



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

PRIVACIDAD Y JURISDICCIÓN: EL CASO DE GOOGLE EN ESPAÑA

**Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias
jurídicas y sociales**

**Enrique Gómez Blanco
Braian Yáñez Correa**

**Profesor guía:
Daniel Álvarez Valenzuela**

**Santiago de Chile
2015**

Resumen

Los *Terms of Service* y la Política de Privacidad de Google son frecuentemente aceptados por sus usuarios sin mayor análisis. Pero en esta "aceptación automatizada" se esconde un posible perjuicio para los derechos de estas personas. Las cláusulas incluidas que intentan formar el consentimiento requerido entre Google y sus usuarios, para recopilar y compartir información destacan por su vaguedad y poca claridad. Detrás del tono cordial que reina en ellos parece esconderse el deseo de obtención de total libertad para comercializar los datos privados de sus usuarios. Esto, junto a las cláusulas en que se establece la jurisdicción de los eventuales conflictos entre las partes en los tribunales de California (Estados Unidos), es una seria amenaza a la privacidad de estas personas y pueden llevar a la indefensión de los derechos de los interesados. ¿Es eso legítimo? Las potenciales vulneraciones al derecho fundamental de Vida Privada o Privacidad (junto a al derecho a la jurisdicción y a la defensa) demuestran que deben ser consideradas como cláusulas abusivas y, por ende, prohibidas por la normativa internacional y las propias de cada país, o al menos se debe exigir su cambio y mejor esclarecimiento.

Introducción

Lo cotidiano y habitual que se ha hecho el uso de redes sociales, correos electrónicos y otros servicios prestados a través de internet, muchas veces nos hacen olvidar las eventuales consecuencias que su uso puede traernos. Es común que en el proceso de inscripción previo, para que se nos permita utilizar uno de estos servicios, se nos solicite entregar una serie de datos personales y, más aún, normalmente el mismo uso del servicio comprende la entrega voluntaria (o involuntaria) de datos de carácter personal, tales como, fechas, direcciones, fotografías, relaciones de parentesco, lugar de trabajo, características físicas, patologías que se padece, etc.

La sensibilidad de los datos que se “suben” a la red conlleva el gran riesgo de que un mal uso de éstos produzca perjuicios a su titular; sobre todo considerando las características propias de internet como “carretera virtual” de datos e información, la de ser pública, esencialmente gratuita y anónima, inmediata, descentralizada y generalmente desregularizada, entre otras. Es así que estos prestadores de servicio previniendo posibles demandas de sus usuarios, en torno al mal uso de estos datos, establecen de antemano “reglas

de uso” de sus prestaciones.

El derecho a la privacidad está ampliamente consagrado y protegido tanto a niveles nacionales como internacionales.¹ En el presente trabajo realizaremos un estudio del derecho fundamental a la intimidad, haciendo previamente una serie de precisiones que nos permitan dilucidar su real alcance, naturaleza y contenido. Para ello expondremos y analizaremos su consagración normativa, doctrinal y jurisprudencial.

Internet es un medio cuyas características son terreno fértil para que sucedan serias violaciones a la intimidad. Dentro del enorme abanico de servicios que ofrece la red, uno de los más generalizados y transversales son los buscadores de internet, entre los cuales resalta Google.

Esta compañía, una de las más grandes prestadoras de servicios por internet, desde un motor de búsqueda hasta redes sociales, durante el proceso de registro o inscripción de una cuenta por parte de los futuros usuarios de sus

¹ Artículo 19 n°4 Constitución Política de Chile; artículo 18.1 de la Constitución Española; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 12 de la declaración universal de derechos humanos; artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

servicios los obliga previamente a aceptar las denominadas “condiciones de uso o *Terms of Service* (en adelante así o TOS indistintamente) y/o la Política de Privacidad, en los que se fijan las reglas a seguir en el uso posterior y normal del servicio.

Llaman poderosamente la atención las cláusulas que establecen qué datos el usuario acepta compartir y que informan acerca del uso que hará Google de estos datos, es decir, para qué los quiere. Casi sin darse cuenta el usuario entrega a la gigante norteamericana total acceso a una serie de datos que perfectamente pueden comprender parte de su vida privada.

Si a eso se le suma la cláusula de los TOS de Google relativa a la jurisdicción a aplicar en eventuales disputas que se generen entre los usuarios y la compañía estadounidense que la radica exclusivamente en Santa Clara (Estado de California, Estados Unidos) el panorama se muestra amenazante para el justo y libre ejercicio del derecho.

Sin necesidad de un profundo análisis, aparenta ser demasiado gravoso para los usuarios, pues se reconoce la extrema dificultad que encontraría el

usuario común de Google, que es una persona natural (muchas veces menores de edad que ni siquiera han entrado al mercado laboral y, por ende, poseen ingresos especialmente limitados), en comprender inmediatamente la importancia de la decisión que está tomando al aceptar la política de privacidad y condiciones de servicio. Difícilmente pueda augurar que esto vulnerará un derecho de la máxima importancia: el derecho a la vida privada. Parece ser deber de las autoridades hacer respetar y cumplir los derechos que pueden llegar a verse afectados por las prácticas de Google en materia de manejo de sus propios datos personales.

Todo esto nos hace preguntarnos: **¿vulneran los *Terms of Service* y Políticas de Privacidad de Google el justo y consagrado derecho a la vida privada de sus usuarios?, aun pudiendo limitarlo libremente a través de la autonomía de la voluntad expresada en la aceptación de estas cláusulas, ¿son estas lo suficientemente claras e inteligibles? E independientemente, en caso de posteriormente ser infringido este derecho, ¿proporciona Google herramientas eficaces para que vuelva a imperar el respeto a la privacidad de sus usuarios que ya ha sido violentada? ¿Son legítimas estas prácticas?**

Nuestra respuesta a priori o hipótesis es que son ilegítimas porque vulneran derechos ampliamente consagrados en el ordenamiento jurídico internacional tales como el derecho a la vida privada y tangencialmente el derecho a la jurisdicción. Para comprobar esta hipótesis analizaremos aspectos contextuales del objeto del estudio tales como la naturaleza de Google y sus servicios, la Internet, los derechos aparentemente vulnerados y cómo han sido tratados de forma seria y ambiciosa estos problemas en España. Se ha escogido a aquel país europeo por ser la jurisprudencia administrativa de allí la que ha dictado la resolución que ha motivado este trabajo y poseer el ordenamiento hispano mayor avance en la materia.

Como ya hemos señalado comenzaremos describiendo, a continuación, el trasfondo teórico del problema: el derecho a la intimidad, identificando sus tratamientos dependiendo del lugar geográfico, en una primera parte, para después, en la segunda, abordar concretamente el asunto de intentar comprobar nuestra hipótesis a la luz de la doctrina, de los pronunciamientos de la Agencia Española de Protección de Datos, del contenido del auto de la Audiencia Nacional Española.

Analizaremos la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde se recogen nuestras inquietudes y se establecen criterios, principios y directrices relativos a identificar el problema y encontrarle una solución. Igualmente, comentaremos el proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos, a través del cual, la institucionalidad comunitaria europea, planea legislar, para el mundo actual, sobre las condiciones objetos de este trabajo.

Finalmente, comentaremos y analizaremos la consagración constitucional y normativa del derecho a la vida privada en Chile. Esbozaremos algunas críticas y opiniones acerca de la respuesta que tendría a estos problemas nuestra incipiente legislación relativa al tema.

Al terminar este trabajo esperamos concluir que nuestras inquietudes han sido fundadas y que el actuar de Google tanto en España (como en el resto del mundo) ha sido por mucho tiempo directamente atentatorio al derecho a la intimidad sus usuarios. La cláusulas de jurisdicción insertas en sus Terms of Service son extremadamente lesivas para tal derecho en cuanto coartan la defensa del mismo y ya es hora que la comunidad internacional lo

reconozca y tome medidas al respecto con el objeto disfrutar de una internet, más inclusiva, responsable y respetuosa con la intimidad de las personas.

Capítulo 1:

Contexto teórico de la intimidad en general.

En un mundo en constante evolución en que los medios de comunicación, así como la tecnología en general, se desarrollan a diario y sin descanso, las distancias se reducen y los tiempos se abrevian. Esto se ha manifestado particular y controversialmente en las capacidades invasivas de las nuevas tecnologías. Es tal el poder que las comunicaciones han alcanzado, que pueden ir más allá de los límites antes vedados para ellas. Uno de estos es la intimidad de las personas.

El crecimiento tanto cuantitativo como cualitativo de los medios de comunicación masivos ha llevado a hacer realidad la idea de que lo que antes era privado hoy no lo sea.

Las noticias se comunican más raudas, los rumores se hacen verdades casi inmediatamente sin corroboración previa y las acusaciones de injurias y calumnias son habituales. Pues uno de estos medios de comunicación son las redes sociales en Internet que, sin duda, tienen enorme preponderancia en la actualidad y gran capacidad de penetración.

1. Intimidad- Privacidad- Vida Privada

1.1 Aproximaciones iniciales

En las próximas páginas haremos una descripción detallada y lo más minuciosa posible del derecho fundamental a la Intimidad.

El derecho al que hacemos alusión recibe distintos nombres dependiendo del ordenamiento jurídico que se tome como referencia para hacer su análisis. En el derecho norteamericano, corriente en la cual se consagra por primera vez de forma moderna, el término que se usa para referirse a este derecho es *Privacy*.² Sin embargo este término no puede ser usado de igual forma en los países de habla hispana puesto que no hay traducción equivalente a aquel anglicismo. Producto de lo anterior este derecho se ha consagrado de distintas formas según sea el país de que se trate; como ejemplo podemos ver el caso de Chile, donde se consagra como el derecho a la vida privada; a su vez otra expresión que se usa en países de habla hispana, como por ejemplo en España, es el del derecho a la intimidad.

Las denominaciones antes señaladas, si bien se usan regularmente como palabras sinónimas y tienen una raíz común (*Privacy*), tienen entre ellas

² Definida como la potestad del titular a vivir solo y a no ser molestado, que permite al individuo decidir soberanamente sobre su independencia personal. Carrillo Marc, “El Derecho a No Ser Molestado”. Editorial Arazandi, 2003, 172 páginas, pág. 44.

algunas diferencias. Será objeto de las próximas páginas dar claridad respecto a la fundamentación, naturaleza, delimitación, entre otros aspectos, de los términos intimidad, por una parte, y vida privada, por otra.

Es necesario hacer aquella distinción puesto uno de los objetos de análisis será la Unión Europea, en la cual se consagra es el derecho a la vida privada; sin embargo, durante el desarrollo del trabajo nos adentraremos en analizar de jurisprudencia del sistema español, el cual consagra ésta garantía como el derecho a la intimidad.

Además buscaremos ser un aporte al ordenamiento chileno y, en lo posible, esbozar algunas conclusiones relacionadas al tema que resulten aplicables en el sistema jurídico nacional.

1.2 Intimidad

1.2.1 Consideraciones previas

El objeto de desarrollo de este trabajo busca hacer un análisis jurídico de la intimidad, pero consideramos apropiado hacer un breve acercamiento no jurídico al concepto puesto que siempre es interesante conocer un poco de

los fundamentos de hecho de los derechos.

La intimidad ha sido estudiada por otras disciplinas como la psicología, filosofía y sociología.

Para la psicología, la intimidad nace dentro de un contexto social y no como una necesidad fundamental del ser humano. Al respecto se ha señalado que “el distanciamiento entre el individuo y su entorno social, obedece a una necesidad, puesto que la pujante masificación y desorden diversificado de la comunicación metropolitana sería simplemente insoportable sin esa distancia psicológica”³. El hombre si bien siempre ha deseado dar a conocer a los demás sus pensamientos, emociones, sentimientos, etc., necesita a su vez mantener en reserva del conocimiento de los demás ciertos aspectos que no quiere hacer públicos incluso a sus seres más cercanos. Lo que ha querido establecer la psicología es que la intimidad se relaciona con la personalidad del sujeto, siendo la intimidad “el recinto propio para el surgimiento, elaboración y perfección de la individualidad y el desarrollo de

³ Rebollo Delgado, Lucrecio, El derecho fundamental a la intimidad. Editorial DYKINSON, S.L., 2000, Pág. 26.

la personalidad”⁴. En virtud de lo anterior, la persona podría eventualmente tener variadas personalidades dependiendo del ámbito cotidiano, temporal, cultural, etc., en el que se desenvuelva.

En el caso de la sociología, ésta señala que el concepto de intimidad posee distintos contenidos según sea el tiempo o las organizaciones sociales objeto de análisis; en consecuencia, son variados los factores que han influido en un concepto de carácter más universal para establecer lo que se entiende por intimidad. Al respecto se ha señalado que la concepción actual nace en el mundo anglosajón, fundamentándose dentro del derecho de propiedad, señalando que “cada persona es dueña de lo que adquiere, en ello se incluye su propio cuerpo y mente, y dentro de éste va de forma inherente la intimidad... la intimidad es propiedad del ser humano y sus manifestaciones han de ser respetadas...”⁵ Este concepto ha ido cambiando y se va adaptando desde el origen a las necesidades de la persona y la sociedad; el anterior rasgo consiste en lo que se ha denominado relatividad de la intimidad, señalándose en este sentido que

“...en efecto, no debe olvidarse que el contenido y ámbito de

⁴ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota nº 3, Pág.28.

⁵ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota nº 3, Pág. 32.

protección de la intimidad dependen en su extensión de las cambiantes circunstancias sociales, económicas, y culturales de cada momento. Por ello en la sociedad actual la intimidad no goza de un reconocimiento ni un contenido semejante al concebido en épocas anteriores...”⁶.

Este carácter del derecho a la intimidad suma dificultades a los juristas a la hora de buscar una definición que abarque completamente su contenido, lo cual genera discrepancias entre ellos. Sin embargo, existen áreas o situaciones que con el paso de los años han obteniendo reconocimiento, por parte de la doctrina y jurisprudencia, como componentes del mismo derecho.

1.2.2 Concepto de intimidad.

Se define la intimidad en el diccionario de la Real Academia Española como “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”⁷. De la definición desprendemos que la intimidad es un ámbito delimitado y protegido puesto que comprende una zona o espacio anímico, limitado por la voluntad de la persona o del grupo a

⁶ Herrán Ortiz, Ana Isabel, El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personal. Editorial DYKINSON, S.L., 2002, pág., 42.

⁷ Diccionario RAE, pagina Web: <http://lema.rae.es/drae/?val=intimidad> consultado el 12 de octubre de 2012.

que se refiera. Entendemos que la intimidad tiene una relación directa con lo anímico, es decir, con una pretensión o intención emocional. Esta última podrá ser dirigida a que algo permanezca ignorado u oculto del saber de los demás.

De la definición también se desprende que el concepto de intimidad posee un fuerte componente subjetivo ya que será la persona o el grupo quienes decidirán, y por ello, realizarán de forma interior un análisis de qué es lo que quieren mantener reservado del conocimiento de las demás personas.

El concepto de intimidad ha sido de difícil definición dentro del ámbito jurídico, ya que como se señaló proviene de palabras de origen anglosajón, *intimacy* y *privacy*, y por ello surgen dudas a si se refieren a lo mismo tanto en aquella realidad como en aquella a la cual se extrapolan.

Es importante señalar que para que aquellas palabras sean objeto de tratamiento jurídico deben encontrarse situadas dentro de un contexto relacional entre dos o más personas, de lo contrario no tendrían relevancia para el derecho. De esta forma se ha distinguido que el

“común denominador entre los términos *intimacy* y *privacy* es que implican a dos partes: una y otra persona que se encuentran en un entorno que no desean compartir con un tercero o-

especialmente en el caso de la *intimacy*- una persona situada ante sí misma. La tendencia del derecho cuando entra a regular esa situación es tratar la *intimacy* como si fuera *privacy*. Es decir, el esquema jurídico elemental estará basado en primer lugar en relaciones jurídicas en las que tiene que haber dos personas como mínimo”.⁸

Pese a lo anterior como señalamos las nociones de *intimacy* y *privacy*, si bien tienen un común denominador, poseen, a su vez, diferencias que son de grado y que, al parecer, en el idioma español se ha optado por la dimensión interior de la persona y su protección, dejando de lado lo que la palabra *privacy* pretende, esto es, impedir que alguien se inmiscuya en nuestra vida. En relación a lo anterior, se ha señalado que las palabras *intimacy* y *privacy* tienen diferencias ya que

“mientras...la primera se refiera a ámbitos de retiro y de secreto que pertenecen al espacio más espiritual de la persona, con predominio de la dimensión física, con la que se identifica a la propia persona, la segunda lo hace a ámbitos de retiro y de secreto que no tienen por qué ser en absoluto espirituales o íntimos, poniéndose por ello énfasis en el hecho de estar apartado de la presencia de los demás.”⁹

Alvarez-Cienfuegos indica que

“... junto a la intimidad, la doctrina distingue otra esfera más amplia y quizá de protección menos enérgica que recibe el

⁸ Galán Juárez, Mercedes, *Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2005, 278 páginas. Pág. 22.

⁹ Galán Juárez, “Intimidación”, cit. nota nº 8, pág. 24.

nombre de *privacidad*, siguiendo el anglicismo de la *privacy*. Viene referida a datos o informaciones no íntimos, pero que el individuo desea que sean conocidos por determinadas personas, queriendo sustraer su conocimiento a núcleos más amplios de la sociedad. Así por ejemplo se podrían mencionar las obligaciones de reserva y sigilo derivadas del secreto profesional, industrial, laboral, bancario...”.¹⁰

Herrán Ortiz reconoce que

“... la intimidad abarcaría el ámbito más próximo a la personalidad individual, al sentimiento y, al afecto personal, en tanto que la privacidad comprendería también el ámbito más amplio, material y familiar, que serviría de soporte y amparo a la intimidad misma...”.¹¹

Como podemos apreciar los autores diferencian ambos conceptos acotándoles un ámbito de protección distinto. Existe una opinión similar de que la palabra *intimacy* lo que busca es describir un espacio más reducido y próximo, ligado en forma directa a la persona; en cambio lo que la palabra *privacy* buscaría describir es un espacio más amplio, compuesto por realidades que superan a la persona pero que además no se quieren compartir con el público en general.

Otra forma que se ha ofrecido para distinguir el concepto de intimidad ha

¹⁰ Álvarez-Cienfuegos, José María. La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática. Editorial Arazandi, 1999, pág. 21.

¹¹ Herrán Ortiz, “El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley”, cit. nota n° 6, pág. 40.

vido la de calificar la diferenciación del derecho a la intimidad como un principio o como una regla. Las reglas generalmente prescriben que se sigan determinadas conductas (ya sea prohibiendo, obligando o permitiendo), quedando la persona sujeta a ellas sin otra excepción que la fijada por éstas. En el caso de los principios, estos esperan que, dentro de la realidad jurídica y material donde se desarrollan, se cumpla en lo posible lo que ordenan. Así se ha señalado que el derecho a la intimidad podría establecerse como un principio o como una regla, “entendido como principio protegería genéricamente el ámbito privado... sin embargo como contenido de una regla el derecho a la intimidad protegería determinados ámbitos de lo privados.”¹²

Para determinar si el derecho a la intimidad es un principio o una regla el intérprete no solo deberá atender a la forma en que se encuentra establecido en el texto legal, sino que además deberá observar “cómo se haya resuelto la concurrencia de los dos enunciados en cuestión (...) Serán reglas si una se impone como excepción a la otra; y serán principios si depende de una

¹² Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota n° 8, pág. 35.

ponderación de las circunstancias del caso”¹³. Cabe mencionar, que la calificación del contenido del derecho a la intimidad como una regla o un principio, generará en definitiva, diversas consecuencias, como por ejemplo: la necesidad o no de una norma legal que complemente la garantía constitucional, los diferentes escenarios de conflictos jurídicos que se puedan generar producto de la calificación y, por ende, sus respectivas soluciones (choques entre reglas, entre regla y principio, entre principios), la holgura que se pueda generar en la interpretación, entre otras.

Las breves líneas anteriores solo quieren dar a conocer que la delimitación de la intimidad es y será una tarea compleja, pero necesaria de realizar para generar un análisis adecuado y acabado del derecho. Sin embargo, pese a que exista una dificultad para delimitar lo que se entiende por intimidad, ello no ha obstado a que se regule de forma jurídica incluso a nivel internacional.

¹³ Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota n° 8, pág. 38.

1.3 El Derecho a la Intimidad

1.3.1 Origen del derecho a la intimidad

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la intimidad tiene su raíz en el *Right to Privacy* proveniente del *Common Law*.¹⁴ La consagración del derecho a la intimidad en el sistema norteamericano se produce producto de los fundamentos entregados en un artículo publicado por dos jóvenes abogados, Samuel Warren y Louis Brandéis, argumentos que devienen en el *right to be left alone*. Tal artículo fue publicado en 1890 producto del acoso periodístico que sufría la familia Warren respecto a las fiestas sociales que ofrecían en su casa. En aquellas notas de la prensa “se ofrecían detalles sumamente personales, desagradables... con la intención de infundir en el lector una imagen de derroche, y en cierta medida de relajación de la moral de una determinada clase social”¹⁵.

Posteriormente, en 1905, se consolida jurisprudencialmente el derecho a la intimidad en el caso *Pavesick v. New England Life Insurance Company*. La sentencia señala varios puntos, como que:

“el derecho a la intimidad debe estar plenamente delimitado del

¹⁴ Martínez Martínez, Richard, Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Editorial Thomson-Civitas, 2004, pág. 65.

¹⁵ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota n° 3, Pág. 61.

derecho a la propiedad, y basado en la ruptura de confianza o fidelidad... el derecho a la intimidad tiene sus raíces en los instintos de la naturaleza, nace de aquellas leyes inmutables, porque son naturales, que se dan en todo tiempo y lugar, y que ninguna autoridad puede cambiar o abolir... (Finaliza expresando) La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad”¹⁶.

Entre los fundamentos que exponen Warren y Brandéis para desarrollar el *Right to Privacy* se encuentran los siguientes:

Comienzan los autores indicando que “el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes... resulta necesario, de vez en cuando, redefinir con precisión la naturaleza y la extensión de esta protección. Los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos y el *common law*... evoluciona para dar cabida a las demandas de la sociedad.¹⁷ Producto de los cambios, los derechos van creciendo, aumentando su ámbito de protección. Actualmente “el derecho a la vida significa el derecho a disfrutar de la vida... y el termino propiedad abarca, en su significado actual, todo tipo de derechos de dominio, tanto tangibles como intangibles”.¹⁸ Sin embargo, pese a lo

¹⁶ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota n° 3, Pág.62.

¹⁷ Warren, Samuel; Brandeis, Louis, El derecho a la intimidad, traducción a cargo de Benigno Pendas y Pilar Baselga, Pág.21.

¹⁸ Warren, Brandeis, “El derecho a la intimidad”, cit. Nota n° 17, pág. 22.

señalado anteriormente los autores no quieren hacer recaer su derecho en el ensanchamiento de alguno de los ya existentes como podría ser el caso del derecho de propiedad. Los autores interpretan que “los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y para garantizar lo que el juez Cooley denomina el derecho a no ser molestado”¹⁹. En el transcurso de la obra van dando señales en dirección a que para garantizar la protección de la persona, la *Privacy* debe distanciarse del derecho a la propiedad y de la protección del honor; por ello, expresan que “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 propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona”²⁰.

Los autores prosiguen el desarrollo de su obra analizando el razonamiento de la jurisprudencia respecto al fundamento entregado por los jueces para resolver diversas situaciones en las que se veía implicada la prensa.

De aquellas sentencias extraían pequeñas conclusiones que apoyaban su tesis de que lo que se encontraba detrás de aquellas violaciones a las

¹⁹ Warren, Brandeis, “El derecho a la intimidad”, cit. Nota nº 17, pág. 25.

²⁰ Warren, Brandeis, “El derecho a la intimidad”, cit. Nota nº 17, pág. 45.

personas era algo más que el derecho de propiedad o la protección al honor.

Por ello llegan a la conclusión de que:

“los derechos así tutelados, cualquiera que sea su exacta naturaleza, no emanan de un contrato o de una especial buena fe, sino que son derechos *erga omnes*; y, como se dijo anteriormente, el principio que se ha aplicado al amparar estos derechos no es en realidad el principio de la propiedad privada, por más que sea esa palabra empleada en un sentido amplio y poco usual. El principio que tutela los escritos personales y cualquier otra obra producto del espíritu o de las emociones es el derecho a la intimidad, y el derecho no necesita formular ningún principio nuevo cuando hace extensivo este amparo a la apariencia personal, a los dichos, a los hechos y a las relaciones personales, domésticas o de otra clase.”²¹

La proposición hecha por Warren y Brandeis busca dejar en claro su intención de que existe un derecho independiente al derecho de propiedad, con un contenido y fin diferentes a él. Éste derecho debe dejar de ser tratado como una extensión del derecho de propiedad y obtener reconocimiento propio en atención a su propia importancia.

1.3.2 La Dignidad como fundamento del Derecho a la Intimidad

La dignidad ha sido objeto de estudio de la filosofía, siendo muy conocida la teoría kantiana que distingue una dimensión moral de la personalidad

²¹ Warren, Brandeis, “El derecho a la intimidad”, cit. Nota nº 17, pág. 59.

constituida por la dignidad. Kant al respecto señala:

“Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin. En esto consiste precisamente su dignidad, en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente; se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede auto enajenarse por ningún precio, tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro”.²²

El planteamiento ético de Kant de la dignidad indica que el hombre no puede ser usado como un instrumento, como un medio, para satisfacer fines espurios. Literalmente dice que “el hombre es en sí mismo una dignidad, pues no puede ser utilizado por otro como un medio, sino siempre como un fin”.²³ Para conseguir que el hombre sea tratado siempre como un fin, todos los hombres como seres racionales y libres moralmente tienen obligaciones para con los otros, estos son “los deberes de virtud hacia otros hombres,

²² KANT, I.: *La Metafísica de las Costumbres*. Tecnos, Madrid, 1999, tercera edición. Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill, Pág. 335-336.

²³ KANT, I.: *Crítica de la razón práctica*. Alianza Editorial, Madrid, 2000. Traducción, notas y estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo, Pág. 250.

nacidos del respeto que se les debe.”²⁴

Hoy apreciamos que tanto a nivel nacional como internacional el fundamento de los ordenamientos y el fin último de estos es la persona humana. Esto proviene de la concepción del hombre como un ser distinto a los demás, como un ser dotado de racionalidad. Aquella racionalidad le otorga la característica inherente de ser digno, y, en consecuencia, la dignidad es un atributo que poseen todos los hombres.

La dignidad del hombre ha sido uno de los elementos de los que se ha servido la humanidad para unir a las culturas y para dar fundamento universal a los derechos humanos, entre ellos el derecho a la intimidad, como señala Rebollo:

“cuando en el mundo actual se ha buscado un factor de convergencia que una a los diversos pueblos y culturas con la finalidad de fundamentar los derechos humanos, establecer un sistema de valores comunes y legitimar el carácter universal de los derechos, este factor aglutinante ha sido el concepto de dignidad humana. Así, la gran variedad de vidas y culturas encuentra su elemento de unidad en la defensa de los derechos humanos”.²⁵

La dignidad humana constituye el pilar fundamental de todo ordenamiento.

