltiples directrices y normativas que protegen esta información del uso irregular⁶³, no obstan-

62 Vilasau Solana, M., 2005, “Derecho de intimidad y protección de datos personales”, en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Barcelona, Editorial UOC, pp. 95-9694

63 La protección de datos de carácter personal es una materia que ha tomado gran relevancia en los últimos años, fundamentalmente a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. La revisión y ampliación de esta Ley se concretó en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. La legislación española contempla el derecho a la intimidad en el artículo 18 de la Constitución Española donde se señala lo siguiente: Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También en el

te, son insuficientes y, en muchos casos, inadecuadas para tipificar los delitos que se comenten en el procesamiento, almacenamiento, control, uso y publicidad de estos datos. Este tema está siendo analizado y debatido por numerosos juristas penalistas con el objeto de que el derecho aborde el tráfico y el uso irregular de los datos personales en Internet.

seno de la Unión Europea existen varias normas relativas a la protección de datos de carácter personal. La primera de ellas fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los datos. Le siguieron otras como la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Otras Directivas importantes posteriores fueron finalmente modificadas por la 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. La Decisión Marco 2005/222/JAI, art. 2, que obliga a todos los Estados de la Unión a sancionar penalmente los accesos ilegales a los sistemas de información. Ver el interesante artículo y la discusión planteada en Galán Muñoz, A. “La Internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la guerra entre prevención y garantías penales” en *Revista Penal*, nº 24, Julio 2009, pág. 94 y ss. Ver también, Carrizosa Prieto, Esther, “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores” en *Temas Laborales*, 2012.

Sistemas de difusión de la información. En poco más de dos décadas Internet se ha convertido en el más poderoso sistema de difusión de la información conocido hasta ahora. Es una plataforma tecnológica que potencia el valor de la información y promueve un nuevo paradigma cosmopolita, donde cualquier persona, en cualquier lugar, puede expresarse ante el mundo entero. En la actualidad, Internet se configura como una “referencia ineludible de la sociedad de la información”⁶⁴. Una vez que se incorpora información en la Red “es imposible detenerla, y aunque posteriormente intente ser retirada por su titular, impensable cantidad de copias pueden estar circulando de forma ingobernable o haber ingresado a un sinnúmero de bases de datos”⁶⁵. La conexión mundial de bases de datos, intercomunicadas en el ciberespacio, permite que casi todo lo relativo a un individuo pueda ser descubierto, analizado e incluso aprovechado por alguien sin mayores obstáculos si se cuenta con los medios tecnológicos adecuados⁶⁶.

Ante este fenómeno surge la imperiosa necesidad de proteger la privacidad en Internet y garantizar a las personas de un ámbito libre de intromisiones de terceros, sean éstos privados o Estatales⁶⁷.

64 Ballesteros Moffa, A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, op. cit.

65 Pierini, A., Lorences, V., Tornabene, M. I., 1999, *Hábeas data*, op. cit. 143.

66 Uicich, R. D., 1999, *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc. Pág. 154

67 “La implementación de sistemas de espionajes electrónicos como ‘Carnívoro’, desarrollado por la Oficina Federal de Investigación (FBI) que se instalaba en los equipos de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) al objeto

A pesar de los intentos por regular Internet, persiste una resistencia generalizada por parte de los usuarios y otros agentes sociales ante todo tipo de control de la información que se almacena y transfiere en la red. Además, la dificultad estriba, en parte, a que la *World Wide Web* es un conjunto descentralizado –a escala mundial– de redes de comunicación interconectadas entre sí de manera que, a través del circuito que las vincula, pueden transmitirse información compartiendo datos y programas.

Junto a los indiscutibles beneficios que ha traído consigo esta poderosa herramienta, existen ciertas modalidades de acceso, almacenamiento y uso electrónico de la información que resultan “invisibles” o inseguras para el usuario, y que suponen amenazas directas contra los principios fundamentales sobre los que se asienta cualquier sistema jurídico de protección de datos y del derecho a la intimidad. Ejemplos del impacto negativo de Internet sobre la vida de las personas son los fallos de seguridad en las redes,

de controlar las comunicaciones electrónicas que tienen lugar a través de ellos, ha cuestionado un efectivo ámbito de privacidad protegido en Internet”, igualmente, “la expansión de la vigilancia electrónica de los servicios de inteligencia regulados en la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (*Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)) de 1978, han supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación de comunicaciones electrónicas de todo tipo en Internet”, Además de estas leyes, están la ECPA Electronic Communications Privacy Act de 1986, y una de las más importantes en la última década la *USA Patriot Act*, de 2001. Saldaña, M. N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, op. cit. pp. 111-112.

