



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.

Grado en Derecho.

**AMENAZAS PARA LA INTIMIDAD
DERIVADAS DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS.**

Autor: Enrique Rubio Domingo.

Tutor: Francisco Javier Matia Portilla.

2ª Convocatoria.

AMENAZAS PARA LA INTIMIDAD DERIVADAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

RESUMEN.

La protección de la vida privada de los individuos surge a partir del desarrollo tecnológico de fines del siglo XIX que permitía tanto al Estado como a los medios de comunicación incidir en la intimidad personal. Warren y Brandeis elaboran una nueva figura jurídica con el fin de otorgar protección a los ámbitos más inmateriales, a los intereses espirituales de las personas avanzando los contornos precisos en cuanto al contenido, alcance y posibles límites en relación a este nuevo derecho. Esa protección de la vida privada de los individuos adquirirá en cada cultura jurídica una dirección propia. Así, en los países anglosajones emplean el concepto de “vida privada” vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, mientras que en Europa adoptan el término de “intimidad” de carácter más restringido, vinculado con la dignidad de la persona. Sin embargo, en Europa y en España en particular, el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del clásico concepto de “intimidad” asimilándose a la noción de “vida privada”. En este contexto, trataremos de ofrecer un poco de claridad en torno a los problemas que las nuevas tecnologías han ocasionado en la intimidad a través del análisis de la normativa vigente y la jurisprudencia que se ha ido adoptando.

PALABRAS CLAVE.

Intimidad, vida privada, nuevas tecnologías, vulneración, Redes Sociales, ordenador, móvil.

SUMMARY

Protection of Individuals' private life arises from the technological development at the late XIX century which allowed both the State and the media affect/influence personal privacy. Warren and Brandeis elaborated a new legal concept aimed to give protection to the most immaterial scopes, to people's spiritual interests making progress towards to the most precise ways on the bases of content, scope and possible limits in relation to this new right. This protection of individual's private life will have its own way depending on the legal culture. Furthermore, whilst in Anglosaxon countries the concept of “Private Life” is

linked to the free development of human personality, in Europe the concept “Privacy” is more specific, linked to the person’s dignity. Nevertheless, In Europe, and in Spain in particular, the advance in current technology and development in the communication mass media have obliged to extend that protection behind the classical concept of “privacy”, becoming similar to “private life”. In this context, we will try to clarify the problems that new technology have caused in the privacy through the analysis of the current regulations and the laws that are being adopted.

KEY WORDS.

Privacy, private life, new technologies, violation, social networks, computer, lap-top mobile phone.

ÍNDICE.

1. DELIMITACIÓN PREVIA: INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. (Página 6)

2. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA. (Página 10).

2.1. “The right to privacy”, la obra que abre camino a la protección actual de la vida privada. (Página 10).

2.2. Intimidad y Vida Privada: análisis conceptual. (Página 13).

2.2.1. La vida privada en EEUU. (Página 14).

2.2.2. La Intimidad en Europa. (Página 20).

2.3. El derecho a la intimidad y a la vida privada en nuestro ordenamiento jurídico. (Página 24).

2.3.1 Derecho a la intimidad (18. 1 de la Constitución Española). (Página 25).

2.3.2 Derecho a la vida privada (Artículo 8 del CEDH). (Página 30).

3. INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. (Página 36).

3.1 Teléfonos móviles. (Página 37).

3.1.1 Teléfonos y aparatos de seguimiento. (Página 37).

3.1.2 Datos almacenados o visibles en memorias o pantallas de teléfonos móviles. (Página 40).

3.1.3 Intervenciones telefónicas en el ámbito laboral. (Página 44).

3.2 Ordenadores. (Página 45).

3.2.1 Ordenador personal y derecho a la intimidad. (Página 45).

3.2.2 Ordenador en el ámbito laboral y derecho a la intimidad. (Página 53).

3.2.3 “Google Glass”. (Página 58).

3.3 Intimidad y redes sociales. (Página 61).

3.3.1 Introducción y concepto. (Página 61).

3.3.2 Peligros para la Intimidad en las redes sociales. (Página 62).

4- CONCLUSIÓN. (Página 68).

5- BIBLIOGRAFÍA. (Página 72)

1. DELIMITACIÓN PREVIA: INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Hasta fines del siglo XIX no existe un reconocimiento de base jurídica o legal sobre la vida privada como objeto de especial protección en el terreno jurídico. Esta circunstancia no se debe a que no existiera este ámbito privado o a que no se le considerara como un valor digno de protección. Lo que sucedía es que, por un lado, las posibles invasiones a la intimidad podían ser repelidas con cierta facilidad por los mismos afectados, y por otro lado, la forma en que podía ser atacada mas fuertemente la vida privada era a través de una violación de la propiedad privada.

Es en este momento cuando se construye la figura de la inviolabilidad del domicilio a partir de la máxima creada por el derecho anglosajón “a man’s house is his castle” (la casa del hombre es su castillo)¹. Por lo tanto, la defensa y tutela jurídica de la vida íntima aparece como una forma de protección de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce la propiedad.

Sin embargo, este panorama aparentemente simple o sencillo comienza a cambiar, lo que supone una ampliación de la percepción del concepto de intimidad o vida privada entendido como un interés digno de protección con autonomía respecto al derecho de propiedad. Este ámbito privado se aleja de la propiedad para adentrarse en el campo de la libertad.²

Esta nueva situación desemboca en la fundación del concepto de “derecho a la vida privada”. La elaboración de dicho concepto tiene autor y fecha cierta. Lo encontramos en

¹ Supone la defensa propietaria de la vida privada vinculada al derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la correspondencia epistolar. CORRAN TALCIANI, Hernán: “Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad: Origen, Desarrollo y Fundamentos”. *Revista Chilena de Derecho*, 27/1 (2000), págs. 51-79.

² Aún destacando la importancia de la obra “The Right to Privacy” es importante recordar que la ampliación de este concepto es iniciada por el pensamiento de John Stuart Mill: “la comunidad debe respetar no solo su libertad de opinión sino también su conducta, es decir, su conciencia, pensamientos, expresiones, creencias, gustos y propósitos.” (Ibídem)

el artículo publicado en la *Harvard Law Review*³ por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis titulado “The Right to privacy” traducido, al español, como “*el derecho a la intimidad*”.⁴

Louis D. Brandeis pertenecía a una familia inmigrante judía procedente de Praga de origen humilde. Samuel D. Warren, por el contrario, pertenecía a la más poderosa élite comercial y social de Boston. La señora Warren, que acostumbraba a hacer una vida social intensa en su casa de Boston, estaba molesta con las crónicas que sobre ella hacían los periódicos locales siendo un constante objetivo de la prensa sensacionalista que había comenzado a desarrollarse a fines del siglo XIX.⁵

En este punto, surgen diversas teorías sobre la aparición del artículo. Así, William Prosser explica que se debió a la extensa publicación en la prensa sensacionalista de Boston de los aspectos más íntimos del enlace matrimonial de la hija de Warren. Alfred Lief ha señalado que la causa fue la sujeción de la vida privada de Warren a un constante acoso periodístico tras su matrimonio con la hija de un Senador del Estado de Delaware en 1883.⁶

Sean cual fueren las razones, lo cierto es que todas esas teorías tienen un punto en común sobre el motivo específico que impulsó la redacción del celebre artículo. Warren y Brandeis se sienten amenazados por los riesgos que para la protección de la vida privada supone el desarrollo de la sociedad tecnológica de finales del siglo XIX.

La radiocomunicación, el radar y la grabación del sonido fueron tecnologías clave que allanaron el camino a la invención del teléfono, el fax y el almacenamiento magnético de datos entre fines del XIX y principios del XX. Así, en 1824 aparece la primera máquina de

³ La *Harvard Law Review* es una revista sobre temática legal publicada por un grupo independiente de estudiantes de la prestigiosa facultad de derecho Harvard Law School. Publicó su primer número el 15 de abril de 1887 convirtiéndose en la revista jurídica más antigua de los Estados Unidos que aún sigue en circulación y que es editada por estudiantes. Goza de altísimo prestigio.

⁴ Cívitas. Madrid, 1995. La traducción española es realizada por Benigno Pendás y Pilar Baselga. La edición original de esta obra, bajo el título “The Right to Privacy”, fue publicada en *Harvard Law Review*, 5 (1890).

⁵ J. GLANCY, Dorothy: “The Invention of the Right to Privacy”, *Santa Clara Law Digital Commons*, 1 (1979), págs. 5 y 6.

⁶ NIEVES SALDAÑA, María: “The right to privacy: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista de Derecho Político*, 85 (2012), pág. 209.

fotos que comienza a expandirse a finales de siglo, o el teléfono que es inventado en 1876 por Alexander Graham Bell.

Este impulso tecnológico es contemporáneo al desarrollo de una prensa sensacionalista basada en la difusión de información polémica, es decir, que llama mucho la atención, en perjuicio de otros asuntos objetivamente más importantes.

Consecuentemente, esta situación permitirá a los medios de comunicación el empleo de estas nuevas tecnologías con la finalidad de difundir información que pertenece al ámbito íntimo de cada persona. Amenazaban con la difusión indiscriminada de información privada, divulgándose los más íntimos detalles en las columnas de los periódicos.

Warren observa y sufre en primera persona la nueva realidad social que se ha creado y, junto a Brandeis, tratan de elaborar doctrinalmente un derecho que permita al individuo disfrutar de un ámbito reservado del conocimiento de terceras personas, o lo que es lo mismo, el reconocimiento del “derecho a no ser molestado”⁷ que desembocará en el “derecho a la intimidad y vida privada”.

Ha transcurrido más de un siglo pero, paradójicamente, esa situación que vivía Warren es la que vivimos actualmente. Hoy, el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías y la necesidad de afrontar nuevas amenazas, planteadas, sobre todo, en el campo de la tecnología informática y la ciencia genética, han obligado al replanteamiento del ámbito de protección del derecho a la intimidad.

Por tanto, el derecho a la vida privada se ha ido desarrollando, poco a poco, a medida que se ha visto afectado por el desarrollo de las nuevas tecnologías. Todas esas circunstancias han determinado que para la opinión pública constituya un problema de notable envergadura la constitución de las garantías necesarias que tutelen a los ciudadanos de la agresión tecnológica de su intimidad.

El punto en el que nos encontramos actualmente en este ámbito podría ser resumido en una pregunta, ¿los datos almacenados en un ordenador, en un Smartphone o teléfono móvil, así como los revelados en redes sociales, descarga de archivos en Internet y compras

⁷ WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: *El Derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Cívitas (1995). En la traducción de Baselga, la famosa frase que Warren y Brandeis sacan de Cooley, *On Torts*, 29 (1888): “The right to be alone” es traducido por el derecho a no ser molestado, págs. 22-25.

vía Internet, forman parte del ámbito personal, y por tanto deben ser constitucionalmente protegidos?

Para dar respuesta a este interrogante, resulta conveniente profundizar en la noción de vida privada, su evolución en el Derecho americano y establecer sus relaciones con la intimidad constitucionalmente garantizada en el artículo 18.2 de nuestra Constitución.

2. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA

2.1 “The right to privacy”, la obra que abre camino a la protección actual de la vida privada.

Ya hemos mencionado en este trabajo la existencia de un estudio jurídico sobre la intimidad elaborado en el año 1890 por Warren, un importante abogado y Brandeis, el primer juez judío que accedió al Tribunal Supremo Federal. Constituye un clásico indiscutible de la literatura jurídica que trata de construir un derecho que dote de protección a la vida privada de los individuos. A su vez, representa un claro ejemplo de la hermosa capacidad de evolución que caracteriza al *Common Law* y que permite adaptarse a las cambiantes exigencias sociales.

Warren y Brandeis se sienten amenazados por el rápido y continuo desarrollo tecnológico y, consecuentemente, por los riesgos que supone para la protección de la vida privada. Es en esta época cuando prolifera el empleo del teléfono o el desarrollo de la prensa encaminada hacia la difusión indiscriminada de información privada. Esta preocupación viene desarrollada en uno de los párrafos del libro:

“Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: *Lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos.*(...) La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona, por ello los nuevos inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales.”⁸

Tras esta “exposición de motivos”, Warren y Brandeis explican su intención de buscar tutela a todos estos riesgos y abusos. Manifiestan la necesidad de definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a la invasión de una prensa sensacionalista, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier aparato de reproducción o grabación de la imagen y sonido. Dicen textualmente:

⁸ *Ibíd.*, págs. 26 y 27.

“Es nuestro propósito considerar si en el derecho vigente existe algún principio que pueda ser debidamente invocado para amparar la intimidad de la persona; y, en caso afirmativo, determinar la naturaleza y extensión de dicho amparo”.⁹

Hablan sobre el derecho a impedir la publicación de manuscritos u obras de arte sin consentimiento del autor. Conciben este derecho dentro del ámbito de protección del derecho a la propiedad. Sin embargo, deducen que el derecho a la privacidad no deriva de la propiedad común, tiene su fundamento en la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su propia información personal.¹⁰

“La reproducción de obras literarias o artísticas poseen muchos de los atributos de la propiedad común: son transferibles, tienen un valor, y su publicación o reproducción constituyen un modo de materializar ese valor. Pero cuando el valor de la obra no reside en el derecho a obtener las ganancias, sino en la tranquilidad de espíritu y en el alivio que proporciona el poder impedir su publicación, resulta difícil considerar este derecho como un derecho de propiedad en la aceptación del término”.¹¹

Ponen el ejemplo de un hombre que escribe una carta a su mujer diciéndola que no va a ir a cenar a casa. Aquí no se protegería el acto intelectual de que el marido no ceno con su mujer, sino el hecho en sí. En este último supuesto, el amparo no podría basarse en el derecho a la propiedad literaria y artística en sentido estricto. Y es en este momento cuando construyen “el derecho de la inviolabilidad de la persona”.

“El principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona. Si estamos en lo cierto, el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos”.¹²

El “Right to privacy” es diferenciado del clásico derecho burgués de propiedad. El derecho a la privacidad otorga protección a los ámbitos más inmateriales, a los intereses espirituales

⁹ *Ibidem*, pág. 28.

¹⁰ Supone el paradigma de la propiedad al de la libertad en la protección de la intimidad.

¹¹ *Ibidem*, pág. 35.

¹² *Ibidem*, págs. 45 y 46.

de la persona, configurándose como un derecho autónomo que adquiere sustantividad propia. Se basan en la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su esfera privada y su propia información personal y el principio que fundamenta su protección es el de la personalidad inviolable.¹³

La gran aportación de Warren y Brandeis ha sido dotar de autonomía al derecho a la intimidad, avanzando los contornos precisos en cuanto al contenido, alcance y posibles límites de este derecho.

- 1-En primer lugar, reconocen que puede haber circunstancias donde este derecho ceda ante las exigencias del bienestar público o de la justicia.

“Hay personas que pueden, razonablemente, reclamar como un derecho el amparo frente a la notoriedad que les acarrea el haber sido víctimas de una acción periodística. Hay otras, que en grados diferentes, han renunciado al derecho de vivir sus vidas al abrigo de la atención pública (...). Así pues, por regla general, los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público.(...) Todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no, mientras que otras cosas son únicamente privadas porque las personas a quienes afectan no han asumido una posición que haga de estos hechos asuntos en que la investigación pública se encuentra legitimada”.¹⁴

- 2-En segundo lugar, este derecho no prohíbe la información privilegiada.

“El derecho a la intimidad no se vulnera porque se haga público algo ante un tribunal de justicia, una Cámara legislativa...”¹⁵

- 3-No existiría reparación si la publicación se hace de forma oral y sin causar daños especiales.

¹³ NIEVES SALDAÑA, María: “The right to privacy: la génesis de la protección...”, cit., págs. 212 y 213.

¹⁴ WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: *El Derecho...*, cit., pág. 63.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 66.

- 4-Lógicamente, el derecho decae con la publicación de los hechos por el individuo o su consentimiento.
- 5-Es indiferente la veracidad de lo publicado.
- 6-Es irrelevante la intención de quien lo publica.

“La mala fe no es parte integrante de la infracción”.¹⁶

Como reparación indican una indemnización por daños. A su vez, manifiestan su deseo del establecimiento de una protección penal.

En último lugar, terminan el libro lanzando una interesante cuestión que trataremos de dar respuesta a lo largo del trabajo.

“¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?”.¹⁷

Han transcurrido 120 años de su publicación y, todavía hoy, continúa siendo uno de los artículos mas citados por la doctrina y la jurisprudencia en relación al derecho a la intimidad. Este célebre ensayo representa el “comienzo” de la protección de la esfera privada entendida como el “derecho a ser dejado a solas”, el “derecho a no ser molestado” o “el derecho a ser dejado en paz”¹⁸. Se entiende el derecho a la intimidad en su faceta de derecho a la propia imagen. Esta doctrina presenta una dimensión colectiva y social de la privacidad que contribuye al mantenimiento y desarrollo del sistema democrático, en la medida en que puede servir de impulso al establecimiento de los límites del control estatal sobre los individuos. Por ello, cada vez que los avances tecnológicos ponen en peligro la intimidad surge la teorización de Warren y Brandeis, dotada ahora de protección constitucional, legal y jurisprudencial.

2.2 Intimidad y Vida Privada: análisis conceptual.

¹⁶ Ibídem, pág. 69.

¹⁷ Ibídem, pág. 73.

¹⁸ Este texto tiene como antecedente directo la publicación del Juez norteamericano Thomas A. Cooley, quien en 1873 editaría su obra *The Elements of Torts*, y cuya trascendencia se debe a la definición que el autor dio a la palabra intimidad, entendida esta como the right to be let alone, concepto que la doctrina tradicionalmente entiende en castellano como “el derecho a ser dejado en paz” o “el derecho a ser dejado a solas”.

Como ya hemos expuesto, la protección de la esfera privada se origina a consecuencia del potencial invasivo de la tecnología en el sistema jurídico norteamericano de finales del siglo XIX. Ante esta situación, Warren y Brandeis construyen la clásica definición de vida privada entendida como el derecho a estar solo o el derecho a ser dejado en paz.

Sin embargo, este ámbito perteneciente a la esfera privada del individuo no ha tenido el mismo desarrollo en todas las culturas jurídicas. Así, el *common law* recurre al término de “vida privada” entendida como el ámbito vital que es necesario proteger frente a cualquier intromisión. Por el contrario, en España y en general en el derecho continental, el derecho a la vida privada se ha ido construyendo a partir de la noción de “intimidad”, de carácter más restringido.

La jurisprudencia estadounidense otorga un lugar prevalente a la noción de privacidad como control sobre la propia persona y, por tanto, la autonomía de decidir como y en que manera disfrutar de nuestra esfera personal que implicará, en ocasiones, la intervención del Estado. La vida privada se configura sobre la base del libre desarrollo de la personalidad.

Por el contrario, la jurisprudencia europea vincula el derecho a preservar nuestra intimidad de las miradas ajenas con la dignidad de la persona. Implica el deber de abstención por parte de terceras personas sobre la injerencia en la vida privada de los individuos.¹⁹ Sin embargo, se irá ampliando el concepto de intimidad por influencia anglosajona hasta adoptar un ámbito de protección más cercano al de la vida privada.

2.2.1 La vida privada en EEUU.

El concepto de vida privada que elaboraron Warren y Brandeis en su celebre ensayo, entendido genéricamente como el derecho a estar solo o a no ser molestado, se ha ido consolidando como un ámbito subjetivo de libertad garantizado por el sistema legal y constitucional norteamericano.

El primer momento de cierto reconocimiento del derecho a la privacidad deriva de la Constitución de 1787.²⁰ Bien es cierto que la Constitución no recoge expresamente este

¹⁹ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos de la personalidad: la protección de la intimidad, el honor y la vida privada”. *Lecciones de derecho constitucional II*. Lex Nova, 2013, pág. 543.

²⁰ La Constitución de los Estados Unidos es la ley suprema de los Estados Unidos de América. Fue adoptada el 17 de septiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania y

derecho, sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo ha considerado implícito en la Cuarta Enmienda de dicho texto.

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

Todo ello sobre la base de lo establecido en la XIV Enmienda, “tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”.

María Nieves Saldaña lo define de la siguiente manera: “Viene configurado como el derecho fundamental a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual”.²¹

Por lo tanto, la noción de vida privada en Estados Unidos no puede equipararse a la concepción de intimidad de carácter más restringido de ámbito europeo. Remitiéndonos de nuevo a la definición de María Nieves Saldaña supone el “derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, en definitiva, el control sobre la información personal”.²²

Desde sus orígenes, el derecho a la privacidad en Estados Unidos surge como reacción ante las posibilidades invasivas de la tecnología. Warren y Brandeis elaboran un principio que pueda ser invocado para la protección de la vida privada del individuo frente al fotógrafo o el poseedor de cualquier aparato de reproducción o grabación de imágenes o sonidos. La vida privada es la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su propia información personal, lo que denominan “el derecho a la inviolabilidad de la persona”.²³

luego ratificada por el pueblo en convenciones en cada estado en el nombre de “Nosotros el Pueblo” (*We the People*).

²¹NIEVES SALDAÑA, María: “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 18 (2007), pág. 93.

²² *Ibidem*, pág. 87.

²³ WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: *El Derecho...*, cit., págs. 45-46.

En 1902 la cuestión de la privacidad en conflictos entre particulares, llegó a un caso de la Corte de Apelaciones de Nueva York, *Roberson v. Rochester Folding Box Co*²⁴, en el cuál el demandado había empleado una fotografía de una mujer joven sin su consentimiento para anunciar harina, con la leyenda “La harina de la familia”. En una decisión cuatro contra tres se declaró que el derecho a la vida privada no existía, y que la víctima no estaba protegida contra esa conducta. Supuso un vendaval de debate y reprobación y la Legislatura de Nueva York aprobó un estatuto para prohibir el uso comercial de retratos o fotos de una persona sin su permiso. Tres años más tarde un caso igual llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Georgia (*Pavensich vs. New England Life Insurance Co*²⁵) y en este caso si se reconoció el derecho a la vida privada defendida por Warren y Brandeis.²⁶

Años más tarde, en 1916, Brandeis es nombrado magistrado del Tribunal Supremo, donde continúa expresando su preocupación frente a los avances tecnológicos perjudiciales para la vida privada de las personas.²⁷ Así, en el caso *Olmstead v. The United States* (relaciones entre los ciudadanos con el poder público) sobre escuchas y registros de conversaciones sobre actividades comerciales ilegales, la opinión mayoritaria no consideró una violación de la Cuarta Enmienda y no lo entendieron como “*irrazonables secuestros y registros*”.²⁸ El Juez Taft afirma que quienes instalan en su domicilio un instrumento telefónico conectado a la red exterior se propone proyectar su voz hacia quienes están fuera y la información que conduce el cableado no esta protegida por la Cuarta Enmienda. Por el contrario, Brandeis en un extraordinario voto disidente reivindica una interpretación dinámica de la Constitución que debe adaptarse a los cambios operados en los ámbitos tecnológico, político y social. Dice textualmente:

“El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las Constituciones. Por tanto, en la aplicación de la Constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que puede ser (...). Los autores de nuestra Constitución se propusieron garantizar las condiciones propicias para la búsqueda de la felicidad. Reconocieron la importancia del carácter espiritual del hombre, sus sentimientos y su intelecto.

²⁴ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

²⁵ *Pavensich vs. New England Life Insurance Co*, 122 Ga. 190, 50 S.E 68 (1905).

²⁶ CORRAN TALCIANI, Hernán: “Configuración Jurídica...”, cit., págs. 51-79.

²⁷ *Ibidem*, pág 93.

²⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928).

Sabían que en las cosas materiales sólo se puede hallar una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida. Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, sus ideas, sus emociones y sus sensaciones. Ellos consagraron el más completo de los derechos, y el más apreciado por el hombre civilizado: el derecho de no estar expuesto a las intromisiones del gobierno. Para proteger ese derecho, toda intrusión no justificable del gobierno en la privacidad del individuo debe considerarse una violación de la Cuarta Enmienda (...). El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de los que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados (...). Siempre que una línea telefónica está intervenida, la privacidad de las personas que hablan en ambos extremos de ella es invadida y todas sus conversaciones sobre cualquier tema, por muy íntimas, confidenciales o privilegiadas que sean, pueden ser escuchadas por otros (...).²⁹

Hasta 1967 el Tribunal Supremo no admitió la opinión disidente de Brandeis. En ese año, Charles Katz fue detenido por las autoridades federales en Los Ángeles a partir del registro de conversaciones de sus actividades ilegales por un mecanismo de escucha electrónico acoplado al exterior de una cabina de teléfono. El Tribunal afirmó en el caso *Katz v. The United States* que el espionaje electrónico constituye una “secuestro” en el sentido de la Cuarta Enmienda. Este derecho iba tomando la forma que habían adoptado Warren y Brandeis años atrás.³⁰

“La Cuarta Enmienda protege a las personas y no los lugares. Lo que una persona expone conscientemente al público, incluso en su propia casa y oficina, no es asunto de protección de la Cuarta Enmienda. Pero lo que quiere preservar como privado, incluso en un lugar accesible al público, debe ser protegido constitucionalmente”.³¹

Fue entonces cuando la Cuarta Enmienda comenzó a asumir una emergente concepción garante de la privacidad. Y esta doctrina formulada por Brandeis es aplicada en la era de Internet.

²⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

³⁰ GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. “Intimidad y propia imagen: los ecos del Intimidad y propia”. *Derecom*, 14 (2013).

³¹ *Katz v. Unites States*, 389 U.S. 347 (1967).

En el caso *Griswold v. Connecticut*³², del año 1965, la Corte resuelve la controversia jurisprudencial existente respecto a la libertad negativa de manifestación del pensamiento declarando que todos tienen derecho a no revelar sus opiniones políticas o la pertenencia a cierta asociación. A partir de esta sentencia se considera, como afirmara el juez Douglas, que “los derechos garantizados por el Bill of Right³³ tienen penumbras, formadas por las emanaciones de estos derechos, que concurren a darles vida y sustancia”.³⁴

Estos derechos, creadores de zonas de privacidad, serían los que sancionan la libertad de asociación, los que establecen límites al acuartelamiento de los soldados, los que prohíben persecuciones o secuestros injustificados, y aquellos que prohíben que alguien sea obligado a deponer contra sí mismo.³⁵

Esta sentencia creará una jurisprudencia, que ira recogiendo bajo el concepto de *privacy* muy variados intereses, sea el problema del aborto a principios de los años 70 (*Roe v. Wade, 1973*) y en los inicios de los 90, el problema de la eutanasia. Lapidariamente dirá el juez Black: “El concepto de *privacy* es un concepto amplio, abstracto y ambiguo”.³⁶

Esta amplitud del concepto sólo puede ser entendida bajo la idea propia del Derecho norteamericano que concibe al juez como creador de derecho y que determinará, finalmente a la privacidad como un derecho individual a la libre decisión personal.

Así, un estatuto del Estado de Massachusetts, que restringía el expendio de anticonceptivos a personas casadas, fue elevado a la Corte Suprema. En *Eisenstadt v. Baird*, la Corte consideró que la *privacy* era un derecho de la personalidad: “el derecho del individuo, casado o soltero, para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales en materias tan fundamentales que pueden afectar a una persona, como es la decisión de si un niño debe o no nacer”.³⁷ Ello tuvo incidencia en 1973 en el caso *Roe v. Wade* donde la Corte Suprema

³² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

³³ La Carta de derechos o Declaración de derechos (en inglés Bill of Rights) es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al Rey Jacobo.

³⁴ SUAREZ CROTHERS, Christian: “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”. *Revista de Derecho Valdivia*, 11 (2000), págs. 103-120.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 113 (1973).

tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de un estatuto que castigaba el aborto. La Corte sostuvo así, que “el derecho a la vida privada era suficientemente amplio para dar cabida a la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo”.³⁸ Para ello, la Corte tuvo que negar la personalidad constitucional del feto.

De esta manera, es posible afirmar que la esfera constitucional *the right to the privacy* llegó a ser el más absoluto de los derechos conocidos en el sistema legal norteamericano.

En definitiva, podemos afirmar que el derecho norteamericano sobre la vida privada presenta una doble dimensión:³⁹

- Por un lado, pretende reservar los aspectos más íntimos del individuo del conocimiento de terceros. Esta concepción es la que fundamenta la protección de la intimidad que se ha desarrollado en occidente tradicionalmente. La mayoría de la jurisprudencia española hace referencia a esta visión de intimidad.
- Por otro, la vida privada supone la no injerencia estatal y, en ocasiones, la acción positiva de los poderes públicos en el ámbito privado para garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Esta dimensión es la que particulariza al derecho anglosajón.

Es necesario manifestar que el marco legal en el que se generó el derecho a la privacidad partió de la interpretación de la libertad como valor fundamental en la sociedad estadounidense. Es por ello que privacidad y libertad son términos muy relacionados que determinan la particularidad del derecho anglosajón respecto a la concepción de “ámbito privado”. Ello supone que la privacidad aparezca vinculado con leyes que regulan el derecho a rechazar atención médica, o el registro ilegítimo de una vivienda personal (derecho a la privacidad físico-espacial), el derecho a monitorizar las computadoras en los centros de trabajo (privacidad informática), el derecho de las parejas del mismo sexo a elegir el matrimonio (privacidad de elección), el derecho a incluir o excluir a terceras personas (privacidad en la asociación), el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo o el derecho a que los poderes públicos impidan las intromisiones provocadas por terceros que pueden afectar de manera negativa al libre desarrollo de la personalidad

³⁸ Roe v. Wade, 410 U.S 113 (1973).

³⁹ MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “¿Hay un derecho fundamental al Silencio? Sobre los límites del artículo 10.2”. *Revista española de Derecho Constitucional*, 94 (2012), pág. 356.

como pueden ser la contaminación acústica o ambiental... Todas estas materias imponen obligaciones positivas a los poderes públicos.

2.2.2 La Intimidad en Europa.

Amenazados por “la intensidad y complejidad de la vida” y por “los recientes descubrimientos y métodos de llevar a cabo los negocios”, Warren Y Brandeis notaron que “la reclusión y la privacidad se han convertido en indispensables para el individuo”. También decían que era un imperativo para la ley el proteger la privacidad bajo el principio de la “inviolabilidad de la personalidad”⁴⁰. Edward Bloustein entendió que todos los intereses privados comparten un valor: el respeto por la dignidad del individuo, su integridad e independencia. La personalidad moral de un ser define su esencia como un ser humano, decía Bloustein.⁴¹ Una violación a la privacidad deja a la persona a merced de la querrela y el escrutinio públicos. Esta desnudez ante el mundo exterior actúa sobre la persona de una manera ofensiva a su dignidad humana. Desde este punto de vista, la privacidad implica el derecho de mantener ciertos aspectos de la vida privada fuera del alcance de otros, el derecho a preservar un ámbito reservado del conocimiento de terceros y, por lo tanto, el derecho a construir diferentes “personalidades situacionales”.⁴²

Así, por ejemplo, la jurisprudencia francesa, tuvo una enorme importancia para el desarrollo de este derecho debido a su no reconocimiento constitucional. Se basó principalmente en:⁴³

- La configuración de la noción de daño moral.
- El intento por extender al máximo los difusos fenómenos de la reproducción y difusión abusiva de la imagen.
- El intento, aunque ajeno al sistema normativo vigente, de dar forma a los conceptos de *respect de la vie privée* y *de intimité de la vie privée*.

⁴⁰ WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: *El derecho...*, cit., pág. 45.

⁴¹ V.lex Perú, información jurídica inteligente. “Fundamentos, alcances y perspectivas del derecho a la intimidad en ambos sistemas”, disponible en <http://vlex.com.pe/>.

⁴² S. ABRIL, Patricia y PIZARRO MORENO, Eugenio: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”. *Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2014), pág. 8.

⁴³ SUÁREZ CROTHERS, Christian: “El concepto de...”, cit., págs. 103-120.

- La construcción de técnicas de defensa que fueran más allá del acostumbrado recurso al resarcimiento de los perjuicios, entre las que pueden citarse las providencias para hacer cesar de manera directa la difusión de ciertas noticias, la divulgación de cartas confidenciales o la reproducción abusiva de imágenes.