Los ordenamientos jurídicos actuales se orientan a enmarcar a la persona y

²⁴ KANT, I. “La Metafísica de las Costumbres”, cit. Nota n° 22, pág.334.

²⁵ Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota n° 8, pág. 115.

los grupos en los que se los integra como sujetos básicos de derechos, generando una doble garantía para las personas, al respecto se señala por la doctrina que de forma negativa y positiva respectivamente “La dignidad humana supone... que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”.²⁶

En consecuencia, la dignidad consigue imponerse como la base fundante, de carácter universal, de los demás derechos que tienen hoy o que irán adquiriendo en el futuro las personas, permitiéndoles en definitiva lograr alcanzar el máximo desarrollo de la personalidad de los mismos de acuerdo a las expectativas, tiempo, condiciones, del lugar donde se desenvuelvan las mismas.

La dignidad de la persona ha sido recogida en diversos instrumentos internacionales como es el caso de la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789.²⁷ Hoy, con especial relevancia, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.²⁸ También ha sido recogida

²⁶ Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota nº 8, Pág. 117.

²⁷ Artículo 1: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

²⁸ Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

a nivel constitucional en diversos ordenamientos como por ejemplo, en la Constitución española,²⁹ en la Ley fundamental de la Republica Alemana.³⁰ Podemos ver esto también en nuestra Constitución.³¹

Como se puede apreciar, es una constante en los diversos ordenamientos fundar sus sistemas sociales y jurídicos en la calidad de la dignidad de la persona. Sin embargo, reconocerlo en un instrumento jurídico no implica crear tal calidad ya que hoy se entiende que aquella característica es inherente al ser humano y su reconocimiento jurídico no viene a ser más que eso. Esto reviste especial importancia para que el ser humano cuente con “circunstancias que le permitan disfrutar de su calidad de tal y alcanzar... su mayor desenvolvimiento en lo físico, en lo anímico y en lo

²⁹ Artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

³⁰ Artículo 1: La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla. El pueblo alemán reconoce, pues, la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

³¹ Artículo 1, incisos primero, segundo y tercero señalan:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

moral... [Amparando], diferentes aspectos de su personalidad que pueden ser vulnerados, por ejemplo, su imagen, su voz, su honor, su intimidad, etcétera.”³²

1.3.3 Naturaleza del Derecho a la Intimidad

1.3.3.1 Derechos fundamentales y el Derecho a la Intimidad

Se señala por la doctrina constitucionalista que para definir un derecho es necesario delimitar su contenido al núcleo específico del mismo, tratando en lo posible de llegar a la esencia de aquel. Nogueira Alcalá dice que “para delimitar el contenido del derecho deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección”³³. Además, se agrega, que para darle una adecuada fundamentación a los derechos es necesario tener en cuenta el contexto jurídico en el que se van a

³² Novoa Monreal, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información, Editorial Siglo Veintiuno Editores, 1997, pág. 23.

³³ Nogueira Alcalá, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis [online]. 2005, Volumen 11, numero 2, pp. 15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext

desenvolver, pues no es conveniente que se piensen de forma aislada si se quiere un funcionamiento armónico del sistema jurídico. En relación a lo anterior se señala que respecto a los límites de los derechos:

“El límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera... Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico... La Constitución constituye un sistema armónico y coherente de derechos, donde cada una de sus normas es útil para determinar tanto la delimitación de los derechos como las limitaciones (restricciones) a las que ellos podrán estar sujetos.”³⁴

Los derechos fundamentales tienen por objeto generar y mantener ciertas mínimas condiciones para que el desarrollo de la dignidad y de la libertad de los seres humanos sea eficiente y efectivo. Son elementos que cada sociedad hoy tiene en consideración para establecer los objetivos básicos que un estado de derecho debe satisfacer y no se limitan, en definitiva, como fue en un principio, a ser una traba frente al abuso del poder público.

³⁴ Nogueira Alcalá, “Aspectos de una Teoría”, cit. nota nº 33.

1.3.3.2 Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad como derecho fundamental

Para delimitar el núcleo o contenido esencial del derecho a la intimidad, es necesario hacer un análisis que permita no dejar fuera alguna manifestación del mismo. En la tarea de delimitar el contenido esencial del derecho a la intimidad, se ha señalado que aquel se encuentra constituido por los siguientes elementos que forman parte de un todo:

i) Derecho subjetivo y derecho de defensa. Este elemento es una de las primeras formas de expresión del derecho a la intimidad, Ruiz Miguel señala al respecto:

“El derecho a la intimidad, como los demás derechos fundamentales clásico, se configura originariamente de forma negativa, esto es, como un derecho de defensa, como un derecho subjetivo típico. Por lo demás este derecho de defensa será considerado como fundamental... esto es, como correspondiente al principio de distribución, conforme al cual la esfera de la libertad del individuo es ilimitada en principio, mientras que las facultades del Estado para intervenir en la misma son limitadas en principio mesurables, controlables...”³⁵

El derecho a la intimidad ha ido evolucionando y hoy ya no se entiende

³⁵ Ruiz Miguel, Carlos, La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Editorial TECNOS S.A., 1995, pág. 118.

solamente como el derecho a ser dejado en paz; es decir, aquella facultad de permitir o no a terceros que tengan algún acercamiento a la vida privada, sino que hoy también el derecho abarca la facultad de que los sujetos determinen qué cosas conocen de la vida privada aquellos terceros.

Respecto a lo anterior, se establece que aquellas facultades representan el área interna y externa del derecho a la intimidad, “en su manifestación interna es un neto derecho de defensa, en su carácter externo es un derecho con una interpretación expansiva, es la facultad que tenemos de decidir lo que queremos que otros conozcan de lo que a nosotros pertenece.”³⁶

Creemos que la intimidad no debe entenderse solamente como un derecho de defensa, pues dejaría fuera la parte externa del derecho. En este sentido se ha señalado que

“la noción de intimidad es una categoría social, cultural e histórica, la intimidad como derecho, más que autoprotección... pretende ser un nivel de calidad en relación con los demás, pese a ello, en su configuración primigenia es un derecho de defensa. El recurso jurídico para la protección de estos derechos es su catalogación como derecho subjetivo”.³⁷

ii) Garantía institucional de pluralismo y democracia. Que las personas puedan disponer de un área respecto de la cual se les garantice un respeto

³⁶ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota nº 3, pág.76.

³⁷ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota nº 3, pág.77.

por lo que suceda dentro de aquella, permite a los individuos desarrollar una personalidad diferenciada del resto de la comunidad. La esencia del derecho a la intimidad es el desarrollo de la personalidad de los sujetos. Es gracias a este derecho que las personas pueden generar ideas, pretensiones o incluso realizar diversas acciones sobre su cuerpo. En este sentido se señala que “La protección de la intimidad hace posible el desarrollo, el fortalecimiento y la recuperación de la identidad personal y, como consecuencia de ella, de una actividad social que, partiendo de la especificidad del individuo conduce a aquella configuración diversa y original de la comunidad.”³⁸

La mezcla de lo generado por cada sujeto de los que conforman la comunidad respectiva originará una diversidad de personalidades, o sea una pluralidad de personalidades.

El concepto de pluralidad en el mundo occidental se encuentra unido al de libertad, y, esta última, hoy

“se constituye en el mundo occidental en el eje del resto de instituciones jurídico-políticas... los principios democráticos se apoyan en la libertad individual, la cual permite al hombre elegir su modo de vida, sus opciones políticas y religiosas, sus creencias, así como conservar su identidad moral, intelectual, física y mental.”³⁹

³⁸ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 120.

³⁹ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota n° 3, pág. 77.

Respecto a esta naturaleza institucional del derecho a la intimidad, Baño León la entiende “como la garantía positiva de ámbitos de actuación del particular, aseguramiento de la pervivencia de determinadas organizaciones, o el reconocimiento de ciertos procedimientos para realizar en la práctica los derechos. Se trata en la práctica de instituciones orientadas a tutelar la libertad.”⁴⁰

iii) Garantía de libertad. Se ha señalado que la libertad se encuentra contenida tanto en la parte interna como en la externa del derecho a la intimidad, pues se entiende que la intimidad es “un ámbito de soberanía interna, entendiéndose por soberanía la facultad última de decisión, se deduce de ello, el componente de libertad.”⁴¹ Aquella libertad le permite a la persona imponerse frente a terceros o frente al estado garantizando la dignidad de la persona.

Respecto a este elemento también se ha señalado que “en una sociedad democrática, la defensa de la intimidad personal es un presupuesto ineludible de la libertad. Donde no se protege la intimidad de las personas

⁴⁰ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág., 120.

⁴¹ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota n° 3, Pág.78.

es difícil que las libertades públicas de los ciudadanos sean respetadas”⁴².

iv) Derecho positivo. Se ha entendido que el derecho a la intimidad requiere, para su adecuado respeto, de la existencia de determinados procedimientos, garantías y deberes que el Estado debe entregar. En este sentido, debe velar por el respeto del derecho a la intimidad adoptando las medidas necesarias para proteger al ciudadano de los ataques de terceros.

Hoy los derechos fundamentales van más allá de la protección frente al Estado y por ello surgen las exigencias de que entregue condiciones aptas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Como ejemplo, podemos ver que el artículo 9.2 de la Constitución española señala “...corresponde a los poderes públicos promover la condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo... sean reales y efectivas...”. En razón de aquello se ha reconocido la falta de “dificultad en afirmar que la Constitución española no solo caracteriza a los derechos y libertades fundamentales en sentido negativo, sino también en su significación como derecho-exigencia a los poderes públicos, para que establezcan y promuevan las condiciones y actividades precisas para asegurar el ejercicio

⁴² Álvarez-Cienfuegos Suarez, “La defensa de la intimidad de los ciudadanos”, cit. nota nº10, pág. 21.

de los derechos individuales...”.⁴³

v) Fundamentador del orden social. Cada ordenamiento señala, en sus normas fundamentales, los objetivos que deberán cumplir los ciudadanos para una correcta y adecuada convivencia social. Para ello, podrán establecer un sistema de valores que permita distinguir qué valores se espera lograr respetar, y además de qué forma se logrará aquello; así lo reconoce Smend indicando que “estos derechos pretenden regular una serie material autónoma, es decir, un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural en definitiva...”.⁴⁴

En el caso en concreto del derecho a la intimidad, éste es uno de los objetivos que hoy buscan consagrar los distintos ordenamientos de la forma que más se acomode cada uno de ellos con el fin de darle fundamento. Sin embargo, no será el único de los elementos y, en consecuencia, no se podrá “conceptuar a la intimidad por sí sola.”⁴⁵ El derecho a la intimidad no conformará un fin único, sino un elemento que posibilite cumplir los

⁴³ Herrán Ortiz, “El derecho a la intimidad en la nueva ley”, cit. nota n° 6, pág. 30.

⁴⁴ Ver más Smend, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional, Editorial CEC, 1985.

⁴⁵ Rebollo Delgado, “El derecho fundamental a la intimidad”, cit. nota n° 3, pág. 80.

múltiples fines que busque cada ordenamiento.

1.4 Definición jurídica del derecho a la Intimidad

Como hemos expuesto anteriormente, el concepto de intimidad es de difícil delimitación y definición debido a la diversidad de concepciones del mismo en razón del lugar y época donde se desarrollen las personas, incluso en un mismo país surgen discrepancias respecto a lo que la gente, doctrina, jurisprudencia, etc., considera que debe encontrarse protegido por el derecho en cuestión. Sin embargo, se han distinguido los siguientes conceptos del derecho a la intimidad:

i) Concepto objetivo. Se expone por la doctrina que este concepto es recogido por autores norteamericanos y también por la doctrina alemana. Se relaciona con el concepto usado por la definición antes expuesta del diccionario de la RAE el cual ha sido interpretado “conforme al tenor literal... el derecho a la intimidad sería un derecho a la protección de esa zona espiritual íntima y reservada que tienen las personas o los grupos,

especialmente la familia.”⁴⁶ En lo pertinente se señala que

“Se corresponde con la formulación originaria de derecho a la intimidad formulada por la doctrina y jurisprudencia norteamericana...es el derecho a ser dejado en paz, el derecho a ser dejado tranquilo y solo... aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona o también como la necesidad consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual.”⁴⁷;

Respecto a la teoría alemana, se señala que aquella se desarrolla mediante, la teoría de las esferas o círculos:

“en virtud de la cual se distinguen diferentes compartimentos o esferas concéntricas en los derechos de la personalidad... Asi un círculo de protección sería la llamada esfera individual que comprende todo lo relativo a la singularidad del individuo como la integridad corporal, el honor o el nombre... Una segunda esfera que abarcaría todo lo privado o íntimo y una tercera que englobaría todo lo secreto que se viola cuando es revelado o conocido por otros. Lo secreto hace referencia a las noticias que deben quedar ocultas, lo íntimo al ámbito de la vida familiar y personal y lo individual a la peculiaridad de la persona...”⁴⁸

Se señala además que en cuanto a los contenidos de aquellas esferas “no son uniformes, sino que cada individuo las configura de acuerdo a sus

⁴⁶ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 78.

⁴⁷ Rebollo Delgado, Lucrecio; Gómez Sánchez, Yolanda, *Biomedicina y Protección de datos*. Editorial DYKINSON, S.L., España, 2008, pág. 41.

⁴⁸ Serra Uribe, Carlos Enrique, *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Ediciones del laberinto, primera edición, 2006, pág. 29-30.

pretensiones...”.⁴⁹ En este caso se presenta un concepto que tiende a establecer el derecho a la intimidad como un derecho a la defensa de una determinada área del individuo, destacando que el nivel de protección en la esfera privada “es relativo, el mínimo protegible ha de ser fijado por la ley, considerando que, a partir de ese mínimo existe un amplio campo que solo los tribunales podrían valorar, atendiendo a los usos sociales y a la situación de las personas afectadas.”⁵⁰

Sin embargo, hay discrepancia respecto a lo anterior, pues se señala que “quizás debe observarse a lo anterior que el mínimo de protección no ha de ser fijado por la ley, sino por la constitución, y sobre todo mediante la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Constitucional”⁵¹.

Ambas posturas parecen ser válidas pues que el mínimo del derecho sea fijado por la ley permite que sea de mayor facilidad la inclusión de elementos que con el paso del tiempo sean necesarios en el mismo para una protección eficaz, pero a su vez no puede dejar de ser importante jurídicamente que el mínimo sea consagrado en la Constitución debido al

⁴⁹ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. Nota nº 48. P.42.

⁵⁰ Serrano. Cita extraída de Ruiz, Carlos, “La configuración constitucional”, cit. Nota Nº 35, pág. 78.

⁵¹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota nº 35, pág. 78.

orden jerárquico que representa ésta frente a posibles colisiones entre leyes.

ii) Concepto subjetivo. Existen dos formas de determinar la subjetividad del derecho para la doctrina; por una parte la distinción sería entre “personas públicas” y “personas privadas”. Al respecto se señala que “el hombre público no tiene vida privada y el hombre privado no tiene vida pública. Sin embargo (...) todos incorporamos la doble condición de personas públicas y privadas y, por ello, tenemos algún grado de vida pública y privada”⁵²; y por otra parte el derecho a la intimidad podría fundamentarse en la llamada autodeterminación informativa que según algunos autores poseen las personas. Tal derecho a la autodeterminación informativa proviene del artículo publicado por Warren y Brandéis, sin embargo, hoy también ha sido aceptado. En el caso del Tribunal Constitucional alemán, este señala que “del artículo 2 de la ley fundamental de Bonn surge la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por si mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.”⁵³ El Tribunal Constitucional español también

⁵² Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. Nota n° 35, pág. 76.

⁵³ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. Nota n° 47, pág. 42.

reconoce este concepto señalando que “existe... un ámbito propio de la vida personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo que el interesado consienta.”⁵⁴ Este concepto quiere resaltar el protagonismo de la libertad del individuo otorgándole el derecho a que sea él en definitiva quien decida qué hechos, circunstancias, etc., quedan fuera del conocimiento de los demás.

iii) Concepto proveniente de la teoría del mosaico. Se indica que procede de un desarrollo doctrinal creado para poder hacer frente a los posibles problemas que pueden traer las nuevas tecnologías y la falencia de la teoría de las esferas para hacerle frente. Por ello, Madrid Conesa señala que

“la teoría de las esferas no es válida, dado que hoy los conceptos de lo público y lo privado son relativos, pues existen datos que a priori son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos unos con otros, pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de cualquier individuo, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en si no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado”⁵⁵

Al parecer este concepto puede llegar a tener una gran utilidad hoy en día

⁵⁴ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. Nota nº 47, págs. 42-43.

⁵⁵ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. Nota nº 47, pág. 43.

dado que en la informática existe una gran cantidad de datos personales, entregados por nosotros mismos o recopilados por terceros. Por ejemplo, Facebook y las aplicaciones de georreferencia, pueden implicar eventualmente atentados contra la intimidad de las personas si unen los datos que almacenan, permitiendo formar perfiles de los individuos si estos no toman las precauciones necesarias. Otros autores no la aceptan como una teoría explicativa por sí misma del derecho sino que complementaria señalando al respecto

“no podemos compartir la idea de que lo privado sea relativo. Lo es solo relativamente, valga la redundancia. Sigue habiendo aspectos que objetivamente... son íntimos o privados y, en consecuencia son merecedores de tutela. Quizá lo que es relativo es lo público, y hay ciertos datos públicos que pueden tener conectados entre sí una trascendencia para la intimidad”⁵⁶.

Esta última visión muestra una cara conocida de la intimidad pues, si bien aquella es de difícil delimitación y definición, en el colectivo parece existir acuerdo respecto a que algunas cosas pertenecen siempre a ese ámbito.

iv) Una cuarta concepción del derecho a la intimidad ha decidido no contar con un concepto del derecho a la intimidad, optando por establecer ciertas

⁵⁶ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 79.

características del mismo.

Uno de los autores que ha optado por esta línea es Prosser quien apunta que el derecho a la intimidad protege los siguientes contenidos “frente a la apropiación de la imagen o apariencia de una persona; frente a la intrusión en la vida privada o íntima; frente a la revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada o íntima; frente a la publicidad que distorsiona o tergiversa los hechos falseando la imagen de una persona ante el público.”⁵⁷

Sin embargo, se critica esta opción pues genera problemas debido a que los criterios usados para incluir los contenidos del derecho serán distintos, generando en definitiva un concepto no unívoco y que no servirá para delimitar y separar el derecho de otros.

v) Otro concepto, desarrolla la unión del concepto objetivo y del concepto subjetivo del derecho a la intimidad. En este caso, se señala que las personas tienen un área de su espiritualidad que puede ser reservada del conocimiento de los demás y además que existe la facultad de que los individuos consientan o no en acercarse a quienes quieran sobre determinados aspectos de aquella área. Por ejemplo, se señala que este concepto

⁵⁷ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 79.

comprende “el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocidos por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación”⁵⁸.

La preferencia por uno u otro concepto variará dependiendo del autor que desarrolle el tema. Sin embargo, parecería más acorde a la realidad actual, en su constante variación y evolución, que la aceptación del último concepto del derecho a la intimidad permitiría satisfacer su carácter relativo. Por ello,

“cabe entender al derecho a la intimidad como el derecho a la autorrealización del individuo. Es el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar el conocimiento que terceros tienen de él... El concepto de derecho a la intimidad como estricto derecho de defensa tiene incardinación directa en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. La potestad de control de lo que afecta al individuo en su ámbito de intimidad tiene una correlación también directa con la libertad.”⁵⁹

⁵⁸ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota n° 47, pág. 45.

⁵⁹ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota n° 47, pág. 46.

2. El derecho a la intimidad en el ordenamiento español

Como es normal en todo proceso creador de leyes o de una constitución, existieron durante la tramitación del proyecto de Constitución Española, discusiones respecto al contenido y forma del artículo que establecería la garantía del derecho a la Intimidad. Las discusiones se daban porque era de difícil consenso una configuración unívoca del derecho, puesto que en su historia constitucional en un primer momento se constitucionalizan manifestaciones específicas de la intimidad como por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones. Ya antes de la dictación de la Constitución de 1978, era extendida la teoría de los derechos subjetivos; en consecuencia se producían debates en relación a que para algunos autores el derecho a la intimidad pertenecía a aquellos denominados de la personalidad, mientras que para otros este derecho tenía un carácter subjetivo, otro grupo señalaba que el problema se generaba debido a una confusión del objeto con el sujeto en el caso de los derechos personalísimos, pues

“...aparte de la imposibilidad lógica de que la persona sea al propio tiempo sujeto y objeto de una relación y habida cuenta de que se trata de derechos absolutos, de obligado respeto por toda la colectividad, resultaría que el mismo sujeto-objeto sería al propio

tiempo uno, entre todos los sujetos pasivos indeterminados, a quien incumbiría el deber de abstención y respeto de su derecho sobre sí mismo...”⁶⁰

Sin embargo, la Constitución de 1978 zanjó estas discusiones optando por la teoría de los derechos de la personalidad recogida internacionalmente. De esta forma “reconoce derechos que le corresponden a la persona, que se ejercitan sobre ella... asegurando con ello un ámbito en el que el individuo tiene plena capacidad de disposición, de dar a conocer o no, aspectos de su vida privada.”⁶¹ El ordenamiento español entiende que la dignidad humana es la que debe servir de cimiento a los derechos fundamentales y por ello elige la teoría de los derechos personalísimos.

Luego de su tramitación parlamentaria, el derecho a la intimidad se establece definitivamente en el artículo 18 de la siguiente forma:

Art. 18 CE

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá

⁶⁰ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 48, pág. 61.

⁶¹ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 48, pág. 64.

hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las potestades telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. 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.

La jurisprudencia constitucional también coincide con la opinión del constituyente. Ello se manifiesta en diversos pronunciamientos.^{62 63 64}

⁶² STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. Fundamento jurídico 3º: “... los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana.”

⁶³ STC 170/1987, de 30 de octubre de 1987. Fundamento jurídico 4º: “Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas.”

⁶⁴ ATC 57/2007, de 26 de febrero de 2007. Fundamento jurídico 4º: “Antes de verificar el contenido constitucional de las quejas relativas al derecho fundamental a la intimidad personal conviene recordar sucintamente sus perfiles, de acuerdo con nuestra jurisprudencia. El derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 CE reconoce. La intimidad personal constitucionalmente garantizada —hemos dicho en muchas ocasiones— entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, que protege, en principio, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Sin embargo, el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física,

Otro aspecto que cabe explorar en las siguientes páginas es sí en el artículo 18 CE se ha establecido un derecho o tres derechos distintos.

Hay autores que entienden al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como un solo derecho y no distintos. En este sentido Rodríguez Ruiz entiende que el

“Tribunal Constitucional hace una lectura del derecho fundamental a la propia imagen, convirtiéndolo en un aspecto más de la intimidad, un derecho al retiro y al secreto específico para todo aquello que concierne a nuestro nombre y a nuestra imagen, y que no añadiría nada nuevo a lo que el derecho a la intimidad tiene que decir en estos dos ámbitos”.⁶⁵

Pérez Luño argumenta que del Artículo 18 de la Constitución se infiere que el constituyente entiende los distintos supuestos que en él se establecen como manifestaciones de un derecho único.⁶⁶

Westin entiende que la conexión entre intimidad y propia imagen tiene un origen antropológico señalando que

“numerosos estudios antropológicos han constatado el temor de algunos miembros de tribus salvajes a ser fotografiados...

sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5, entre otras resoluciones).”

⁶⁵ Rodríguez Ruiz, B. El Secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Editorial McGraw-Hill, 1998, pág. 12.

⁶⁶ Ver más Pérez Luño, A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial TÉCNOS, 1995, pág. 331.

fundado en el miedo que tienen estas personas fotografiadas a ser vulnerables... puesto que cuanto más expuesto esté el hombre, mayor será su indefensión (...) Westin parece vincular al derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad entendido por él como autodeterminación informativa. Así, el derecho a la propia imagen sería el derecho de los individuos (o los grupos) de determinar cuándo, para quién y en qué forma están en público”.⁶⁷

Otros autores entienden que se ha hecho una consagración diferenciada de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. En este sentido Nimmer piensa que es necesario “independizar el derecho a la propia imagen del derecho a la intimidad al configurarlo como un derecho patrimonial (derecho absoluto y, además, enajenable) frente a la consideración, de la que participa el derecho a la intimidad, de derecho personal o de la personalidad (derecho absoluto y no enajenable)”.⁶⁸

Salvador Corderech afirma que “en el derecho a la propia imagen hay tres aspectos que deben distinguirse: el relativo a la vida privada, el comercial y, finalmente, la vertiente difamatoria que puede sumarse a cualquiera de las anteriores, pero que se relaciona con la eventual lesión de la reputación

⁶⁷ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 109.

⁶⁸ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 110.

subsiguiente a la publicación de la imagen”.⁶⁹

Lucas Murillo ha señalado que “la propia imagen es una forma positiva de la personalidad (es aspecto externo), que se manifiesta normalmente en público, mientras la intimidad tiene una dimensión negativa: se respeta en cuanto no se desvela”.⁷⁰

Alegre Martínez diferencia los derechos de acuerdo a las dimensiones que protegen, en este sentido entiende que

“lo cierto es que la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad... y la dimensión externa del derecho a la propia imagen, permiten hablar de un contenido esencial propio y característico del derecho a la propia imagen, que vendría a consistir... en la potestad de impedir que otros la capten o difundan, y en evitar la difusión incondicionada del aspecto físico.”⁷¹

Otros argumentos que se han ofrecido son:

Primero, cuando se vulneran estos derechos no se vulneran los tres a la vez, si no que claramente podemos hablar de una intromisión ilegítima en el

⁶⁹ Salvador Corderech, P. El Mercado de las ideas. Centro de estudios Constitucionales, 1990, pág. 307.

⁷⁰ Murillo de la Cueva, Lucas, “El derecho a la autodeterminación informativa”, Editorial TECNOS, 1991, pág. 86

⁷¹ Alegre Martínez, M. A. El Derecho a la propia imagen. Editorial. TECNOS, Madrid, 1997, págs. 60 y 61.

honor, en la intimidad o en la propia imagen.⁷² Esto también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.⁷³

Segundo, porque el Tribunal Constitucional al referirse al derecho al honor dice literalmente que “no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1. a) y d) de la Constitución española, expresamente citado como tal en el número 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado un derecho fundamental protegido por la Constitución (...)”. Y por ello se entiende que quiere poner de manifiesto que se trata de un derecho

⁷² Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota nº 8, pág. 85.

⁷³ STC 115/2000 de 5 de mayo, fundamento jurídico 8º: “En cuanto a que la reputación o el buen nombre de la recurrente no han quedado afectados dada la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje de la revista "Lecturas", esta alegación de la entidad mercantil que la edita sin duda se apoya en una afirmación de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional en la que se expresa que dichos datos "no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social", puesto que, "simplemente, constituyen chismes de escasa entidad".