la creación de perfiles personales falsos a partir de los datos de conexión de las comunicaciones electrónicas, las comunicaciones comerciales no solicitadas y en definitiva cualquier mecanismo rastreador de información ajeno al conocimiento y consentimiento del usuario⁶⁸ (las posibles amenazas derivadas de las vulnerabilidades tanto técnicas como humanas (correo basura [spam] agresivo, el software malintencionado [malware] o los sitios web de suplantación de identidad [phishing]) para la realización de ataques delictivos organizados). Sobre otros peligros, Rheingold⁶⁹ señala que la vigilancia sobre millones de personas que están interactuando en línea debería preocuparnos tanto como cualquier otro tipo de vigilancia o control que podría llegar a ejercer sobre nosotros el Estado y otras entidades que operan en Internet. Generalmente no valoramos las consecuencias que pueden traer el uso inadecuado de la Red. Por otro lado, la carencia de una regulación adecuada⁷⁰

68 Ballesteros Moffa, L. A., 2005, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, op. cit. pp. 150-151.

69 Rheingold, H., 2004, *Multitudes inteligentes. La próxima revolución social*, Barcelona: Gedisa.

70 Como ejemplo, ya en 2009, el profesor Galán subrayaba que “Ni los enormes avances tecnológicos, ni la gran variedad de novedosas técnicas de comunicación existentes en Internet, ni el desarrollo de una importante y compleja normativa destinada a establecer un sistema de facilitador de la investigación de los delitos cometidos en el seno de esta red, han provocado cambio alguno en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, hecho que ha llevado a que los juristas españoles se muevan en una enorme incertidumbre a la hora de determinar cuándo y con qué requisitos se pueden interceptar algunas de las comunicaciones que se realizan en Internet”. Galán Muñoz, A. “La Internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la

del ciberespacio hace que seamos más vulnerables ante las conductas lesivas y agresiones que se producen en el espacio virtual que en el mundo real.

3.2. Un intento de reconceptualización: la taxonomía de la intimidad de Daniel Solove

Durante la última década Daniel Solove ha desarrollado una teoría que fuese capaz de afrontar los nuevos desafíos que ponen en riesgo la privacidad dentro de cada contexto, entre ellos en el campo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Con ello, Solove pretende aportar elementos que ayuden a promover un marco jurídico de protección a la privacidad más eficaz⁷¹. En su artículo “A Taxonomy of Privacy”⁷² y en su posterior obra *Understanding Privacy*⁷³, este autor justifica, como ya hizo en obras anteriores⁷⁴, la imposibilidad de definir la privacidad de manera satisfactoria y concluyente ya que ésta no tiene una esencia singular o denominador común; en otras palabras, no se le puede dar un carácter universal y abstracto⁷⁵. En su opinión, el valor de la privacidad en un contexto determinado

guerra entre prevención y garantías penales”, op. cit. pág. 100.

71 Solove, D. J., “Conceptualizing Privacy”, en *California Law Review*, Vol. 90:1087, 2002.

72 Solove, D. J., “A Taxonomy of Privacy” en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, n° 3, Enero de 2006, Solove, D. J., 2008, *Understanding Privacy*, op. cit.

73 Solove, D. J., 2008, *Understanding Privacy*, op. cit. pp. 101.

74 Solove, D. J., “Conceptualizing Privacy”, en *California Law Review*, Vol. 90:1087, 2002

75 Solove, D. J., 2008, *Understanding Privacy*, op. cit. pág. 102.

depende de la importancia social que las distintas actividades proporcionan, esto es, no se puede interpretar la privacidad de manera uniforme en todas las circunstancias. Para subsanar en cierta medida la ambigüedad del término privacidad, y aprehender la privacidad desde el punto de vista plural y contextual, Solove elabora una clasificación diferenciada en cuatro grupos básicos de actividades susceptibles de menoscabar la privacidad: 1) (*Information collection*) Recopilación de información; 2) (*Information processing*) Procesamiento de información; 3) (*Information dissemination*) Diseminación de información; 4) (*Invasion*) Invasión. El propósito de esta taxonomía es examinar los peligros que entrañan estas actividades en cada contexto para categorizarlas y posteriormente buscar posibles soluciones⁷⁶.