Así concebida, la doctrina francesa ha definido tradicionalmente el concepto de intimidad como “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás”.⁴⁴

Ya desde 1819, en la Cámara de Diputados Francesa, el tratadista Royer-Collard, al pronunciarse respecto del artículo 20 de un proyecto de Ley sobre delitos cometidos por medio de la prensa, se refería a la vida privada como “amurallada, protegida por un muro de los ataques del mundo exterior”. Es en Francia precisamente donde se encuentra una interesante sentencia que se refiere justamente a la invasión de la intimidad de las personas cuya importancia radica en el reconocimiento que hace de los aspectos de la vida pública y privada. Tiene su origen en un caso en el que se publicaron en un diario imágenes de una actriz difunta, Rachel Feliz, cuando en realidad su pariente quería que se guarda absoluta reserva de su cadáver. Expresa la sentencia en una de sus partes que: “Considerando que el derecho a oponerse a esa reproducción es absoluto, que tiene su principio en el respeto que impone el dolor de las familias, y que no podría desconocerse sin herir los sentimientos más íntimos y los más respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica”.^{45 46}

El 11 de mayo de 1868 se publicaría la Ley de Prensa de la República Francesa (Loi relative a la presse), la cuál en su artículo 11 establecía que: “Toda publicación en un periódico relativa a un hecho de la vida privada constituye una falta que se castigará con una multa de 500 francos. La acción no podrá ser ejercida más que a instancia de la parte interesada” La

⁴⁴ *Ibidem*, págs.103-120.

⁴⁵ URABAYEN, Miguel: *Vida Privada e Información: un conflicto permanente*. Pamplona, España. Universidad de Navarra, 1977.

⁴⁶ La jurisprudencia norteamericana, al concebir la vida privada como un valor esencial para la garantía del libre desarrollo de la personalidad, entienden que se extingue por la muerte de las personas. En Europa es posible que ocurra lo mismo con el derecho fundamental (extinción por muerte) pero la legislación española permite interponer acción en defensa de la intimidad de persona fallecida.

protección de este derecho comenzaba a tomar forma en el ámbito europeo en el sentido que iremos manifestando.⁴⁷

Por tanto, es en Francia donde mas fácilmente los tribunales aceptan que la vida privada debe ser protegida por sí misma, bastando para ello las herramientas que proporcionan los preceptos generales sobre responsabilidad por ilícitos civiles.⁴⁸ En 1955 la Cour d'Appel de París en relación a una revista que había divulgado una relación de la vida de la famosa actriz Marlene Dietrich sin su consentimiento, consideró que “les souvenirs de la vie privée d'un individu appartement son patrimoine moral”.⁴⁹

En Alemania, durante mucho tiempo rechazaron a este derecho como perteneciente a los derechos de la personalidad, pero en 1949, el artículo primero de la ley fundamental de la República Federal Alemana considera a la dignidad de la persona humana como sagrada. Una de sus grandes aportaciones es que reconoce la indemnización por daño moral, producto de amenazas y violaciones a derechos de la personalidad como el derecho a la vida privada de las personas.⁵⁰

Desarrollada esta noción originalmente en Francia y Alemania, el derecho a la protección de la vida privada plantea la creación y el mantenimiento de una identidad personal, una intimidad. Así, los países europeos siguen de una u otra forma esta noción centrada en la protección de la dignidad humana y, consecuentemente, la entienden como un derecho inherente a la personalidad.

Por tanto, mientras que el concepto de vida privada (EEUU) implicaba un comportamiento activo del individuo conectado con el libre desarrollo de la personalidad y, en ocasiones del poder Estatal, la noción de intimidad (Europa) se caracteriza por una actitud pasiva de terceras personas y del poder público manifestada en el deber de no injerencia en la intimidad ajena.

Resulta sumamente interesante observar que a partir de la segunda mitad del siglo XX, se comenzaron a utilizar y desarrollar muchos medios para invadir y transmitir datos concernientes a la vida de las personas. Tal es el caso de los medios de comunicación como

⁴⁷ JIMÉNEZ GUZMÁN, Luis: “Evolución histórica y conceptual del derecho a la vida privada” *Revista de los Tribunales Agrarios*, 12 (2008), pág. 77.

⁴⁸ CORRAN TALCIANI, Hernán: “Configuración Jurídica del...”, cit., págs. 51-79.

⁴⁹ Cour D'Apell de París, 16 de marzo de 1955, Dalloz 1955, 295.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 78.

la prensa, la radio o la televisión, y posteriormente Internet. Ello trajo como consecuencia un vuelco trascendental en la protección de la intimidad de las personas. Este nuevo ámbito se plasma en el Convenio Europeo de Derechos Humanos fruto de un amplio consenso internacional respecto a la garantía de un conjunto de derechos humanos.

La consagración legislativa de este nuevo ámbito de vida privada aparece recogida en la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 8.1. La influencia anglosajona derivada de esa Declaración Universal ha determinado una extensión del concepto de intimidad y vida privada mas allá del clásico “derecho a ser dejado en paz” que había dominado tradicionalmente en Europa.⁵¹

Este artículo plantea bajo el amparo del derecho al respeto a la vida privada y familiar que:

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

Una de las interesantes aportaciones del proyecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos fue la incoación de la doctrina de las obligaciones positivas, tesis que sería desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo en los años sucesivos. Se trataba de permitir al individuo recabar del poder público la protección de su derecho frente a terceros. Así, por ejemplo habida cuenta de la creciente influencia del Estado en la actividad industrial privada y de sus responsabilidades en la regulación y autorización de dichas actividades se exigía protección al mismo, ante los riesgos que esta práctica podría suponer a la intimidad y vida privada. Se denota claramente esta ampliación del concepto de intimidad que aludíamos anteriormente.

El Tribunal reconoció por primera vez una obligación positiva a partir del artículo 8 del CEDH en el caso *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990. Se reconoció

⁵¹ GONZÁLEZ DE PAZOS, Margarita: “El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>.

entonces el deber que pesa sobre el Estado de proteger a los ciudadanos frente a las inmisiones contaminantes, concretamente frente a las inmisiones acústicas. No obstante, la demanda fue desestimada debido a que, desde el punto de vista del Tribunal, las autoridades públicas habían ponderado correctamente los intereses en liza y no habían rebasado su legítimo margen de apreciación. Cuatro años más tarde, recayó Sentencia estimatoria sobre el conocido asunto *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, acerca de la pasividad del Ayuntamiento de Lorca en la protección de la demandante frente a las emanaciones pestilentes procedentes de una depuradora de residuos próxima a su vivienda. A partir de entonces, el número de Sentencias que, con base en éste y otros artículos del Convenio, subrayan la existencia de una obligación positiva frente a injerencias privadas en materia medioambiental, ha crecido notablemente.⁵²

A modo de conclusión, es necesario afirmar que la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evolucionado ampliando el ámbito de protección derivado del artículo 8.1 del CEDH (vida privada y familiar), de modo que la intimidad ya no implica un deber de abstención, sino una actuación positiva de los poderes públicos que, en cierta manera, se asemeja a la concepción de privacidad anglosajona.

2.3 El derecho a la intimidad y a la vida privada en nuestro ordenamiento jurídico.

A lo largo del trabajo, hemos partido de la idea de que la intimidad y la vida privada aluden a realidades cercanas aunque diferentes. Hemos señalado que la intimidad esta vinculada con la dignidad de la persona, es el derecho a no ser molestado, mientras que la vida privada implica un comportamiento más activo por parte del individuo, presenta una mayor conexión con el libre desarrollo de la personalidad.

Nuestro ordenamiento recoge ambos derechos aunque por razones de carácter social, político o cultural, la intimidad y la vida privada se han desarrollado de manera diferente en el ámbito constitucional español.

⁵² SIMÓN, Ernando: “La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo, The Construction of Environmental Protection in the Strasbourg Jurisprudence”. *Revista Persona y Derecho*, 61-70 (2010).

Esa diferencia se observa de forma muy clara a partir de la redacción que presenta la Constitución. Así, su artículo 18 reconoce los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de forma expresa. Por tanto, el empleo del término íntimo en el artículo 18.1 no es casual, la CE recoge expresamente el derecho a la intimidad. Por el contrario, el último apartado del artículo (18.4) señala que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En este sentido, a partir de la jurisprudencia constitucional y europea relacionada con el artículo 18.4 de la CE, se ha entendido que ese precepto constitucional ampara un derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, incorpora un derecho que podría ser entendido dentro de la noción de vida privada. En este caso, la CE no expresa ese derecho a la vida privada de forma expresa, sino que deriva de la interpretación de su articulado.

2.3.1 Derecho a la intimidad (18.1 de la Constitución Española).

El artículo 18 del texto constitucional, en su apartado primero dice textualmente: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*”

En este aspecto no hay dudas, la Constitución reconoce expresamente el derecho fundamental a la intimidad dentro de los derechos de la personalidad. Nuestro ordenamiento jurídico ofrece una doble vía de protección para garantizar la intimidad, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de carácter civil, y la tipificación penal en los artículos 197 y ss, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

Respecto a la delimitación de su contenido, la jurisprudencia lo ha ido configurando a lo largo de los años. “La intimidad es el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre” (STS de 23 de diciembre de 1974). “El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren” (STC 142/1993 de 22 de abril).

Respecto a su íntima conexión con la dignidad de la persona, el TC en su Sentencia 231/1998 de 23 de diciembre dice que “El derecho a la intimidad deriva sin duda de la

dignidad de la persona que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Si bien el concepto individual puede ser universal, su ámbito de actuación o contenido es variable según el grupo social o cultural al que esté integrado el individuo, y, según su propia determinación al respecto. En nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad opera sobre la intimidad corporal, la vida sexual, la salud, la intimidad económica... Se concibe, por tanto, como un deber de abstención.⁵³

“La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.” (Sentencia núm. 37/1989 de 15 febrero sobre la intimidad corporal).

“No hay duda de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, y entre ellas, las que tienen reflejo en las distintas operaciones bancarias en las que figura como titular, entran dentro del derecho a la intimidad constitucionalmente protegida.” (Auto del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1986 sobre la intimidad económica).

“La información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como son sus antecedentes penales, que indudablemente afectan a su integridad moral, deben estar a recaudo de una publicidad indebida y no consentida por el afectado.” (STC 144/99 acerca de los antecedentes penales).

“La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad.” (STC 70/2009 de 23 de marzo, en materia de datos clínicos).

Vamos a hacer referencia a una serie de consideraciones en relación a este derecho:

⁵³ *Ibidem.*, pág. 546.

- Son incontables las ocasiones en que nuestros Tribunales han tenido que pronunciarse sobre la colisión de dos derechos fundamentales que frecuentemente entran en conflicto: el derecho a la libertad de información y el derecho a la imagen e intimidad personal. Para la resolución de estos “problemas” los órganos judiciales acuden a la denominada “técnica de la ponderación”, que desde un punto de vista relativo y de forma simplificada, implica valorar determinados aspectos, entre otros: si la información tiene relevancia pública o interés general o afecta a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública; si se ha dado o no a la noticia o reportaje difundido algún tipo de matiz denigrante o desproporcionado; si la publicación de los datos de la vida privada estaría o no justificada por los usos sociales y, por último se debería atender al criterio de las expectativas razonables que la propia persona podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o escrutinio ajeno.

Por tanto, los conflictos con los derechos del artículo 18.1 y con otros bienes y derechos se resolverán a través de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias del caso, pero concediendo a las libertades comunicativas una cierta posición preferente como resultado de su vinculación con la existencia de una opinión pública libre fundamento del principio democrático. En los conflictos entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, el criterio principal que debe tenerse en cuenta en la ponderación de ambos derechos será el análisis de la relevancia pública de la información. Si una información posee relevancia pública suficiente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, entonces el derecho a la información deberá prevalecer, de acuerdo con la doctrina de la posición preferente.

En el mismo sentido, el derecho a la imagen protege al individuo frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen física de una persona sin su consentimiento o sin habilitación legal y aunque es un derecho autónomo, determinadas lesiones del derecho a la imagen puede producir conjuntamente una lesión del derecho a la intimidad.

Así por ejemplo, El Tribunal Supremo se pronunció a favor de la actriz Elsa Pataky en su denuncia a la revista Interviú por publicar unas fotos en las que aparecía desnuda. Las imágenes fueron tomadas, según se especifica en la sentencia, “sin su

consentimiento y mientras desempeñaba su actividad profesional” realizando un reportaje para otra publicación en la Riviera Maya.⁵⁴

La STS de 9 de junio de 2009 afirma: “En suma, y según la línea constante de la jurisprudencia de esta Sala para casos similares al aquí examinado, lo decisivo es si las imágenes se captaron cuando la persona afectada se encontraba en un lugar normalmente concurrido o, por el contrario, intentaba disfrutar de su privacidad hurtando su imagen al público. Esto último no impide que en el lugar pueda haber otras personas si resulta que el acceso está restringido o limitado, legal o socialmente, por circunstancias tales como el pago de un precio (piscinas de los hoteles o clubes privados), la pertenencia a un determinado colectivo (piscinas o jardines de urbanizaciones cerradas), la práctica de un determinado estilo de vida socialmente reconocido (playas nudistas) o la dificultad de hecho del propio acceso que, razonablemente, haga presumir que el lugar en cuestión ha sido buscado de propósito por la persona afectada para hurtar su cuerpo a la mirada de los demás (calas y playas recónditas)”.

Analiza el alcance de la expresión “lugares abiertos al público” para garantizar este derecho teniendo en cuenta criterios como el difícil acceso al lugar, lo escasamente frecuentado, el propósito de sustraerse de la curiosidad ajena...⁵⁵

- Este derecho a la intimidad puede verse restringido cuándo una persona establece determinadas relaciones jurídico privadas o cuando se encuentra sometido a un régimen de especial sujeción con los poderes públicos.⁵⁶ Así, en un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada, a fin de preservar un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena. No la vulnera, en particular la alimentación forzosa a la que han sometido a condenados en huelga de hambre (STC 120/1990/12, de 27 de Julio), ni la negativa de que mantengan encuentros

⁵⁴ Sentencia 518/2012 de 24 de Julio dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por Elsa Pataky.

⁵⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Fotografía de persona famosa en una playa de uso frecuente (Caso Elsa Pataky)”. *Diario La Ley*, 7343, (2010).

⁵⁶ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos de...”, cit., pág. 547.

íntimos con sus parejas (STC 151/1997, de 29 de septiembre). En sentido contrario, la STC 89/2006 de 27 de marzo, considera que aunque el registro de la celda de P.B. estaba justificado por su finalidad, al no constar ni la información al recurrente del mismo (mediante su presencia durante la realización del mismo o mediante una comunicación posterior), ni justificación suficiente para esa falta de información, la limitación del derecho a la intimidad incurrió en desproporción por extenderse más allá de lo necesario para los fines de seguridad que la legitimaban. En el mismo sentido, se permite a las empresas el establecimiento de medidas de vigilancia o controles médicos que afecten a sus trabajadores sin dañar el derecho a la intimidad de los mismos (STC 98/2000, de 10 de abril y STC 196/2004, de 15 de noviembre).

- La intimidad de las personas jurídicas. En este sentido es necesario manifestar que la esencia del derecho a la intimidad es la protección de la dignidad humana, por tanto, su propio contenido y naturaleza es referido a la vida privada de las personas individuales, en las que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, sin que en principio las personas jurídicas puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal.⁵⁷ (AATC 257/1985/2, de 17 de Abril y 561/1989/1, de 27 de noviembre).
- La protección de la intimidad se garantiza con el secreto profesional. Esta regla se aplica tanto para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como al personal al servicio del hogar familiar o los empleados de banca.
“Pues bien, desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas, resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquéllos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta

⁵⁷ DE LA HAZA, Pilar: “Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Intimidad de las Personas Jurídicas”. *Derecho y Turismo*, 2 (1988). VIDAL MARÍN, Tomás: “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2007).

circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen.” (STC 115/2000)⁵⁸.

2.3.2 Derecho a la vida privada (Artículo 8 del CEDH).

Cuando se elabora la Constitución española, la vida privada es un bien jurídico extraño en nuestro país, y más propio de los ordenamientos anglosajones⁵⁹, razón por la cuál, el texto constitucional no lo reconoce de manera expresa. Existen claros ejemplos que denotan la exclusión de la vida privada del ámbito constitucional. Uno de ellos, fue la falta de análisis por parte del Tribunal Constitucional acerca de la incidencia que podía producir en el derecho a la intimidad la tipificación penal del aborto. Otro dato fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que opinaba que la entrada de olores y humos desagradables en el domicilio particular, en ningún caso supondría intromisión en la intimidad o la vulneración de la inviolabilidad del domicilio.

Nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente, ha tenido una visión más restringida sobre el ámbito privado que debe ser protegido constitucionalmente.

Sin embargo, la evolución doctrinal y jurisprudencial de estos contenidos ha provocado la aparición del derecho a la vida privada en la forma que había sido desarrollada en Estados Unidos. Ello se debe, principalmente a dos motivos:

- El primero de ellos, es la interpretación que ha ido elaborando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del artículo 18.4 de la Constitución, que recoge el derecho a la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa.
- El segundo de los motivos y el que más nos interesa para el desarrollo del trabajo, es la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 18 de la Constitución, al amparo del artículo 10.2 de la misma.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge expresamente el derecho a la vida privada en el artículo 8.1:

⁵⁸ Sentencia 115/2000, de 5 de mayo de 2000.