“Ahora bien, frente a esta alegación ha de tenerse presente, una vez más, que en este caso no nos encontramos ante el ámbito del derecho al honor, sino ante el del derecho a la intimidad personal y familiar. Por lo que resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Y la razón es, sencillamente, que los datos que pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar constitucionalmente garantizado están directamente vinculados con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), como antes se ha dicho, y, por tanto, es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar la protección que la Constitución dispensa a "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura-- para mantener una calidad mínima de la vida humana" STC 231/1988”.

autónomo e independiente de otros.⁷⁴

Tercero, no tendría sentido la consideración de los tres derechos como uno único, ya que la expresión *ámbito del derecho*, que se suele utilizar referido a la intimidad diciendo que ésta tiene *el ámbito que mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia* (art. 2.1 Ley 1/82) tendría que ser también aplicable al derecho al honor, lo cual no es posible ya que *sea cual sea la idea que sobre el honor se mantenga, resulta inaceptable delimitar un ámbito del mismo*.⁷⁵

Quienes entienden que se consagran derechos distintos, sustentan su opinión señalando que del tenor de la Constitución se desprende que los ha establecido de forma diferenciada terminológicamente y que además se ha dejado de lado la teoría que consideraba la existencia de un solo derecho de la personalidad y que los demás eran manifestaciones del mismo. En este trabajo optamos por esta última, pues consideramos más convincentes los argumentos entregados, entre los que se señala que el

“constituyente no ha optado por el reconocimiento del derecho a

⁷⁴ Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota n° 8, pág. 86.

⁷⁵ Galán Juárez, “Intimidad”, cit. nota n° 8, pág. 86.

la vida privada. De haberlo hecho, cabría entender como derecho a ésta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ocurre que teniendo estos tres derechos una misma fundamentación parece que esta se extiende también a sus respectivas configuraciones, lo cual no es cierto. Si podemos aseverar la raíz en la dignidad humana, pero el bien jurídico que aspiran a proteger es distinto, los ámbitos a los que se refieren cada uno de los derechos son diferentes, y poco tienen que ver entre sí las fundamentaciones jurídicas... Los tres derechos junto con otros que no tienen un reconocimiento constitucional directo, como son el derecho al nombre o la fama, son parte de un todo que denominamos derechos de la personalidad, pero realizan la función de proteger ámbitos distintos, responden a finalidades y necesidades todas ellas de la persona, pero que actúan en planos diferentes.”⁷⁶

2.1 Contenido del derecho a la Intimidad

2.1.1 Intimidad, intimidad corporal, propia imagen, honor y, distinciones del Tribunal Constitucional

Se ha expuesto que existe dificultad para llegar a delimitar, definir y llegar a un acuerdo respecto al derecho a la intimidad, y al respecto cabe hacer las siguientes aclaraciones conceptuales:

i) Existen diferencias respecto a lo que comprende el derecho a la intimidad,

⁷⁶ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 47, pág. 72.

y por ello diversos autores han esbozado sus propias definiciones, como las siguientes:

Ruiz Gimenez entiende a la intimidad como “la zona psico-física y espiritual más honda del ser humano y la más estrechamente vinculada a la dimensión axil que, desde perspectivas ideológicas muy diversas, se califica hoy - y cada vez más generalizadamente- como dignidad de la persona.”⁷⁷

Westin lo define como “la facultad de individuos, grupos o instituciones para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos. Es la voluntaria y temporal retirada de una persona de la sociedad general por medios físicos o psicológicos.”⁷⁸

En tanto Puente Muñoz lo describe como el ámbito de la individualidad específica del hombre, en la que desarrolla sus propios valores y principios en plena libertad; en la intimidad del hombre se forja su personalidad y desarrolla su libertad para elegir sus creencias, sentimientos y normas de conducta.”⁷⁹

Fariñas Matoni distingue entre un “derecho objetivo, entendido como el reconocimiento que el ordenamiento jurídico dispensa al derecho subjetivo

⁷⁷ Herrán Ortiz, “El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley”, cit. nota n° 6, pág. 27.

⁷⁸ Herrán Ortiz, “El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley”, cit. nota n° 6, pág. 27.

⁷⁹ Herrán Ortiz, “El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley”, cit. nota n° 6, pág. 27.

a la intimidad, de manera que lo protege adecuadamente, sitúa un derecho subjetivo a la intimidad que el citado autor define como la facultad del hombre, *esgrimible erga omnes*, consistente en poder graduar el eje mismidad-alteridad que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida.”⁸⁰

Rebollo realiza una distinción en razón del tenor literal del artículo 18 de la Constitución entre derecho a la intimidad e intimidad personal, entendiendo que ambos comparten la misma fundamentación, sin embargo, el derecho a la intimidad parece abarcar un aspecto más genérico que el derecho a la intimidad personal. De esta forma circunscribe a la intimidad personal

“de forma concreta al individuo, a un espacio psíquico y físico relativo a la persona individualmente considerada. De esta forma el derecho a la intimidad es un amplio conjunto de facultades referido a esferas determinadas de la vida del individuo al que el ordenamiento jurídico le confiere protección. Por el contrario el derecho a la intimidad personal tiene un referente más concreto, la persona... lo que diferencia al derecho a la intimidad personal del genérico a la intimidad es en esencia la radicación en el sujeto y no el ámbito, los límites o los contenidos, dado que estos

⁸⁰ Herrán Ortiz, “El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley”, cit. nota n° 6, pág., 28.

pueden ser idénticos en los dos derechos.”⁸¹

ii) Otro aspecto a diferenciar dentro de la intimidad personal es el que atañe al derecho a la propia imagen. Es necesario distinguir entre ambos, pues la constitución estableció, como señalamos, tres derechos distintos y, en consecuencia, será decisivo para determinar la problemática jurídica que se presente, y por ende, su solución, el saber los deslindes que existen entre ambos. De forma intuitiva el derecho a la propia imagen parece corresponder a la protección de la imagen física de la persona, a mantener en privado su aspecto físico y evitar su difusión ilimitada.

El derecho a la propia imagen se ha definido de la siguiente forma:

Desde un punto de vista positivo como “la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles, así como su voz o su nombre”; y desde un punto de vista negativo como “el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto.”⁸²

El Tribunal Constitucional entiende este derecho como

⁸¹ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 48, pág., 77.

⁸² Ver más Azurmendi Adarraga, A. El Derecho a la Propia Imagen: Su Identidad y Aproximación al Derecho a la Información. Editorial CIVITAS, 1997.

“un derecho... que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.”⁸³

Como se indicó en el párrafo anterior, el derecho a la intimidad personal se refiere al individuo en concreto, comprendiendo su espíritu y físico, en consecuencia ambos derechos comparten el proteger lo físico del sujeto pero de forma distinta. En el caso del derecho a la propia imagen, éste tiene “una proyección... ad extra... y... al igual que el derecho a la intimidad es el ejercicio de una libertad, de una pretensión... de la propia personalidad. Pero el derecho a la propia imagen no traspasa esa barrera psicológica... se queda en lo periférico del sujeto, independiente del lugar donde éste se encuentre o si es público o privado.”⁸⁴

En consecuencia, pueden ocurrir situaciones en las cuales ambos derechos se vean involucrados por la cercanía que existe entre ellos. Sin embargo, el fin u objetivo de cada uno es distinto y por ello han sido separados en el precepto constitucional, siendo esto reconocido expresamente por el

⁸³ STC 127/2003 de 30 de junio, fundamento jurídico 6°.

⁸⁴ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 48, pág., 80.

Tribunal Constitucional.⁸⁵

iii) Otro elemento a tener en consideración respecto a la delimitación de la intimidad personal, es el de la intimidad corporal. El derecho a la intimidad establece un límite frente a la intrusión en el cuerpo de las personas, lo defiende de las intervenciones corporales. Las intervenciones corporales se definen como “aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento... con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con... estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.”⁸⁶ Aquella definición genérica produce una eventual colisión de diversos derechos que pudieren verse afectados, como por ejemplo la integridad física y síquica. Para determinar cuándo se produce la afectación de la intimidad corporal y no de los demás derechos, el tribunal constitucional español hace una distinción entre intervenciones e

⁸⁵ STC 127/2003, fundamento jurídico 6º: “los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución española, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, son, no obstante, derechos autónomos, que tienen un contenido propio y específico”.

⁸⁶ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 47, pág. 81.

inspecciones corporales, y los registros corporales.⁸⁷

Lo que parece proteger la intimidad corporal no es el ámbito referido al cuerpo a secas, ya que de ello se encarga el derecho a la integridad corporal.

La intimidad corporal abarca un ámbito, entendido por una sociedad determinada en un momento determinado, que puede verse afectado por actuaciones que ataquen el pudor de una persona. Por ende, el control sobre

⁸⁷ STC 207 de 16 de diciembre de 1996, fundamento jurídico 2º: "...a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)..."

las correspondientes actuaciones corresponderá a la liberalidad del sujeto, y así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.⁸⁸

En tanto Ruiz Miguel opina que “el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura, sobre el recato corporal.”⁸⁹

iv) Otro aspecto a definir son los límites entre el derecho a la intimidad y el honor. Antes entrar a ello, cabe hacer una definición del derecho al honor. Se ha estimado que el derecho al honor se compone “tanto de la autoestima de la persona, como del derecho que ésta tiene a que los demás la

⁸⁸ STC 120 de 27 de junio de 1990, fundamento jurídico 10º: “Es cierto que este Tribunal ha reconocido que en la noción de «intimidad personal» se integra la «intimidad corporal (STC 37/1989, fundamento jurídico 4.º). Pero la ha identificado únicamente como «inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona» y, en virtud de ello, puede afirmarse que en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal.”

⁸⁹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota nº 35, pág. 81.

consideren igual y merecedora de la misma estima que cada uno tiene para sí.”⁹⁰ Cabe agregar que se han distinguido dos clases de honor, el subjetivo y el objetivo. El primero

“consiste en el aprecio o estimación que el ser humano tiene por sí mismo; este honor es atacado por medio de acciones... que expresan menosprecio hacia el sujeto... el honor objetivo consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás; este honor es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación ante otros...”⁹¹

En cuanto a las diferencias entre honor e intimidad:

Berdugo ha señalado que “el honor está en contacto directo con la participación del individuo en la comunidad, al paso que en la intimidad lo que se desprende, por el contrario es garantizar un ámbito de no intervención activa en la vida social, bien a través de asegurar la falta de información, bien mediante el control sobre dicha información.”⁹²

Por su parte Monreal distingue al honor de la vida privada, señalando que operan autónomamente de la siguiente manera:

“a) El atentado contra la vida privada no exige ni supone que quien lo ejecuta formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de su víctima;... es suficiente con que él tome conocimiento, en virtud de injerencia indebida, de aspectos

⁹⁰ Romero Coloma, Aurelia, Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información, Ediciones Jurídicas SERLIPOST, 1991, pág. 63.

⁹¹ Novoa Monreal, “derecho a la vida privada”, cit. nota n° 32, pág. 75.

⁹² Romero Coloma, “Los derechos al honor y a la intimidad”, cit. nota n° 90, pág. 63-64.

reservados de la vida de ésta...

b) El atentado en contra del honor no exige ni supone que la expresión, gesto o imputación que se formulan y que lesionan el honor subjetivo o el objetivo, correspondan a una información reservada que el sujeto activo haya logrado sobre su víctima mediante injerencia en su intimidad; perfectamente pueden concebirse atentados en contra del honor en los que se emplean datos que el sujeto activo conoció legítimamente o en las que se formulan imputaciones que son conocidas desde antes por algunas o muchas personas...”⁹³

Ruiz Miguel manifiesta su postura con fundamento en el trabajo de Warren y Brandeis señalando que “el derecho a la intimidad protege frente a cualquier descripción de la vida privada. El derecho al honor protege frente a una descripción inexacta la vida privada o frente a una atribución inexacta a una persona de algún rasgo que presumiblemente va a perjudicarlo.”⁹⁴

v) Finalmente, el Tribunal Constitucional ha formulado ciertas indicaciones para una definición del derecho a la intimidad personal y establecer su ámbito de protección, en ese sentido ha señalado:

a) El derecho a la intimidad personal se encuentra vinculado a la propia personalidad. En este sentido el Tribunal Constitucional señala “que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y

⁹³ Novoa Monreal, “derecho a la vida privada”, cit. nota n° 32, pág. 75.

⁹⁴ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 114.

reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana.”⁹⁵ Frente a tal enunciado Ruiz Miguel señala que al ser ese ámbito propio es necesario tener presente que eso implica excluir la esfera de otro en aquel. Además de esa visión negativa del derecho el Tribunal Constitucional formula una perspectiva positiva del mismo al establecer que “es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos.”⁹⁶ En este caso se inclina a favor de la autodeterminación informativa al requerir un cierto nivel de autorización por parte del individuo respecto a que cosas pueden o no ser divulgadas. Lo anterior genera dificultades respecto al reconocimiento de este derecho a las personas fallecidas pues “en el plano constitucional este derecho se vincula necesariamente con la existencia real de la persona, sin perjuicio de que puedan derivarse responsabilidades patrimoniales por el uso de la imagen de un fallecido.”⁹⁷

b) El contener el ámbito de la intimidad corporal o pudor antes descrito.

⁹⁵ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 80.

⁹⁶ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 80.

⁹⁷ Martínez Martínez, Richard, “Una aproximación crítica”, cit. nota n° 14, pág. 266

c) Otro ámbito respecto al cual se ha manifestado a favor es en relación a la sexualidad y esto pues en algunas situaciones puede ser afectado indirectamente el derecho, como por ejemplo respecto a las medidas de privación de libertad.⁹⁸

d) Cabe agregar que el Tribunal Constitucional concuerda en acotar el derecho a la intimidad personal a un contexto histórico “intimidad y honor son realidades tangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas debe determinar los órganos del Poder Judicial”⁹⁹

Respecto al concepto de la autodeterminación informativa, ésta ha sido definida como “un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas, por medio de los cuales se articula la técnica de la protección de datos y se atribuye a sus titulares una posición jurídica subjetiva correspondiente a su *status de habeas data*.”¹⁰⁰

Al respecto también se ha señalado que la autodeterminación informativa

⁹⁸ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 82.

⁹⁹ Martínez Martínez, “Una aproximación crítica”, cit. nota n° 14, pág. 267-268.

¹⁰⁰ Martínez Martínez, “Una aproximación crítica”, cit. nota n° 14, pág. 253.

“en cuanto que posición jurídica subjetiva correspondiente al *status* de *habeas data*, pretende satisfacer la necesidad, sentida por las personas en las condiciones actuales de la vida social, de preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática y de los peligros que esto supone.”¹⁰¹

De aquella manera algunos autores buscan darle un contenido un poco mas ampliado al derecho a la intimidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Española en busca de evitar vulneraciones a la intimidad por el avance de las tecnologías y el acceso que aquellas tienen a la información. Por ello se señala que

“la característica central y diferenciadora respecto del derecho a la intimidad consistiría, por una parte, en atribuir al individuo facultades de control sobre todos sus datos personales con independencia de la naturaleza de éstos, y, por otra, en el establecimiento de cauces procedimentales a través de los cuales, en el ejercicio de los mencionados derechos, obtener prestaciones positivas a cargo del Estado o de los particulares”¹⁰²

Se puede inferir que cierta parte de la doctrina construye un “nuevo” derecho fundamental, la autodeterminación informativa, con un contenido que no limita la protección a la intimidad, sino que busca fortalecerla por

¹⁰¹ Murillo de la Cueva, “El derecho a la Autodeterminación”, cit. nota n° 70, pág. 173-174.

¹⁰² Martínez Martínez, “Una aproximación crítica”, cit. nota n° 14, pág. 254-255.

medio de otorgarle a los privados mas facultades interventoras sobre lo que puede y no puede conocerse de ellos tanto frente al Estado como frente a particulares, en especial frente a responsables de los ficheros automatizados. Así se señala que la razón de esta configuración doctrinal “reside... en que se considera a la intimidad como una categoría insuficiente puesto que ciertos datos de carácter personal no podrían incardinarse en la noción de intimidad en sentido estricto que establece la Constitución, noción que... se califica como pre informática.”¹⁰³ En tal sentido también se ha señalado que

“la evolución de las estructuras económicas y su incidencia en la vida de relación de las personas, el progreso tecnológico especialmente en la industria telemática y, en fin, el papel de los poderes públicos en relación al ciudadano, son factores que explican la extensión de los ámbitos en los que la intimidad ha de ser protegida y a la vez las muchas posibilidades que ésta encuentra de ser vulnerada...en función de esta premisa, el debate sobre la intimidad ha impulsado a la generalidad de la doctrina a plantear el significado del mismo desde una doble perspectiva. Por un lado, el derecho a la intimidad no es sólo una garantía contra una intromisión ilegítima en la esfera privada de la persona... sino que a la vez es también un status positivo, es decir una potestad de control del ciudadano sobre todo el flujo de información que acceda al escenario público sobre su persona.”¹⁰⁴

Basta para el trabajo entender que la concepción del derecho a la intimidad

¹⁰³ Martínez Martínez, “Una aproximación crítica”, cit. Nota nº 14, pág. 255.

¹⁰⁴ Carrillo, Marc, “El derecho a no ser molestado”, cit. nota nº 2, pág. 50.

no es idéntica para la doctrina española como se desprende de la concepción de este derecho a la autodeterminación informativa. No ahondaremos más en él pues es un tema que fácilmente abarca una investigación por sí sola.

2.1.2 El derecho a la Intimidad Familiar

El ordenamiento español, al igual que los demás sistemas jurídicos recoge la realidad fáctica de la vida y le otorga protección jurídica a la unidad denominada familia ya sea ordenándole a los poderes públicos su protección como garantizándole derechos fundamentales, en este caso el derecho a la intimidad familiar en el mismo artículo 18.1 de la Constitución. El diccionario de la Real Academia Española señala varios conceptos de lo que se entiende por familia, entre ellos: “1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje; 3. f. Hijos o descendencia.”¹⁰⁵ De aquella definición desprendemos que el concepto de familia se encuentra ligado al parentesco que exista entre las personas, ya sea por consanguinidad o por afinidad. Sin embargo hoy también se recoge por el derecho que la familia puede tener su origen no en el vínculo

¹⁰⁵ Diccionario RAE, pagina Web: <http://lema.rae.es/drae/?val=familia> consultado el 06 de Noviembre de 2012.

matrimonial y por ello le entrega protección a aquella comunidad de vida. Por ello, se entenderá por familia al conjunto de personas que se encuentran ligadas ya sea por razones naturales, jurídicas o sentimentales con el objetivo constante de participar unidos en una comunidad de vida, es decir, se establece un concepto amplio de la familia.

Señalado el concepto de familia, corresponde determinar el alcance del derecho a la intimidad familiar y al respecto éste es el “derecho a que permanezcan desconocidos aspectos, no de la persona individualmente considerada, sino como perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que denominamos familia... debemos identificar lo definido... con un contenido de relaciones.”¹⁰⁶ En consecuencia, éste derecho se verá afectado cuando un individuo sufra alguna intromisión dentro del ámbito de las relaciones que comprenden el desarrollo de la vida en familia, no en el espacio físico donde esta se desenvuelve, sino la intimidad de los miembros integrantes de la familia en cuanto unidad de relaciones personales, cuyo contenido ha de ser igualmente inaccesible a la publicidad.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota n° 47, pág. 86.

¹⁰⁷ Carrillo, Marc, “El derecho a no ser molestado”, cit. nota n° 2, pág. 51.

Sin embargo aquí también existen diferentes posturas acerca de que se entiende por intimidad familiar, entre ellas:

a) Teoría Organicista según esta teoría el derecho a la intimidad familiar se entiende “como el derecho a la intimidad de las personas en cuanto miembros de una familia y no en cuanto personas en sí o individuales... no existen actos que en sí mismos sean protegibles... sino que dichos actos caerán bajo ese concepto en tanto en cuanto se produzcan en una familia.”¹⁰⁸ Esta teoría favorece según su autor la configuración de la familia como institución.

b) Otra teoría que se ofrece es la de la privacidad familiar, según el autor que la defiende “la intimidad familiar se identificaría no por el contexto en que se producen unas determinadas situaciones o relaciones sino por el carácter de esas mismas relaciones o situaciones en sí mismas.”¹⁰⁹ Esta teoría parece ser más amplia en relación a qué es lo que se comprende dentro del contexto de la actividad familiar, permitiendo a la vez, que diversas actividades sean protegidas en los supuestos de familia de hecho.¹¹⁰

Sin embargo aquella amplitud entrega mucha discrecionalidad a quien sea

¹⁰⁸ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 82.

¹⁰⁹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 83.

¹¹⁰ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 83.

el que tenga que determinar cuáles serán los actos que en sí mismos caigan en la categoría de actos de intimidad familiar.

c) En relación al ámbito procesal se ofrece una teoría basada en la legitimación procesal según la cual la intimidad familiar “se resolvería, en definitiva, en la existencia de una legitimación, otorgada a su arbitrio por la ley para defender ese derecho, a los miembros de una familia.”¹¹¹ En consecuencia según la teoría de la legitimación procesal serían algunas las personas que por mandato legal podrán invocar la protección conferida por la misma para hacer frente a las intromisiones ilegítimas a que puedan verse expuestos los miembros de una familia. La protección puede alcanzar eventualmente a las personas fallecidas, pues aunque sea un derecho personalísimo, se considera que la memoria de aquellas construye una prolongación de ellas y por ello tiene repercusiones en la vida familiar, y por consiguiente, en la intimidad familiar.¹¹²

Este ámbito es reconocido por el Tribunal Constitucional.¹¹³ Los términos

¹¹¹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 83.

¹¹² Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 83.

¹¹³ STC 231 de 2 de diciembre de 1988. Fundamento jurídico 4º: “Sin embargo, junto a ello, la demanda de amparo presenta una segunda perspectiva, como ya dijimos: se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya

usados por el Tribunal son bastante amplios, ello ha generado variados comentarios como “que quedarían protegidos en su intimidad no sólo aquellos a los que les une un vínculo familiar, sino también aquellos otros sobre los que pueda demostrarse, caso por caso, que ha existido o existe una convivencia prolongada en el tiempo.”¹¹⁴

La amplitud de la perspectiva del Tribunal Constitucional al parecer persigue (como lo hace el TEDH) tratar de proteger un ámbito “ampliado” de la intimidad, lo anterior debido al carácter ampliado que representa una familia (más de un sujeto) y también al gran respeto que se le otorga a este

exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia. «afectada en su dolor e intimidad», y, más específicamente su viuda, y hoy demandante, doña Isabel Pantoja Martín. Desde esta segunda perspectiva, la demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de vídeo - la enfermería de la plaza de toros- y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares. Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.”

¹¹⁴ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 84.

derecho fundamental.

2.1.3 Inviolabilidad del domicilio

La inviolabilidad del domicilio se encuentra protegida en el artículo 18.2 de la Constitución, mismo artículo que comprende la protección del derecho a la intimidad, por ello históricamente han habido interpretaciones de la doctrina en orden a considerar a la inviolabilidad del domicilio como o una manifestación del derecho a la seguridad personal, o una manifestación de la protección de la intimidad. También existe una postura intermedia según la cual la inviolabilidad de domicilio se fundamenta tanto en la seguridad personal como en la intimidad.

Para el Tribunal Constitucional la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, así lo plasma en una de sus sentencias al señalar

“la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro de un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1). Todo ello obliga a mantener, por lo menos prima facie un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el

concepto jurídico privado o jurídico administrativo”¹¹⁵

Tal consideración amplia del ámbito de protección garantizado por el derecho a la intimidad es congruente con los instrumentos internacionales suscritos por España y con la interpretación que del artículo 8 del convenio de Roma hace el TEDH.¹¹⁶

2.1.4 Secreto de las comunicaciones

Al igual que en el caso de la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18.3) se encuentra comprendido en el mismo artículo que el derecho a la intimidad (art.18.1) lo que lleva a la doctrina a elaborar diversas teorías de la razón del constituyente al situar a aquellos derechos cercanamente en el texto constitucional. Las teorías ofrecidas son:

a) Fundamentación de la inviolabilidad de las comunicaciones en la seguridad personal. Se señala por la doctrina que puede obtener sustento de las teorías que acercan la seguridad personal como fundamento de la inviolabilidad del domicilio ya que

“el paralelismo que se establece entre la inviolabilidad de correspondencia y la de domicilio entroncando ambas en el

¹¹⁵ STC 22 de 9 de marzo de 1984. Fundamento jurídico 12º.

¹¹⁶ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota nº 35, pág. 88.

derecho de seguridad personal quizás se explique por ciertos antecedentes constitucionales españoles que consideran conjuntamente tales derechos al regular el modo en que se debe dictar la resolución judicial que afecte a los mismos”¹¹⁷

b) Una segunda teoría cree que la libertad y el secreto de las comunicaciones protegen tanto la expresión del pensamiento como la libertad de expresión. Lo que se propone es que

“mientras en el primer caso las expresiones de pensamiento tuteladas se dirigen formal y sustancialmente a destinatarios previamente individualizados, las expresiones de pensamiento amparadas en la libertad de expresión y opinión se dirigen de forma sustancial (aunque no formal) a la generalidad de sujetos, al público”¹¹⁸

c) Otra teoría señala que el secreto de las comunicaciones se encuentra enraizado en el derecho a la intimidad, es una tesis intermedia que conecta la inviolabilidad de las comunicaciones tanto en la seguridad personal como en la intimidad.¹¹⁹

La posición del Tribunal Constitucional sigue la última posición y por ello en su jurisprudencia “afirma que la inviolabilidad de la correspondencia es una libertad tradicional cuya idea originaria es el respeto a la vida

¹¹⁷ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 89.

¹¹⁸ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 90.

¹¹⁹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 90.

privada.”¹²⁰ Misma posición ha manifestado el TEDH al afirmar la relación entre la protección de las conversaciones telefónicas y el derecho a la protección de la vida privada y el respeto de la correspondencia.¹²¹ Ahora bien hay autores que discrepan de la interpretación anterior señalando que el artículo 18.3 no protege la intimidad sino la libertad de las comunicaciones fundamentando su postura en una sentencia en particular, la STC 114/1984. Tal sentencia señala que “a través de la imposición a todos del secreto se protege la libertad de las comunicaciones.”¹²² En relación a ella Jiménez Campo señala que

“el artículo 18.3 no protege la intimidad, sino la indispensable seguridad en el ámbito de libertad garantizado que es el proceso de comunicación y no, por sí solo, el mensaje... el corolario de Jiménez Campo es que la protección no se extiende hasta la hipótesis de divulgación, por su destinatario, del contenido de la comunicación.”¹²³

2.3 Titularidad del derecho a la intimidad

Pueden gozar del derecho a la intimidad diversos tipos de personas, entre ellas las personas físicas, las familias, las personas jurídicas, personas extranjeras, entre otras. Alguna de aquellas reviste ciertos comentarios por

¹²⁰ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 90.

¹²¹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 91.

¹²² Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 91.

¹²³ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 91.

la doctrina en orden a considerar si merece o no protección, o los límites o condiciones en que es otorgado el derecho a la intimidad.

a) Las personas físicas

Es señalado por la doctrina que las personas vivas, mayores de edad y de origen español son titulares del derecho en cuestión sin reparo alguno pues aquellas son las receptoras de los derechos fundamentales. Sin embargo la afirmación anterior genera algunos comentarios respecto a los menores, los difuntos y los extranjeros.¹²⁴

i) Difuntos

Como se señaló anteriormente el derecho a la intimidad y su reconocimiento deriva de la dignidad de la persona, es por eso que la doctrina afirma que “cuando ésta fallece, desaparece el objeto mismo de la protección.”¹²⁵ Y aquella conclusión es lógica si se tiene presente que la calificación del derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad debido a las consecuencias que involucran sus características. A favor de

¹²⁴ Herrero-Tejedor, Fernando, La intimidad como derecho fundamental. Editorial COLEX – DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CASTELLÓN, 1998, pág. 79.