3.2.1. Recopilación de información

En este grupo Solove incluye todas aquellas acciones que intervienen en el proceso de recopilación de datos y que pueden generar daño al titular de la información recopilada, aun cuando ésta no sea revelada públicamente. Existen dos tipos de recopilación de información que pueden tener un impacto negativo sobre la privacidad: la *vigilancia* y la *interrogación*.

Vigilancia: La vigilancia no debería ser motivo de preocupación para nadie, no obstante, el aumento de sistema de vigi-

76 Solove, D. J., 2008, *Understanding Privacy*, op. cit. pp. 101 y ss. Esta parte del trabajo está completada con la traducción de la obra de Daniel Solove en <http://www.uide.edu.ec/2009/FACULTADES-Y-ESCUELAS/RECURSOS/JURISPRUDENCIA/COMPENDIO-INTRODUCTORIO-AL-DERECHO-DE-LA-PRIVACIDAD.pdf> (consultado el 07/05/2012).

lancia en las calles, en centros públicos, como aeropuertos⁷⁷, lugares de trabajo, etc., pone de manifiesto algunas situaciones que colisionan con el derecho a la privacidad. La vigilancia no solo puede incomodar sino que también altera el comportamiento de las personas. Al ser conscientes de estar siendo observadas, las conductas se inhiben o se falsean. Por sus efectos inhibitorios o coercitivos, la vigilancia también es una herramienta para asegurar el cumplimiento de las normas sociales⁷⁸. No obstante, también se produce un impacto negativo sobre la libertad, la espontaneidad y el desarrollo personal, entre otros aspectos. Según Alan Westin, el hecho de conocer o temer que se está bajo vigilancia sistemática en lugares públicos destruye el sentimiento de relajación y libertad que las personas buscan en ellos y en los espacios abiertos⁷⁹.

Interrogación: Consiste en presionar a los individuos para que divulguen información. Aunque es un mecanismo útil para obtener información, es contraria a derecho si se lleva a cabo a través de medios coercitivos. También hay que tener en cuenta que los interrogadores, aun sin uso de la coerción, pueden manipular al interrogado para obtener la información que les conviene, darle la interpretación que quieran e incluso distorsionar la impresión que genera su revelación⁸⁰.

77 Guerrero Lebrón, M. "El nuevo escáner corporal de los aeropuertos: ¿violación de derechos o aumento de la seguridad?", en *Revista de Derecho del Transporte* N° 4 (2010): 151-164.

78 Solove, D. J., "A Taxonomy of Privacy", op. cit., pág. 499.

79 Westin, A. F., 1967, *Privacy and Freedom*, op. cit.

80 Solove, D. J., "A Taxonomy of Privacy", op. cit., pág. 504.

3.2.2. Procesamiento de la información

En esta categoría se incluyen las actividades relacionadas con el procesamiento de la información una vez que ha sido recopilada. Solove identifica cinco formas problemáticas en el tratamiento de la información: 1) Agregación; 2) Identificación; 3) Inseguridad; 4) Uso secundario; 5) Exclusión.

Agregación: Consiste en conformar el perfil de una persona a través de la agregación, triangulación y organización de datos que se han obtenido sobre ella. Cuando es analizada y filtrada, la información recopilada puede revelar nuevos datos sobre un individuo. Se genera un *conocimiento* sobre el que el sujeto no tiene control y en muchos casos este desconoce el uso que se le va a dar a ese conocimiento. Para Solove, la agregación puede ser una amenaza a la intimidad porque altera las expectativas de las personas.

Identificación: Consiste en asociar datos o información con un individuo en particular, para verificar su identidad. En muchas ocasiones es beneficioso e incluso necesario identificar a las personas, para evitar fraudes y garantizar que la gente sea responsable por sus actos. Pero asimismo hay que tener en cuenta que despoja a las personas de la posibilidad del anonimato. También suele incrementar el poder y el control del gobierno sobre los individuos⁸¹.