⁵⁹ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos de...”, cit., pág. 544.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

La influencia de la jurisprudencia de este tribunal ha alterado el alcance original de estos derechos del artículo 18 de la CE. Ello ha determinado la incorporación de nuevas facetas como el derecho al silencio.

Anteriormente hablábamos de la escasa relevancia en nuestro ordenamiento del derecho a la vida privada en la manera en que el TC había entendido que la entrada de olores y humos desagradables en el domicilio particular no suponía intromisión en la intimidad. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo condenó al Estado español por entender que si había existido un menoscabo del derecho a la vida privada del recurrente. La misma interpretación se aplica a la contaminación acústica.⁶⁰

“Atentados graves al entorno pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin necesidad de que comprometa gravemente a su salud.” (Asunto López Ostra c. España).⁶¹

Pues bien, en su sentencia de 9 de diciembre de 1994, el TEDH considera que los padecimientos que venían soportando los vecinos como consecuencia de los humos y olores generados por la planta de tratamiento de residuos, en la medida en que hacían imposible el normal disfrute del domicilio y de la vida privada, lesionaban el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH; y, en segundo lugar, que la inactividad de la administración municipal y otras autoridades competentes suponía un incumplimiento de la obligación positiva de protección de los derechos al no adoptar las medidas razonables y adecuadas que hicieran compatible este derecho con el bienestar de la ciudad ante la existencia de una planta de tratamiento de residuos.

Precisamente, en la STC 119/2001 se reconoce expresamente la influencia de la doctrina del TEDH:

⁶⁰ NAVARRO MICHEL, Mónica: *La intimidad domiciliaria, ¿un nuevo Derecho Constitucional frente a la contaminación acústica?*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

⁶¹ Asunto: López Ostra contra España. (Demanda no 21532/08). Decisión de 9 de diciembre de 1994. Buscador de Jurisprudencia del TEDH del Ministerio de Justicia. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>.

“Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del artículo 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (STC 35/1995, de 6 de febrero). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra contra Italia. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 y de 19 de febrero de 1998)”.

Una vecina de Valencia venía padeciendo en su domicilio desde hacía varios años los ruidos generados por la concurrencia de numerosos establecimientos molestos, en particular, por las actividades desarrolladas en una discoteca situada en los bajos de su casa, cuyo horario de apertura se prolongaba hasta las seis y media. Tras presentar reiteradas denuncias ante la administración municipal, solicitó al Ayuntamiento de Valencia el abono de una cantidad dineraria en concepto de indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio que, a su juicio, sería imputable a la administración municipal por su inactividad frente a las quejas reiteradas.

Frente a la sentencia desestimatoria, la afectada por el ruido interpuso recurso de amparo ante el TC. Una de sus alegaciones se basaba en la vulneración del derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio.

Para analizar esta nueva jurisprudencia es necesario recordar el concepto tradicional de derecho a la intimidad como reserva del conocimiento frente a terceros. Así por ejemplo, la STC 115/2000 de 12 de noviembre (caso *Preysler*) señala que:

“el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares”.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril hace referencia a una nueva interpretación del contenido de este derecho fundamental.

“Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representa, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.

El Tribunal Constitucional, acorde con el constitucionalismo actual inspirado en el Estado social de Derecho, declara que el respeto a los derechos fundamentales de la persona (en concreto, el derecho a la intimidad) no puede ser llevado a cabo por parte del Estado manteniendo una actitud pasiva o simplemente negativa, de no vulneración, sino que el Estado ha de desarrollar positivamente esos derechos, más aún cuando -como textualmente señala la STC- hay un mandato legal expreso, (el contenido en el artículo 18 CE).⁶²

En este mismo sentido, en la STC 119/2001, el tribunal, apelando al mandato de efectividad de los derechos y libertades -artículo 9.2 CE-, proclama la dimensión positiva de los derechos como razón motora del viraje jurisprudencial, para ampliar después el alcance del derecho también frente todo tipo de injerencia que impide el disfrute y la realización de ese espacio o reducto necesario para mantener una mínima calidad de vida. Para ello utiliza como criterio la vinculación del derecho a la intimidad con el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.

Dicha vinculación con el libre desarrollo de la personalidad conduce inexorablemente a un concepto más amplio de intimidad, un genérico derecho a vivir en libertad y a no ser inquietado por los demás. Como ya anunciábamos más arriba, se decanta el tribunal por la interpretación más amplia de la expresión acuñada por el juez estadounidense Cooley a propósito de la privacidad: *the right to be let alone*. La vida privada de origen anglosajón ha llegado, así, a nuestra Constitución.

Esta doctrina ha sido desarrollada en el trabajo a partir de la vulneración de la vida privada por la inactividad de la administración relativa a la adopción de medidas para evitar la

⁶² MIRANDA, Haideer: “La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos”. *Panóptica*, 8 (2007).

entrada de olores o la contaminación acústica. Sin embargo, la tesis de las obligaciones positivas se ha implantado en todos aquellos aspectos que pueden afectar a la vida privada de los individuos.

Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España⁶³ a pagar 8.398 euros más intereses a M.C.C por no proteger la identidad del recurrente al ser seropositivo, durante un proceso judicial contra su aseguradora. El Tribunal de Estrasburgo estima en su sentencia que se ha producido “sin duda, una injerencia de la autoridad pública” y que la divulgación de esa información “pueden tener consecuencias devastadoras sobre la vida privada y familiar de la persona afectada y sobre su situación social y profesional”.

Añade la Corte de Derechos Humanos que el juez que dio la identidad del demandante en todos los escritos del procedimiento “habría podido limitar la publicidad de su identidad”. Según Estrasburgo, un simple cambio del nombre del demandante por las iniciales en todos los documentos del procedimiento judicial abiertos al público hubiera satisfecho al afectado por ser una solución que hubiera evitado los problemas posteriores. Por ello, concluye que la publicación de la identidad del demandante “atenta a su derecho al respeto de sus vidas privada y familiar”.⁶⁴

Igualmente, el TEDH ha estudiado numerosos casos relativos a la vulneración de la vida privada en las relaciones paterno-filiales. El asunto Fernández Cabanillas c. España gira en torno a la demanda interpuesta por un hombre divorciado que, pese a haberse acordado judicialmente medidas para que pueda mantener contacto con sus hijos, no puede verlos de manera efectiva por la oposición de su ex mujer. El Tribunal entendió que aunque el derecho a comunicarse con los hijos forma parte de este derecho, en este caso los tribunales españoles adoptaron todas la medidas adecuadas y efectivas posibles (incluso intento de contacto, en último extremo, mediante videoconferencia), recurriendo en último extremo a la adopción de medidas coercitivas (apercibimiento, imposición de multas, privación del derecho de custodia, elevación de tanto de culpa al Ministerio Fiscal), aunque

⁶³ Asunto C.C. c. España (Demanda 1425/06). Sentencia de 6 de octubre de 2010, que puede consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es/>.

⁶⁴ BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, 182 (2010), págs. 209-224.

estas no pudieran ser aplicadas en la práctica debido a la oposición de la mujer y el rechazo de los hijos (cuyo interés es prevalente, que fue dictaminado por expertos en psicología).⁶⁵

⁶⁵ Asunto: Fernández Cabanillas c. España (Demanda 22731/11). Decisión de 18 de Febrero de 2014 disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>.

3. INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.

El Tribunal ha reseñado, ya en su STC 110/1984, de 26 de noviembre, que “la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida”.⁶⁶ En el mismo sentido, en la STC 119/2001, de 24 de mayo, el TC afirmaba que “estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos..., se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”.⁶⁷ A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*, caso *López Ostra contra Reino de España* y caso *Guerra y otros contra Italia*.

Es decir, la necesidad de afrontar nuevas amenazas, planteadas especialmente por la tecnología informática y la ciencia genética⁶⁸, tanto doctrina como jurisprudencia se han visto obligados a replantear el concepto de intimidad.

⁶⁶ STC 110/1984, de 26 de noviembre, en la que se cuestiona la Resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria autorizando la investigación de las operaciones activas y pasivas del recurrente en determinadas entidades bancarias y de crédito.

⁶⁷ STC 119/2001, de 24 de mayo, sobre supuesta vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

⁶⁸ El ADN afecta a nuestra intimidad, y por tanto, todas aquellas pruebas obtenidas a partir de información genética requieren consentimiento del afectado y en su defecto, autorización judicial. Sin embargo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en Sentencia 199/2013, de 5 de

3.1 Teléfonos Móviles.

El teléfono móvil es un dispositivo inalámbrico electrónico que sirve para acceder y utilizar los servicios de la red de telefonía móvil. A partir del siglo XXI, los teléfonos móviles han adquirido funcionalidades que van mucho más allá de limitarse solo a llamar o enviar mensajes de texto, sin embargo, este epígrafe será estudiado en relación a esas funcionalidades tradicionales.

3.1.1 Teléfonos Móviles y aparatos de seguimiento.

El teléfono móvil cuenta con características técnicas que hacen posible su utilización para el seguimiento de personas. Esta tecnología puede llegar a ser muy útil. Sirve, por ejemplo, para la localización de enfermos, mujeres maltratadas y en situación de riesgo y similares. Pero también es cierto que la utilización de tales medios de localización si pueden afectar al derecho a la intimidad entendido como el derecho a no ser molestado ni controlado por persona o institución alguna.⁶⁹

El aspecto fundamental es fijar los elementos susceptibles de injerencia en el ámbito privado con ocasión de la utilización de diligencias de investigación que se sirvan de información geográfica derivada del uso del teléfono móvil.

Investigar y desvelar la ubicación de una persona sin contar con su consentimiento conlleva aparejada la injerencia en la intimidad de su titular, lesión que lógicamente podrá y deberá

diciembre de 2013 avala la identificación de un imputado por delito terrorista a través de muestras de ADN tomadas sin su consentimiento. Es decir, no lo considera una incidencia grave en la intimidad del sospechoso porque la finalidad es la mera identificación. Sentencia bastante discutible desde mi perspectiva. Ver, en el plano doctrinal, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: “Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal.” *Revista penal*, 18 (2006).

⁶⁹ VALLÉS CAUSADA, Luis: *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), 2013. PÉREZ GIL, Julio: “El nuevo papel de la telefonía móvil en el proceso penal: ubicación y perfiles de desplazamiento en el proceso penal en la Sociedad de la Información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito”. *El Proceso Penal en la Sociedad de la Información*, La Ley (2012), págs. 191 y ss.

ser graduada conforma a los factores y circunstancias concurrentes. Una vez más corresponde recordar la necesidad de un permanente ajuste al principio de proporcionalidad en la triple vertiente de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La STC 166/1999, de 27 de septiembre establece que “solo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si se encuentra legalmente prevista, existe autorización judicial previa y se adecua al principio de proporcionalidad”.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2006 de 9 de octubre, concluye que no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto al derecho a la intimidad personal y excepcionalmente se admite la legitimidad constitucional de que en determinados casos, y con precisa habilitación legal, pueda la Policía Judicial realizar determinadas prácticas que constituyen una leve injerencia en la intimidad de las personas siempre que se respeten las sugerencias derivadas del principio de proporcionalidad.⁷⁰

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que no es necesaria la autorización judicial cuando el seguimiento y la localización se realizan mediante una baliza colocada sin necesidad de entrar en recinto con la consideración de domicilio. (SSTS 562/2007 y 523/2008).

Igualmente tiene en cuenta para calificar la injerencia en la intimidad como grave o leve y, por tanto, la necesidad o no de autorización judicial el grado de precisión con el que pueda determinarse el lugar de ubicación. Y nuestra jurisprudencia ha venido a convalidar el uso de dispositivos que permiten el seguimiento, incluso instalados sin autorización judicial (STC 70/2002 de 3 de abril o STS 906/2008, de 19 de diciembre⁷¹).

⁷⁰ STC 281/2006 de 9 de octubre. En el mismo sentido se manifiesta la STC 115/2013 de 9 de mayo.

⁷¹ “Respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado, al permitir, entre otras utilidades, que fuera especialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede

“Ello (la localización del terminal de telefonía móvil), llevado a sus últimas consecuencias, podría significar una injerencia en el derecho a la intimidad, pero a juicio de este Tribunal solo en aquellos casos en que se pudiera determinar con exactitud el lugar exacto, edificio, vivienda, local, etc”^{72 73}

En este aspecto, debemos discrepar de esta doctrina, ya que, como manifiesta Francisco de la Torre, esta jurisprudencia no tiene en cuenta algunas circunstancias, la más importante es la información que proporciona la localización permanente y que dicha información no interfiere en el derecho a la intimidad por la exactitud de la localización, sino por la prolongación de la medida en el tiempo. Los sistemas de geolocalización se valen de la combinación de varias tecnologías que permiten la ubicación y el seguimiento durante largos periodos de tiempo, lo que implica generar perfiles de movimiento y comportamiento, con independencia de la mayor o menor precisión de estos aparatos. La jurisprudencia debería tener en cuenta este aspecto y no considerar la injerencia como leve para obviar de este modo la autorización judicial aquellas localizaciones que no establezcan un alto grado de precisión.⁷⁴

Se aprecia, por tanto, un déficit normativo respecto al material probatorio obtenido a través de medios técnicos. Así, es necesario, revisar, caso por caso y medio por medio, la aplicación analógica con la regulación legal más semejante así como la jurisprudencia de los tribunales, si bien la doctrina del TEDH exige la existencia previa de Ley para que la prueba pueda obtenerse cuando implica la injerencia en un derecho fundamental.⁷⁵

El TEDH se manifiesta sobre un aspecto estrechamente relacionado en la Sentencia del caso *Uzun c. Alemania*, de 2 de septiembre de 2010, en el que se declara que no había existido vulneración del artículo 8 del CEDH (respeto a la vida privada) en un supuesto de

concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia”.

⁷² STC 70/2002 de 3 de abril.

⁷³ PÉREZ GIL, Julio: “Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal”. *Diario La Ley*, 7371 (2010), págs. 307-354.

⁷⁴ DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: “Tecnología de Geolocalización y seguimiento al Servicio de la Investigación Policial. Incidencias sobre el derecho a la Intimidad”. *Revista de Derecho y Criminología*, 2 (2011), págs. 90-92.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 95.

instalación de un dispositivo de seguimiento en el vehículo de una persona investigada por delito de terrorismo. La medida, aun constituyendo una injerencia grave en la vida privada del demandante, estaba prevista por Ley, era proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y encontraba justificación en razones de necesidad, por lo que podía considerarse necesaria en una sociedad democrática.

La complejidad de la materia, sus matices y las singulares características de la normativa que la regula, hace necesario que futuras resoluciones del Tribunal Supremo vayan perfilando un cuerpo de doctrina atendiendo a las particularidades de cada caso en concreto, como ha venido ocurriendo con las conversaciones telefónicas.

3.1.2 Datos almacenados o visibles en memorias o pantallas de teléfonos móviles.

Doctrina y Jurisprudencia ha encuadrado este tema en determinar la naturaleza jurídica de los datos visibles en memorias o pantallas de teléfonos móviles y, de esta forma, determinar si la protección constitucional deriva en este caso del derecho a la intimidad o al secreto a las comunicaciones.⁷⁶

Cuando unos agentes policiales van a proceder a la detención de un sospechoso en posesión de un teléfono móvil cuyo contenido muestra interés policial realmente se están enfrentando a diversas hipótesis y escenarios en los que las soluciones no son precisamente uniformes, si tenemos en cuenta los intereses jurídicos en conflicto.

La primera situación a la que nos enfrentamos es el supuesto en el que el sospechoso, en el momento en que va a ser detenido, aún viendo como los agentes policiales se le acercan, mantiene la conversación, normalmente en el último intento de que su interlocutor pueda salvar el objeto del delito, o al menos escapar. Estamos ante el supuesto de un vehículo lanzadera y el que transporta la mercancía ilegal. Si el sospechoso ve como el vehículo policial se le cruza impidiéndole continuar la marcha, y aun así mantiene la conversación, esta consintiendo implícitamente algo que es inevitable: que los agentes policiales escuchen lícitamente lo que esta hablando. Y, consecuentemente, no pueden ponerse trabas a las percepciones sensoriales de los agentes policiales.⁷⁷

⁷⁶ RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: “Los dispositivos electrónicos de posicionamiento global (GPS) en el Proceso Penal”. *Diario La Ley*, 7945 (2012).