¹²⁵ Herrero-Tejedor, “La intimidad como derecho fundamental”, cit. Nota n° 124, pág. 80.

esta posición se ha manifestado el Tribunal Constitucional al señalar que “se muestran así esos derechos (a la intimidad personal y familiar) como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo... el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones, o manifestaciones de estos hechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas.”¹²⁶

Las manifestaciones del derecho a la intimidad de la persona fallecida que pueden ejercerse por terceros se encuentran recogidas en la LO 1/1982, específicamente en su artículo 4 que entrega algunas acciones de protección civil de la intimidad.¹²⁷

ii) Los menores

Se señala por la doctrina que si bien los derechos fundamentales se

¹²⁶ STC 231, de 2 de diciembre de 1988, fundamento jurídico 3º.

¹²⁷ Artículo 4:

1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.
2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección del cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.
3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

adquieren desde el nacimiento existen algunas particularidades respecto a los menores de edad.¹²⁸ Aquellas particularidades provienen de algunos tratamientos especiales que reciben, en orden a proteger su intimidad debido, en parte, a su falta de madurez. El tratamiento diferenciado que se genera es recogido en diferentes áreas como el área penal, civil, internacional.

iii) Extranjeros

En el caso de los extranjeros es la propia Constitución la que se plantea frente al tema y el tribunal Constitucional. La Constitución en su art. 13.1 señala que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El Tribunal Constitucional también se hace cargo del tema haciendo tres afirmaciones en dirección a aquel en la sentencia 107/1984.¹²⁹ Así se

¹²⁸ Herrero-Tejedor, “La intimidad como derecho fundamental”, cit. nota n° 124, pág., 81.

¹²⁹ STC 107 de 1984 1) Los derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros en España (es decir, aquellos de los que la Constitución no les excluye expresamente) tienen el contenido que les atribuyen la ley y los tratados, y son por eso derechos de configuración legal, sin que ello altere su naturaleza propia ni les prive de la protección que la Constitución prevé para los derechos que en ella se garantizan.

2) La libertad del legislador para configurarlos no es, sin embargo, total, pues aquellos derechos que son imprescindibles para la preservación de la dignidad humana (art. 10.1) corresponden a los extranjeros, por mandato constitucional, en los mismos términos que

señala por Ruiz Miguel que hay tres tipos de derechos respecto a los extranjeros “Aquellos que corresponden por igual a españoles y extranjeros... aquellos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros... y aquellos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes... el derecho a la intimidad pertenece al primer grupo.”¹³⁰.

b) Personas jurídicas

El tema de fondo que conlleva el si una persona jurídica puede o no ser titular del derecho a la intimidad ha sido bastante discutido generando opiniones a favor y opiniones en contra. Hay autores alemanes como Schmitt que tienen una postura en contra de que en un estado le sean otorgados derechos fundamentales a una comunidad natural u organizada, sin embargo eso no implica reconocerlos como sujetos de derechos y en tal caso otorgarles ciertos derechos subjetivos, pero esos derechos no serian

a los españoles.

3) En la configuración de los restantes derechos puede el legislador considerar como hecho relevante la nacionalidad y, en consecuencia, establecer diferencias entre españoles y extranjeros.

¹³⁰ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 135.

auténticos derechos fundamentales.¹³¹ En tal sentido opinan otros aludiendo a concepciones iusnaturalistas del derecho que lo otorgan solo a las personas humanas,¹³² o en el caso de Jellinek quien muestra una postura más a favor del reconocimiento de la esfera de protección sobre las personas jurídicas al señalar que “en la medida en que el logro de los fines de la persona jurídica reclama una libertad de acción que no tenga como presupuesto una persona individual física, debe serles reconocida a las personas jurídicas, al igual que a los individuos, por razón de su misma personalidad, una esfera de acción libre de la coacción del estado...”¹³³ Como se puede apreciar no es pacífica la discusión respecto a si las personas jurídicas son titulares o no del derecho a la intimidad, y al parecer ningún autor acepta que sean titulares del derecho a la intimidad en su sentido estricto. Sin embargo parecen aceptar que las personas jurídicas sean titulares de manifestaciones del derecho como la inviolabilidad del domicilio,¹³⁴ del secreto de las comunicaciones,¹³⁵ la intimidad

¹³¹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 135.

¹³² Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 136.

¹³³ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 136.

¹³⁴ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 137-138.

¹³⁵ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 138.

informática.¹³⁶ El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, afirmando que el otorgar la titularidad a las personas jurídicas sobre derechos fundamentales en forma general no es posible sino que debe analizarse casa a caso. Un autor ha sistematizado la jurisprudencia constitucional en tres grupos:

“en primer lugar... a las personas jurídicas de Derecho privado, el TC ha introducido por vía jurisprudencial el contenido del artículo 19.3 GG. En segundo lugar, en relación con los grupos sociales, el TC afirma que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que forman el sustrato último del derecho fundamental... finalmente el TC ha reconocido a las personas jurídicas públicas... la aptitud para ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva y de otros derechos fundamentales siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos...”¹³⁷

Al parecer el TC no se encuentra totalmente convencido de otorgarles a las personas jurídicas una titularidad sobre el derecho a la intimidad, y en los casos en que les reconoce protección es porque en el fondo es para proteger la intimidad de las personas naturales que se encuentran detrás de ellas o

¹³⁶ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 138.

¹³⁷ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 140-141.

que interactúan con ella.

En relación a la intimidad personal la jurisprudencia es titubeante. Por una parte el Tribunal Constitucional ha rechazado otorgar el derecho a la intimidad personal a las personas jurídicas al señalar que respecto al derecho en cuestión por sus características

“El derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C. E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada.”¹³⁸

En este caso según la doctrina se reconoce a las personas jurídicas “un derecho legal a la intimidad, si bien de protección inferior a la que ofrece el derecho constitucional a la intimidad de las personas físicas y de las familias.”¹³⁹ En otros casos como el del ATC 982/1986 se entiende por Ruiz Miguel que reconoce en forma implícita el derecho a la intimidad personal a las personas jurídicas pues

¹³⁸ ATC 257 de 17 de abril de 1985, Fundamento jurídico 15°.

¹³⁹ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 142.

“el tribunal da por supuesto en todo momento que la empresa es titular del derecho a la intimidad, y construye toda la argumentación sobre la tesis de que el requerimiento de la Intervención General del Estado a la empresa no constituye una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad ya que el artículo 18.1 CE, interpretado con arreglo al 17.1 PIDCP, prohíbe las injerencias en la intimidad arbitrarias e ilegales, mientras que, a su vez el artículo 8.1 LODHI dispone que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley... todo ese razonamiento hubiese estado fuera de lugar de considerar el tribunal que las personas jurídicas no son titulares de derecho fundamental a la intimidad.”¹⁴⁰

Sin embargo, en un auto posterior parece cambiar de nuevo de opinión respecto de la titularidad del derecho en cuestión por parte de las personas jurídicas al señalar la característica del derecho a la intimidad, es decir, “un derecho de naturaleza estrictamente individual, como es el de la intimidad personal.”¹⁴¹

Respecto a la intimidad familiar al parecer el Tribunal Constitucional ha descartado otorgarle titularidad a las personas jurídicas sobre la misma pues parece ser reservado sólo como un derecho fundamental para la familia.¹⁴²

¹⁴⁰ Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 142.

¹⁴¹ ATC 221 de 31 de mayo de 1990, fundamento jurídico 13°.

¹⁴² Ruiz Miguel, “La configuración constitucional”, cit. nota n° 35, pág. 143.

3. El derecho a la Vida Privada en Europa

El reconocimiento del respeto y la protección de la vida privada en el derecho comunitario europeo se ha establecido en algunos instrumentos, siendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) uno de sus instrumentos esenciales. El CEDH¹⁴³ alude en varias normas a la vida privada resultando el artículo 8 la principal. Tal artículo establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia...”, continúa en el artículo 8.2 señalando las excepciones a la vigencia del derecho de la siguiente forma: que la injerencia “esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. De lo establecido por el convenio se puede desprender, por una parte, que a priori genera una mayor incertidumbre jurídica respecto al alcance de las acepciones; por otra parte, se ha hecho una distinción gramatical entre la intimidad y la vida

¹⁴³ El CEDH fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, siendo firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y luego ratificado el 29 de septiembre de 1979 para entrar en vigor el 4 de Octubre de 1979.

privada, eligiendo el segundo término al parecer buscando proteger un ámbito más amplio.

El TEDH no quiere limitar demasiado la garantía, puesto que entiende que aquella evoluciona con el paso del tiempo y también dependiendo del lugar donde se analice.

Se puede inferir de la forma en que se prescribe la garantía en el artículo 8 del CEDH, que no se ha establecido el derecho a la *intimidad*, sino que las palabras usadas en aquel convenio han sido las de *vida privada*. Para elucidar la diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada es necesario comparar lo establecido por la declaración universal de derechos humanos (DUDH)¹⁴⁴ y CEDH.¹⁴⁵ La diferencia radicaría en la etimología, ya que los contenidos de las garantías no varían de forma significativa. Ambos convenios en su idioma original usan la expresión *privacy* y debido al similar significado del concepto en el *Oxford English*

¹⁴⁴ El artículo 12 de la DUDH establece que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹⁴⁵ El artículo 8.1 del CEDH establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Dictionary y el *Trésor de la langue Francaise* se entiende que *privacy* y vida privada se identifican en Europa.¹⁴⁶ Ahora bien, la diferenciación entre intimidad y vida privada surge del ente interpretador del CEDH ya que el TEDH adopta la teoría de las esferas:

“en virtud de esta, existe un ámbito del individuo en el que se desenvuelve lo que él no quiere dar a conocer a los demás. Una segunda esfera o círculo lo constituyen aquellos aspectos que comparte en un ámbito un poco más genérico, pero en si reducido, la familia, los amigos, entre otros. El tercer círculo o esfera se compone de lo que la sociedad puede conocer del individuo, o lo que este quiere que conozcan de él en su relación social. El primer ámbito se identifica con intimidad, y los tres con vida privada...El individuo tiene la potestad de ceder o hacer disponible su vida privada, pero el ordenamiento jurídico europeo establece un umbral mínimo de protección que opera frente a todos, con varios niveles, uno más interno, más concreto, que denominamos intimidad, los demás, incluido este son vida privada.”¹⁴⁷

Al parecer, en el sistema establecido por el CEDH lo que se ha querido es proteger un ámbito mayor al señalado en el ordenamiento Español, extendiendo el resguardo a ámbitos mayores a lo que se entiende por intimidad. Lo anterior nos parece razonable, pues el usar la expresión *privacy* tiene un carácter más universal y aquello es lo que en los convenios

¹⁴⁶ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 47, pág. 98.

¹⁴⁷ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota nº 47, pág. 99.

internacionales se propone establecer para que la aplicación de los mismos sea efectiva.

3.1 Contenido del derecho a la vida privada en Europa

El contenido del derecho a la vida privada en Europa se establece en parte por la legislación que la compone y la interpretación de la misma que hace el TEDH y además el tratamiento que del derecho a la vida privada realiza el TJCE.

3.1.1 El derecho a la Vida Privada.

El TJCE no ha aducido alguna delimitación del derecho a la vida privada cuando ha tenido oportunidad de hacerlo, pero el TEDH al parecer ha incluido algunos ámbitos uno lo constituye la vida sexual,¹⁴⁸ como una manifestación que es de la vida privada del ser humano. También se incluye la integridad psíquica y moral¹⁴⁹. Al parecer la falta de una delimitación específica del derecho a la vida privada es uno de los objetivos que se busca tanto en un nivel legislativo como en un nivel interpretativo de la normativa

¹⁴⁸ SSTEDH Dudgeon A-45, n° 41, de 22 octubre 1981; Modinos A-259, n° 24, de 22 abril 1993.

¹⁴⁹ STEDH X e Y, A-91, n°22, de 26 marzo 1985.

comunitaria, y ello ha sido reconocido por el TEDH señalando *private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition*.¹⁵⁰

Sin embargo, de los pronunciamientos realizados por el TEDH es posible delimitar a grandes rasgos el ámbito de la vida privada como aquel en que “el individuo puede establecer y desarrollar relaciones con otras personas, sean del tipo que sean, con la finalidad del desarrollo de la propia personalidad, pero no incluye actuaciones que puedan perjudicar o molestar la vida de otros ni actuaciones que supongan salir de la esfera privada a la pública.”¹⁵¹

Cabe agregar que Ruiz Miguel cree que el TEDH diferencia a la intimidad de la vida privada, o “que al menos diferencia diversos grados de intimidad dentro de la vida privada, que sería un concepto de cierta amplitud y de un alcance mayor del que tendría el concepto de intimidad (...)”.¹⁵²

3.1.2 El derecho al respeto a la vida familiar

¹⁵⁰ SSTEDH Peck, A-98, n° 57, de 28 de enero de 2003; Perry, n° 36, de 17 de julio de 2003.

¹⁵¹ Arenas Ramiro, Monica. El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa. Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

¹⁵² Ruiz Miguel, Carlos. “El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Editorial CIVITAS, S.A., 1994, pág. 35.

Este ámbito supone para el derecho comunitario gran preocupación, siendo reconocido por la declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales en su artículo 7 y el artículo 8 del CEDH.

El TEDH ha delimitado este ámbito en dirección a dos aspectos “uno relativo a los hijos y a su formación y convivencia; otro, muy tratado por el TEDH, lo constituyen los problemas de residencia de los extranjeros y lo que conforma su familia.”¹⁵³ Además de lo anterior el TEDH señala en sus sentencias que no hay distinción para el ejercicio de la garantía entre familias legítimas e ilegítimas.¹⁵⁴ Se plantean diversas posturas entre la doctrina respecto al alcance de la protección del derecho en función de los individuos que pueden verse afectados ya que algunos aducen que el CEDH quiere limitar la protección a la familia nuclear, mientras otros alegan que la protección se quiere otorgar sobre un concepto más extenso de familia.

3.1.3 La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones

El artículo 8.1 del CEDH establece en conjunto con el derecho a la vida

¹⁵³ STEDH Mehem, A- 99, n° 46, de 26 de septiembre de 1997.

¹⁵⁴ SSTEDH, Marcks, A-31, n° 31 y 40, de 13 junio 1979; Johnston, A-112, n°55, de 18 diciembre 1986.

privada, el del respeto al domicilio y al secreto de las comunicaciones. El CEDH recoge el respeto al domicilio como una manifestación de la vida privada siendo configurado por el TEDH respecto al alcance de aquel respeto. El TEDH ha señalado que la protección es amplia “incluyendo a ciertos locales o a los lugares donde se realiza actividad comercial o profesional.”¹⁵⁵ En virtud de lo anterior se sostiene que el derecho al respeto del domicilio ha sido interpretado por el TEDH de modo que acerca ésta noción a la de libertad de residencia acogida en el artículo 19 de la Constitución española.¹⁵⁶

En el caso del secreto de las comunicaciones, se ha presentado el problema de establecer la delimitación del concepto, pues en el convenio se hace referencia a la palabra correspondencia. Hay diversas opiniones, algunas más restrictivas y otras que la hacen extensiva a las comunicaciones telefónicas. En opinión del juez Pettiti “la finalidad última de cualquier legislación europea que proteja la vida privada, es evitar cualquier

¹⁵⁵ SSTEEDH Niemetz A-251-B, n°31, de 16 diciembre 1992; y Gillow, A-109, n°47, de 24 noviembre 1986.

¹⁵⁶ Ruiz miguel, “El derecho a la protección de la vida privada”, cit. nota n° 152, pág. 44.

descubrimiento clandestino de lo dicho en privado.”¹⁵⁷ El TEDH ha extendido lo propuesto “entendiendo como violación del art. 8 cualquier medio, que sin consentimiento de los interesados, pueda determinar a quién se llama, cuándo y por cuánto tiempo.”¹⁵⁸

3.2 Titularidad

Al respecto se señala en el artículo 1 del CEDH que este se aplicara a “toda persona dependiente de su jurisdicción”, luego el artículo 8 del CEDH reconoce el derecho a la vida privada a “toda persona”. Cabe agregar el artículo 25 según el cual se podrán impetrar demandas “por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación”. En razón de lo expresado se hace una distinción en la aplicación del derecho comunitario en dos tipos de personas: los extranjeros y las personas jurídicas.

3.2.1 Extranjeros

El TEDH ha hecho aplicación de la garantía de la vida extendiéndola a los extranjeros, aquello se desprende de su jurisprudencia. Se ha hecho efectivo

¹⁵⁷ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota n° 47, pág. 109.

¹⁵⁸ STEDH Malone, A-82, n°84, de 2 agosto 1984.

el derecho “independiente de su situación jurídica (residentes o no, con permiso de trabajo o no, ciudadanos de un estado miembro o no). Se exige únicamente estar bajo la jurisdicción de un estado miembro.”¹⁵⁹

3.2.2 Personas Jurídicas.

Se señala por la doctrina que la tutela del derecho a la vida privada por la jurisprudencia del TEDH sobre las personas jurídicas no es uniforme, no siendo reconocido enteramente el derecho en cuestión a las personas jurídicas. En definitiva, se ha hecho aplicable la protección de la vida privada a las personas jurídicas en dos aspectos:

“lo circunscrito a los lugares de trabajo, que se asimilan al domicilio, y que por tanto son inviolables, y las comunicaciones telefónicas comerciales. Ambas tienen una comprensión extensiva, de forma tal, que... la atribución del derecho... ha de ser entendido desde la perspectiva del sujeto, de tal forma que una vez atribuido... el derecho a la persona jurídica, éste le acompaña, y rige por tanto la obligación de que se le respete y posibilite su ejercicio.”¹⁶⁰

Debido al carácter dinámico y la constante evolución del derecho a la vida privada, nada impide pensar que en el futuro se amplíen los aspectos

¹⁵⁹ SSTEDH Abdulaziz A-94 y Berrehab, A-138, n° 20-21, de 21 junio 1988.

¹⁶⁰ Rebollo Delgado; Gómez Sánchez, “Biomedicina y Protección de datos”, cit. nota n° 47, pág. 117.

reconocidos sobre el mismo en defensa de las personas jurídicas.

4. El derecho a la vida privada en Chile

Consideramos necesario referirnos a la delimitación de lo que se entiende por vida privada y su protección normativa en nuestro ordenamiento, ya que de esta forma podremos eventualmente acercar las conclusiones al ámbito nacional.

4.1. Consagración normativa e historia del derecho a la vida privada

El derecho a la vida privada se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política de la República en los siguientes términos:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 4. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

Nº 5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”

Son dos numerales del artículo 19 de la Constitución los que establecen una

especie de bloque constitucional¹⁶¹ de protección de la vida privada. El numeral 4° establece el derecho en forma amplia a que toda persona no tenga injerencias o intromisiones ilegítimas o arbitrarias sobre el ámbito referente a su vida privada, siendo complementado con el numeral 5° que en definitiva es una concreción del numeral anterior pues especifica la protección de la vida privada sobre el hogar y también sobre las comunicaciones.^{162 163}

¹⁶¹ “entendiendo por tal el conjunto de derechos y sus garantías asegurados por las normas constitucionales, los tratados internacionales y los derechos esenciales implícitos, derechos y garantías que tienen fuerza normativa de Constitución material, ya que una parte de ellos se encuentra fuera de la Constitución formal pero reconocidos por ella, constituyendo un conjunto congruente y coherente que se refuerza recíprocamente en su fuente interna e internacional, aplicándose aquella que mejor proteja los derechos (principio .favor homine. o .pro cives.), constituyendo parámetro de constitucionalidad sustantivo o material para el control de constitucionalidad, como asimismo, para interpretar, aplicar o desaplicar normas infraconstitucionales desde la Constitución”. Nogueira Alcalá, Humberto. Tópicos Constitucionales sobre la Vida Privada y la Libertad de Información ante la Informática en Chile. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado, Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n° 7, julio-septiembre 2004, pp. 140-186, pág., 2.

¹⁶² Al respecto se ha referido Rodolfo Figueroa al ofrecer una imagen de la sistematización que han hecho diversos autores sobre la jurisprudencia en materia de privacidad, conceptualizando la revisión de un correo electrónico como una intrusión en ella. Figueroa agrega que si bien puede provocar conflictos el incluir la revisión de, por ejemplo correos electrónicos, dentro de la categoría intrusión de la privacidad, entrometerse en la correspondencia privada de alguien puede provocar perturbación en su tranquilidad y por ello se puede justificar incluirlos. Ver más Figueroa G, Rodolfo. El Derecho a la Privacidad en la Jurisdicción de Protección. Revista Chilena de derecho. 2013, volumen 40, numero 3, pp. 859-889. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300005&lng=es&nrm=iso. Consultado el 20 noviembre 2014.

¹⁶³ Raúl Arrieta también reconoce la vinculación entre el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En este sentido señala que la

Según Nogueira Alcalá,¹⁶⁴ el bloque se compone además con los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁵ y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁶⁶

Volviendo a la descripción de la consagración nacional del derecho en cuestión, para que artículo 19 n°4° adquiriera esa forma de redacción, fue objeto de un variado intercambio de opiniones por parte de los integrantes de la comisión constituyente. Algunos miembros pensaban que la sociedad es influyente en las personas y que el precepto en cuestión establecería un límite que le permitiría al hombre consolidar sus valores superiores, así lo señala Silva Bascuñán:

inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados constituye un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho a la vida privada, ya que, en último término, éste es el bien jurídico tutelado, pretendiéndose a través de él impedir la intromisión de particulares, funcionarios o autoridades en la garantía, todo ello con el fin de resguardar la libertad de las personas. Ver más Arrieta Cortés, Raúl. Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático, n° 6, enero, 2005. Disponible en: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10726/11014>.

¹⁶⁴ Nogueira Alcalá, “Tópicos constitucionales”, cit. Nota n° 146, pág. 3.

¹⁶⁵ “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación.”

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁶⁶ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”, agregando “3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

“En la... proporción en que se le reserve al hombre un santuario de intimidad en el cual pueda... desarrollar esos valores que después va a expresar en la sociedad. Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo... a la sociedad entera”¹⁶⁷.

En este caso es importante señalar que Silva Bascuñán ocupa la palabra intimidad para referirse al espacio o esfera que debe encontrarse protegida por la constitución y no las palabras vida privada.

El señor Ovalle agrega que,

“la Constitución tiene que proteger algunos valores de orden espiritual, que dicen relación con la manera en que el hombre vive, en algo mucho más etéreo y menos objetivo que el hogar o la correspondencia, pero más valioso, que es su intimidad como persona, que es su honra, que es la tranquilidad de su familia, que son conceptos en sí abstractos, pero sí muy claros y específicos.”¹⁶⁸

Ovalle señala lo anterior pues considera muy necesario que no solo se protejan las formas materiales de intromisión frente a la vida privada (inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones), sino que se consagre expresamente la protección del valor moral de aquella área “etérea”, referida a la, nuevamente, intimidad. Prosigue la sesión con la intervención

¹⁶⁷ Sesión 129, actas de la CENC, tomo IV, pagina XXX, pagina Web: http://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf consultado el 03/11/2012.

¹⁶⁸ Sesión 129, actas de la CENC, cit. nota n° 167, pág. 332.

del señor Guzmán quien concuerda con el señor Ortúzar respecto a la importancia del derecho en análisis, sin embargo agrega que respecto a la frase usada, esto es el respeto a la intimidad señalado por Silva Bascuñán, se expresaría

“en forma más adecuada y completa en la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. La intimidad, continúa, es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión.”¹⁶⁹

Guzmán señala que es necesario proteger un área mayor a la referida a la intimidad de las personas y prosigue señalando que aquella área, la privacidad, deberá ser definida por la jurisprudencia, pues le parece que la constitución no podrá ser lo bastante precisa para ello. Luego de varias intervenciones de los demás integrantes respecto a la forma que estaba adquiriendo el precepto, nuevamente el señor Ovalle hace una indicación manifestando que

“Es más conveniente la expresión “vida privada” en vez de la palabra “privacidad” porque el concepto de vida privada está más desarrollado en el lenguaje común (...) hay una especie de reconocimiento en la colectividad de que lo que se respeta es la vida privada. No es la vida hacia el exterior; es la vida interna, dentro del hogar; y la privacidad es un término menos usado,

¹⁶⁹ Sesión 129, actas de la CENC, cit. nota n° 167, pág. 335.

menos conocido. En cambio, la forma “vida privada” constituye una referencia más permanente.”¹⁷⁰

Ovalle prefiere las palabras “vida privada”, pues son más concretas y además más usadas en los instrumentos internacionales que la palabra “privacidad”. Guzmán responde a lo señalado por Ovalle manteniendo su preferencia por la palabra “privacidad”, pues para él ésta

“designa un valor, mientras que aquella expresión (vida privada) designa solamente una realidad de hecho. La persona tiene derecho a la vida privada; pero también tiene derecho a que esa vida privada permanezca como tal. Y ése es el valor que se ha llamado “privacidad”, el cual va más allá del hecho material de la vida privada... advierte que el hecho mismo de que nazca un concepto nuevo tiene mucho valor, sobre todo si se consigna en un cuerpo jurídico como es la Constitución, ya que éste puede darle al concepto el sentido preciso que se le quiere dar, con mayor facilidad que si se recurre a términos que son más conocidos en la vida corriente.”¹⁷¹

Pese a lo señalado por Guzmán, para hacer prevalecer su preferencia, el señor Ovalle interviene nuevamente haciendo valer sus razones a las cuales agrega sus dudas respecto a la existencia o no de la palabra “privacidad” en el castellano. Sus dudas son fundadas, pues el diccionario de la RAE no la comprende, en consecuencia los miembros de la comisión decidieron

¹⁷⁰ Sesión 129, actas de la CENC, cit. nota nº 167, pág. 343.

¹⁷¹ Sesión 129, actas de la CENC, cit. nota nº 167, pág. 344.

utilizar la expresión “vida privada” y no el término “privacidad”.

Se puede desprender de lo anterior que el derecho a la vida privada fue establecido como un principio general sin contenido específico, pues se deja a la jurisprudencia la tarea de determinar de forma más precisa los límites que tendrá el derecho y la evolución de aquello. La constitución entrega en definitiva valores para su protección que, si bien son abstractos, a la vez se considera que en parte su contenido parece ser indiscutible.

En el artículo 19 N° 4 el respeto y protección de la vida privada se establece como un derecho subjetivo, pues se le otorga una facultad a través de una norma jurídica (norma constitucional) a un sujeto (todas las personas) para que pueda exigir un comportamiento determinado o tenga una expectativa de comportamiento determinado respecto a otro sujeto. Cabe agregar que según lo que consta en el acta de la sesión 129, el establecimiento de esta garantía surge como respuesta a los abusos cometidos por los medios de comunicación debido a la carencia de normas que permitieran una tutela efectiva de este derecho, lo cual es recalado por el señor Ortúzar.