Inseguridad: Esta categoría engloba delitos informáticos. Entre ellos destaca la suplantación o robo de identidad, uno de los delitos informáticos más comunes en la actualidad. La inseguridad en Internet es un problema causado por la manera ilícita

81 Solove, D. J., "A Taxonomy of Privacy", op. cit. pág. 514.

en que los datos o información del usuario son manejados y protegidos. Cuando los administradores o los propios usuarios son incautos incrementan el riesgo de ser víctimas de los delitos informáticos. Aparte del robo de identidad, caben en esta categoría las lagunas y los errores en los sistemas informáticos que exponen a los usuarios a situaciones de vulnerabilidad⁸².

Uso secundario: Es el uso de la información recopilada para fines distintos a aquellos por los cuales fue facilitada por su titular. Constituye un atentado a la intimidad por cuanto defrauda las expectativas que tienen las personas respecto al manejo de sus datos. La gente seguramente no facilitaría sus datos si supiera que pueden ser usados con fines distintos para los que fueron proporcionados. El uso secundario de la información genera en su titular una sensación de incertidumbre, impotencia y vulnerabilidad.

Exclusión: Consiste en impedir a la gente participar en el mantenimiento y uso de su propia información. La exclusión adquiere un cariz bastante problemático en un mundo en el que cada vez es más frecuente tomar decisiones importantes sobre los individuos en base a su información personal⁸³.

3.2.3. Diseminación de información

Es uno de los grupos más amplios de la clasificación, y forman parte del mismo los problemas relacionados con la revelación de información personal o la amenaza de difundirla, a saber: 1) Quebrantamiento de la promesa de confidencialidad; 2) Divulgación; 3) Exposición; 4) Accesibilidad

82 Solove, D. J., "A Taxonomy...", pág. 518.

83 Solove, D. J., "A Taxonomy...", pp. 518-523.

incrementada; 5) Chantaje; 6) Apropiación; 7) Distorsión.

Quebrantamiento de la promesa de confidencialidad: Cuando una persona establece una relación con un banco, un proveedor de servicio de Internet, compañías de teléfono u otras entidades, muchas veces lo hace con la expectativa de que la información sea confidencial, aunque en ocasiones debe ser revelada si el bien común así lo requiere. En otros casos, los profesionales suelen tener un deber de confidencialidad, como los médicos y abogados. Al dar protección legal a la confidencialidad se ayuda a promover ciertas relaciones basadas en la confianza.

Divulgación: La divulgación puede representar una amenaza a la seguridad de las personas, pues revela información que puede ser utilizada por otros para causarles un daño físico, financiero o moral. Como contrapartida, al restringir la divulgación se puede atentar contra la libertad de expresión. Pero es un hecho que tanto la libertad de expresión como las restricciones a la divulgación de información persiguen el mismo interés: promover la libertad individual.

Exposición: Unido al anterior aspecto, la exposición consiste en exhibir a terceros ciertos atributos físicos, psíquicos y emocionales. La exposición se diferencia de la divulgación en cuanto la primera involucra información sobre la salud y el cuerpo de las personas, mientras que la segunda está relacionada con un rango mayor de datos relacionados con la reputación de las personas.

Accesibilidad incrementada: El incrementar la accesibilidad a la información personal tiene algunos beneficios, como permitir que las personas encuentren la información que necesitan con mayor fa-