⁷⁷ RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: “Incautación policial de teléfonos móviles y secreto de las comunicaciones”. *Diario La Ley*, 7536 (2010).

Respecto a la autoinjerencia del policía, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mostró en todo momento unánime en considerar que la captación de contenidos de comunicaciones por parte de uno de los interlocutores, ni afectaba al derecho a la intimidad de los demás (STS 1017/2001, de 9 de junio), ni menos al secreto de las comunicaciones de quienes intervenían como emisores, receptores o interlocutores (SSTS 710/2000, de 6 de julio; 2081/2001, de 19 de noviembre, y 541/2002, de 20 de marzo). Tal permisividad habría de tener como frontera la STS 178/1996, de 1 de marzo, con la prohibición de no utilizar la técnica como forma de conseguir, de forma capciosa o antijurídica, una prueba anticipada de confesión del autor de determinado delito.

Podrían plantearse dudas sobre si esta misma solución se extendería a la simple visualización de la información que aparece en la pantalla cuando el teléfono es incautado por los agentes policiales en el momento mismo de la detención. Mientras que el sospechoso no active el botón de finalización de llamada, el número de teléfono o el nombre aparecen en la pantalla del terminal y puede ser visto por cualquiera sin activar función alguna. Pero ante la pregunta de si podría entenderse que el acceso a esa información que aparece en la pantalla fuera un conocimiento antijurídico de la identidad del interlocutor hay que dar una respuesta negativa. Otro problema muy distinto sería el registro de llamadas o los mensajes SMS.⁷⁸

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo 1273/2009 distingue lo que es la simple visión por agentes policiales del número que aparece en pantalla de llamada en curso en el momento de la detención, frente al acceso a la agenda del teléfono móvil para comprobar identidades y coincidencias de números telefónicos, y al simple examen del tráfico de llamadas para comprobación de contactos; pese a lo cual somete a todos al mismo régimen jurídico de la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, distinguiendo claramente lo que son contenidos, sí sometidos a tal protección constitucional, de los simples datos de tráfico o informaciones sobre interlocutores, protegidos por otras esferas de nuestro derecho constitucional, el derecho a la intimidad. En ese ámbito íntimo, trata estos dos problemas de manera diferente:

- “La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que

⁷⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “La fuente de conocimiento del número de terminal objeto de intervención telefónica”. *Diario La Ley*, 7371 (2010).

tenga a la vista el aparato, no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación” (STS 1273/2009, de 17 de diciembre).

- “...el acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial..., no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal intervenido, que se recabe la debida autorización judicial” (STC 230/2007, de 5 de noviembre y en el mismo sentido, STS 1273/2009).

Esta línea jurisprudencial se inicia en la STC 70/2002, de abril, permitiendo la posibilidad de segregación entre el ámbito protector del secreto de las comunicaciones y su interconexión con la protección del derecho a la intimidad, cuando la comunicación debe considerarse consumada, es decir, cuando ha finalizado el proceso en que la comunicación consiste; momento en que la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos, en concreto la protección de datos de carácter personal.

En el mismo sentido se trata el tema del examen del contenido de una agenda⁷⁹. La STS 1315/2009, de 18 de diciembre, escapan claramente del ámbito protector del derecho al secreto de las comunicaciones, haciéndose depender de las necesidades de sacrificio del derecho a la intimidad del poseedor del teléfono, en función de la prevalencia de los principios de proporcionalidad y necesidad de la medida con la oportuna autorización judicial.⁸⁰

“El examen de la agenda de que dispone un terminal móvil, no cabe estimar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones” (STS 1273/2009, de 17 de diciembre).

⁷⁹ CANAY, Sonia: “Cuando la agenda del móvil te sitúa en el lugar del delito.” Departamento Jurídico-laboral de SIGA, 2013 (Blog Laboral) <http://reformalaboral.blogsiga.net/> Consulta: 3 de Julio de 2014.

⁸⁰ PULIDO QUECEDO, Manuel: “La agenda de contacto de los móviles y el derecho a la intimidad”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 869 (2013), pág. 2 y VALLÉS CAUSADA, Luis: “La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal”. Tesis, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012.

Estos requisitos de proporcionalidad y necesidad aplicables a cualquier injerencia en el derecho a la intimidad pueden resumirse de la siguiente manera:⁸¹

- Idoneidad. Debe existir una relación de adecuación entre el acceso al dispositivo electrónico y el fin perseguido. De esta forma, aquél debe servir objetivamente para la finalidad constitucionalmente legítima, esto es, conseguir datos útiles para investigar las circunstancias del delito.
- Necesidad. Dicho acceso ha de resultar estrictamente necesario para la finalidad de la investigación, esto es, solamente podrá acordarse cuando el mismo fin no pueda lograrse por otro medio menos gravoso para el afectado. En definitiva, nos encontramos ante una cláusula de subsidiariedad, de tal manera que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa.
- Medida para investigar un hecho que integre el objeto del proceso penal, y no meros indicios o sospechas.
- Proporcionalidad en sentido estricto. Consiste en la determinación, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de los bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, de si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.
- Para que el acceso al dispositivo electrónico resulte proporcional en el caso concreto, deben tenerse en cuenta varios criterios:⁸²
 - a) Criterio de la expectativa de las consecuencias jurídicas del delito, es decir, deberá tenerse en cuenta la gravedad de la pena señalada al delito que se está investigando.

⁸¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín: “Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivo electrónico para la investigación de delitos”. *Diario La Ley*, 8202 (2013).

⁸² *Ibidem*.

- b) Criterio de la importancia de la causa que, entre otras circunstancias, viene determinada por la naturaleza del bien jurídico lesionado, las concretas formas de manifestación del hecho (la habitualidad en la comisión delictiva, la peligrosidad social de los efectos del hecho, etc.) y las circunstancias relevantes en la persona del imputado (la tendencia a cometer hechos de la misma naturaleza o la especial intensidad del comportamiento delictivo).
- c) Criterio del grado de imputación. El Estado podrá restringir un derecho fundamental sólo en aquellos supuestos en los que exista un grado suficiente de imputación de un delito, es decir, cuando existan razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que se haya cometido un delito.

Como ya hemos manifestado en el apartado anterior, la Policía Judicial podrá realizar determinadas prácticas que constituyen una leve injerencia en la intimidad de acuerdo al principio de proporcionalidad y con previa habilitación legal.

3.1.3 Intervenciones telefónicas en el ámbito laboral.

Una cuestión que ha generado grandes debates doctrinales y variaciones jurisprudenciales es la intimidad de los trabajadores en relación al poder de vigilancia del empresario. Aunque luego nos detendremos con más calma en este tema en el apartado de los ordenadores es necesario hacer una pequeña referencia a las intervenciones de escuchas telefónicas mantenidas por los empleados.

La regla general es que el empresario no podrá intervenir las conversaciones telefónicas de sus trabajadores a menos que el teléfono sea el medio a través del cual se realiza la prestación laboral, como ocurriría en el caso de la técnica del “tele marketing”⁸³, ya que en estos supuestos, y previo aviso a los trabajadores, el empresario podrá vigilar dichas conversaciones con el objeto de corregir prácticas realizadas en el desempeño del trabajo.⁸⁴

3.2 Ordenadores.

⁸³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 729/2006 de 26 Enero.

⁸⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: “Videocámaras y poder de vigilancia”. *Aranzadi Social*, 5 (1999), págs. 1121 y ss.

Hasta el momento hemos tratado la intimidad en el ámbito de la telefonía móvil en un sentido tradicional, es decir, analizando los problemas surgidos a partir del registro de llamadas, de la bandeja de SMS, el número de contacto que aparece en la pantalla... Sin embargo, en la actualidad, se ha desarrollado lo que se denomina “teléfono inteligente” o “smartphones”. Es un teléfono móvil construido sobre una plataforma informática móvil, con una mayor capacidad de almacenar datos y realizar actividades semejantes a una mini computadora, y con una mayor conectividad que un teléfono móvil convencional.

Por lo tanto, el estudio de los problemas que puedan surgir de su funcionamiento y prestaciones van a ser analizados en este epígrafe que incluye dentro de la tecnología electrónica, aparatos como smartphones, tabletas, ordenadores, dispositivos USB, ZIP, Cd-Rom, DVD, reproductores de MP3 ó MP4, servidores de información, entre otros.

El ordenador es el instrumento por excelencia empleado para guardar todo tipo de documentos cuya apertura y análisis supone entrar en la esfera íntima y privada de la persona. Una inapropiada utilización de los ordenadores caracterizados por su potencia y capacidad, han agravado las amenazas que se ciernen sobre el individuo respecto a su derecho a conservar la intimidad de su vida privada.

3.2.1 Ordenador personal y derecho a la intimidad.

Para comenzar este apartado es preciso realizar un apunte previo: “En cualquier caso, intimidad y secreto de las comunicaciones no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos; propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.”⁸⁵ El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones”.⁸⁶

“La apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello no es en todo caso imprescindible la autorización judicial, salvo el acceso a correos electrónicos. Los documentos no

⁸⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁸⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. B: “El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”. *Revista Pensamiento Constitucional*, 16 (2012).

“El bien constitucionalmente protegido es, pues, el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida”. (SENDRA Gimeno, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2008).

integrados en un proceso de comunicación y almacenados en archivos informáticos, bien en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, tendrían la consideración de simples documentos y, por tanto, sólo resultarían en su caso, protegidos por el derecho a la intimidad”.⁸⁷

Esta Jurisprudencia Constitucional trata un problema que se ha dado en múltiples ocasiones, y que se puede resumir de la siguiente manera: los documentos contenidos en un ordenador no están protegidos por el secreto de las comunicaciones, ya que no existe interferencia en las mismas, pero si podría verse afectado por el derecho a la intimidad como veremos a continuación.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de Mayo de 2009 entiende que los documentos contenidos en el ordenador constituyen un bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad aunque afirman que no existe vulneración porque en ese caso los archivos se encontraban en el ordenador familiar, siendo libre su acceso por parte de los miembros de la familia. Además, por cuanto el contenido de la información obtenida por su madre justifica la intervención de la misma en los términos declarados en la sentencia. Los menores son evidentemente titulares plenos de sus derechos fundamentales, de forma que la incidencia de la patria potestad sobre su ejercicio debe modularse teniendo en cuenta la madurez del niño y conforme a la legislación que regula la capacidad de obrar de aquéllos. El supuesto de hecho era el hallazgo por la madre de un menor de contenido pedófilo en el ordenador que había usado su hijo y que había llevado a la policía.⁸⁸

Por el contrario si considera vulnerado el derecho a la intimidad, a pesar de la existencia de ese ámbito familiar, la instalación de un programa «espía» en el ordenador con el que se accede al correo electrónico del cónyuge. Es indiferente que el fin último del autor fuese impedir que se atribuya a la madre la custodia de la hija común.⁸⁹

Pero la Jurisprudencia más relevante debido a su trascendencia, ya que hasta ese momento no había existido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, deriva de la Sentencia 173/2011 de 7 de Noviembre sobre los discos duros de los ordenadores como instrumentos de almacenamiento personal de información susceptible de protección.

⁸⁷ STS 782/2007, de 3 de Octubre.

⁸⁸ STS 5215/2009 de 20 de Mayo.

⁸⁹ STS 272/2007 de 21 de Marzo.

Los ordenadores son objetos comunes de uso cotidiano desde hace varios años pero hasta esa sentencia no ha existido jurisprudencia constitucional que regulara el acceso a los archivos contenidos en estos aparatos, ni siquiera, un pronunciamiento de este tribunal acerca de que estos contenidos se encontraban amparados por el derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la Constitución.

Un razonamiento lógico conduce a la conclusión de que cualquier actuación consistente en el examen de esos archivos podría suponer una injerencia en la esfera íntima de la persona. Por ello, se debería contar con la autorización del propietario, o en su defecto, con la del juez competente.

Consecuentemente, la cuestión planteada era importante ya que colocaba a los órganos judiciales ante la posibilidad de establecer las bases de actuación cuando la investigación del delito se sirve de un objeto de uso tan extendido como es un ordenador personal.⁹⁰

Los hechos del presente caso son los siguientes: una persona acude a un taller de reparación de ordenadores para que le arreglen su portátil, pues la grabadora de DVD esta estropeada. Una vez realizada la correspondiente reparación, el operario se pone a comprobar que funciona correctamente, y por ello, entra en algunos archivos de la carpeta “mis documentos” en los cuales se reproducen imágenes y videos de contenido pedófilo y decide acudir a la policía con el ordenador.

Los informáticos policiales sin consentimiento ni conocimiento de su propietario, acceden para comprobar los hechos al fichero eMule/Incoming al objeto de constatar si el interesado esta compartiendo los ficheros pornográficos con otras personas para integrar el tipo penal⁹¹, haciéndose patente que así es, y ante ello se detiene al propietario del portátil

⁹⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Derecho a la intimidad, investigación policial y acceso a un ordenador personal. Comentario a la STC 173/2011, de 7 de noviembre”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 92 (2012), pág. 5.

⁹¹ Dependiendo de si existe o no esa difusión de material pedófilo el tipo delictivo imputado seria:

- Artículo 189.1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

que es condenado por la Audiencia Provincial de Sevilla. El condenado interpone recurso de casación argumentando la ilicitud de la prueba desde el momento en que se ha accedido a su ordenador sin su consentimiento ni permiso judicial. Estima que ello le ha vulnerado su derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE.

El Tribunal Supremo destaca algo importante: es práctica necesaria la de acceder al disco duro del portátil para poder comprobar que la reparación estaba bien hecha, y además, el cliente comentó al responsable del taller que no existía contraseña de acceso y se podía acceder a los archivos para comprobar el resultado de la reparación. El TS continúa diciendo que el detenido no había dispuesto ámbito de privacidad en relación con esos archivos y, por tanto, no se ha vulnerado el derecho fundamental.⁹²

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional no se había pronunciado sobre la materia. Sin embargo, eran muchos los argumentos que apoyaban la tesis sobre la necesidad de autorización judicial como válidamente afirma Diego Silva:⁹³

- En el ordenador personal se guardan todo tipo de documentos y su apertura y análisis supone entrar en la esfera íntima y privada de la persona. En el presente caso, además, no existen razones de urgencia que aconsejaran una actuación policial inmediata porque el ordenador estaba apagado, intervenido y en poder de la policía.
- Si de acuerdo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cualquier carta remitida necesita de autorización judicial para su apertura, lo mismo cabría exigir de un

-
- Artículo 189.2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

⁹² ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio: “Ordenador personal y derecho a la intimidad. (Comentario de la STC de 7 de noviembre de 2014)”. *Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 133 (2012), pág. 196.

⁹³ SILVA MERCHANTTE, Diego: “El derecho a la intimidad ante el registro de los archivos contenidos en un ordenador personal: sentencia del TC 173/2011 de 7 de noviembre”. *La Toga*, 187 (2013).

ordenador, donde existen más archivos y documentos de carácter íntimo que una carta. Además, esta jurisprudencia exige presencia del interesado.

- La jurisprudencia ha ido extendiendo las garantías para la limitación de los derechos fundamentales del art. 18 de la Constitución, de tal forma que lo importante no es tanto el medio o instrumento a través del cuál se realice la comunicación sino la capacidad del mismo para albergar material “íntimo o personal”.
- En atención al Tribunal Constitucional, su jurisprudencia afirma que: “Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás (...) La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir esta, los efectos intervenidos que pueden pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial para que sea el juez quien los examine”.

No obstante, la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo, en contra de estos argumentos, basan su fundamentación en que el acusado había especificado que para acceder al ordenador no era necesario contraseña, lo que equivalía a no establecer ninguna limitación. También se basaron en que el acusado tenía configurado el programa “e-mule” de manera que todos los archivos del disco duro estaban a disposición de cualquier usuario. Pero la actuación de la policía no se limitó a analizar los archivos descargados de la red, sino todos los contenidos en el disco duro.