4.2. Jurisprudencia relativa al derecho al respeto y protección de la vida privada

En Chile, el Tribunal Constitucional ha establecido ciertas características respecto al derecho en cuestión en diversas sentencias, como por ejemplo la sentencia rol N° 389.¹⁷²

Entre las características que reconoce el tribunal en la sentencia se encuentra:

i) El ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el derecho al respeto y protección de la vida privada, señalando en sus considerandos que “considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra...”.¹⁷³ A lo cual agrega en otro considerando que “el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de

¹⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC), rol n° 389, 28 de octubre de 2003. Al ejercer el control de constitucionalidad respecto de un proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que crea la unidad de análisis financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos.

¹⁷³ STC n° 389, cit. nota n° 172, pág. 9.

los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad.”¹⁷⁴ En aquellos considerandos¹⁷⁵ se reconoce por parte del tribunal que la vida privada, como muchos otros derechos, tiene su fundamento en la calidad de las personas humanas de ser dignas. Es la dignidad del hombre lo que permite darle sustancia a los derechos y otorgarles un valor superior e incuestionable.

ii) Luego de relacionar la dignidad de las personas con el derecho a su vida privada, el tribunal señala que la vida privada tiene el carácter de ser de aquellos derechos llamados personalísimos, de esta forma señala en el

¹⁷⁴ STC n° 389, cit. nota n° 172, págs. 10- 11.

¹⁷⁵ STC n° 389, cit. nota n° 172, considerando decimooctavo: Que, además y como consecuencia de lo recién expuesto, la Carta Fundamental asegura a todas las personas, sin distinción ni exclusión alguna, en su artículo 19 N° 4 inciso primero, “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.” En tal sentido considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro;

Vigesimoprimer.- Que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad. En ligamen con lo que viene de ser expuesto, menester resulta recordar que tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país, debiendo a su respecto cumplirse la exigencia de respeto, especialmente cuidadoso, que se ha destacado ya con relación a la dignidad de la persona humana;

considerando vigésimo “Que la privacidad... integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano.” El otorgarle al derecho a la vida privada este carácter despierta variadas discusiones en la doctrina, sin embargo, ellas no son objeto de este trabajo y por ello no se analizarán.

iii) El Tribunal Constitucional también reconoce que el derecho a la vida privada no es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias puede verse limitado. En lo pertinente, señala que es “indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro.”¹⁷⁶

En consecuencia, el derecho a la vida privada podrá verse limitado cuando sean las propias personas las que otorguen su consentimiento para que así sea, y también podrá ser objeto de intromisiones cuando una ley que cumpla

¹⁷⁶ STC n° 389, considerando decimo octavo, cit. nota n° 173, pág. 9.

con los requisitos establecidos por la carta fundamental otorgue facultades a autoridades para poder afectar la garantía en cuestión.

Por ello si alguien se introduce en la vida privada de otra persona sin el consentimiento de la segunda o sin encontrarse autorizado legalmente de forma válida por una ley se producirá una afectación ilícita de la garantía respecto de la cual el afectado podrá reclamar la tutela efectiva de su derecho en la forma que corresponda. A lo anteriormente señalado el Tribunal agrega expresamente que el derecho a la vida privada no es absoluto.¹⁷⁷

El Tribunal reitera la aplicación de la llamada “garantía de las garantías”, es decir, el artículo 19 n° 26 de la Constitución¹⁷⁸. Por lo tanto, para afectar los derechos de forma válida por la ley esta deberá ajustarse al mandato

¹⁷⁷ STC n° 389, cit. nota n° 172, considerando vigésimo segundo: Que el ejercicio del derecho a la vida privada y a la protección de las comunicaciones de igual naturaleza no es, obviamente, de sentido y alcance absoluto, debiendo ser reconocido, por consiguiente, que el legislador, dentro de los límites y para las finalidades previstas en la Constitución, especialmente en los preceptos fundamentales de ella ya transcritos en la presente sentencia, está habilitado en orden a dictar las normas que regulen su ejercicio para que sea legítimo. Sin embargo, idénticamente claro es para esta Magistratura que la ley no puede, sobre la base de la habilitación constitucional recién destacada, afectar en su esencia el contenido sustancial de ese derecho, como tampoco imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio ni privarlo de la debida tutela jurídica;

¹⁷⁸ Artículo 19 n° 26:

La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

constitucional de no afectar en esencia el derecho o imponerle requisitos, condiciones o tributos que hagan imposible su ejercicio.

iv) De lo señalado anteriormente se pueden desprender que los sujetos obligados a respetar el derecho a la vida privada son: las autoridades, el legislador y los sujetos particulares.

v) Además el TC se manifiesta, debido a la importancia que le otorga a la dignidad de la persona, en favor de proteger la libertad de las personas en el desarrollo de su personalidad. Al respecto señala:

“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad... tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país...”¹⁷⁹

En la sentencia rol 521, el TC se manifiesta sobre la constitucionalidad de una ley que pretendía otorgar a la Unidad de Análisis Financiero la facultad para requerir antecedentes protegidos por secreto o reserva mediante la autorización de un ministro de la corte de apelaciones. El TC en este caso

¹⁷⁹ STC n° 389, cit. nota n° 172, pág. 11.

explícitamente señala que reiterara la doctrina manifestada en el fallo rol 389-2003¹⁸⁰. En virtud de aquella sentencia se concluye que el proyecto de ley en análisis es inconstitucional debido a la importancia que se le otorga a la garantía, pues el infringirla o no, no puede quedar sujeta a una decisión intempestiva por parte de un ministro de la Corte de Apelaciones en dirección a otorgar la autorización de inmediato y sin reflexión suficiente del derecho.¹⁸¹

¹⁸⁰ STC rol n° 521, 1 de agosto de 2006, considerando decimo séptimo: “en relación con la norma transcrita en el considerando precedente resulta necesario reiterar la doctrina sentada por este Tribunal en sentencia de 28 de octubre de 2003, rol 389, con ocasión del examen preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la Unidad de Análisis Financiero y modificó el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos”.

¹⁸¹ STC rol n° 521, cit. nota n° 180, considerando vigésimo segundo: “al disponer el proyecto de ley en examen que tratándose de la autorización previa de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago para que la Unidad de Análisis Financiero requiera antecedentes amparados por el secreto o reserva, o que provengan de personas no contempladas en el artículo 3 de la ley 19.913, “El ministro resolverá de inmediato”, se configura una situación que se opone a la dedicación y reflexión indispensables que un asunto de naturaleza tan delicada y compleja, como es autorizar una excepción a la reserva o al secreto de determinados antecedentes, amerita por parte del órgano que ha de cumplir el control heterónomo fundamental para asegurar el debido resguardo de los derechos involucrados.

Lo anterior, porque, tal como la misma norma analizada precisa “tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos específicos que las justifiquen de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos”. De ello se deriva, precisamente que el ministro de Corte de Apelaciones que ha de otorgar la autorización previa para el examen de los antecedentes a que alude la primera parte del inciso segundo de la letra b) que se agrega al artículo 2° la Ley N° 19.913, debe realizar un examen acabado y minucioso de los antecedentes que se relacionan con una operación sospechosa. Lo anterior con el objetivo de verificar que se cumplen los supuestos que justifican hacer una excepción al secreto o la reserva. Dichos supuestos no pueden ser otros que los que

En la sentencia rol 1894-2011¹⁸² lo que el tribunal analiza es el artículo 4 de aquel proyecto de ley el cual propone que los prestadores de servicios de internet, cibercafés, generen un registro actualizado de los usuarios de aquellos servicios. Aquel registro tendrá el carácter de reservado y su examen sólo podrá ordenarse por el juez de garantía a petición del Ministerio Público.

Se pueden desprender algunas ideas de esta sentencia como:

a) Mantiene la comprensión de la primacía de la dignidad de la persona humana como fundamento del derecho, al respecto señala “entre otros muchos aspectos comprendidos dentro de este derecho, se encuentra el asegurar que nadie sea objeto de acechos, cual si fuera un simple medio puesto a satisfacer los apetitos de los demás.”¹⁸³

b) El artículo en análisis genera un caso de acecho sistemático, el cual atenta contra el derecho a la vida privada como libertad positiva, es decir,

se desprenden del artículo 1° de la Ley N° 19.913, esto es, la necesidad de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el actual artículo 19 de ese mismo cuerpo legal.”

¹⁸² STC rol n° 1894, 12 julio 2011, que revisa la constitucionalidad del proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil, boletín 5837-07.

¹⁸³ STC rol n° 1894, cit. Nota n° 182, considerando vigésimo.

como derecho a determinar qué datos pueden o no ser conocidos por los demás, pues es probable que ante tales condiciones las personas restrinjan previamente algunas conductas debido a los probables cruzamientos de información que generan las tecnologías de la información.¹⁸⁴

c) Se recalca nuevamente la visión del derecho a la vida privada en forma de libertad negativa, esto se hace sin demarcar definitivamente el espacio o esfera que se encuentra protegida respecto a intromisiones de los demás. En palabras del TC “sin pretender extenderse ahora a todos los contornos que presenta el referido derecho, ni querer agotar todas las situaciones que podrían lesionarlo, es lo cierto que éste comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados”¹⁸⁵

d) Respecto al tratamiento de los datos que genere el eventual registro de los cibercafés, el TC plantea que las medidas que se tomen para proteger la vida privada de las personas no pueden quedar relegadas a un reglamento en

¹⁸⁴ STC rol n° 1894, cit. nota n° 182.

¹⁸⁵ STC rol n° 1894, cit. nota n° 182, considerando vigésimo primero.

blanco pues aquello es inconstitucional.¹⁸⁶ Es por ello que se exige, para un resguardo eficaz de la garantía, que sea la ley la que establezca las medidas de seguridad que se adopten a su respecto.¹⁸⁷

e) Otro aspecto que reconoce la sentencia es que para determinar la protección de las personas y su vida privada es irrelevante el lugar donde

¹⁸⁶ STC rol n° 1894, cit. nota n° 182, considerando vigésimo cuarto: “Que sin reparar que se impone un sistema de control cuyo peso recae en entidades privadas ajenas a lo policial, el proyecto, puesto a impedir que se produzcan filtraciones o se trafique con la información contenida en dichos registros ad hoc, personalísima y valiosa, establece un deber de reserva, que resulta insuficiente para resguardar el derecho de que se trata, tal como se ha indicado precedentemente.

Además, con detrimento de la seguridad jurídica, el proyecto presenta todos los vacíos a que se ha hecho mención respecto a la custodia e intangibilidad de los susodichos archivos, materia en que se remite globalmente y en blanco a un reglamento, vale decir sin la debida protección legal que debe otorgarse a las personas para el ejercicio tranquilo de sus derechos.”

¹⁸⁷ STC rol n° 1894, cit. nota n° 182, considerando vigésimo quinto: “Que, como se lleva visto, el proyecto traslada a un reglamento determinar las características del mentado registro y las “medidas de seguridad que deberán adoptarse” a su respecto, sin siquiera mencionar aquellas que suelen indicarse en estos casos, como ocurre, por ejemplo, con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativa a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

No precisa el sentido y alcance que debe darse a los aspectos abandonados a la potestad reglamentaria de ejecución, cuestión que se torna de sopesada gravedad si se tiene presente que esas medidas de seguridad son, justamente, aquellas destinadas a asegurar que los derechos involucrados puedan ejercerse apaciblemente, sin temer ulteriores consecuencias negativas para nadie.

Como el derecho reconocido en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución exige la protección de la ley, es esencial a la misma determinar cuáles son dichas medidas de seguridad y cómo han de aplicarse, de forma que estas materias no pueden así -sin parámetros ni resguardos- encomendarse a un reglamento.”

aquellas desarrollen sus actividades. En este caso se exige que la voluntad de las personas distinga que lo que aquellas compartan se mantenga alejado del conocimiento de otras personas, agentes públicos, etc.; incluso se reconoce que en específicos espacios, como los cibercafés, se debe resguardar la privacidad de sus usuarios.¹⁸⁸

Al anterior desarrollo jurisprudencial agregaremos una breve referencia al trabajo de Rodolfo Figueroa.¹⁸⁹ Este autor ha hecho un análisis de diversos trabajos realizados por otros autores tratando de sistematizar la jurisprudencia de protección nacional existente en materia de privacidad.

El análisis lo realiza basándose en el esquema presentado por Daniel

¹⁸⁸ STC rol n° 1894, cit. nota n° 182, considerando vigésimo tercero: “Que la intimidad no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (Eduardo Novoa Monreal, Derecho a la vida privada y libertad de información, Veintiuno Editores, 1981, páginas 51 y 202-204. Asimismo, Enrique Barros Bourie, Honra, Privacidad e Información: Un Crucial Conflicto de Bienes Jurídicos, Revista de Derecho, 1998, Universidad Católica del Norte, página 47).

Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial.”

¹⁸⁹ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162.

Solove.¹⁹⁰

En virtud de ello distingue cuatro dimensiones de la privacidad, de las que a su vez desprenden diversas categorías:

1.- Recolección de información, que consiste en la captación de información¹⁹¹. Comprende dos categorías, vigilancia¹⁹² e interrogación.¹⁹³

2.- Procesamiento de información, consiste en vulneraciones a la privacidad provenientes del uso, almacenamiento y manipulación de información que ha sido recolectada.¹⁹⁴ Comprende cinco categorías: Agregación,¹⁹⁵

¹⁹⁰ Ver más: Solove, Daniel J. A Taxonomy of Privacy, 2009, University of Pennsylvania Law Review. Volumen 154, número 3: págs. 478-564. <http://www.jstor.org/discover/10.2307/40041279?uid=3737784&uid=2&uid=4&sid=21105447930883>

Solove, Daniel J. "Understanding Privacy", 2009, Harvard University Press, 257 págs. <http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Understanding-Privacy/>

¹⁹¹ Figueroa G. "El derecho a la privacidad", cit. nota n° 162, pág. 863.

¹⁹² Figueroa G. "El derecho a la privacidad", cit. nota n° 162, págs. 863-865. Dentro de esta categoría es posible distinguir dos grupos:

a) Vigilancia mediante cámaras de televisión. Se alega vulneración a la privacidad a través de cámaras instaladas en buses, en empresas, o en colegios, ya que la existencia de dichas cámaras en los recintos vulnera los derechos a la honra de los trabajadores, su privacidad o su dignidad.

b) Otras formas de vigilancia. Dentro de este grupo se encuentran casos de vigilancia mediante la revisión de pertenencias, o información sensible. Los recursos presentados son acogidos por señalar que las medidas adoptadas son lesivas a la privacidad y dignidad.

¹⁹³ Figueroa G. "El derecho a la privacidad", cit. nota n° 162, pág. 865. En esta categoría la privacidad se vulnera cuando una persona es sometida a un interrogatorio que le exige revelar datos personales.

¹⁹⁴ Figueroa G. "El derecho a la privacidad", cit. nota n° 162, pág. 866.

¹⁹⁵ Figueroa G. "El derecho a la privacidad", cit. nota n° 162, pág. 866. Consiste en conectar diversas partes aisladas de información para construir un perfil identificable de una persona.

identificación,¹⁹⁶ inseguridad¹⁹⁷, uso secundario¹⁹⁸ y exclusión.¹⁹⁹

3.- Diseminación de información, consiste en la divulgación de información privada. Comprende siete categorías: Quiebre de la confidencialidad²⁰⁰, revelación²⁰¹, exposición²⁰², accesibilidad aumentada²⁰³, chantaje²⁰⁴, apropiación²⁰⁵, distorsión²⁰⁶.

¹⁹⁶ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 866-867. Consiste en conectar información que existe en alguna base de datos o registro con una persona en particular.

¹⁹⁷ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 867. Consiste en el temor existente en el titular acerca de la protección que recaiga sobre información almacenada en alguna base de datos, que le pertenezca.

¹⁹⁸ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 868. Consiste en emplear información privada con un fin distinto de aquel para el cual fue obtenida.

¹⁹⁹ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 163, pág., 868. Consiste en la facultad del titular de poder acceder a, corregir y eliminar información personal que exista en algún registro o base de datos.

²⁰⁰ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 869. Consiste en la revelación de información privada por parte de quien la recibió bajo secreto profesional.

²⁰¹ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 871. Consiste en revelar o divulgar a terceros información privada verdadera de una persona

²⁰² Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 871. Consiste en mostrar el cuerpo de una persona contra su voluntad en términos tales que la avergüenza, humilla o denigra.

²⁰³ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 872. Consiste en acrecentar el acceso para terceros de información privada que tiene un grado reducido de publicidad, se diferencia de la categoría de revelación porque en ese caso la información no se conocía.

²⁰⁴ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 874. Consiste en amenazar a alguien con la revelación de información privada.

²⁰⁵ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág., 874. Consiste en la utilización de la imagen o identidad de un tercero para fines propios.

²⁰⁶ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 876. Consiste en diseminar cierto tipo de información o hacerlo de cierto modo que conduce a equivoco y afecta la manera como los demás perciben a una persona.

4.- Invasión, ésta dimensión comprende dos categorías: la intrusión²⁰⁷ y la interferencia decisional.²⁰⁸

En cuanto a las categorías presentadas por Solove, según Figueroa existen algunas que no han sido tratadas por los tribunales en Chile,²⁰⁹ lo cual en nuestra opinión parece ser concordante con la diversa consagración normativa del derecho a la vida privada en nuestro ordenamiento y el *right to the privacy* anglosajón.

Pese a lo anterior, y a que en algunos casos las Cortes han rechazados los recursos de protección interpuestos, se puede apreciar que las Cortes en materia de protección se hacen cargo del trabajo que les entrega la Constitución para precisar el alcance del derecho a la vida privada. En algunos casos quizás generando mayor confusión en la doctrina al involucrar diversos derechos, o bienes jurídicos dentro del derecho en análisis; y en otros dando eficacia a la protección del ámbito tradicional de

²⁰⁷ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 879. Consiste en entrometerse en la soledad o reclusión de un individuo o en sus asuntos privados.

²⁰⁸ Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162, pág. 883. Consiste en la interferencia del gobierno en las decisiones de las personas relativas a ciertas materias en sus vidas.

²⁰⁹ Ver más Figueroa G. “El derecho a la privacidad”, cit. nota n° 162.

la vida privada, o más bien de la privacidad según el trabajo.

4.3. Desarrollo doctrinal vida privada en Chile.

Al igual que en la jurisprudencia, el derecho a la vida privada ha sido objeto de análisis y estudio por diversos autores en nuestro país, elaborándose obras que buscan delimitar tanto lo que se entiende por vida privada, su historia, los límites del derecho a la vida privada, las colisiones con otros derechos (especialmente el de libertad de prensa), etc.

4.3.1 Configuración del derecho a la vida privada

Se ha señalado que el derecho a la vida privada no reviste las características de ser un derecho real o un derecho personal, sino que su naturaleza sería la de un derecho de la personalidad y en consecuencia revestiría los caracteres de ser un derecho “inalienable, intransmisible, inembargable, irrenunciable, imprescriptible, el cual, no obstante, es susceptible de valoración económica, ya que su lesión da lugar a indemnizar los daños sufridos por el titular”.²¹⁰ Sin embargo, tales características no dejan de despertar

²¹⁰ López Santa María, Jorge. Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada, Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los

discusiones conceptuales entre los autores.

Otra de las características del derecho a la vida privada que se ha reconocido es que éste derecho permite a las personas una especie de “autodeterminación informativa”. En este sentido Tomas Vial señala

“el derecho a la vida privada implica un poder de negar el acceso o conocimiento a los ámbitos estimados como privados. Es decir, que sin la voluntad del titular no se puede saber sobre esos ámbitos y, de llegar a conocerlos, no se pueden divulgar. Esto ha sido llamado el aspecto negativo del derecho. Sin embargo, el concepto ha ido evolucionando a uno denominado autodeterminación informativa”.²¹¹

Respecto a esta expresión del derecho a la vida privada como libertad positiva, Alberto Cerda entiende que

“De tal forma, el concepto tradicional que manifestaba una faz negativa del derecho, en cuanto imponía límites a la injerencia de terceros respecto de su titular, por motivo y obra de la informática ha develado una faceta positiva, en cuanto confiere a su titular un haz de facultades para controlar la información que respecto de los datos personales que le conciernen puedan ser albergados, procesados o suministrados informativamente.”²¹²

tribunales, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1982. Pág. 75.

²¹¹ Vial Solar, Tomás. “Hacia una construcción de un concepto constitucional del derecho a la vida privada”, Revista Persona y Sociedad, Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales Ilades, 2000. Pág. 52.

²¹² Cerda Silva, A. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos Revista Chilena de Derecho Informático, Norteamérica, 01 03 2011. Consultado el 16 de julio de 2013, de <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10661/11413>.

Frente a esta expresión del derecho a la vida privada se discute si aquella constituye un nuevo derecho o es una faceta del anterior. Así hay quienes se manifiestan a favor de la primera posición en el derecho comparado señalando que

“La extensión que se confiere a la *privacy* en Estados Unidos rebasa –gracias a su desarrollo jurisprudencial- con creces el marco que se le atribuye en la experiencia continental... La amplitud conferida a la *privacy* entre los norteamericanos explica porque la protección de los datos queda circunscrita en ella. En cambio, para la doctrina continental es discutible si las prerrogativas que se confieren al titular de datos personales por las leyes protectoras de datos son expresión del derecho a la intimidad, o bien es necesario construir un nuevo derecho que brinde tal amparo, que se ha dado en llamar “autodeterminación informativa” en la jurisprudencia alemana y “libertad informática” en el desarrollo de la doctrina italiana y española.”²¹³

En nuestro país, Alberto Cerda señala que la autodeterminación informativa se construye

“ (...) a partir del derecho a la intimidad, tanto como este lo hizo sobre la base del derecho de propiedad; y, en que, a diferencia de cuanto ocurre con el derecho a la intimidad, la autodeterminación informativa no se circunscribe a amparar a la persona frente al tratamiento de datos personales que le conciernan y que revelen circunstancias personales que merezcan permanecer en la esfera privada, sino que, en general, se extiende a todo dato que se predica de determinada persona.”²¹⁴

²¹³ Cerda Silva, A. “Autodeterminación informativa”, cit. nota n° 212.

²¹⁴ Cerda Silva, A. “Autodeterminación informativa”, cit. nota n° 212.

Aquella autodeterminación informativa es reconocida por la doctrina del tribunal constitucional alemán, y su fundamentación se busca en la aplicación en conjunto con el del derecho a la vida privada con otras disposiciones de la carta fundamental, al respecto se señala que

“En la Constitución no se garantiza en forma expresa, a diferencia del caso alemán, un derecho al libre desarrollo de la personalidad que sirva para fundar el concepto de autodeterminación... sin embargo, el inciso cuarto del artículo 1º impone al estado el deber de crear las condiciones para que todas las personas logren su mayor realización material y espiritual posible... este deber implica un concepto progresivo del desarrollo de la persona humana, pues ella se va realizando en el tiempo y el espacio, sin que se pueda determinar en un momento dado que se ha alcanzado un límite o techo en ese desarrollo... desarrollo integral pues abarca todos los aspectos de una persona, tanto los materiales como los espirituales.”²¹⁵

En consecuencia, según algunos autores, el derecho a la vida privada se dividiría en dos caras, por una parte en una forma negativa según la cual las personas tienen derecho a que los demás no conozcan aquella área relativa a lo privado y, por otra parte, una facultad positiva de dirimir respecto al control de la información relativa a su persona existente en poder de principalmente medios informáticos.

²¹⁵ Vial Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota nº 211, pág. 53.

Para algunos, la faceta de la privacidad como autodeterminación no ha sido desarrollada en Chile puesto que la privacidad se establece a través de dos aspectos:

“en su primer aspecto la privacidad establece un límite a la indagación, a la forma como se investigan los hechos privados. Así, por ejemplo, es ilícita la intrusión en el ámbito físico de recogimiento... de una persona... El objeto de este aspecto del derecho de la privacidad es establecer límites a la manera como se obtiene información acerca de la forma de vida de las personas, inclinaciones o aspectos íntimos... esta forma del derecho de privacidad establece una defensa al espionaje de la vida privada”²¹⁶

Es decir, lo que se busca es que el derecho a la privacidad constituya un límite frente a intromisiones de carácter físico en variados lugares donde se desarrollen los sujetos, principalmente su hogar, y además se dirige especialmente en contra de los abusos en que pudiere incurrir el estado en la ejecución de sus diversas potestades.

El otro aspecto se refiere a la protección de lo que las personas consideran privado de una forma moral, al respecto se señala que “de distinta entidad es la privacidad como secreto... esto es, la pretensión que todos tenemos de

²¹⁶ Barros Bourie, Enrique, “Honra, Privacidad e Información: Un crucial conflicto de bienes jurídicos”, Revista de derecho, Coquimbo: Universidad Católica del Norte, 1998, pág. 46.

ciertos hechos relativos a nuestras vidas ordinarias y a nuestras inclinaciones y particularmente a nuestras debilidades físicas o morales, no puedan ser objeto de conocimiento por terceros”.²¹⁷ En este caso, se infiere que se protege el derecho a la vida privada de una forma no material, siendo el objetivo de este ámbito del derecho el que se respete una expectativa de mantener alejado del conocimiento de terceros aquellos hechos o circunstancias que puedan afectar la dignidad de las personas, por diversas razones de recato o pudor.

Han existido variados planteamientos respecto a qué es lo que se considera vida privada, es decir, a lo privado. Ofreceremos algunas tratando de abarcar el planteamiento general.

Raúl García sustenta:

“el ámbito de la personalidad de todo individuo constituido por aquellos fenómenos, actuaciones, situaciones, relativos a la propia persona y a sus vínculos afectivos más cercanos, que usualmente están sustraídos del conocimiento... de extraños, ya que de lo contrario redundaría en un estado de alteración del sujeto al ver afectado su pudor o recato por una parte, o por la otra su anhelo de soledad o reconocimiento, todo lo cual sin perjuicio de que el interesado consiente en que se tome conocimiento de su realidad íntima o esté llano a permitir la intervención de terceros en sus espacios o momentos de paz”;²¹⁸

²¹⁷ Barros Bourie, “Honra, Privacidad e Información”, cit. nota n° 216, pág. 47.

²¹⁸ García, Raúl. Cita extraída de Vial, Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota n° 211, pág. 49.

Como se aprecia en este caso se ofrece un concepto amplio de vida privada pues aquella involucra no solamente al individuo, sino a las personas más cercanas que comparten con él. Además, se reconoce la necesidad de mantener un ámbito del desarrollo de la persona fuera del conocimiento de los demás con el objeto de no sufrir alteración alguna en nuestra persona. Cabe agregar que la intromisión en la intimidad queda relegada a la decisión del sujeto mismo de permitir o no el conocimiento de lo que sucede en su intimidad a otras personas.

Enrique Evans sostiene:

“el concepto de vida privada está directamente vinculado al de intimidad, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente, y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes, soportan o superan sus defectos, fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin intervención o presencia de terceros”;²¹⁹

Aquí nuevamente se reconoce que la vida privada alcanza un espacio superior al de la intimidad, pues involucra a otras personas que tienen un vínculo cercano con el sujeto y además señala que los terceros no son bienvenidos, a priori, en esta esfera protegida.

²¹⁹ Evans, Enrique. Cita extraída de Vial, Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota nº 211, pág. 49.