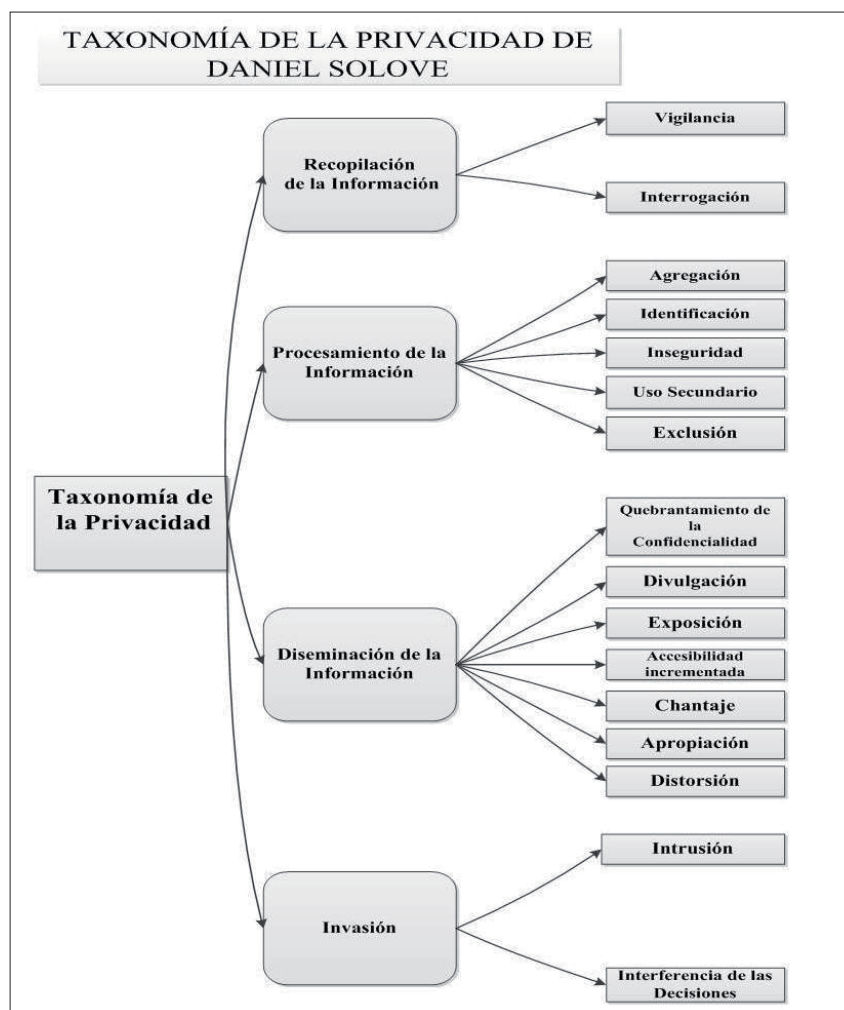
cilidad. Pero también tiene riesgos, como facilitar su explotación para propósitos distintos a aquellos por los que fue originalmente publicada. Un ejemplo de ello son las bases de datos que elaboran ciertas compañías a partir de los registros públicos, con fines comerciales, o de análisis.

Chantaje: Consiste en exigir a una persona la entrega de una cantidad de dinero o cualquier otro fin, bajo amenaza de realizar, en caso de negativa o resistencia, revelaciones escandalosas que podrían afectar su reputación o la de su familia. Para Solove, esto se debe a la relación de poder que se crea, pues permite a una persona someter y controlar a otra.

Apropiación: Es el uso de la identidad o imagen de un individuo determinado para los propósitos y fines de otro. Cuando una persona es asociada con cierto producto, se vuelve conocida en función del mismo. Utilizar la imagen de una persona sin su consentimiento para promover un producto se asemeja mucho a obligarla a representar y respaldar ciertos puntos de vista. Por ello, la apropiación atenta contra la libertad y el desarrollo individual de las personas. Según Solove, es más preciso hablar de “explotación” antes que “apropiación”, pero continúa usando este último término, muy vinculado con el concepto de propiedad, porque su uso es más extendido.

Distorsión: Solove interpreta de manera análoga la “distorsión” con la difamación. La incluye en su taxonomía en razón de su significativa similitud con otros atentados contra la intimidad. La difamación no sólo afecta a los individuos, sino también a la sociedad ya que puede dañar la imagen de un país, un gobierno, un pueblo⁸⁴.

84 Solove, D. J., “A Taxonomy of Privacy”, op. cit. pp. 523-548.



3.2.4 Invasión

Finalmente nos encontramos con el grupo de problemas que Solove relaciona con la invasión. Distingue dos tipos de invasión: 1) Intrusión; 2) Interferencia en las decisiones.

Intrusión: Consiste en la afectación de la intimidad de una persona provocada por la presencia o actividad de otra. La intrusión es cualquier acto que atenta contra el derecho que tienen todas las personas a ser dejadas en paz. La intrusión no nece-

sariamente involucra incursiones espaciales; el *spam*, el correo basura, no por ser aparentemente un mal menor en el uso de las tecnologías de la información, es menos molesto e incluso nocivo.

Interferencia en las decisiones: Consiste en la intromisión del Estado en las decisiones que toma cada individuo respecto a su propia vida, por lo que se halla estrechamente relacionada con la noción de autonomía. Algunos ejemplos de intromisión del Estado en decisiones privadas de cada individuo serían la prohibición de

usar anticonceptivos, la prohibición de mantener relaciones sexuales entre personas del mismo género, etc.⁸⁵.