El condenado acude al amparo constitucional reiterando básicamente los mismos argumentos que ante el Tribunal Supremo, manteniendo que se han obtenido pruebas de forma ilícita con vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías. El Tribunal Constitucional argumenta lo siguiente:

“Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas,

fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.”⁹⁴

Respecto al argumento del Tribunal Supremo sobre el consentimiento tácito que legitimaba tanto la actuación del profesional como de los agentes, afirma lo siguiente:

“la autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento de informática, en la forma expuesta, no puede extenderse al posterior acceso a los archivos por parte de la policía. Tal como hemos afirmado anteriormente, el derecho a la intimidad personal se vulnera también cuando, aun autorizada su intromisión en un primer momento, se subvierten después los términos y el alcance para el que se otorgó. Como hemos visto, en el presente caso el alcance de la autorización dada se circunscribía a la manipulación por parte de dicho profesional del portátil para que procediera a la reparación del equipo informático, lo que no puede erigirse en legitimación para una intervención posterior realizada por personas distintas y motivada por otros fines. Lo contrario significaría asignar a un acto concreto de autorización una eficacia genérica *erga omnes* y temporalmente indeterminada, argumento que, sin duda, se revela contrario a los márgenes de disponibilidad de los derechos fundamentales, basados en la voluntad de su titular y cuyo alcance sólo a él corresponde delimitar”⁹⁵

A su vez manifiesta que el empleo de un programa de intercambio de archivos no supone un consentimiento para examinar el resto de archivos del ordenador.

“Tampoco el hecho de que el recurrente permitiera a través del programa *eMule* este acceso de otros usuarios a sus archivos, puede erigirse en una suerte de autorización genérica frente a posteriores y distintas injerencias en el ámbito reservado de su

⁹⁴ STC 173/2011 de 7 de Noviembre.

⁹⁵ *Ibidem*.

intimidad, a pesar de que ha sido éste el argumento utilizado aquí tanto por la Audiencia Provincial de Sevilla como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.”⁹⁶

En resumen, nuestro Alto Tribunal declara que el contenido de los archivos almacenados en un ordenador personal se encuentra amparado por el derecho fundamental a la intimidad por lo que es necesario una autorización expresa y clara para poder acceder a estos, y niega que la utilización de programas de intercambio de archivos en la red implique una renuncia al derecho.⁹⁷

La conducta del informático responde al deber general de colaboración de los ciudadanos en la persecución del delito cuyo conocimiento alcanzó en virtud de un hallazgo causal. Sin embargo, respecto a la actuación policial el Tribunal Constitucional considera que el amparo no procede porque:

“aunque descartada la existencia de una autorización por parte del recurrente que facultase a la policía para supervisar su ordenador personal nos corresponde analizar si en todo caso su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal”.⁹⁸

En opinión de este Tribunal, la conducta adoptada por la policía perseguía un fin legítimo ya que se enmarcaba dentro de las investigaciones que ésta realizaba, dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil. Finalmente, si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, de acuerdo a lo manifestado por el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general que permite nuestra Jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

En este mismo punto, la magistrada del Tribunal Constitucional Dña. María Elisa Pérez Vera opina de forma contraria. Considera que estando el ordenador físicamente en poder de la policía, las diligencias de investigación deberían haber esperado a que su realización

⁹⁶ *Ibídem*.

⁹⁷ CARRASCO DURÁN, Manuel: “El incidente de nulidad de actuaciones”. *Aranzadi Doctrinal*, 9 (2014).

⁹⁸ *Ibídem*.

contara con autorización judicial. Afirma que no existe la posibilidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos. El acceso a archivos de Internet sólo puede realizarse si el terminal en cuestión esta conectado a la red, por lo que en nada se hubiera puesto en riesgo la labor investigadora de la policía, si estando dicho terminal en su poder, se mantiene apagado hasta lograr la preceptiva autorización. En definitiva, no existe la urgente necesidad que se aprecia en la sentencia para obviar la autorización judicial y por tanto, no existen otros intereses constitucionalmente relevantes. Concluye diciendo que se ha vulnerado el derecho a la intimidad.⁹⁹

Mientras que la opinión mayoritaria del TC considera que la actuación de la policía era necesaria atendiendo a las circunstancias, la Magistrada en su voto particular defiende la inexistencia de algún tipo de riesgo que motive la actuación de la policía por la concurrencia de las circunstancias ya analizadas.

A partir del análisis de esta sentencia debemos manifestar algunas discrepancias sobre la misma.

Acertadamente Alejandro Sanz opina que el Tribunal Constitucional debería haber afirmado con mayor rotundidad que el ordenador personal en sí es inviolable, al margen del contenido que porte y que sólo cabría registro previa autorización del titular del mismo o su defecto de autorización judicial, salvo supuestos de flagrante delito. Esto es lo coherente con la significación actual del ordenador para la intimidad del usuario.¹⁰⁰

En efecto, sostiene el Tribunal Constitucional que el ordenador personal es “medio idóneo” para ejercer intimidad, lo que impone como regla que cualquier registro cuente con autorización. La regla puede ser excepcionada cuando, previa habilitación legal, la intromisión resulte urgente, necesaria, adecuada y proporcionada para salvaguardar otros bienes constitucionalmente valiosos. Excepción que resulta muy problemática aplicada a un ordenador y que debería haber sido tratada con el necesario rigor que deriva de un

⁹⁹ STC 173/2011 de 7 de Noviembre. Voto particular de la Magistrada Dña. María Elisa Pérez Vera.

¹⁰⁰ SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Catedrático de Derecho Constitucional, Universitat Pompeu Fabra. GARCÍA ALBERO, Ramón (Catedrático de Derecho Penal Universidad de Lleida). “La cara y la Cruz” en *legaltoday.com*, “¿Se puede entrar al ordenador personas sin autorización?”. Consulta: 28 de Abril de 2014.

supuesto de esta relevancia. Los argumentos esgrimidos para afirmar tal excepción son bastante confusos:

- La necesidad de comprobar la veracidad de lo denunciado. Identificado el presunto autor y estando en sede policial el ordenador no existe dicha necesidad.
- Indicar que el autor pueda borrar a distancia archivos de un ordenador apagado, como afirma la sentencia, es absolutamente imposible. De ninguna manera, la información desaparecería de los registros.
- No existe urgencia motivada por pérdida de fuentes, de pruebas, de responsables, de cese de conducta delictiva, evitar que se consuma un mal inminente, etc.

En definitiva, la situación actual requiere nuevos avances legales y jurisprudenciales acordes con las nuevas realidades tecnológicas, pues está en juego tanto el principio de seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales, como el funcionamiento adecuado de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la investigación criminal.¹⁰¹

3.2.2 Ordenador en el ámbito laboral y derecho a la intimidad

Es de sobra conocido por todos que las nuevas tecnologías se han implantado definitivamente en las relaciones laborales. Esta progresiva incorporación ha ido generando incontables problemas para una legislación laboral que, no lo olvidemos, proviene en sus aspectos generales de mediados del siglo pasado. Multitud de cuestiones que en la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, allá por marzo de 1980, no se podían ni siquiera imaginar. El vertiginoso proceso de implantación de estas tecnologías ha provocado que la legislación laboral española, a pesar de sus múltiples reformas y contrarreformas, no ha sabido o no ha podido adaptarse a la nueva realidad de las empresas y los trabajadores lo que ha determinado la enorme importancia de la Jurisprudencia.¹⁰²

Un punto de partida para delimitar el ámbito de ejercicio del derecho a la intimidad en la empresa, puede arrancar de la diferenciación entre una esfera de prestación laboral y una

¹⁰¹ R., AGUSTINA, José: “Interrogantes en torno a las diligencias preliminares ante la ciberdelincuencia. Sobre la garantía del derecho a la intimidad en el registro del ordenador (a propósito de la STC 173/2011)” En *La Ley*, 98-99 (2012).

¹⁰² GÓMEZ SANCHIDRIAN, Daniel: “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico e Internet”. *Revista Digital Acef/Udima* (Noticias Jurídicas), 2012.

esfera personal ajena a la prestación laboral. Los cajones del escritorio, la taquilla, los lugares de aseo o descanso del trabajador formarían parte de la esfera personal, mientras que los archivadores de uso compartido, el interior de una furgoneta de empresa o el ordenador de trabajo, formarían parte de la esfera laboral.¹⁰³

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Septiembre de 2007¹⁰⁴ dice que: “tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla, forman parte de la esfera privada de aquel y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene por tanto facultades de control sobre su uso. Por otra parte con el ordenador, se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento.”¹⁰⁵

Las decisiones de los tribunales españoles no son sin embargo uniformes en estos casos como veremos a continuación.

- En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de Octubre de 1998¹⁰⁶, se declara la procedencia de un despido disciplinario basado en la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza por parte de un trabajador que había utilizado el ordenador para fines no laborales. Además de probarse que se había estado conectando en horas de trabajo a páginas de diarios en Internet y visitando otras páginas de ocio, charlas de caza o páginas de contenido sexual. Para la prueba de los hechos determinantes del despido disciplinario, la empresa aportó los registros de sus ordenadores en los que

¹⁰³ SUÁREZ ESPINO, María Lidia: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”. *Diario La Ley*, 7906 (2012).

¹⁰⁴ STS 6128/2007 de 26 de septiembre.

¹⁰⁵ Artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores: El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 721/1998 de 16 de octubre.

aparecían todas las conexiones realizadas. La sentencia consideró que no había existido vulneración de la intimidad del trabajador, destacando la licitud de la prueba.

- En sentido contrario, se manifestó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 25 de Febrero de 2000¹⁰⁷, que consideró que el ordenador de trabajo forma parte del ámbito de la intimidad del trabajador. En el caso enjuiciado, el empresario había procedido a efectuar un registro en el terminal informático que utilizaba el trabajador ante la sospecha de que lo empleaba para fines personales, además de los laborales. Durante ese registro, el empresario procedió a efectuar una copia de varios archivos guardados en el disco duro del ordenador, concretamente en la carpeta “mis documentos”. El empresario le impuso la sanción correspondiente. Los fundamentos de derecho de la sentencia, establecen, por un lado, que el ordenador a estos efectos debe asimilarse a la taquilla, añadiendo a renglón seguido, que no podemos olvidar, que dicho ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines diferentes que la realización de la actividad laboral. Consagra, finalmente, una suerte de derecho de utilización exclusiva por parte del trabajador de los medios de producción que la empresa pone a su disposición, al señalar, que “la posibilidad de efectuar registros en las terminales de ordenador de los trabajadores no es un derecho absoluto e incondicionado de la empresa, puesto que al establecerse por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores determinadas condiciones para los registros de los efectos personales del trabajador (ordenador), éstas han de cumplirse y la empresa en cuestión ni siquiera adujo causa o motivo alguno para la realización del registro”. Por ello y finalmente la sentencia que estamos analizando, declara que el registro violó el derecho a la intimidad del trabajador.

En relación a sentencias más actuales del Tribunal Supremo podemos destacar dos posturas diferenciadas¹⁰⁸:

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 389/2000 de 25 de Febrero.

¹⁰⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”. *Diario La Ley*, 8053 (2013).

MARÍN CORREA, José María: “Intimidad personal y control de ordenadores de la empresa”. *Revista Actualidad Laboral*, 13 (2011).

- Una primera línea jurisprudencial, fijada por la sentencia de 26 de septiembre de 2007¹⁰⁹ considera que para que decaiga toda expectativa de cobertura del derecho a la intimidad es preciso tanto que el empresario haya establecido una prohibición de uso personal del ordenador como que, además, se haya advertido expresamente a los trabajadores de que los ordenadores están siendo monitorizados o, más en general, que se han establecido determinadas medidas de control sobre su uso. El Tribunal Supremo afirma en esta Sentencia que: “De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad”.
- Sin embargo, la Sentencia de 6 de octubre de 2011¹¹⁰ ha concluido que bastará para que esa expectativa de privacidad decaiga que el empresario haya establecido una prohibición de uso personal, y sin que sea preciso exigir, además el expreso aviso de fiscalización. En este caso, el acceso al equipo del trabajador se llevo a cabo con la instalación de un software “espía” que permitía conocer y almacenar el historial de navegación de internet sin que la trabajadora fuera informada previamente de ello. Ante la alegación de la trabajadora de que su despido se fundó en datos obtenidos con vulneración de su derecho a la intimidad, rechaza el tribunal esa pretensión argumentando que “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”.¹¹¹

Como conclusión a estas variaciones jurisprudenciales, considero que la puesta a disposición del correo electrónico y de ordenadores personales genera una cierta expectativa de tolerancia hacia el uso personal de tales instrumentos, de acuerdo con lo que

¹⁰⁹ STS 6128/2007 de 26 de septiembre.

¹¹⁰ STS 8876/2011 de 6 de octubre.

¹¹¹ GÓMEZ SANCHIDRIAN, Daniel: “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico y de Internet”. *Revista Digital Acef/Udima* (Noticias Jurídicas), 2012.

hoy en día es un uso generalizado. Debemos considerar que el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, y ello, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, impide reconocer legitimidad a cualquier límite incondicionado de las comunicaciones de los trabajadores. En un sentido similar se manifiesta Manuel Carrasco.¹¹²

Situados en un ámbito jurídico en el que consideramos que hay que tender a garantizar los derechos fundamentales, poner a disposición de los trabajadores un ordenador y un programa de correo electrónico no autorizaría al empresario a adoptar medidas de vigilancia de estos aparatos sin un previo aviso. Sin embargo, estas medidas podrían estar legitimadas si existiera una causa suficientemente grave y urgente en el ámbito de la empresa como para justificar esos controles (indicios objetivos de que se está brindando información importante a otra empresa de la competencia por el correo electrónico de un trabajador¹¹³).

En ese mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Así, en el caso *Copland contra Reino Unido*, ha reconocido que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo y la información derivada del uso personal de Internet pueden ser incluidos en los conceptos de “vida privada” de manera que consideró contrario al artículo 8 del Convenio el seguimiento del correo electrónico de la persona demandante debido a la falta de habilitación legal para ello, y solo admitió la posibilidad de controlar el uso del correo electrónico e Internet en la empresa cuando ello pudiera considerarse «necesario en una sociedad democrática» en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo.¹¹⁴

Otro asunto que puede llegar a plantear serios conflictos entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y la facultad de vigilancia y control que tiene el empresario es la instalación de circuitos cerrados de vigilancia de imagen y/o sonido en el centro de trabajo. En la resolución de esta cuestión, la clave nos la da la STC 186/2000, de 10 de Julio. El supuesto de hecho se basa en la denuncia efectuada por tres empleados que ejercían labores de cajeros y que recurrían sus respectivas sanciones y despidos por entender que la captación de su imagen por medio de un circuito cerrado de TV, las cuales abarcaban únicamente el ámbito de las cajas registradoras y el mostrador de paso, vulneraban su derecho a la intimidad. En este supuesto de hecho, las imágenes captadas confirmaron las sospechas

¹¹² STC 241/2012 de 17 de diciembre.

¹¹³ CARRASCO DURÁN, Manuel. “El incidente...”, cit., pág. 11 y ss.

¹¹⁴ STEDH de 3 de abril de 2007. Asunto *Copland contra Reino Unido*.

que tenía la empresa sobre la conducta desleal de los tres trabajadores al constatar serios desajustes en la cantidad facturada por las máquinas registradoras.

La doctrina que sienta al respecto el Tribunal Constitucional se puede resumir en los siguientes puntos:

- El empresario puede utilizar medios audiovisuales de control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero no la vida íntima, circunscribiéndose a aquellos otros en que se realiza la prestación de servicios, si sospecha razonablemente de la comisión de conductas ilícitas graves por parte de los trabajadores.
- Dado que los derechos fundamentales gozan de una posición preeminente, la limitación de los mismos debe ajustarse al principio de proporcionalidad (es decir, ver si se cumplen los requisitos de necesidad, obligatoriedad y proporcionalidad en sentido estricto).
- El hecho de que la instalación del circuito de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa carece de trascendencia constitucional ya que de lo que se trataba era de averiguar si efectivamente se estaba cometiendo conductas ilícitas o irregulares por parte de tres trabajadores determinados sobre los cuales había sospechas fundadas, y no genéricamente. Ello supone que cuando se haga indiscriminadamente es necesario advertir a los trabajadores sobre dichos controles.¹¹⁵

3.2.3 “Google Glass”.

Uno de los avances tecnológicos más importantes en los últimos años son las denominadas “Google Glass”. Se trata de unas gafas que incorporan en uno de sus lados un pequeño visor acoplado a un miniordenador que va pegado a la patilla. En dicho dispositivo hay una cámara que realiza fotos, videos o grabaciones.¹¹⁶

¹¹⁵ SUÁREZ ESPINO, María Lidia: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”. *Diario La Ley*, 7906 (2012).

¹¹⁶ Google Glass, las gafas tecnológicas de Google, en <http://www.panchonet.net/>.

Esta gran innovación, exponente máximo de una tanda de dispositivos que conforman la tecnología “*wearable*” o tecnología para vestir, han generado una enorme polémica respecto al derecho a la vida privada o protección de datos y el derecho a la intimidad.