Por su parte, para Novoa Monreal

“este concepto está constituido por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños, y cuyo conocimiento por éstos puede perturbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.”²²⁰

Corral Talciani propone el siguiente concepto de privacidad

“es la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones.”²²¹

De las definiciones anteriormente expuestas se ha inferido por Vial que los elementos comunes de aquellas que al parecer conformarían lo “privado” son

“lo relativo al cuerpo (lo cual incluye tanto la salud, física como psicológica, como también los antecedentes fisiológicos); la afectividad (que incluye tanto las relaciones de amistad, amorosas y la sexualidad), y una categoría más amplia, que podría denominarse como lo que el sujeto habitualmente no desea que otros sepan sobre él sin su consentimiento”.²²²

²²⁰ Novoa Monreal, “Derecho a la vida privada”, cit. nota n° 32, pág. 49.

²²¹ Corral Talciani, Hernán, Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación, Revista Chilena de Derecho, Volumen 27 número 2, 2000, pág. 347.

²²² Vial Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota n° 211, pág. 50.

Vial les reconoce a las personas que el concepto de vida privada abarcara desde su propio cuerpo hasta donde el consentimiento del sujeto permita el conocimiento de datos, personales o no, de su vida, que involucra incluso a sus vínculos cercanos.

Al igual que Vial, Novoa Monreal también determina un conjunto de circunstancias, situaciones, actividades, etc., como pertenecientes a la vida privada. Sin embargo, como se podrá apreciar, la descripción de los fenómenos que integran la vida privada que hace es comprensiva de un grupo mayor al señalado por Vial; ellos son:

- “a) ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno;
- b) aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;
- c) aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente de índole embarazosa para el individuo o para el grupo;
- d) defectos o anomalías físicos o psíquicos no ostensibles;
- e) comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de él;
- f) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;
- g) contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas;
- h) la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de

- bochorno para éste;
- i) orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil;
 - j) el cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción, y hechos o actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.);
 - k) momentos penosos o de extremo abatimiento, y
 - l) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial).²²³

Podemos inferir de la visión presentada por Monreal que considera algunas situaciones como pertenecientes a la vida privada en razón de una perspectiva conservadora, tal es el caso del punto i) o los ejemplos del punto l), puesto que aquellas situaciones hoy en día han perdido esa relevancia turbadora asignada por el autor. Pese a ello creemos que la visión de Monreal es muy clarificadora y enriquecedora respecto al contenido de la vida privada, sobre todo desde la faceta negativa del derecho, demostrando además el carácter relativo del derecho.

Cabe agregar al concepto de vida privada, que otra de las consideraciones que se han esgrimido para otorgarle el carácter de ser de difícil definición es

²²³ Novoa Monreal, “derecho a la vida privada”, cit. nota n° 32, pág. 45-46.

que se encuentra sujeto al contexto socio-cultural donde se desenvuelvan las personas. En consecuencia, será determinante el lugar geográfico y las concepciones más o menos conservadoras o liberales que tengan los pueblos sujetos de análisis para establecer lo que se considerara privado por ellos mismos.

A la variable cultural se le debe sumar la variante del tiempo en que se desenvuelva la sociedad, ya que es plausible pensar que lo que se considera que debe encontrarse en el ámbito de la esfera privada hoy en Chile no es lo mismo que pensaban o consideraban las personas a principios del siglo XX.

Ángela Vivanco ha señalado que

“De tal diversidad de conceptos y de campos abarcados, es fácil deducir que la vida privada es un concepto eminentemente social, que por ende varía culturalmente, y que depende mucho de la época en que se vive, de las tradiciones de un pueblo y de los elementos religiosos y morales que se encuentran comprometidos en ese punto.”²²⁴

Esta circunstancia ha sido recogida por la Corte de Apelaciones de Santiago²²⁵ y, posteriormente confirmada por la Corte Suprema.²²⁶ Este fallo

²²⁴ Vivanco, Ángela. Cita extraída de Vial Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota nº 211, pág. 50.

²²⁵ Bohme Bascuñan con Clínica Alemana, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de

es comentado por Vial señalando que “la expresión *cultura a la cual pertenecemos...* denota un criterio jurisprudencial en el cual los criterios de una cultura concreta... correspondiente a un tiempo y lugar determinado... determinan... el contenido del derecho a la privacidad...”.²²⁷ Si bien en este fallo se reconoce que respecto al contenido específico **cuerpo** la concepción cultural es que aquél se encuentra protegido por el derecho a la vida privada, creemos que es posible hacer lo mismo respecto a los demás contenidos del derecho a la vida privada. También pensamos que el que una Corte no reconozca o haya reconocido un contenido del derecho a la vida privada en un determinado momento, no significa que aquel contenido pueda en el futuro obtener o dejar de obtener el reconocimiento debido, o incluso que en ese mismo momento en que es desconocido por la Corte pierda el carácter otorgado por algunos de pertenecer a la vida privada.

noviembre de 1992 (Recurso de Protección), Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 89, Sección 5.

Considerando quinto: “Teniéndose en consideración los cánones de la cultura a la cual pertenecemos ciertas partes del cuerpo humano, entre ellas aquella que fue objeto de filmación, no deben ni pueden exhibirse a menos que la propia persona lo autorice de modo expreso, lo que no consta, como se expresó con anterioridad.”;

Considerando octavo: “Que el solo hecho de no haberse obtenido la debida autorización para que personal ajeno a las necesidades del examen que se ejecutaba ingresara al recinto donde se practicaba y se haya filmado éste y la parte del cuerpo señalado, implica una acción ilícita pues contraviene el derecho a toda persona a que se les respete y proteja su privacidad.”

²²⁶ Sentencia Corte Suprema rol n° 10.142, de 16 diciembre 1992.

²²⁷ Vial, Solar, “Hacia una construcción constitucional”, cit. nota n° 211, pág. 50.

Es positivo aquel carácter relativo de derecho a la vida privada pues permite adecuar el contenido de la misma según sea necesario, y más aun hoy en día con el avance tecnológico. Pero también consideramos que es necesario establecer algunos caracteres mínimos como indiscutibles, ya sea a nivel normativo, administrativo, jurisprudencial, o doctrinal, todo ello con el objeto de que las personas puedan obtener respuestas eficaces y garantistas de sus derechos.

Como hemos podido observar, el avance de las tecnologías de la información ha hecho surgir enormes riesgos al derecho a la vida privada. Su formidable capacidad tanto de captar como de grabar y reproducir información a gran escala y en gran cantidad, la cual puede ser considerada de carácter personal por su titular (sea su divulgación y consecuente conocimiento por terceros nocivos o no), y la eventual dificultad práctica de perseguir, identificar y castigar a los responsables, hace a los medios de comunicación y tratamiento tecnológicos unas amenazas de inconmensurable peligro.

Esto es innegable al analizar las capacidades de ciertos aparatos, que

permiten grabar a distancia, y reproducir su contenido posteriormente a miles de personas sin esfuerzo, impedimentos o grandes costos. Sumando a lo anterior el que algunos medios de comunicación permitan que una información que debiese ser personal y sólo transmitida a personas que el titular de la misma autorice, puedan, en cambio, hacerlas mundialmente conocidas en cuestión de minutos.

Dentro de estos medios de comunicación, sin duda, está Internet. Esto debido a algunos servicios que utilizan Internet como soporte para establecerse, tales como: redes sociales, sitios web ordinarios, correos electrónicos, buscadores, etc.

Capítulo 2.

1. Internet

En 1995, el Consejo Federal de Redes de Estados Unidos, Federal Networking Council en inglés, acordó definir a Internet mediante la siguiente descripción: *"Internet" se refiere al sistema de información global que: (i) esta enlazado lógicamente a un espacio global de direcciones únicas basadas en el Protocolo de Internet (IP) o sus subsecuentes extensiones/añadidos; (ii) puede soportar la comunicación usando el conjunto Protocolo de control de transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP) o sus subsecuentes extensiones/añadido y otros protocolos compatibles con IP; y (iii) provee, usa o da accesibilidad, ya sea de manera pública o privada a servicios de alto nivel superpuestos en las comunicaciones y las infraestructuras relacionadas ya descritas.*"²²⁸

Esta definición si bien resalta por su precisión, comprende términos altamente complejos. Para el objeto de este trabajo basta entender a Internet como una gran red formada por un enorme conjunto de otras redes más

²²⁸ Internet Society, página web <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>, consultada el 8 de noviembre de 2014.

pequeñas formadas a su vez por computadores u ordenadores a través de cables u otro tipo de conexión. Es una red descentralizada, mundial, esencialmente gratuita, autorregulada y anónima entre otras características. Cabe resaltar que dicho anonimato es relativo. No lo es en el caso, por ejemplo, de personas que utilizando servicios o aplicaciones de Internet deban entregar datos personales, en cumplimiento del pre-requisito de identificarse para poder utilizarlas.

Por otra parte, existe la posibilidad de que sus datos lleguen a conocimiento de usuarios a quienes no estaban ni original ni voluntariamente destinados. También cabe la eventualidad de que cierta información personal permanezca en *la red* a pesar de la negativa de sus propietarios (tal negativa es conocida como el derecho al olvido). Para entender mejor esta idea hay que conceptualizar Internet como una carretera que sirve de medio de transporte de información que es entregada por sus usuarios comunicársela a otros usuarios. Entre quienes utilizan a Internet como medio de transporte o plataforma destacan los servicios tales como bancos, instituciones públicas o medios de comunicación.

1.1 Buscadores de Internet

Dentro de todos los medios de comunicación, quizás uno de los que más peligro pueden representar al derecho a la vida privada son los que utilizan como soporte de transmisión de datos. Esto debido a que Internet permite a sus usuarios una comunicación anónima, rápida, universal, sin límites, sin distancias, relativamente gratuita, etc. De entre estos los buscadores de Internet están entre los más amenazantes al libre ejercicio del derecho a la vida privada porque su objetivo de organizar la información mundial y hacerla accesible y útil de manera universal, los convierte en el medio de transporte más peligroso y eventualmente dañino para la información relativa a la vida privada por ser el primer paso en la búsqueda de la información.

Existen tres tipos de buscadores o motores de búsqueda: los buscadores por directorios donde los resultados se determinan en base a la información que se haya proporcionado al momento de registrar el sitio web, los buscadores jerárquicos que rastrean palabras claves o *keywords* contenidas en determinados sitios webs, y los buscadores mixtos que además de poseer un

motor de búsqueda cuentan con un directorio.²²⁹

Los buscadores jerárquicos o verticales son los más populares en la actualidad, puede concebírseles como sabuesos que escudriñan hasta encontrar información que deambula por Internet aún en desconocimiento o en contra de sus titulares. De ellos, Google, como el máximo exponente, y sus políticas de privacidad particularmente, serán el objeto de lo que resta de este trabajo. A través de su estudio esperamos poder dilucidar si a la luz de las normativas existentes, de las ideas que fundamentan tanto a estas como a las nuevas corrientes doctrinarias y de las normativas en ciernes, podemos considerar legítimas las políticas de funcionamiento del servicio de Google (Terms of Service). Este estudio estará especialmente enfocado en lo relativo a las reglas de jurisdicción a las que se compromete la compañía a someterse en el caso de que se susciten controversias acerca de eventuales afectaciones, por su parte, al derecho a la vida privada de los titulares de la información entregada.

A mayor entendimiento del funcionamiento de los buscadores de Internet,

²²⁹ Para mayor información se recomienda visitar <http://www.searchenginehistory.com/> para conocer en detalle la historia y funcionamiento de los buscadores de Internet.

especialmente de Google, expondremos cómo es que la propia compañía norteamericana describe su proceso de búsqueda²³⁰. Esta explicación es parte de las alegaciones que presenta ante las reclamaciones que les son interpuestas por usuarios suyos (por medio de la Agencia Española de Protección de Datos, en adelante indistintamente así o AEPD,) que alegan haber visto vulnerados sus derechos por actos del Buscador:

“Descripción del proceso de búsqueda por Google: El proceso mediante el que opera el buscador de Google se basa en dos fases: una primera de recolección de palabras clave, y la segunda de comparación de las palabras incluidas como criterio de búsqueda en la consulta del usuario con las de la lista.

La primera fase se desarrolla de forma constante e inadvertida por el usuario, mediante unos dispositivos que navegan permanentemente por la Red, visitando los sitios web que encuentran y analizando su contenido. Durante esta visita, estos dispositivos extraen aquellas palabras que consideran útiles y las incluyen en una lista con la referencia a la dirección del sitio web de donde las extrajeron.

La segunda fase es más perceptible en la práctica, ya que en ella se materializa el servicio prestado por la empresa. Esta fase se desarrolla mediante una simple comparación entre las palabras incluidas por el usuario como criterio de búsqueda y la lista que incluye las palabras extraídas y las referencias a los sitios web, facilitando al interesado una lista de resultados en la que se incluyen las referencias a los sitios web en que aparecen las palabras del criterio de búsqueda, ordenándolos en atención a la

²³⁰ Para mayor información acerca del funcionamiento del motor de búsqueda de Google, se sugiere visitar el sitio web: <http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/>

mayor o menor relevancia de la coincidencia.”²³¹

Más adelante, en la misma resolución, se desarrolla aún más el funcionamiento del proceso:

“El motor de búsqueda de GOOGLE es un complejo sistema informático que indexa documentos almacenados en millones de servidores de páginas web (más comúnmente conocidos como servidores web), facilitando al usuario del servicio de búsqueda su inmediata localización, a través de determinadas palabras contenidas en los documentos buscados.

El índice del motor de búsqueda de GOOGLE se actualiza de forma dinámica a partir de la información obtenida por robots, que continuamente rastrean los servidores web públicamente disponibles en Internet, utilizando para ello la capacidad tecnológica de los propios servidores de la compañía, usualmente conocidos como “ARAÑAS WEB.” o “*web crawlers*”.

Las “ARAÑAS WEB.” analizan de forma metódica páginas web HTML disponible públicamente, recopilando los hiperenlaces que figuran en éstas (referencias a otras direcciones URL), para extender así su labor de rastreo, de forma encadenada, a todas las páginas y documentos referenciados. El rastreo consiste en extraer, de todos los documentos visitados (no sólo de las páginas con formato HTML, sino también de los documentos que presentan otros formatos), las palabras clave que serán indexadas.”²³²

²³¹ Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/01609/2012, 19 de junio de 2012, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/index-ides-idphp.php, pág. 2.

²³² Resolución de la Agencia Española. cit. nota n° 231, pág. 13.

Para concluir: “Así, conviene centrarse no sólo en el tratamiento realizado por GOOGLE consistente en presentar datos al usuario que realiza la búsqueda, sino también en el que previamente efectúa, al rastrear tales datos de carácter personal en los citados servidores españoles, con objeto de facilitar su posterior localización.”²³³

1.1.1 Google

Una de las redes sociales y prestadoras de servicios de Internet más importantes hoy en día es Google. Esta empresa estadounidense fundada a fines de la década de los 90 tiene como principal producto el motor de búsqueda de contenido en Internet del mismo nombre, además proporciona otros servicios con diversas funcionalidades tales como: google+, blogger, gmail, google earth, google docs, adwords, etc.

Si bien las características, funcionamientos y necesidades que buscan satisfacer estos productos son de diversa índole y naturaleza, algunos de ellos tienen como cualidad común el hecho de que sus procesos permiten que los usuarios compartan parte de su información personal con terceros por medio de las plataformas, y que esta información sea, voluntaria o

²³³ Resolución de la Agencia Española. cit. nota n° 231. pág.13.

involuntariamente, compartida a terceros en cualquier lugar y tiempo. Ante los eventuales reclamos y demandas que puedan dirigirse al prestador de servicios con motivo de supuestos “malos usos” de la información personal ingresada a las redes informáticas de sus servicios, los usuarios que vean amenazados, dañados o menoscabados los derechos que les pertenecen por el sólo de hecho de ser seres humanos (más allá de cual sea la fuente jurídica que los consagre: declaración universal DDHH, declaración OEA o UE, constituciones nacionales, leyes, etc.), Google, como así también la enorme mayoría de los prestadores de servicios por Internet, establecen previamente unas especies de “reglas de uso” que los usuarios del servicio deben aceptar antes de estar debidamente inscritos y disfrutar de las utilidades del producto elegido.

Estas reglas son denominadas Condiciones de Servicio o Políticas de Privacidad (en inglés *Terms of Service* para ambos tipos de reglas) y tienen como función principal para Google el establecer reglas de comportamiento para el usuario en la utilización de los servicios. Asimismo intentan limitar, lo más posible, su responsabilidad ante posibles daños que cometa la compañía por la incorrecta manipulación de la información entregada por sus usuarios.

A continuación desarrollaremos una breve descripción de algunos de los servicios ofrecidos por Google:

a) El buscador de Google es el producto que quizás caracteriza a esta empresa. En aquel se pueden realizar búsquedas en la red mundial mediante un algoritmo desarrollado por Google.

b) Google Imágenes es una especialización del buscador principal para imágenes, estas se pueden filtrar según su tamaño, también es posible buscar por formatos, por coloración, entre otros.

c) Gmail es el servicio de email que ofrece Google, éste destacó en sus inicios por la gran capacidad de almacenamiento que proporcionaba en comparación a los demás servicios de email. Además ofrece otras características como un sistema de búsqueda de mensajes simple y avanzado al mismo tiempo, las etiquetas, filtros avanzados, posibilidad de múltiples cuentas para correo saliente, chat integrado, etc.

d) YouTube también es uno de los servicios ofrecidos por Google desde su compra en 2006. En palabras de YouTube “YouTube es un sitio web de vídeos fundado en febrero de 2005 que permite que miles de millones de usuarios encuentren, vean y compartan vídeos originales. YouTube ofrece un foro para comunicarse con los usuarios de todo el mundo, para

informarles y para inspirarlos y sirve como plataforma de difusión para creadores de contenido original y anunciantes de cualquier tamaño.”²³⁴

e) Google Maps es un servicio que permite visualizar el mundo a través de imágenes vía satélite, imágenes de mapas o combinar ambas. Gracias al buscador es posible encontrar lugares de todo el mundo y poder visualizarlos.

f) Google+ consiste en una mezcla de diferentes tipos de servicios, entre ellos recomendaciones, mensajería, mensajería grupal y video chat, los cuales tratan de simular nuestras relaciones e interacciones en la vida real en la web.

Al igual que otras redes sociales en google+ se puede crear un perfil personal, desde donde podemos compartir, ideas, videos, fotos, etc., pero la forma en que se comparten las cosas es diferente. Google+, al igual que en la vida fuera de Internet, recoge la idea de que no toda la información de nosotros debe ser compartida de la misma forma con la mismas personas. Por ello Google+ genera “Círculos”, dentro de los cuales situamos a nuestros amigos y familiares, hacia aquellos círculos se arroja lo que queremos compartir.

²³⁴ YouTube, pagina web <http://www.youtube.com/yt/about/es/index.html>, consultada el 18 de Julio de 2013.

g) Otros servicios web que ofrece google en síntesis son: Alertas Google, Blogger, Feed Burner, Google Ballet, Google Analytics, Google App Engine, Google Base, Google Blog search, Google Code, Google Drive, Google Keep, Google Docs, Google Friend Connect, Google Groups, Google Libros, Google News, Google Reader, Google Scholar, Google Sites, Google Bookmarks, Google Page Creator, Google Patents, Google Trends, Google Traductor, Google Translator Toolkit, Google Voice, Google Webmasters Tools, Open Social, Orkut, Panoramio, Picasa, Google Grants.

h) Frente a la llegada en masa de las nuevas tecnologías para los celulares Google ha desarrollado Google Móviles, la idea es que desde los Smartphone se puedan descargar aplicaciones específicas que permitirán disfrutar de las mismas características que Google da en la web.

i) Proyecto Google *Glass*, consiste en una pantalla con forma de lentes que entrega la información que se busque sin necesidad de mirar la pantalla de un teléfono celular. Además, estos lentes de Google permiten comunicarse con los *smartphone* usando solo la voz. Estas gafas lo que buscan es entregar al usuario es una experiencia de realidad aumentada “el cual se entiende como la mezcla de objetos del mundo real con elementos del

mundo virtual.”²³⁵ Lo que permitiría Google *Glass* es tomar fotos, grabar videos, usar aplicaciones de Google como Google *Maps*, navegar en internet, y en definitiva facilitar la comunicación entre el usuario y sus *Smartphone*.

1.1.2 *Terms of Service* de Google. Comparación entre las versiones de abril de 2007, de marzo de 2012 y de abril de 2014, la actual.

Como señalábamos, los *Terms of Service* o Condiciones de Servicio son las reglas que un usuario se compromete previamente a cumplir para hacer uso de un servicio determinado. Generalmente están presentes en los servicios entregados a través de sitios web que requieren que el usuario antes de hacer uso del servicio apruebe, a modo de requisito exigido, las condiciones que el proveedor unilateralmente ha establecido como reglas que deben ser respetadas en todo momento.

Las reglas son de diversa índole o naturaleza tales como: la aceptación de las condiciones, cambio de políticas, aprobación de cambios y modificaciones del servicio, declaración de derechos y obligaciones de las

²³⁵ Revista Caras, pagina web <http://www.caras.cl/tecnologia/realidad-aumentada-el-hito-tech-de-caras/>, consultada el 28 de Julio de 2013.

partes comprometidas, autorización de usos de propiedad privada, datos personales provistos, reglas de jurisdicción, reglas de termino del servicio pro alguna de las partes, etc.

En lo que al sujeto de nuestro estudio respecta, Google, procederemos a explicar sus *Terms of Service* obtenidos a través del sitio web. A continuación explicaremos sucintamente los de 16 de abril de 2007, los de marzo de 2012 y los de abril de 2014, a través de un análisis especial de lo que podríamos llamar “condiciones legales generales”, las cuales contemplan las reglas de jurisdicción que son las que nos interesan primordialmente.

En el último apartado de los términos de 2007, en el punto 20.7, se estipula la cláusula de jurisdicción:

“Las Condiciones de servicio y la relación surgida entre Google y usted por virtud de estas se regirán por las leyes del Estado de California, sin contemplarse sus normas respecto a conflicto de leyes. Google y usted aceptan someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Condado de Santa Clara (California) para resolver cualquier asunto legal derivado de estas Condiciones. Sin perjuicio de lo dispuesto, usted acepta que Google podrá reclamar por desagravio provisional, o un tipo de desagravio legal urgente que sea equivalente, en cualquier jurisdicción.”²³⁶

²³⁶ “Condiciones del servicio archivadas”, de abril de 2007. Accedido el 16 de junio de 2012, <http://www.google.com/intl/es/policies/terms/archive/20070416/>.

- Condiciones de Servicio de 1 de marzo de 2012²³⁷: la gran novedad de esta versión es que se unificaron los TOS de casi todos los servicios de Google en uno solo a través del cual Google Inc. Especialmente los relativos a la privacidad y al manejo de los datos personales entregados por el usuario en la utilización de los servicios de la compañía. Se divide a través de los siguiente subtítulos: te damos la bienvenida a Google, uso de nuestros servicios, tu cuenta de Google, protección de la privacidad y de los derechos de autor, tu contenido en nuestros servicios, acerca del software de nuestros servicios, cómo modificar y cancelar nuestros Servicios, nuestras garantías y renunciaciones de responsabilidad, responsabilidad por nuestros servicios, uso de nuestros servicios por parte de empresas, acerca de estas condiciones.

Nuevamente es al final en que tratan las reglas de jurisdicción:

“Las leyes del estado de California (Estados Unidos) se aplicarán a cualquier litigio que se derive de estas condiciones o de los Servicios o que esté relacionado con los mismos, sin que tengan efecto las disposiciones sobre conflictos de leyes. Tanto Google como tú aceptáis someteros a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de Santa Clara (California, Estados Unidos) para solucionar las reclamaciones derivadas de estas condiciones o de los Servicios o relacionadas con los mismos.”

²³⁷ “Condiciones del servicio archivadas”, de 1 de marzo de 2012 Accedido el 16 de junio de 2012, <http://www.google.com/intl/es-419/policies/terms/archive/20120301/>.

La modificación de los Terms of Service o condiciones del servicio de Google de 14 de abril de 2014²³⁸ no modifican en modo alguno las materias de nuestro interés. La cláusula de jurisdicción permanece inalterada.

Se deja en evidencia que los *Terms of Service* expuestos consisten en una declaración unilateral, de parte de Google, para establecer la jurisdicción a la que se someterán los eventuales conflictos que nazcan entre las partes, el usuario y la prestadora de servicios, tales como conflictos relativos a datos personales y el derecho al olvido. Pero esta declaración unilateral de las condiciones, si bien está ratificada por la libre aceptación por parte del usuario, simultáneamente está constituyéndose en una especie de renuncia al derecho a la jurisdicción y a la defensa. Esto último es aberrante si consideramos que las partes que alcanzan este “consentimiento”, no son para nada similares en cuanto a poder económico o poder de negociación en la enorme mayoría de los casos.

El hecho de tener que desplazarse hasta California, EEUU, o contratar y

²³⁸ Condiciones de Servicio de Google, de 14 de abril de 2014, accedido el 8 de noviembre de 2014, <http://www.google.com/intl/es-419/policies/terms/>.

mandatar a un abogado en dicho lugar para que defienda sus derechos, puede, sin lugar a dudas, llegar a convertirse en una carga demasiado gravosa²³⁹ para el usuario lo que le dificultaría en extremo e inclusive podría impedirle el correcto ejercicio de un derecho tan completa y altamente consagrado tanto en normativas internacionales de enorme importancia como en la mayoría de las legislaciones nacionales occidentales. Establecer esta traba o impedimento al ejercicio del derecho a la jurisdicción es tan grave como no consagrarlo debidamente en el ordenamiento de cada país.

1.1.3 Política de privacidad de 31 de marzo de 2014²⁴⁰

Esta es la última versión al momento de la realización de este trabajo, en ella se intenta explicar por parte de Google lo siguiente: qué información se recopila, por qué se recopila, para qué la recopilan y las opciones que se les da a los usuarios para acceder y actualizar dicha información. Las amenazas que representan a la privacidad de sus usuarios están desperdigadas por todo el texto.

²³⁹ CIDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Opinión Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990, párrafo 22.

²⁴⁰ Obtenido de <http://www.google.com/intl/es-419/policies/privacy/>, el 10 de noviembre de 2014.

Si bien todo lo que establece esta política circunda los límites de la privacidad dado que lo que los servicios de Google utilizan, su material de trabajo por así decirlo, son los datos personales de sus usuarios, algunos que merecen protección en mayor o menor medida y otros que simplemente no lo requieren.

También se explica qué información es la que se obtiene, para ello se divide en dos grupos: en primer lugar, la información que el usuario personalmente proporciona, lo que estaría amparado en el consentimiento del interesado, aunque cabe destacar que proporcionar no quiere decir necesariamente hacer público. Esta distinción no se esclarece del todo.

Y, en segundo lugar, la información que Google obtiene directamente del uso de sus servicios, para lo que el cambio a *Terms of Service* “multi-servicio” de marzo de 2012²⁴¹ es muy ventajoso. La obtiene a través de: información del dispositivo (aparato con el que se tiene acceso a los servicios), información de registro (que llega increíblemente a incluir

²⁴¹ “Condiciones del servicio archivadas”, cit. nota n° 237.

información de llamadas, mensajes, información de historial de navegación e incluso fallas del dispositivo), información de la ubicación (que requiere tener activada esta opción en un servicio que cuente con ella), números de aplicación únicos, almacenamiento local (a través de cookies, esto ya parece vulnerar la privacidad del usuario a niveles ilegítimos puesto que escapa a la interacción normal entre servicio online y usuario) y por último por medio del envío de cookies e identificadores anónimos a los dispositivos de los usuarios (el más peligroso e invasivo de los mecanismos de obtención de datos).