Solove reconoce que su clasificación es un resumen descriptivo de los problemas relacionados con la privacidad y admite que las cuestiones identificadas en ella no son todas, ni son inmutables.

Además de clarificar algunos de los problemas a los que se enfrenta el derecho a la intimidad, al elaborar esta taxonomía Solove pretende también cambiar el enfoque de la discusión sobre el tema; determinar los daños causados por los problemas descritos; y trascender las diferencias culturales entre ordenamientos jurídicos. Con respecto a una nueva perspectiva para abordar la discusión sobre la intimidad, este autor aclara que con su teoría no pretende negar la posibilidad de abordar la noción de privacidad en abstracto, sino argumentar que las referencias en abstracto muchas veces resultan inútiles cuando se necesita resolver problemas legales específicos. En su opinión, si se proporciona una definición más comprensiva del concepto de privacidad que incluya la diversidad de problemas relacionados con ella, podríamos llegar a entender mejor lo que está en juego en situaciones particulares. Por otro lado, identificar un problema no es lo mismo que comprenderlo. En este sentido, Solove pretende determinar las clases de daño provocados por los atentados contra la privacidad. Para superar las diferencias culturales entre los ordenamientos jurídicos, este autor busca eludir una definición categórica del concepto de privacidad, y así, aunque los problemas de la clasificación que presenta no son universales ni se experimenta

85 Solove, D. J., "A Taxonomy of Privacy", op. cit. pp. 548-558.

con la misma intensidad en todas partes, son ampliamente reconocidos y existe un consenso significativo respecto a ellos⁸⁶.

4. Algunas consideraciones finales

Abordar el concepto de intimidad/privacidad y el alcance de su protección jurídica, se presenta con mayor necesidad en las actuales circunstancias dada la proliferación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. A pesar de la dificultad para definir y delimitar los espacios de la intimidad en nuestros días, la realidad nos impele a indagar un concepto que, si bien no pueda ser satisfactorio totalmente, sí tenga presente los nuevos desafíos que trae consigo el desarrollo de la informática y los avances de potentes sistemas tecnológicos cada vez más presentes en nuestra vida cotidiana.

Tradicionalmente se ha entendido la intimidad como una exigencia fundada en los principios personalísticos de la dignidad, el honor, la libertad, la autonomía, etc., de los individuos. Se ha definido como un espacio de reclusión y exclusión. Un ámbito para el desarrollo del yo, asociado al hogar y la familia. Un territorio de exclusión que proporciona un lugar donde "refugiarse del escrutinio de la vida pública y de ser constantemente vistos y oídos por los demás"⁸⁷. Como hemos visto, el derecho a la intimidad es una construcción jurídica reciente cuyo cometido era la tutela de este espacio íntimo de las personas. En nuestra opinión, este concepto

86 Solove, D. J., "A Taxonomy of Privacy", op. cit. pág. 560.

87 Thompson, J. B., "Los límites cambiantes de la vida pública y privada", op. cit. pág. 27.

debe evolucionar con el fin de superar las deficiencias de las que adolece para afrontar las nuevas y complejas amenazas contra la privacidad. Autores contemporáneos como Thompson, entiende que en la actualidad la manera más “prometedora de conceptualizar la privacidad es en términos en control”, esto es, la privacidad tiene que ver con la capacidad de los individuos de controlar las revelaciones sobre uno mismo, y de controlar cómo y hasta qué punto éstas pueden comunicarse a los demás⁸⁸. Pero no debe entenderse solo como control sobre la información. Rössler distingue tres esferas de la privacidad: i) privacidad informativa, que consiste en el control de la información sobre sí mismo y el derecho a protegerla del acceso indeseado de los demás; ii) privacidad de decisión, que implica el control de nuestras decisiones y acciones; y iii) privacidad espacial, el control respecto a nuestros propios espacios y el derecho a protegerlos de la intrusión indeseada de los demás⁸⁹. Las violaciones a la privacidad en cada una de estas dimensiones se definirían de la siguiente manera: como el acceso y uso ilícito de información sobre nosotros; como una interferencia ilícita en nuestras decisiones y actos, y como una intrusión ilícita en nuestros espacios, ya sea a través de la intrusión física, por medio de vigilancia o a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁹⁰.