Vamos a examinar, en primer lugar, los riesgos para la protección de datos de carácter personal (18.4 CE). Google Glass puede reconocer rostros con una nueva aplicación. Ha sido desarrollada por una firma externa a Google, con la que se puede reconocer el rostro de una persona y acceder a información de ella en la red. En principio, Google decidió eliminar esa funcionalidad del Software, ya que era una de las que mas complicaciones legales relacionadas con la vida privada y eventual violación de la intimidad de las personas podía conllevar.

El funcionamiento es el siguiente: el usuario que porta las gafas a través del reconocimiento facial de la persona que tiene delante, asocia su rostro a su perfil de facebook, google + y demás redes sociales o servicios de Internet. Todo lo que la cámara capture se procesa mediante un micro-monitor a través de una aplicación de realidad aumentada que muestra los datos existentes en Internet de una persona, un edificio, un objeto o cualquier cosa indexada por google.

La primera conclusión, aunque no exenta de debate, es que, en principio, las Google Glass no supone una violación del artículo 18.4 de la CE. Es cierto que permitirá saber todos los datos personales de cualquier persona sin que se dé cuenta pero esta función la realiza mediante la asociación de una persona con su perfil público en Internet. Ese perfil se genera a partir de las fotos que subimos a facebook, la publicación de nuestros gustos, nuestro teléfono móvil en alguna web, la última película que hemos visto o nuestro trabajo y puesto actual en LinkedIn... Todo es información que previamente el usuario ha consentido que permanezca en Internet. Por tanto la única diferencia a cualquier Smartphone es la automatización del proceso en la obtención de información. Eso sí, única pero quizá importante diferencia que podría provocar problemas en estos próximos años para la privacidad del individuo.¹¹⁷

En segundo lugar es necesario analizar este aparato desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Aunque como ya hemos comentado, estas gafas en un principio no se verán

¹¹⁷ FERNÁNDEZ PORCEL, Luis Antonio: “¿Son las Google Glass una vulneración de la privacidad?”. En <http://www.lexnems.es/>. Consulta: 3 de Mayo de 2014.

envueltas en la cuestión de la protección de datos, ello no excluiría que se vieses implicados otros derechos no menos importantes. Estamos hablando del derecho a la intimidad o la propia imagen.

Estas gafas permiten, entre otras cosas, grabar y hacer fotos en tiempo real en relación a lo que su usuario este visualizando en el momento en que las porte. El problema añadido es que dichas imágenes se podrán transmitir en tiempo real por Internet (hacia una red social, una web, una sesión de chat, correo electrónico, etc.) pudiendo en tal caso, llegar a cualquier lugar del mundo, desapareciendo de tal modo cualquier atisbo de intimidad que pudiese rodear o envolver al ámbito objeto de grabación.¹¹⁸

Además, su funcionamiento puede pasar inadvertido para una tercera persona. Así por ejemplo, se está planteando una actualización que haga que puedan tomarse fotografías con un guiño de ojo.

La Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen establece que: “no se podrán realizar fotografías de personas en su vida privada o fuera de ella, salvo que sea en un lugar y contexto público y no se utilicen para fines mercantiles o publicitarios”.

Casos o supuestos claros en los que se debería obtener el consentimiento de la persona a la que grabemos serían aquellos en los que el sujeto a grabar dé a entender o se deduzca del contexto y usos sociales que no desea ser grabado (alguien desnudo en un vestuario por ejemplo). Casos en los que no haría falta este consentimiento (afirmación realizada con las debidas cautelas) serían aquellos en los que el sujeto este en un lugar público y dé a entender que no le importa ser visto (un parque público).

El problema anterior se complica, dado que, por poner un caso, una persona puede estar en una playa en top less, sin importarle ser vista así en ella, pero por el contrario no le agradaría que pusiesen su imagen en el tablón del centro docente en el que trabaja, o en un sitio web. Los supuestos pueden ser numerosos y complejos.

De hecho, un mal empleo de las gafas podría dar lugar, incluso, a la comisión de delitos. El denominado descubrimiento y revelación de secretos, si la persona que graba tiene la

¹¹⁸ GONZÁLEZ VILLAMIL, Carlos. “Las Google Glass son una fuente inagotable de polémica. En <http://www.movilzona.es/>. Consulta: 3 de mayo de 2014.

intención de acceder a aspectos reservados del grabado, y sin su autorización, efectúa la captación de imágenes.

Atendiendo a la normativa de protección de datos sería obligado advertir que se está grabando, teniendo además que ser lícita dicha captación de imágenes. Esto es, por el mero advertir no estará ya justificada la grabación, sino que habrá de ser proporcional en relación al fin pretendido (video vigilancia por ejemplo) y adoptarse como última y única medida posible. El problema radicaría en decidir qué hacemos con la obligación legal de poner un cartel que advierta de todo ello. Javier Hernández Martínez ironiza con esta cuestión “¿se lo ponemos como peineta al grabante?”.¹¹⁹

Todavía no han sido comercializadas pero la polémica de los riesgos que pueden producir sobre la intimidad y privacidad ya han salido a debate y están lejos de resolverse. De hecho, muchos bares o restaurantes ya han prohibido su empleo en sus establecimientos para evitar posibles riesgos y salvaguardar la intimidad de sus clientes.¹²⁰

3.3 Intimidad y redes sociales.

3.3.1 Introducción y concepto.

Como afirma Rizo García, “Las redes son, antes que nada, formas de interacción social, espacios sociales de convivencia y conectividad. Se definen fundamentalmente por los intercambios dinámicos entre los sujetos que las forman. Las redes son sistemas abiertos y horizontales, y aglutinan a conjuntos de personas que se identifican con las mismas necesidades y problemáticas. Las redes, por tanto, se erigen como una forma de organización social que permite a un grupo de personas potenciar sus recursos y contribuir a la resolución de problemas”.¹²¹

¹¹⁹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Javier: “Google Glass: algunos aspectos legales”. Publicado en www.proteccionlegal.com. Consulta: 4 de mayo de 2014.

¹²⁰ “Un bar de Seattle prohíbe el uso de Google Glass por privacidad. Los gerentes del bar temen por una posible violación del derecho a la intimidad de sus clientes”. En <http://www.libertaddigital.com/>. Consulta: 3 de mayo de 2014.

¹²¹ RIZO GARCÍA, Marta: Redes. “Una aproximación al concepto”. *Conaculta, sistema de información cultural*, 12 (2003).

Más de 945 millones de personas usan redes sociales en todo el mundo. Subir fotos a Flickr, compartir videos en YouTube, utilizar como diario personal un blog, presumir de amistades en Facebook o intercambiar opiniones sobre los eventos que estás viviendo en 140 caracteres a través de Twitter son parte de la rutina diaria del 75-90% de los internautas españoles según diversas fuentes.¹²²

Sin embargo, son pocos los usuarios que conocen los potenciales peligros que conlleva para nuestra privacidad ser parte de una red social.

No cabe duda de que las redes sociales ofrecen múltiples funcionalidades a nivel particular, empresarial e incluso a nivel institucional (así, el Gobierno Balear optó por facebook para que cualquier persona pudiera participar, opinando y aportando sugerencias al anteproyecto de ley de Buen Gobierno y Buena Administración)¹²³.

Pero por otra parte, conviene indicar que este tipo de servicios no se encuentran exentos de riesgos y es que en estas plataformas tendemos a descuidar la vida privada de nuestros perfiles facilitando así, la lesión de algunos de nuestros derechos fundamentales.¹²⁴

3.3.2 Peligros para la Intimidad en las redes sociales.

Los peligros derivados del empleo de las redes sociales se desdoblán en dos según el derecho que pueda verse dañado.

- El derecho a la autodeterminación informativa del artículo 18.4 de la CE. El peligro, en estos casos, deriva de las lesiones que pueda producir el tratamiento de la información personal en la privacidad del individuo. En este contexto el derecho a la protección de datos personales, tal y como aparece actualmente configurado, no resulta garantía suficiente aunque ya se están produciendo cambios importantes como por ejemplo, la STJUE de 13 de Mayo de 2014.¹²⁵

¹²² “Redes sociales. Las redes sociales son uno de los 'booms' más recientes de Internet” (Marc_Smith). En <http://www.20minutos.es/noticia>. Consulta: 14 de mayo de 2014.

¹²³ “Peligros ocultos tras la red: análisis jurídico de las redes sociales”. <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/juridico>. Consulta: 14 de mayo de 2014.

¹²⁴ SALGADO SEGUIN, Víctor: “Nuestros derechos, en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet.” *Revista de Pensamiento Sobre Tecnología y Sociedad*, 85 (2010).

¹²⁵ Esta sentencia avala el reconocimiento del “derecho al olvido” entendido como el derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su

- Sin embargo, el tema que nos interesa y sobre el que estamos desarrollando el trabajo es el relativo a las lesiones que las redes sociales pueden producir al derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE y que vamos a tratar a continuación.

La mayor incidencia de las Redes Sociales en el derecho a la intimidad desde el punto de vista cuantitativo se basa en el control sobre la información publicada en una red social. Es necesario destacar que es un control limitado. Cualquier persona o contacto de la red puede publicar fotografías, videos y comentarios en los que aparece información de terceros, que en ocasiones, no tienen por que conocer sobre este hecho.

Por tanto, con algunas publicaciones se puede estar menoscabando tanto la intimidad propia, porque tenga un alcance mayor al considerado en un primer momento, como la intimidad de terceros ya que estas plataformas disponen de potentes instrumentos de intercambio de información, puesto que a través de herramientas disponibles en algunas redes, como la de etiquetado de fotos de facebook, cualquier persona que tenga acceso a una foto postada en la red puede asignarle un nombre y apellido sin que se requiera para su actuación la previa autorización de la persona que aparece en la imagen, ni tampoco la del titular de las fotografías.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 Marzo de 2013¹²⁶ no considera vulneración de la intimidad la denuncia presentada por una periodista por la difusión, a través de la red social facebook, de una fotografía suya tomada en la vía pública. Sólo consta una imagen de 2 cm, y sobre la misma no se puede predicar la condición del carácter identificable que es necesaria para que la fotografía pueda considerarse como un dato personal objeto de protección.

publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. El alto tribunal precisa que el interesado debe presentar su solicitud “directamente” al buscador (Google, Yahoo, Bing o cualquier otro), que deberá examinar si es fundada. En caso de que el buscador no acceda a retirar la información, el afectado podrá acudir a la autoridad de control o a los tribunales para que estos lleven a cabo las comprobaciones necesarias y, en su caso, ordenen al buscador la retirada de la información. Es decir, el TJUE abre la puerta a un examen caso por caso de cada una de las reclamaciones presentadas frente a cualquier buscador.

¹²⁶ SAN 184/2013 de 11 Marzo.

Sobre este tema la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 Enero de 2013¹²⁷ confirma el apercibimiento realizado al interesado por vulneración del principio del consentimiento por subir (colgar) en el muro de facebook, accesible libremente para cualquier usuario de dicha red social, un video de una conversación mantenida en el zoológico con un grupo de menores de edad que miran a la cámara y cuyo rostro resulta identificable. No existe ningún interés informativo en la difusión de las imágenes, por lo que debe darse prevalencia a la protección de la propia imagen de los menores. El hecho de que la grabación de las imágenes de los menores se haya efectuado en un lugar público y pueda no existir un interés comercial directo en su difusión, no exime de tener que contar con el consentimiento de sus padres o representantes legales para su difusión.

En el ámbito del derecho penal, el propio Código Penal incluye multitud de conductas ilícitas relacionadas con los delitos informáticos que pueden tener plena aplicación a la problemática generada en las redes sociales.¹²⁸

Así, se dan casos de suplantación de identidad en las redes sociales, *sexting* (obtención de fotografías en poses eróticas para luego coaccionar a la víctima), *grooming* (delito contra la libertad sexual de un menor para la obtención de contenido pornográfico), pornografía infantil, daños informáticos, phishing (apertura de cuentas corrientes por menores para desde ellas desviar dinero al extranjero), delitos contra la libertad (amenazas a través del Messenger), o grabación de palizas y otros hechos delictivos y posterior difusión de las imágenes (*happyslapping*).¹²⁹

Vamos a tratar un tema específico que ya ha sido mencionado unas líneas mas arriba y que ha tenido una gran relevancia doctrinal y jurisprudencialmente en los últimos años, sobre todo a partir del caso Olvido Hormigos, el denominado *sexting*.

La práctica del *sexting* se define como el envío a través de Internet o un dispositivo móvil de contenido sexual producido y protagonizado por el emisor. El interés que despierta esta

¹²⁷ SAN 2/2013 de 2 Enero.

¹²⁸ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Situado en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

¹²⁹ PELÁEZ FERNÁNDEZ, Palmira: “Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores”. En *www.ceesc.cat*. Consulta: 20 de junio de 2014.

conducta reside en que la persona afectada otorga el consentimiento en el ámbito íntimo de su relación con el receptor, si bien, con posterioridad, una de las partes implicadas la difunde a terceros sin el consentimiento de la otra.¹³⁰

Esta práctica del *sexting* viene protegida igualmente, desde la perspectiva civil donde la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en el artículo 7.3, afirma que será contraria a la Ley “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”.¹³¹

En relación a la protección penal, ante el enorme revuelo que supuso el citado conflicto, el viernes 20 de septiembre de 2013, el Consejo de Ministros dio luz verde al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal.

Hasta este momento la redacción vigente del Código Penal no permite sancionar penalmente el reenvío de *sexting* ajeno, salvo mediante una interpretación forzada del delito de injurias, que nos parece inadecuada. En cuanto a los delitos contrala intimidad, ninguno de los tipos penales del artículo 197 es de aplicación, ya que exigen la apropiación ilícita del material íntimo, extremo que no concurre en el reenvío de *sexting* ajeno.

El Proyecto de Ley Orgánica que ahora se debate en las Cortes, incorpora un apartado 4 bis al artículo 197 del Código penal del siguiente tenor: “Será castigado con una pena de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la dignidad de la persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

¹³⁰ LLORIA GARCÍA, Paz: “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al *sexting*”. *La Ley Penal*, 105 (2013).

¹³¹ MARTÍNEZ OTERO, Juan María: “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”. *Nueva Época*, 12 (2013).

Antes tales circunstancias, y el rosario de peligros que entrañan las nuevas tecnologías en Internet y las redes sociales, parece lógico que se contemple un tipo penal atenuado porque, en estos casos, la víctima se despoja en primera instancia de la intimidad¹³².

Es cierto que es tradicional en la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional advertir que la “intimidad compartida” o el “despojo de la intimidad” conduce a la pérdida de dominio sobre la información, y esto trae el riesgo que hay que asumir, de que lo se ha compartido con otro ya no sea controlable por aquel que transmitió la información, puesto que la protección de la intimidad y del secreto de las comunicaciones es, en su caso, frente a terceros.¹³³

Pero no es menos cierto que el escenario ha cambiado, y que esta doctrina del «despojo de intimidad» o «intimidad compartida» no puede ser aceptada en todos los casos. Así, en los casos de consentimiento en la relación de pareja, habría que diferenciar hasta dónde llega el consentimiento, y hasta cuándo se produce el consentimiento.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003 en relación con la denominada “dimensión familiar de la intimidad” indica que la relación de confianza que se establece en la pareja no autoriza a que se viole el derecho a la intimidad que posee el otro miembro de la pareja, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones, por lo que, necesariamente, el consentimiento ha de ser explícito, y nunca tácito para tener relevancia.

El entorno digital favorece una rapidez en la difusión, lo que supone un incremento importante en la lesión del bien jurídico. Es por ello que resulta razonable que, en los casos en los que se practica un acto íntimo, en un lugar apartado del resto de las personas, el sujeto guarde cierta expectativa de privacidad respecto de su compañero o compañera de relación, y que su consentimiento, sobre todo si así se expone, lo sea para un uso privado de esas imágenes y nunca para un uso público salvo que expresamente así se determine. De este modo, el consentimiento sería “no extensivo” y si las imágenes se utilizan más allá de

¹³² El protagonista produce y envía ese contenido de forma voluntaria, sin coacción, y en muchos casos también sin sugestión por parte de la persona destinataria del mismo. Estamos por lo tanto ante una conducta libre, que no surge del error, la intimidación o la coacción; como mucho, cabría hablar de inconsciencia, ya que los protagonistas pueden no enjuiciar meditamente la repercusión que este tipo de imágenes puede llegar a tener dentro de su círculo social o incluso fuera de él.

¹³³ LLORIA GARCÍA, Paz: “Delitos y redes...”, cit., pág. 7.

ese ámbito de intimidad, se produciría una lesión de la intimidad, puesto que no se autoriza a dicho uso.