Pero la parte más nebulosa o gris de la política se manifiesta al intentar explicar que harán con toda esa información. Más allá del supuesto mejoramiento de los servicios, destaca la frase: “También utilizamos esta información para ofrecerle contenido personalizado (p. ej., para proporcionarle resultados de búsqueda y anuncios más relevantes)”. Por anuncios se refiere a anuncios publicitarios, en decir, que así, a la ligera, nos informa que compartirá nuestra información, nuestros datos personales con entidades comerciales.

Esto parece un caso camuflado de *letra chica* y es, a nuestro parecer, una de las amenazas más graves a la vida privada de los usuarios de Google. La comunicación de aspectos personales, que supuestamente se entregan, bajo la promesa, a un tratamiento que escapará de las partes comprometidas, es una falta gravísima a los derechos comprometidos. Pensamos que requiere en el corto plazo un proceso efectivo de defensa para los usuarios ante un tercero imparcial y a largo plazo un cambio en las políticas de privacidad que tienda a una mayor precisión de los fines de la recopilación de datos y una mayor educación al usuario promedio acerca de qué es lo que se está amenazando al prestar su consentimiento. Esto iría de la mano con el nivel de protección que tiene la vida privada o privacidad en los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales (comunitarios).

Posteriormente, se establece que Google puede, en el caso de que algún usuario así lo requiera, crear un medio de comunicación entre éste y la compañía con el objeto de solucionar eventuales problemas que se susciten en el marco de la prestación del servicio. Según veremos en el análisis de las resoluciones de la AEPD, estos medios son infructuosos y recurrir a tribunales para solucionarlos es prácticamente imposible de acuerdo a las

cláusulas de jurisdicción de los TOS. La posterior inclusión de la posibilidad de utilizar la dirección de correo electrónico para informarle sobre sus servicios o mejoras es irrisoria en cuanto ya anteriormente han informado de su capacidad para recopilar información de TODOS sus servicios incluido el correo electrónico.

La alusión al consentimiento prestado por el usuario antes de utilizar la información para otro fin que no sea alguno de los dispuestos en la política de privacidad es sospechosa en cuanto ya hemos dicho que es vaga y disimula sus fines comerciales.

Google dice procesar la información personal de sus usuarios en servidores ubicados en distintos países del mundo. Luego advierte de la posibilidad de procesar la información fuera del país en que reside el usuario. Esto que parece intrascendente permite después eludir la responsabilidad por faltas a la privacidad al dificultar en extremo a los usuarios demandar sus derechos como lo veremos más adelante en este trabajo.

Bajo el subtítulo *información que comparte* recuerda que la información

compartida públicamente puede pasar a ser ingresada a su buscador. Estaría formando el consentimiento con el usuario respecto a la comunicación de su información. Después asegura que existen formas de eliminar el contenido compartido. Pero como veremos más adelante, el derecho a cancelación no es lo suficientemente efectivo en la práctica.

Con el objeto de excusarse por no eliminar inmediatamente los datos que los usuarios ya han decidido eliminar, asegura que esto se hace para evitar la destrucción mal intencionada de estos datos. Lo anterior no nos parece más que una forma de evadir el ejercicio libre, efectivo y eficiente del derecho al olvido.

En la política de Privacidad de Google la compañía asegura que solo compartirá la información de sus usuarios a empresas, organizaciones e individuos fuera de Google bajo las siguientes circunstancias: consentimiento de usuario (estiman que los difusos términos de la política bastan para formar este consentimiento), se comparta con el administrador de dominio, para procesamiento externo (empresas a las que Google les encarga ciertas tareas y que se comprometen a respetar sus políticas de

privacidad), por motivos legales (investigaciones, soluciones a falta de servicio, cumplir normativa vigente, etc.).

La política no se aplica a servicios con otras políticas de privacidad. Y se compromete a seguir marcos autorregulatorios en la materia.

Informa que solo modificará la Política de Privacidad notificándolo. Además que no restringirá los derechos de los usuarios sin su consentimiento.

Finalmente plantea que en caso de recibir reclamos formales de sus usuarios, procederán a comunicarse con ellos para revisar sus problemas y encontrarles pronta solución. Señala que trabajan junto a las autoridades reguladoras correspondientes, incluidas las autoridades locales de protección de datos, para solucionar todo inconveniente sobre transferencias de datos con sus usuarios. Como veremos más adelante todo lo estipulado en este párrafo no es lo suficientemente ajustado a la realidad, la AEPD ha dictado resolución, tras resolución ordenando a Google respetar el derecho a cancelación de sus usuarios.

Esta Política junto a la decisión de consolidar sus 60 políticas de privacidad en una sola y a la de combinar los datos obtenidos de sus usuarios en todos sus servicios sin darles la oportunidad de excluirse, motivó a la Comisión Nacional de Informática y Libertades, versión francesa de la AEPD, a acusar a la política de privacidad de Google de violar la ley francesa sobre la materia y le fijó un plazo de tres meses (desde el 20 de junio de 2013) para hacer las modificaciones correspondientes para alinear sus comportamientos con la normativa vigente francesa (europea transposicionada) o limitarse a pagar una multa de hasta 150 mil euros y a otra de 300 mil euros si mantenía su postura irrestricta. Es decir, no solo en España se han dado cuenta de que la Política no es lo suficientemente franca y le han exigido que explique mejor sus intenciones y métodos para recopilar los datos de los usuarios, pues amenaza con violar gravemente la privacidad de los usuarios de todas las edades y grupos sociales que confían en ellos.

Si bien el monto de la multas es irrisorio, es un intento en miras de impulsar el respeto de Google con las normativas europeas vigentes sobre privacidad.

Capítulo 3

1. Análisis del problema desde el punto de vista práctico-jurídico.

1.1. Identificación del problema.

Frente a los peligros de que el tratamiento que Google pueda dar a los datos personales entregados voluntaria o involuntariamente por sus usuarios, destaca el de vulnerar o amenazar el derecho a la privacidad. Por ello, resultan de gran importancia los pronunciamientos emitidos por la AEPD.

El origen de este trabajo fue el auto de 27 de febrero de 2012²⁴² en que la Audiencia Nacional de España pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante así o TJUE, indistintamente) que se pronunciase en torno a los argumentos presentados por Google como defensa ante las solicitudes de sus usuarios que pretenden que se elimine informaciones o datos personales propios que aparecen en como resultado de las búsquedas en Google. Los argumentos de la compañía norteamericana postulan que la jurisdicción adecuada para conocer de los conflictos entre ella y sus

²⁴² Auto de la Audiencia Nacional de España, Sala de lo Contencioso, de 27 de febrero de 2012, procedimiento ordinario N° 725 de 2010.

usuarios es la de los tribunales de Santa Clara, California, tal como se establece en los *Terms of Service*. Por medio de esta defensa no solamente persigue desobedecer las resoluciones que le han ordenado acoger las solicitudes, de sus usuarios en España, de eliminar la información personal subida a Internet, sino también liberarse de las responsabilidades que le competen.

La simple lectura de esta resolución judicial dio lugar a dos conclusiones. Primero, en el pasado ya se ha alegado que el actuar de Google vulnera la privacidad de sus usuarios. Cómo se explicará más adelante las autoridades europeas de protección de datos ya han increpado a Google para que se refiera acerca de su política de Privacidad, sus características y las posibles consecuencias negativas que ocasionen a sus usuarios. Además, existe una vasta cantidad de resoluciones de tutela de derechos de la Agencia Española de Protección de Datos en que se ha ordenado sistemáticamente a Google que respete el derecho a cancelación de datos personales pedido por sus usuarios.²⁴³ Segundo, en estas resoluciones se puede ver como Google

²⁴³ Dentro de las que destacan las siguientes resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos sobre tutela de derechos: 396-2012 de 19 de junio de 2012, 1520-2011 de 24 de febrero de 2012, 1381-20113 de 20 de diciembre de 2013, 1285-2013 de

sostiene invariablemente la postura de que ni la legislación ni tribunales españoles o europeos le son aplicables, afirmando sus argumentos en el establecimiento de la jurisdicción exclusivamente en California, Estados Unidos, asiento de su sede mundial. Es decir, los TOS de Google y su Política de Privacidad si tienden a vulnerar la privacidad de sus usuarios. Más precisamente buscan exculpar a la compañía de cualquier tratamiento ilegítimo abusando de su posición en la relación privada prestador-usuario y de técnicas “contractuales” (de redacción de cláusulas) que tienden a engañar o al menos ocultar sus verdaderas intenciones.

No nos encargaremos en este trabajo si esto se debe a un actuar imprudente o doloso por parte de la compañía. Tampoco profundizaremos acerca del fin objetivo final de Google con estos tratamientos de datos: mejorar el servicio o simplemente obtener lucro vendiendo estos datos a empresas terceras interesadas.

Más adelante, la búsqueda de fundamentos que comprueben nuestra

27 de noviembre de 2013, 655-2013 de 6 de agosto de 2013, 671-2013 de 27 de julio de 2013, 2169-2012 de 29 de abril de 2014, 2097-2012 de 6 de febrero de 2013, 1989-2012 de 4 de febrero de 2013, 1620-2012 de 16 de enero de 2013, 898-2014 de 6 de mayo de 2014 y 693-2014 de 2 de abril de 2014.

hipótesis nos lleva al estudio particular del tratamiento que ha tenido este problema en el sistema español, como ya se ha adelantado, por ser este uno de los más adelantados en el tema en el mundo hispanoparlante y ser además origen del documento que hizo nacer la interrogante que es la base del presente trabajo.

A continuación describiremos el problema relativo a la jurisdicción competente para conocer estas causas, puesto que su determinación motiva, en lo principal, los argumentos de las defensas de Google ante la AEPD. Por lo mismo es que su intelección es sensible en pos del efectivo respeto a la privacidad de los usuarios de los servicios de Google.

1.2 Derecho a la Jurisdicción.

Junto al problema “directo” a la privacidad de los usuarios que representa la Política de Privacidad de Google y sus TOS, es importantísimo, desde la perspectiva de la práctica de la abogacía, incluir en el estudio las amenazas y vulneraciones al derecho a la jurisdicción o tutela efectiva que representan

estos acuerdos. Así también es dable analizar los argumentos sostenidos por Google en las contiendas que libra con sus usuarios afectados. Esto porque más allá de la protección a la vida privada, si la compañía norteamericana logra evadir la acción fiscalizadora y sancionatoria de entes judiciales y administrativos, la mera consagración de la protección de los derechos es inocua e infructuosa.

Ante la AEPD, Google, utiliza como primera defensa (inclusive antes de sostener que no vulnera la privacidad de sus usuarios o esgrimir la existencia de consentimiento previo por parte del usuario) la incompetencia de los tribunales españoles en estos asuntos contenciosos, puesto que según las voluntades de las partes y la legislación comunitaria imperante, el conocimiento y juzgamiento de estas causas le corresponde a los tribunales de Santa clara, California, Estados Unidos. Procederemos a analizar esta crucial arista.

1.2.1 El Concepto de Jurisdicción

La palabra “jurisdicción” proviene del latín *iurisdictio, nis*, cuyo significado

es “acción de decir o indicar el derecho”.

Muchas han sido las formas en que se la ha conceptualizado, otorgándole distintas acepciones a la palabra, tales como extensión territorial, competencia, facultad o poder. Comúnmente se la ha comprendido como “la actividad que realiza el juez, como un tercero imparcial, para los efectos de dirimir a través del proceso, el conflicto que las partes han sometido a su conocimiento, mediante el ejercicio de la acción.”²⁴⁴

La jurisdicción debe entenderse como un deber-poder del órgano que es su titular para los efectos de conocer y resolver los conflictos que ante él promuevan las partes. Es decir, no sólo debe conceptualizarse como una facultad o prerrogativa para los órganos o instituciones pertinentes sino que también, y a la vez, como una obligación o responsabilidad de ellos de acuerdo a las consagraciones constitucionales, legales o de otra índole, tales como tratados o convenciones internacionales, que hayan sido contempladas.

²⁴⁴ Maturana, Cristián, Introducción al Derecho Procesal, La jurisdicción y la Competencia, Apunte, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Biblioteca Central, 2012, pág. 66.

Su importancia es tal que, según Calamendrei, el Derecho Procesal se basa en el estudio de tres conceptos fundamentales: la jurisdicción, la acción y el proceso.

Puede definirse también como “la potestad o función que el Estado ejerce en el proceso por medio de sus órganos jurisdiccionales como garantía para la observancia del derecho objetivo”²⁴⁵ De aquello se desprenden como características de la Jurisdicción que esta es una función pública, que requiere ser ejercida en el proceso, que es una garantía de la norma jurídica y que es la función del estado destinada a garantizar la observancia práctica del derecho objetivo.

A modo de conclusión, es de suma trascendencia expresar que la definición de Cristián Maturana es, desde nuestro punto de vista, la más acorde a los intereses de este trabajo. El profesor establece que la Jurisdicción

“es el poder-deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado a requerimiento de parte y a desarrollarse según

²⁴⁵ Maturana, Cristián, “Introducción al Derecho Procesal”, cit. nota n° 244, pág.66.

las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la república”.²⁴⁶

Para efectos de este trabajo, como se verá más adelante, es importante plantear la relación entre la jurisdicción y el territorio en el que se ejercerá. La regla general es la de la Territorialidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, los órganos del Estado encargados de ejercerla solo pueden hacerlo acerca de conflictos de intereses sucedidos dentro del territorio del propio estado.

Es así como, en cuanto a la jurisdicción de conflictos suscitados entre particulares en el marco de relaciones con características internacionales, la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana de 10 de mayo de 1942, en Chile también denominada Código de Derecho Internacional Privado, en su artículo 318, dispone, refiriéndose a los tribunales competentes para conocer los conflictos con algún elemento internacional, que:

“será en primer término competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de

²⁴⁶ Maturana, Cristián, “Introducción al Derecho Procesal”, cit. nota n° 244, pág. 68.

toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca tenga en él su domicilio y salvo derecho local contrario”.

Esta norma es concebida como un principio, siempre que no disponga algo contrario el derecho local del estado cuyos tribunales sean conminados a conocer del asunto en cuestión.

1.2.2 Jurisdicción desde un punto de vista internacional

La mera consagración de derechos no es suficiente mientras no haya un poder coercitivo que los haga respetar. Y para ello es necesario que existan entidades o instituciones que ejerzan aquel poder. Los llamados a esto son los tribunales de justicia. Lo que requiere, evidentemente, que estas convenciones consagradoras de derechos sean aceptadas íntegramente por los estados o bien que sean de cierta forma asimiladas e incorporadas por los cuerpos normativos nacionales. Estos derechos deben ser reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de cada país expresándolos en sus disposiciones constitucionales, legales o en los tratados internacionales ratificados. Igualmente deben ser considerados por medio de la creación de recursos y procedimientos legales tendientes a proteger dichos derechos, a

través de la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia. Estos últimos son los llamados, por regla general, a restaurar el derecho en las situaciones y lugares en que su respeto ha sido abandonado. Para ello es necesario que el tribunal mismo esté capacitado de conocer, juzgar y hacer cumplir el respeto de estos derechos (dentro de los que incluimos el derecho a la vida privada, privacidad e intimidad). Esta potestad de los particulares de recurrir a los tribunales para resolver los conflictos entre las partes se conoce generalmente como el derecho a la jurisdicción.

Como ha señalado Nogueira Alcalá, “el derecho a la jurisdicción constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, esta última inaceptable dentro del Estado Constitucional y del Estado de Derecho, lo que obliga a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles”.²⁴⁷ El deber de todo ciudadano de respetar la normativa legal tiene como una de sus justas contraprestaciones el derecho a poder dirigirse a los tribunales estatales de justicia a pedir que esta última sea impuesta en su

²⁴⁷ Nogueira Alcalá, Humberto “El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007, pp.19-73, p.32.

situación particular y que sus derechos sean respetados.

Este derecho a la jurisdicción, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva (en las corrientes anglosajonas derecho al debido proceso, mientras que en los sistemas jurídicos continentales el concepto “debido proceso” es utilizado preferentemente en materia penal), es de tal preponderancia que es consagrado en diversas declaraciones y tratados internacionales, siendo los más trascendentales:

i) Convención Interamericana de Derechos Humanos. Arts. 8 y 25²⁴⁸

²⁴⁸ Convención Interamericana de Derechos humanos,

-Art. 8: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas....

-Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

ii)Declaración Universal de los Derechos Humanos. Arts. 7, 8, 9, 10 y

11.²⁴⁹

Considerando estas disposiciones y el significado práctico de la consagración de estos derechos, concluye Nogueira Alcalá que en virtud de estas convenciones se deduce que los fundamentos del derecho de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva de los derechos implica “el derecho a **escoger**, por parte del sujeto afectado en sus derechos e intereses legítimos, la vía judicial que estime más conveniente para su defensa...

²⁴⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

constituyendo la privación de ella, si fuere indebida, una violación del derecho en comento, constituyendo una denegación de tutela jurisdiccional efectiva”.²⁵⁰ Esta idea propone básicamente que la persona tiene la potestad o capacidad de elegir el medio para proteger sus derechos que ha sentido vulnerados. Esta idea o premisa será fundamental y de enorme trascendencia como base de nuestra postura en el transcurso de este trabajo.

En virtud de todo esto, es que en los sistemas jurídicos más importantes de occidente, el continental y el anglosajón, se comprende la protección al derecho a la jurisdicción. La doctrina anglosajona ha distinguido (por primera vez en la sentencia del caso Helicópteros Nacionales de Colombia v. Hall de 1984) entre dos tipos de jurisdicción, a saber: en primer lugar la **Jurisdicción General**, que es aquella en la que el demandado tiene una conexión sustancial, directa con el foro del tribunal, que en palabras de María Verónica Iezzi se destaca porque : “esta especie de jurisdicción le permite al Estado ejercer su capacidad para adjudicar sobre el demandado con respecto a cualquier reclamo, aun cuando la causa que motiva la acción

²⁵⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, “El Debido proceso”, cit. nota n° 247, pág. 37. Lo marcado nos pertenece.

no guarde relación con los contactos que él posea en el foro”²⁵¹. Lo importante aquí es que los vínculos entre el demandado y el área de competencia en que ejerza su jurisdicción el tribunal sean duraderos, de forma tal “que el mantenimiento de cualquier juicio al no pueda tomar por sorpresa al demandado”²⁵². Y en segundo lugar la **Jurisdicción Específica**: aquella que permite ejercer la jurisdicción en personas no residentes en el área de competencia de los tribunales, pero que cuyos contactos esporádicos con esta área son la razón de la acción contra él. Así, a través de una *long arm statute* (ley que permite a una jurisdicción llevar a su competencia a alguien que no reside en ella con motivo de los contactos calificados entre el demandado y el foro) se lleva al demandado a la jurisdicción del domicilio del demandante. De tal forma se puede concluir que este sistema (el norteamericano especialmente) se centra en la conexión entre el demandado y el juez, lo que deriva en que el demandado conciba, al menos, la posibilidad de ser demandado bajo esa jurisdicción en virtud de estos contactos esporádicos.

²⁵¹ Iezzi, María Verónica, *El Conflicto Jurisdiccional en Internet*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 17-88, pág. 48.

²⁵² Iezzi, María Verónica, “El Conflicto Jurisdiccional”, cit. nota n° 251, pág. 48.

En Cambio, el sistema continental hace hincapié en la relación entre el juez y la causa de acción. El principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. Esto puede variar en casos especiales como en los relativos a derechos del consumidor. En estos casos en que contratan empresarios y consumidores “el empresario comúnmente establece en forma previa y unilateral las condiciones aplicables a la transacción, entre las cuales generalmente incluye una cláusula de elección de jurisdicción a favor de los jueces del lugar donde aquel se encuentra establecido”²⁵³. En estos casos según la normativa europea (sección 4 del CONVENIO relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en 2007) la regla es que si demanda el consumidor, este puede hacerlo en los tribunales del lugar donde el consumidor (demandante) tenga su domicilio o en los tribunales en que esté domiciliada la otra parte. En cambio, si es el proveedor, productor o empresario quien demanda este puede hacerlo solamente bajo la jurisdicción del lugar de domicilio del consumidor. Esto se establece como garantía para que el consumidor no

²⁵³ Iezzi, María Verónica, “El Conflicto Jurisdiccional”, cit. nota nº 251, pág.86.

renuncie a reclamar sus derechos por los altos gastos en que, generalmente, deberá incurrir para litigar en el extranjero comparados con lo relativamente pequeño de los valores transados.

Esta lógica es muy importante, ya que de utilizarse en el área de los conflictos entre el usuario de Google y la empresa estadounidense, dejaría sin aplicación los “*Terms of Service*” de Google en cuanto a la jurisdicción y los usuarios, sin importar el lugar en donde se encuentren tendrían derecho a demandar a la compañía en su propio país de residencia o donde haya estado al ocurrir el hecho o actividad que es la causa del perjuicio por el que demanda. Todo sin perjuicio de las normas y procedimientos complementarios necesarios para que esta vía de solución de conflictos sea viable en la práctica. El gran problema que lamentablemente surge es que para un sector importante de la doctrina la relación de consumo que debe existir entre las partes para que se las considere consumidor-proveedor requiere que la prestación sea de índole onerosa y específicamente pecuniaria, nunca gratuita. Precisamente gratuita, es como se considera la relación entre el usuario de Google y dicha empresa en cuanto a que la prestación que se entrega es proporcionada de forma gratuita. Es decir, el

usuario nunca paga o entrega precio o dinero alguno a cambio del servicio de correo electrónico, red social, etc., que se le proporciona. Por lo tanto, no sería aplicable a priori esta solución al problema del derecho a la jurisdicción que se da en estos casos y que explicaremos posteriormente.

1.2.3 Consagración legal de la Jurisdicción en España

La jurisdicción, como concepto procesal, es recogida, definida y delimitada en España, país cuyo ordenamiento jurídico es el objeto-marco del presente trabajo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985.

Procederemos a destacar la disposición más relevante al respecto para una mejor prosecución y entendimiento del trabajo.

Se la regula en el Libro I, nombrado: de la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales.

En este artículo se consagra la regla general acerca de la jurisdicción. Luego en el artículo siguiente se delimita la jurisdicción en el orden civil, otorgando competencia (entendida como un grado más especial de la

jurisdicción) a los Juzgados y Tribunales españoles. Para nuestro trabajo en particular resaltaremos las partes más pertinentes de la norma.

Comprenderemos también la consagración expresa de la “Jurisdicción Universal” en el ordenamiento jurídico español incluyendo los requisitos necesarios para su aplicación que son dispuestos tras la enumeración de los delitos en que se contempla. Todo del artículo 24 número 4 de la misma ley.

Capítulo 4.

1. Normativa aplicable en la Unión Europea.

1.1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El primero y más importante cuerpo jurídico, si cabe limitarla a tal concepto, relativo a la protección de la vida privada es la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea resolvieron, en junio de 1999, la necesidad de acordar y adoptar una Carta de Derechos Fundamentales con el objeto de ponerlos de manifiesto. Su función era reemplazar al antiguo Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que regía de forma relativa hasta ese entonces. La Carta estaba destinada a formar parte de los textos fundantes de la nueva concepción de la Unión Europea.

Para ello se constituyó una comisión *ad-hoc* (denominada Convención) encargada de idear, discutir y redactar el documento. El acuerdo alcanzado desembocó en la firma y ratificación de la Carta (Niza, 7 de diciembre de

2000) por parte de los presidentes del parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión, en representación de sus respectivas instituciones. En un primer momento, se preveía que la Carta formara parte de la Constitución Europea, pero como esta última no fue aprobada, la Carta fue separada y su proclamación fue solo un compromiso político sin ningún efecto jurídico obligatorio.

Luego, en 2004, se realizaron modificaciones tendientes a hacerla vinculante. Estos esfuerzos vieron sus frutos, finalmente, por la ratificación del Tratado de Lisboa. Puesto que si bien la Carta no forma parte del Tratado de la Unión Europea, gracias a la modificación de su artículo 6, dispuesta en el Tratado de la Lisboa, si se hizo vinculante para todos los estados. Es así como en el artículo 1º, apartado 8, del Tratado de Lisboa se dispone que el artículo 6, apartado primero, del Tratado de la Unión Europea debe sustituirse por el siguiente artículo:

"La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada [el 12 de diciembre de 2007], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las

competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones."

Por ello, en diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007. Con el tiempo se han ido agregando paulatinamente otros países. Cabe destacar que su creación y puesta en vigor es una manifestación del deseo de expandir el rol de la Unión Europea más allá de las funciones solamente económicas y de defensa que tenía hasta entonces.

La Carta no otorga derechos nuevos a los ciudadanos europeos, todos los derechos consignados en ella proceden de Convenciones, Tratados o de la jurisprudencia comunitaria, aunque algunos responden a inquietudes resultantes de la evolución de la ciencia y la sociedad, como pueden ser las nuevas tecnologías o la biotecnología. Dentro de ellos, destaca el derecho a

la protección de datos. No debemos desconocer que otro de sus objetivos, uno de índole más “política” sin duda, es orientar a las legislaciones de los países miembros, sus jurisprudencias, como así también a la legislación propia de la Unión Europea.

Específicamente, es en su artículo 7 en donde se consagra el derecho a la vida privada y familiar.²⁵⁴

Pero para el caso en especial que nos convoca, lo que nos es más pertinente y atractivo es el artículo siguiente en que se consagra el derecho a la protección de los datos personales.²⁵⁵

²⁵⁴ “Artículo 7

Respeto de la vida privada y familiar

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

Con toda la importancia, contenido y consecuencias que el derecho a la vida privada tiene aparejadas como ya hemos descrito en el relato de este trabajo.

²⁵⁵ Artículo 8

Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Como podemos ver, no solo se consagra la protección de dichos datos sino que además, junto con establecer un estándar de cuidado y uso de los mismos por terceros, se deja la fiscalización y control del respeto a lo dispuesto en la institución o autoridad competentes.

1.2 Directiva 95/46/CE

La Directiva 95/46/CE constituye el texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1995 y se estableció un plazo hasta el 24 de octubre de 1998 para que los estados miembros la “transpusieran” en sus correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales. Luego sufrió una modificación en noviembre de 2003. De lo anterior se deduce que fue proclamada antes que la Carta de Derechos Fundamentales, de hecho, fue redactada en atención a al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (específicamente su art. 8^a) de 1950.

La Directiva estableció un marco regulador destinado a establecer un

equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea. Con ese objeto, ésta fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la protección de los mencionados datos. En España ese el papel lo cumple la Agencia Española de Protección de Datos.