88 *Ibid.* pág. 299.

89 Rössler, B., 2005, *The value of privacy*, Cambridge: Cambridge Polity Press. Ver Thompson, J. B., “Los límites cambiantes de la vida pública y privada”, *op. cit.* pág. 30.

90 Thompson, J. B., “Los límites cambiantes de la vida pública y privada”, *op. cit.* pág. 30.

Como hemos tenido ocasión de ver en distintos apartados de este trabajo, el derecho a la privacidad consiste en el derecho de los individuos a una esfera privada de no injerencia y al control sobre los aspectos relacionados con su vida. En casi todos los Estados se reconoce y protege el derecho a la intimidad, pero la extensión de esta tutela varía en cada país. Por ello, es importante tener presente qué se considera “privado”, y lo que se interpreta como una invasión o violación de la privacidad. Esto se vuelve más necesario cuando analizamos el contexto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, donde los límites entre ambos espacios se diluyen posibilitando el tránsito de información de carácter personal del ámbito privado o íntimo al público, generando una *espiral continua* de información sobre la que el individuo pierde el control. Como apunta Thompson, debemos alejarnos de la tentación de pensar en “la vida privada” en términos de espacios físicos como la casa. Los espacios físicos forman parte de la esfera privada, pero no son los únicos. Cuando una persona se encuentra en su casa y se conecta a Internet para revelar información sobre sí ¿en qué sentido está situado en una esfera privada? Ciertamente, se encuentra en el espacio privado de su casa, pero al mismo tiempo está participando en un entorno público de difusión de la información, “Lo privado hoy está constituido por un *territorio desespaciado* de información y contenido simbólico sobre el cual cada individuo piensa que puede ejercer control sin que sea relevante dónde este individuo o esta información se sitúen físicamente”⁹¹.

91 Thompson, J. B., “Lo límites cambiantes de la vida pública y privada”, *op. cit.* pág. 33.

En este nuevo escenario tecnológico, el Derecho debería redefinir la naturaleza y la extensión de la protección a la intimidad teniendo presente las transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas para dar cabida a las demandas de la sociedad, y para poder garantizar adecuadamente la intimidad de las personas en cada una de las esferas o distintos espacios, como subrayan Solove y Nissenbaum. En su artículo titulado "Privacy as Contextual Integrity", y en su obra más reciente, *Privacy in Context*, Nissenbaum desarrolla una teoría sobre la privacidad mostrando los conflictos entre lo privado y lo público en el contexto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la necesidad de pensar éticamente ambos ámbitos en base a lo que ella denomina "integridad contextual". Con su tesis pretende vincular la protección adecuada de la privacidad a las normas de contextos específicos en los cuales los individuos desarrollan sus vidas. Por ejemplo, si una acción en particular se determina como una violación de la privacidad puede ser en función de varias variables, incluyendo la naturaleza de la situación o el contexto; la naturaleza de la información en relación con ese contexto, el papel de los sujetos que reciben la información, su relación con los mismos, en qué términos es compartida la información por el individuo y la posible difusión. El modelo de Nissenbaum es

prescriptivo ya que está dirigido a servir como marco de justificación para establecer restricciones específicas sobre la recopilación, el uso y la difusión de la información sobre las personas.

También Solove, con su teoría de la privacidad, aporta un nuevo enfoque a la discusión sobre el derecho a la intimidad, convirtiéndose en un importante punto de referencia para elaborar marcos normativos de mayor eficacia tutelar. Hemos visto que las doctrinas tradicionales sobre la intimidad no contemplan muchos de los problemas actuales, sobre todo los asociados a las innovaciones tecnológicas en el campo de la informática y la comunicación y sus consecuencias para los ciudadanos. Solove contempla cuatro ámbitos donde aparecen nuevos desafíos para preservar la intimidad, aunque no es una clasificación exhaustiva: 1) Recopilación de información; 2) Procesamiento de información; 3) Diseminación de información; 4) Invasión. En cada uno de estos procesos y tratamientos de la información y los datos se producen situaciones problemáticas en las que se ve amenazada la privacidad. De ahí la necesidad de definir y determinar a qué clase de agresión contra la privacidad nos estamos refiriendo para poder acometer un tratamiento jurídico particular de los diferentes delitos que atentan contra la intimidad en el actual y constante contexto de desarrollo tecnológico en la información y la comunicación.