Junto a ello, habría que analizar en cada caso hasta cuándo es válido el consentimiento. No resulta infrecuente, en las relaciones de pareja, que se facilite la contraseña del móvil, o del correo electrónico, o que se autorice la toma de imágenes con carga erótica o sexual, para un momento concreto o para localizar un dato puntual, en la confianza de que se respetará el deseo manifestado de que solo se haga uso para ese momento concreto, y, desde luego, solo mientras que la relación de confianza persista.¹³⁴

Si se observa, en la mayoría de ocasiones en las que se producen atentados contra la intimidad en el ámbito de pareja, el hecho lesivo se realiza tras la ruptura, y generalmente como venganza y para causar el descredito del sujeto pasivo.

Por eso, parece razonable también extender el criterio de la expectativa de confidencialidad a esos momentos posteriores, y justamente entender que, una vez rota la relación de confianza que generó que se facilitara el consentimiento, queda invalidado cualquier uso posterior del documento, dato o grabación que afecte a la intimidad que se compartió en un momento de especial confidencialidad. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 28 de marzo de 2011).

Con este tipo de interpretaciones, que deben ser reflexionadas, se podrían solucionar algunos casos que resultan especialmente lesivos en la denominada sociedad de la información, cuando se atenta a los aspectos más significativos de la intimidad.

¹³⁴ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”. *Nueva Época*, 12 (2013).

4- CONCLUSIÓN.

A lo largo de este estudio hemos analizado que la protección de la vida privada de los individuos surge a partir del desarrollo tecnológico de fines del siglo XIX que permitía tanto al Estado como a los medios de comunicación incidir en la intimidad personal.

Warren y Brandeis elaboran una nueva figura jurídica con el fin de otorgar protección a los ámbitos más inmateriales, a los intereses espirituales de las personas avanzando los contornos precisos en cuanto al contenido, alcance y posibles límites en relación a este nuevo derecho. Esta construcción doctrinal alcanzará en los años siguientes una enorme importancia, constituyendo el parámetro de actuación del poder legislativo y judicial. Este ámbito privado adquirirá en cada cultura jurídica una dirección diferenciada pero siempre con el objetivo que se propusieron en su momento Warren y Brandeis, dotar de autonomía un derecho que proteja la esfera privada de las personas frente a las amenazas que constituye el desarrollo tecnológico.

Según palabras de Brandeis “el tiempo provoca cambios originando nuevas condiciones y propósitos”. De manera que la elaboración y aplicación de las normas “no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que puede ser” permitiendo así, garantizar “las condiciones propicias para la búsqueda de la felicidad.”

Esta cita de Brandeis adquiere en la actualidad el mayor de los sentidos. Ese desarrollo tecnológico del S.XIX se ha vuelto a reproducir pero, en esta ocasión, con un mayor impacto en la intimidad personal, sobre todo a partir de las nuevas amenazas en el campo de la tecnología informática y la ciencia genética.

Estos riesgos han sido analizados desde dos puntos de vista:

- El primer punto gira en torno a las posibles vulneraciones del derecho a la intimidad a partir de la actuación de los poderes públicos que da lugar a la denominada “prueba ilícita”.

El continuo desarrollo tecnológico determina que los supuestos de injerencia en este derecho sean cada vez mayores y más complejos. Consecuentemente, la normativa reguladora en este ámbito queda obsoleta o anticuada casi al tiempo de su entrada en vigor.

Es aquí, como hemos visto a lo largo del trabajo, cuando la jurisprudencia adquiere una enorme relevancia (casi tanto como en los países regidos por el *Common Law*) y ha de

desempeñar una compleja labor interpretativa a partir de juicios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad... En ocasiones, estos supuestos han generado sentencias ciertamente discutibles cuyas soluciones han sido bastante dispares generando una cierta inseguridad jurídica, debido principalmente a las características técnicas de la materia. Por ello, lo más deseable sería tratar de perfeccionar y desarrollar una normativa adecuada que impulse el establecimiento de unos límites efectivos al control estatal sobre los individuos.

En definitiva, la situación actual requiere nuevos avances legales y jurisprudenciales acordes con las nuevas realidades tecnológicas, pues está en juego tanto el principio de seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales, como el funcionamiento adecuado de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la investigación criminal.

- Por otro lado, el derecho a la intimidad debe ser protegido, no solo frente a los poderes del Estado, sino también frente al resto de la sociedad.

Es necesario garantizar un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de terceros, lo que implicaría, en ocasiones, una posición activa del Estado, es decir, deberá adoptar las medidas necesarias para ofrecer un disfrute efectivo de este derecho a cada uno de los individuos frente a las injerencias provenientes del resto de miembros de la comunidad. Un ejemplo claro es el derecho al silencio¹³⁵ al que ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, en la sociedad actual el problema de la intimidad ha adquirido una perspectiva mucho más profunda que ha de ser analizada, desde mi punto de vista, de un modo crítico y reflexivo.

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.¹³⁶ Es decir, una inapropiada utilización de los estos aparatos caracterizados por su potencia y capacidad, han agravado los riesgos que se ciernen sobre el individuo respecto a su derecho a conservar la intimidad de su vida privada.

¹³⁵ El ruido y la polución pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar sin necesidad de que comprometa gravemente su salud.

¹³⁶ LUCENA CID, Isabel Victoria: “La protección de la intimidad en la era tecnológica hacia una reconceptualización”. *Revista internacional de pensamiento político*, 7 (2012), págs. 117-144.

Por ello, también en este punto, legisladores y jueces deberán estar al tanto de dichos avances para adaptar normativa y jurisprudencia a los tiempos y los problemas actuales.

Sin embargo, el conflicto no acaba en este sencillo argumento.

La globalización de la comunicación y el desarrollo tecnológico ha determinado, en palabras de Umberto Eco, la renuncia voluntaria a la vida privada.

“Creo que una de las grandes tragedias de la sociedad de masas, de la sociedad de la prensa, la televisión e internet, es la renuncia voluntaria a la privacidad”.¹³⁷

La sociedad está acostumbrada a averiguar la vida privada de los pertenecientes a ésta. En sus inicios, esta injerencia en la intimidad de los individuos se llevaba a cabo a través del cotilleo. Sin embargo, las actuales circunstancias han determinado que en lo que en un primer momento podía ser considerado un acto vergonzoso, es ahora un modo de aceptación social. La necesidad de hacer pública nuestra vida tiene sus orígenes, como bien lo apunta Eco con los medios de comunicación que se dieron a la tarea de hacer de eventos no relevantes noticia y que han ocasionado que la característica principal que tiene esta sociedad de consumo es que se crean necesidades que no son funcionales en el desarrollo de las personas.¹³⁸

Esta situación ha determinado importantes riesgos en los derechos a la intimidad, generando conductas contrarias a la dignidad de los individuos. En especial, los menores de edad están siendo, en este contexto, unas víctimas propiciatorias del uso de las nuevas tecnologías por su especial vulnerabilidad, pudiendo sufrir acoso o conductas vejatorias.

Nuevamente, refiriéndonos al ensayo de Umberto Eco, podemos afirmar que no es un problema absolutamente jurídico que pueda resolverse mediante el establecimiento de unos tipos delictivos o unas indemnizaciones de resarcimiento. La situación en la que hoy se encuentra la vida privada e intimidad de los individuos debe contextualizarse en un problema de dimensión moral, antropológica o cultural.

¹³⁷ ECO, Umberto, *A paso de Cangrejo*. Debate, Barcelona, 2000.

¹³⁸ OVIEDO MÍRELES, Ángela: “La pérdida de la privacidad”. *Esencialacultura*, 2013.

Para el semiólogo piamontés, tendremos que aprender a elaborar, difundir y premiar una nueva educación de la intimidad, educar en el respeto a nuestra propia privacidad y a la de los demás. Es la ética de la intimidad (lo que yo hago con la información que los demás comparten conmigo) y la ética de la publicación (lo que yo decido difundir de mí mismo).

En este mismo sentido, y siguiendo la opinión de Castilla del Pino respecto a la intimidad personal y familiar, debemos cuidar nuestro espacio íntimo como presupuesto esencial para el libre desarrollo de la personalidad.

“Así pues, se impone la necesidad de ejercitar también en el mundo privado el autocontrol, de adecuar las propias emociones a la estructura de las relaciones que en él se tejen, de adaptar las necesidades al juego de los papeles que en el reparto han correspondido a cada miembro de esa sociedad. Con mayor motivo aún que en el «mundo exterior», ya que, por su reducido tamaño, por su carácter cerrado y por su continuidad, las relaciones en el interior de la pareja y la familia se hacen extraordinariamente densas”.¹³⁹

Acaso debamos, pues, cultivar ese “yo interior” y desarrollar sus potencialidades en un espacio más reducido (la intimidad del hogar, una conversación entre buenos amigos o la vida en pareja) que fortalecen nuestra conciencia y garantizan un desarrollo íntegro como personas.

Mientras tanto, los poderes públicos deberán luchar por la defensa de estos derechos fundamentales y adaptarse a través de nuevos mecanismos de protección suficientes ante los nuevos desafíos que traen consigo la tecnología de la información y la comunicación. En este nuevo escenario tecnológico, el Derecho debería redefinir la naturaleza y la extensión de la protección a la intimidad teniendo en cuenta las transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas para dar cabida a la demanda de la sociedad, y para poder garantizar adecuadamente la intimidad de las personas en cada una de las esferas.

¹³⁹ CASTILLA DEL PINO, Carlos: *El Discurso de la Intimidad*. Crítica. Barcelona, 1989.

5- BIBLIOGRAFÍA.

CORRAN TALCIANI, Hernán: “Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad: Origen, Desarrollo y Fundamentos”. *Revista Chilena de Derecho*, 27/1 (2000).

J. GLANCY, Dorothy: “The Invention of the Right to Privacy”, *Santa Clara Law Digital Commons*, 1 (1979).

NIEVES SALDAÑA, María: “The right to privacy: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”. *Revista de Derecho Político*, 85 (2012).

WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: *El Derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Cívitas, 1985.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos de la personalidad: la protección de la intimidad, el honor y la vida privada”. *Lecciones de derecho constitucional II*, Lex Nova, 2013.

NIEVES SALDAÑA, María: “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 18 (2007).

SUAREZ CROTHERS, Christian: “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”. *Revista de Derecho Valdivia*, 11 (2000).

GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. “Intimidad y propia imagen: los ecos del Intimidad y propia”. *Derecom*, 14 (2013).

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “¿Hay un derecho fundamental al Silencio? Sobre los límites del artículo 10.2”. *Revista española de Derecho Constitucional*, 94 (2012).

V.lex Perú, información jurídica inteligente. “Fundamentos, alcances y perspectivas del derecho a la intimidad en ambos sistemas”, disponible en <http://vlex.com.pe/>.

S. ABRIL, Patricia y PIZARRO MORENO, Eugenio: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”. *Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2014).

URABAYEN, Miguel. “*Vida Privada e Información: un conflicto permanente*”. Pamplona, España. Universidad de Navarra, 1977.

JIMÉNEZ GUZMÁN, Luis: “Evolución histórica y conceptual del derecho a la vida privada” *Revista de los Tribunales Agrarios*. 12 (2008).

GONZÁLEZ DE PAZOS, Margarita: “El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humano y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>.

SIMÓN, Ernando: “La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo, The Construction of Environmental Protection in the Strasbourg Jurisprudence”. *Revista Persona y Derecho*, 61-70 (2010).

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Fotografía de persona famosa en una playa de uso frecuente (Caso Elsa Pataky)”. *Diario La Ley*. 7343, (2010).

DE LA HAZA, Pilar: “Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Intimidad de las Personas Jurídicas”, *Derecho y Turismo*, 2 (1988).

VIDAL MARÍN, Tomás: “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2007).

NAVARRO MICHEL, Mónica: *La intimidad domiciliaria, ¿un nuevo Derecho Constitucional frente a la contaminación acústica?*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

MIRANDA, Haideer: “La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos”. *Panóptica*, 8 (2007).

BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, 182 (2010).

VALLÉS CAUSADA, Luis: *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), 2013.

PÉREZ GIL, Julio: “El nuevo papel de la telefonía móvil en el proceso penal: ubicación y perfiles de desplazamiento en el proceso penal en la Sociedad de la Información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito”. *El Proceso Penal en la Sociedad de la Información*, La Ley, 2012.

DE LA TORRE OLID, Francisco y GARCÍA RUIZ, Francisco: “Tecnología de Geolocalización y seguimiento al Servicio de la Investigación Policial. Incidencias sobre el derecho a la Intimidad”. *Revista de Derecho y Criminología*, 2 (2011).

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: “Los dispositivos electrónicos de posicionamiento global (GPS) en el Proceso Penal”. *Diario La Ley*, 7945 (2012).

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: “Incautación policial de teléfonos móviles y secreto de las comunicaciones”. *Diario La Ley*, 7536 (2010).

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis: “La fuente de conocimiento del número de terminal objeto de intervención telefónica”. *Diario La Ley*, 7371 (2010).

CANAY, Sonia: “Cuando la agenda del móvil te sitúa en el lugar del delito.” Departamento Jurídico-laboral de SIGA, 2013 (Blog Laboral) <http://reformalaboral.blogspot.com/> Consulta: 3 de Julio de 2014.

PULIDO QUECEDO, Manuel: “La agenda de contacto de los móviles y el derecho a la intimidad”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 869 (2013).

VALLÉS CAUSADA, Luis: “La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal”. Tesis, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. “Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivo electrónico para la investigación de delitos”. *Diario La Ley*, 8202 (2013).

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: “Videocámaras y poder de vigilancia”. *Aranzadi Social*, 5 (1999).

ABAD YUPANQUI, Samuel. B: “El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”. *Revista Pensamiento Constitucional*, 16 (2012).

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio: “Ordenador personal y derecho a la intimidad. (Comentario de la STC de 7 de noviembre de 2014)”. *Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 133 (2012).

SILVA MERCHANTTE, Diego: “El derecho a la intimidad ante el registro de los archivos contenidos en un ordenador personal: sentencia del TC 173/2011 de 7 de noviembre”. *La Toga*, 187 (2013).

CARRASCO DURÁN, Manuel: “El incidente de nulidad de actuaciones”. *Aranzadi Doctrinal*, 9 (2014).

R., AGUSTINA, José: “Interrogantes en torno a las diligencias preliminares ante la ciberdelincuencia. Sobre la garantía del derecho a la intimidad en el registro del ordenador (a propósito de la STC 173/2011)” En *La Ley*, 98-99 (2012).

GÓMEZ SANCHIDRIAN, Daniel: “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico e Internet”. *Revista Digital Acef/Udima* (Noticias Jurídicas), 2012.

SUÁREZ ESPINO, María Lidia: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”. *Diario La Ley*, 7906 (2012).

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”. *Diario La Ley*, 8053 (2013).

MARÍN CORREA, José María: “Intimidad personal y control de ordenadores de la empresa” *Revista Actualidad Laboral*, 13 (2011).

SUÁREZ ESPINO, María Lidia: “La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario”. *Diario La Ley*, 7906 (2012).

FERNÁNDEZ PORCEL, Luis Antonio: “¿Son las Google Glass una vulneración de la privacidad?”. En <http://www.lexnews.es/>. Consulta: 3 de Mayo de 2014.

GONZÁLEZ VILLAMIL, Carlos. “Las Google Glass son una fuente inagotable de polémica. En <http://www.movilzona.es/>. Consulta: 3 de mayo de 2014.

RIZO GARCÍA, Marta: Redes. “Una aproximación al concepto”. *Conaculta, sistema de información cultural*, 12 (2003).

SALGADO SEGUIN, Víctor: “Nuestros derechos, en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet.” *Revista de Pensamiento Sobre Tecnología y Sociedad*, 85 (2010).

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

PELÁEZ FERNÁNDEZ, Palmira: “Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores”. En *www.ceesc.cat*. Consulta: 20 de junio de 2014.

LLORIA GARCÍA, Paz: “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting”. *La Ley Penal*, 105 (2013).

MARTÍNEZ OTERO, Juan María: “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”. *Nueva Época*, 12 (2013).

LUCENA CID, Isabel Victoria: “La protección de la intimidad en la era tecnológica hacia una reconceptualización”. *Revista internacional de pensamiento político*, 7 (2012).

OVIEDO MÍRELES, Ángela. “La pérdida de la privacidad”. *Escencialacultura*, 3 (2013).

CASTILLA DEL PINO, Carlos: *El Discurso de la Intimidad*. Crítica. Barcelona, 1989.