Con el objeto de proteger los derechos y las libertades personales relativas al tratamiento de datos personales la Directiva establece una serie de principios orientadores para fijar el correcto tratamiento de aquellos datos, tales como:

La calidad de los datos; la legitimación del tratamiento (consagración de la figura del consentimiento del interesado); las categorías especiales de tratamiento que fijan ciertos datos de tratamiento prohibido (como las opiniones políticas); la información a los afectados por el tratamiento (relativa a los responsables del tratamiento o de la base de datos); el derecho de acceso del interesado a sus propios datos objeto de tratamiento y

a la rectificación, supresión y bloqueo de estos de considerarlo pertinente; el derecho a ser informado de la identidad de los destinatarios de dicha información personal; las excepciones y limitaciones a estos principios en miras del respeto a otros intereses de mayor importancia de índole nacional, comunitaria o del propio interesado; el derecho a oposición del interesado en base a legítimas razones, a que sus datos sean sujetos de tratamiento; la confidencialidad y seguridad del tratamiento; la notificación (por parte del responsable) del tratamiento a la autoridad de control competente; la creación de un recurso judicial que permita al interesado dirigirse contra el responsable del tratamiento que, en el marco de este, haya violado sus derechos; el derecho a la indemnización por parte del responsable del tratamiento por daños sufridos por conceptos de tratamientos ilícitos en virtud de la directiva y demás normativas pertinentes.

También la Directiva tiene otras metas, como la promoción de la confección de códigos de conducta nacionales y de la Unión, que contribuyan a una correcta aplicación de las disposiciones relativas al legítimo tratamiento de datos.

Contempla otros deberes para cada Estado miembro como la designación de, al menos, una autoridad pública e independiente (obedeciendo lo dispuesto en la Carta) encargada de controlar la aplicación en su territorio de las normas acordadas en la Directiva. Además de la creación de un ente comunitario destinado a la protección de las personas en lo concerniente al tratamiento de datos personales.

La disposición de la Directiva que más nos interesa, en el contexto de este trabajo, es el artículo 23 inciso 1º que dispone **el deber de los Estados miembros de garantizar a las personas afectadas por el tratamiento de datos que puedan dirigirse contra los responsables o encargados de un tratamiento ilícito de sus datos o contrario a normas nacionales establecidas en armonía a la Directiva** o bien que encuentran en esta su fuente, en búsqueda de una reparación de los perjuicios que hayan sufrido por este motivo, Sin perjuicio del resto de acciones contempladas en el cuerpo en estudio (tales como de información, rectificación, supresión, bloqueo, etc.), es esta en particular la que se está vulnerando, en la práctica, con la interpretación y aplicación de los *Terms of Service* de Google desde el punto de vista de la compañía estadounidense y que acaba con la

indefensión del interesado, o desde el punto de vista del Estado, con la negación de justicia que pareciera ser el vicio específico a evitar con esta norma.

También cabe destacar, que según consta en la nota de la Agencia Española de Protección de Datos, la Audiencia Nacional Española, en el auto enviado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, utiliza como fundamentos a su posición tendiente a permitir a los ciudadanos de UE que puedan dirigirse contra Google por conflictos nacidos por tratamientos ilícitos de datos personales en su propio país o en territorio de la comunidad con tal de que no caigan en la indefensión de derechos fundamentales, **los apartados 10 y 18 de la Directiva que establecen, según el tribunal, la intención y objetivos de “brindar una protección eficaz en la Unión Europea a los datos de las personas físicas.**²⁵⁶

²⁵⁶ Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN en el que plantea al TJUE diversas cuestiones prejudiciales sobre el ejercicio de derechos frente a buscadores de Internet” (2012), pp. 1-3, p. 1, accedido el 25 de mayo de 2012, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/marzo/120302_Nota_cuestion_prejudicial.pdf

1.3. Constitución Española

La Constitución Española de 1978 solo contempla una consagración amplia del derecho a la vida privada en su artículo 18.²⁵⁷

Pero en virtud del artículo 53 del mismo cuerpo normativo se establece que el desarrollo legislativo de derechos y libertades fundamentales debe realizarse por ley y que ese desarrollo ha de respetar el contenido esencial de lo dispuesto en la Constitución.

Según el artículo 81 de la misma carta estas leyes deben ser de carácter orgánico. Esencialmente la disposición constitucional que nos interesa para efectos de este trabajo es el apartado 4 del art. 18 que da lugar a la promulgación de la Ley Orgánica 15/1999 reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.²⁵⁸

²⁵⁷ Artículo 8

Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

²⁵⁸ Rebollo Delgado, Lucrecio, “Vida Privada y Protección de Datos: Un acercamiento a

1.4 Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal

Esta ley fue creada con el objeto de adaptar la legislación española a los requisitos establecidos en la Directiva 95/46/CE, Entró en vigor el 14 de enero de 2000.

La ley tiene como objetivo reglar, regular los procesos de recolección, tratamiento y cesión de datos personales, los que son definidos en su artículo 3 letra a) como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Podemos desprender de lo anterior que se optó por una definición bastante general, lo que es apropiado en materias relacionadas con avances tecnológicos dado que sus cambios son constantes y acelerados pudiendo llevar a la rápida obsolescencia de la normativa.

Su objeto está descrito en el artículo 1 y su ámbito de aplicación en el 2.²⁵⁹

la regulación europea y española”, Ciudad de México, UNAM, 2010, accedido el 28 de agosto de 2012, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/10.pdf>.

²⁵⁹ Artículo 1.Objeto.

La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales

La ley está organizada en 49 artículos comprendidos en 7 títulos.

1.5 Reglamento de la Ley de Protección de Datos o Real Decreto 1720/2007

Promulgado el 19 de abril de 2008 busca proporcionar coherencia, profundidad, aclarar y complementar, a través de la regulación reglamentaria, lo dispuesto por la Ley Orgánica 15/1999 y que esta delegó a la potestad reglamentaria. Pero también se le agregaron a un reglamento otras materias que no estaban expresamente otorgadas en la ley, pero que posteriormente, en la práctica, se consideró que era necesario darles un trato más exhaustivo.

de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1 La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

2 Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal: Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

(Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

Capítulo 5.

1. Jurisprudencia de la Agencia Española de Protección de Datos. Análisis de Resoluciones.

1.1 Resoluciones de tutela de derechos.

En este apartado realizaremos una exposición y explicación de las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos cuando ha sido convocada a resolver asuntos de tutela de derechos sobre lo que es competente. Específicamente, acerca de reclamaciones realizadas por personas naturales que alegan que Google no respetó sus derechos de oposición y cancelación al solicitársele. La Agencia ha fallado en atención al mérito de los antecedentes de cada caso por lo que lo ha hecho a favor del reclamante o de Google indistintamente, en nuestro trabajo nos enfocamos en los fallos que acogen las reclamaciones realizadas.

Son muchas las resoluciones que ha tenido que dictar la AEPD a lo largo de los últimos años, tal vez motivada indirectamente por el conocimiento tomado por los usuarios del establecimiento de nuevas políticas de

privacidad por parte Google. Es por ello que estos pronunciamientos administrativos se han vuelto especialmente “estandarizados”. Para el presente análisis hemos seleccionado las resoluciones dictadas en las siguientes fechas: 16 de enero de 2013, 2 de abril de 2014, 6 de junio de 2014, 4 de febrero de 2013, 29 de abril de 2013, 27 de julio de 2013, 6 de agosto de 2013, 27 de noviembre de 2013, 20 de diciembre de 2013, 24 de febrero de 2012, 24 de abril de 2012, 31 de enero de 2012, 19 de junio de 2012, 30 de noviembre de 2010, 16 de marzo de 2010, 31 de julio de 2008, 1 de septiembre de 2010, 14 de abril de 2011, 4 de noviembre de 2008 y 20 de julio de 2009 y es a partir de ellas que procederemos a analizar los fundamentos más comunes dados por los reclamantes, por la prestadores de servicios de búsqueda y los utilizados por la Agencia para dar término al proceso por la vía administrativa, sin perjuicio de los usuales recursos de reposición presentados por la parte interesada que en la gran mayoría de los casos son desestimados por la AEPD.

Entre todas las resoluciones revisadas, nos remitiremos a analizar (y citar) la 19 de junio de 2012²⁶⁰ por parecernos la más completa de las escogidas

²⁶⁰ Sentencia de la Agencia Española de Protección de Datos TD/396-2012.

para realizar nuestro estudio. Lo que parece correcto considerando, como ya hemos dicho, que las resoluciones son en forma y fondo prácticamente iguales a lo largo de los últimos 3 ó 4 años. El método de análisis de las resoluciones será en tres secciones: amenazas de Google a la vida privada de los afectados, vulneración a la tutela efectiva y, finalmente, el pronunciamiento de la Agencia.

1.1.1 Amenazas de Google a la Vida privada

Las resoluciones comienzan con una relación de los hechos que motivan la reclamación. Generalmente versan sobre situaciones del mismo tipo dado que son el mismo perfil de personas quienes recurren a la agencia en pos de la tutela de sus derechos: personas naturales que parecen ser usuarios no expertos, pero si habituales de los servicios de Google.

Básicamente se da a conocer que el reclamante ejerce esta acción “por no haber sido atendido su derecho de oposición, y realizadas las actuaciones procedimentales previstas en el artículo 117 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Carácter Personal.”²⁶¹

La persona ve que tras anotar su nombre en el sitio web de Google (www.google.com o www.google.es) el buscador lo dirige, a través links, a otros sitios web que muestran información personal, si bien no debiesen contener ni mostrar aquella información de esa persona, o bien muestran información que no es correcta materialmente (es imprecisa o simplemente falsa) o es extemporánea, es decir, está desactualizada en relación a su vigencia en el presente del sujeto. El punto relevante aquí es que a juicio del interesado dicha información es de carácter personal y su tratamiento y publicación sin su consentimiento le son perjudiciales.

Ante ello el titular de los datos ejercita el derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante Google Spain S.L. (en las resoluciones en esta primera oportunidad ya se identifica a Google Spain S.L. con Google Inc., acción cuyo fundamento e importancia ya explicaremos más adelante). También es ejercido contra los determinados *websites*, enlaces web o páginas en los que aparecen los datos en cuestión y

²⁶¹ Resolución de la Agencia Española. cit. nota nº 231.

a los que dirige el buscador de Google, al ingresar el nombre del interesado en su sistema (al "googlearlo", de acuerdo a como se le conoce a este proceso ordinariamente). Derecho como ya hemos dicho consagrado tanto en la Directiva 95/46/CE, como en su transposición española, es decir, la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.

Posteriormente, esta persona se da cuenta, tras repeticiones reiteradas del proceso de búsqueda ya descrito, que dicha información no es borrada de estas páginas, así como tampoco ellas son "desligadas" del sistema de búsqueda de Google. Es más, la empresa ni siquiera da la debida respuesta tras el ejercicio de la oposición.

Es entonces cuando el afectado decide reclamar ante la Agencia en contra de Google (entre otros responsables que dependen del caso, tales como las páginas en que aparecen sus datos y las instituciones o entidades públicas o privadas responsables de estas) por no haber atendido su derecho de oposición.

Dando curso al procedimiento se da traslado de la aludida reclamación a las

diferentes entidades para que estas aleguen cuanto estimen conveniente en su defensa. En prácticamente todas estas “contestaciones”, Google esgrime los mismos argumentos²⁶² a pesar de que, como veremos para el caso español, finalmente no son tomados en cuenta. Esto nos hace pensar que estas son parte de la política internacional de la compañía ante tales procedimientos de tutela y que en otros países o regiones del mundo tiene un mejor resultado.

Según la ley orgánica 17/1999 y la LSSI²⁶³ la agencia debe defender los intereses de los ciudadanos que no posean la condición de personaje público ni sean parte de situaciones vueltas de relevancia pública por motivos accidentales. Por estas razones no deben tolerar que sus datos personales circulen por medios masivos de comunicación cobijados por la red, otorgándoles entonces, la facultad y el derecho de buscar, por voluntad propia, el tratamiento erróneo, impreciso o simplemente ilegítimo que les causen alguna especie de perjuicio al hacerlos accesibles por Internet.

²⁶² Así se desprende de lo señalado en las sentencias de la AEPD de 16 de enero de 2013, 2 de abril de 2014, 6 de junio de 2014, 4 de febrero de 2013, 29 de abril de 2013, 27 de julio de 2013, 6 de agosto de 2013, 27 de noviembre de 2013, 20 de diciembre de 2013, 24 de febrero de 2012, 24 de abril de 2012, 31 de enero de 2012, 19 de junio de 2012, 30 de noviembre de 2010, 16 de marzo de 2010, 31 de julio de 2008, 1 de septiembre de 2010, 14 de abril de 2011, 4 de noviembre de 2008 y 20 de julio de 2009, cuyo análisis fue objeto de este trabajo.

²⁶³ Ley Sobre Sistemas de la Información.

En estos casos en que no se otorga consentimiento alguno por los interesados, la Agencia procura velar por ellos. La exposición a través de los servicios de Google de datos personales de manera permanente, accesible y universal, constituye, sin duda, un atentado a su derecho a la vida privada. Por ello el afectado debe disponer de un procedimiento amparado en la Ley que impida esto. El derecho de cancelación es la respuesta a ello. Sin embargo, es primordial que la acción a que da lugar este derecho deje inalterado el libre ejercicio de la libertad de comunicación y de expresión. Lo cual se consigue ya que su ejercicio es posterior a que suceda el acto que se busca cancelar y, por lo tanto, no corre el riesgo de configurar un caso de censura previa.

Esto nos parece importantísimo, porque, desde este punto de vista, es evidente la posibilidad de que colisiones dos derechos de enorme trascendencia: el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información y expresión. El sistema de “censura posterior” que otorga la cancelación nos parece el mejor, aun conociendo sus evidentes fallas, tales como el lapso de tiempo que transcurre entre la publicación de la

información y su eliminación, tras considerársele de carácter privada y estar sometida un tratamiento ilegítimo.

La creación y reglamentación del derecho de cancelación es la conclusión de un esfuerzo nacido en los mismos debates del Senado español que término estableciendo la inclusión del art 18.4 de la Constitución Española. De esta forma se establecieron garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía significar para la vida privada. Así, lo consagrado en aquel artículo proveyó de un ámbito de protección más específico e idóneo contra las amenazas que constituirían las tecnologías de información y comunicación para los derechos fundamentales en cuestión, que lo que conseguía hasta entonces el apartado 1 de la misma disposición.

1.1.2. Derecho a la tutela efectiva

Si bien este aspecto es de cierto modo tangencial, en cuanto no constituye el núcleo del problema, es de gran importancia. En la práctica, la defensa de Google consiste principalmente en intentar evadir el ejercicio del derecho a la tutela efectiva por parte de quienes accionan contra ella. Lo hace

atacando decididamente este aspecto de índole más formal de la contienda. En cambio, no se hace cargo mayormente de las posibles vulneraciones a la privacidad de sus usuarios, que constituirían el aspecto de fondo del conflicto. De hecho, esta última responsabilidad identificada inmediatamente por la Agencia y entendida como existente por la compañía.

Con estas alegaciones Google Spain busca demostrar que no es a ella a quien debe demandarse la responsabilidad en las eventuales vulneraciones. En caso de que se la considere responsable, es a la matriz, domiciliada para estos efectos en Santa Clara, a quien debe demandarse tal como se estipula en sus *Terms of Service*.

Lo primero que postula es que el derecho de oposición o cancelación, según sea el caso, se ha ejercido erróneamente porque Google Spain S.L. no es quien realiza la actividad propiamente tal de buscador y que este fallo se produce porque no se entiende totalmente el funcionamiento de Google como compañía, el que pasa a explicar.

El negocio de Google Inc. es la venta de espacios de publicidad. Una de las plataformas más importantes que tiene la compañía para ofrecer estos espacios es el buscador gratuito por Internet, “Es decir, Google Inc. presta dos servicios diferentes que completan su negocio, el primero es el servicio remunerado de publicitar la actividad de empresas en el comercio, mediante la venta del espacio publicitario”,²⁶⁴. Esta es la actividad específica con la que Google obtiene gran parte de sus ingresos y es en ella en la que Google Spain tiene participación en España como un promotor local o agencia. De acuerdo a la compañía, en ningún caso Google Spain es el representante del responsable de la prestación del servicio de búsquedas, en cambio, sí lo es Google Inc. con domicilio en California, Estados Unidos de América. Este último es el segundo servicio prestado por Google: el ya descrito servicio de localización de sitios de determinada temática previa consulta por parte de los usuarios.

Google Spain se limita a representar a Google Inc. en el área de su negocio consistente en la promoción, facilitación, negociación, intermediación o venta de servicios de publicidad online a terceras empresas. Es solo en la

²⁶⁴ Resolución AEPD, cit. nota n° 231, pág. 3.

promoción de la venta de servicios publicitarios en donde actúa como representante mercantil o agente. “Su actividad se limita a dichos servicios y, por ello, ni desarrolla la actividad de buscador ni cabe imputarle ninguna de las actividades ni consecuencias que se deriven de la actividad que ejecuta Google Inc. aunque esta empresa sea la matriz de Google Spain.”²⁶⁵

En conclusión: no es a Google Spain a quien debe dirigirse el ejercicio del derecho de oposición o de cancelación sino a Google Inc. Al igual que cualquier otro tipo de comunicación que se desee entablar con la prestadora del servicio de buscador por Internet.

Otro de sus fundamentos tiene una estrecha relación con el primero: si el único responsable en el tratamiento de datos como buscador es Google Inc. y se encuentra domiciliada en California y los servicios son prestados en Estados Unidos, entonces la normativa aplicable no puede ser ni la Directiva 95/46/CE ni la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal de acuerdo a lo dispuesto en estos cuerpos jurídicos y a

²⁶⁵ Resolución AEPD, cit. nota nº 231, pág. 3.

los criterios expuestos por el G 29.²⁶⁶

Continuando con el desarrollo de sus alegaciones Google, recuerda que según el documento WP148 del G 29 los buscadores de Internet no pueden ser considerados los responsables principales del tratamiento de los datos personales a los que eventualmente conduzcan. La responsabilidad principal es del responsable del sitio Web que hace alusión directa a la información.

Por último, y aparentemente, en caso de que sus otras defensas sean desestimadas, aclara que a pesar de que a Google Spain no le competen los asuntos de tratamiento de datos personales que de forma indirecta le correspondan al buscador, igualmente presta colaboración y, por ende, no ha infringido el derecho de oposición porque sistemáticamente ha resuelto informar de estas acciones a Google Inc. que es la legítima responsable del tratamiento de información que motiva el accionar del supuesto afectado. Según el estudio de la defensa de Google sintetizada en varias resoluciones de la AEPD podemos concluir, que la práctica común parece ser informarle al interesado que debe dirigirse contra el responsable del sitio que está

²⁶⁶ Grupo formado por disposición de la Directiva en su artículo 29. Tiene principalmente una función consultiva y está formado por los directores de las agencias europeas de protección de datos.

tratando directamente su información y luego, solicitarle a este, la cancelación de sus datos o “la limitación de los efectos de la publicación de forma que los motores de búsqueda no los indexen.”²⁶⁷

1.1.3. Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos.

Posteriormente las resoluciones continúan con los fundamentos de la sentencia de la agencia.

a) Comienza estableciendo cómo es que consta la legitimidad de la competencia de la AEPD para conocer de la reclamación, la desvirtuación de los fundamentos dados por Google y la posterior estimación de la acción.

La competencia del Director de la Agencia de Protección de Datos viene dada por la Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos por el artículo 37 d) en relación al 36.²⁶⁸

²⁶⁷ Resolución AEPD, cit. nota n° 231, pág. 4.

²⁶⁸ Artículo 37. Funciones.

Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:

a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

A su vez el derecho general de reclamación del afectado está comprendido en el artículo 18.1²⁶⁹

b) El afectado podrá oponerse siempre que presente fundamentos suficientes para establecer el perjuicio causado en la situación personal concreta. Siempre que la ley no lo haya ordenado o exista consentimiento previo del afectado para el tratamiento de sus datos.

Luego procede a explicar el derecho a oposición de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento y en la Ley Orgánica de Protección de Datos. Así se establece un plazo de 10 días para responder a la reclamación, entonces, el responsable del tratamiento debe proceder a “bajar” la información. Aunque

b) Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.

c) Dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.

d) **Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.** (Destacado es nuestro).

²⁶⁹ Artículo 18. Tutela de los derechos.

1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.

2. El interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.

3. El plazo máximo en que debe dictarse la resolución expresa de tutela de derechos será de seis meses.

4. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

cabe destacar que debe mantenerla un tiempo almacenada para eventualidades judiciales o administrativas (relativas a posibles responsabilidades suyas). Además está llamado a comunicar la ilegalidad del tratamiento a quienes les haya comunicado la información materia de la reclamación.

c) Es entonces, con el estudio de la aplicación de la normativa española, transposición de la comunitaria sobre protección de datos, que la AEPD comienza a refutar la defensa de Google. Primero se analiza la legitimidad de no considerar a Google Spain como el representante del responsable del tratamiento de datos por parte del buscador y la consecuente no aplicación, para el caso, de la normativa española o europea. Contra esto se dispone lo siguiente:

Que la norma base para refutar esta postura está en el artículo 3 del Reglamento sobre la Protección de Datos que dispone su competencia territorial y además es transposición de lo normado en la Directiva 95/46/CE²⁷⁰:

²⁷⁰ “Artículo 3:

Estas dos “causales de competencia” son desarrolladas posteriormente en la resolución (y a continuación en el presente trabajo) y son, de hecho, el contenido medular de la posición de la Agencia. Tanto es así que junto con fijar el carácter de transposición que tiene la Directiva en algunos de sus artículos (como el 4), también la identifica como expresión de dos de sus considerandos, los números 18 y 20²⁷¹, que deben entenderse como de un

1.- Se regirá por el presente Reglamento todo tratamiento de datos de carácter personal:

a) Cuando el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento, siempre que dicho establecimiento se encuentre ubicado en territorio español.

Cuando no resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior, pero exista un encargado del tratamiento ubicado en España, serán de aplicación al mismo las normas contenidas en el título VIII del presente Reglamento.

b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española, según las normas de Derecho internacional público.

c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito. En este supuesto, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en territorio español.

2. A los efectos previstos en los apartados anteriores, se entenderá por establecimiento, con independencia de su forma jurídica, cualquier instalación estable que permita el ejercicio efectivo y real de una actividad”. Resolución de la AEPD. cit. nota nº 231, pág. 7. (lo subrayado es de la AEPD)

²⁷¹ “(18) Considerando que, para evitar que una persona sea excluida de la protección garantizada por la presente Directiva, es necesario que todo tratamiento de datos personales efectuado en la Comunidad respete la legislación de uno de sus Estados miembros; que, a este respecto, resulta conveniente someter el tratamiento de datos

contenido más general, más sistemático, ideal o guía a modo de principios tanto para la legislación europea propiamente tal como para las de las correspondientes naciones.

Con esto se busca constatar la relación entre la aplicación de la normativa (y de la jurisdicción correspondiente) y el respeto a derechos contemplados en la legislación, la cual se debe entender en su sentido amplio comprendiendo igualmente a la Constitución Española y a los Tratados Internacionales ratificados y consagradores de derechos considerados bajo el título o calidad de “humanos” por su relevancia y trascendencia.

d) Luego la Agencia explica porque el prestador de un servicio de búsqueda por Internet es responsable de tratamiento de datos. Para ello se remite al documento WP 148 de 4 abril de 2008 elaborado por el Grupo de Trabajo “G 29”, que trata sobre los buscadores y analiza detalladamente la cuestión

efectuados por cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento establecido en un Estado miembro a la aplicación de la legislación de tal Estado;

(20) Considerando que el hecho de que el responsable del tratamiento de datos esté establecido en un país tercero no debe obstaculizar la protección de las personas contemplada en la presente Directiva; que en estos casos el tratamiento de datos debe regirse por la legislación del Estado miembro en el que se ubiquen los medios utilizados y deben adoptarse garantías para que se respeten en la práctica los derechos y obligaciones contempladas en la presente Directiva.

(Directiva 95/46/CE, considerandos 18 y 20).

de la ley nacional aplicable.

Según este documento “(u)n proveedor de buscadores que trata datos de los usuarios incluyendo direcciones IP y/ o cookies permanentes que contengan un identificador único se encuentra dentro del ámbito material de la definición de responsable de tratamiento.”²⁷²

Para estos efectos se considera que el tratamiento consiste en acciones, tales como registros personalizados de búsquedas, que se realizan a través de complejos procesos informáticos.

Estos conceptos tienen como finalidad, entre otras, evitar que se esquite la aplicación de la normativa europea pertinente y que se produzcan vacíos que culminen en la falta de respeto al derecho a la privacidad y, en la práctica, en la inutilidad de la legislación creada.

Para ello, el artículo 4 de la Directiva (que es transpuesto en el artículo 3 del Reglamento de Protección de Datos Personales) fija 3 casos en que se aplica la legislación europea sobre protección de datos aún cuando el prestador o

²⁷² Resolución AEPD, cit. nota nº 231, pág. 9.

proveedor de servicios de búsqueda se encuentre fuera del territorio de la Unión Europea. Aquí nos remitiremos a los que son especialmente pertinentes para el caso de Google²⁷³ :

1) Cuando el prestador tenga un establecimiento dentro del territorio de algún estado miembro. Para ello ciertas operaciones propias del tratamiento deben realizarse de las actividades del establecimiento en cuestión. “(L)a existencia de un “establecimiento” implica el ejercicio real y efectivo de actividades a través de gestiones estables”.²⁷⁴. No es importante el nombre o forma jurídica del establecimiento, porque condicionar la aplicación de la ley a este aspecto, ciertamente constituiría un método corriente de sortear el imperio de la ley y la jurisdicción correlativa.

Se requiere que sean realizadas por este establecimiento “operaciones propias” del prestador del servicio de búsqueda. Según el G 29 esto sucede tanto cuando este establecimiento se hace cargo de las relaciones con los usuarios, como si un proveedor de buscadores establece una oficina en un estado miembro para participar en el proceso de venta de anuncios para los

²⁷³ Que corresponden a las letras a) y b) del número 1. del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE

²⁷⁴ Resolución AEPD, cit. nota nº 231, pág. 10.

habitantes de dicho país o cuando el establecimiento cumple las órdenes o requerimientos legales o de autoridades de dicho país relativas al tratamiento de datos de los usuarios.

Como conclusión, si un establecimiento nacional se ve implicado en el tratamiento de datos de los usuarios, se aplica el artículo 4(1) (a) de la Directiva de protección de datos y, por ende, por transposición, la legislación nacional correspondiente.

2) Cuando el buscador recurra a medios situados en el territorio de un Estado miembro. En este caso, el buscador, de acuerdo con el artículo 4 (2) de la Directiva, debe designar un representante en el territorio de dicho Estado miembro concreto.

La idea principal que intenta obtener el Grupo 29 al interpretar esta causa es que si un buscador recurre a un medio automatizado o no, situado dentro del territorio de algún país miembro de la Unión, entonces, la legislación de aquel Estado (que se entiende es una transposición de la Directiva por lo que comprende sus disposiciones y considerandos) le es aplicable. Con la

excepción del caso en que los medios sean utilizados solo con una función de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea, porque entonces, hemos de entender, los usuarios del buscador y eventuales afectados no son habitantes de algún Estado miembro.

Los medios pueden ser, por ejemplo, centros de datos situados en alguno de estos Estados para fines de almacenamiento y tratamiento a distancia de datos personales. Es importante destacar que en el documento de trabajo WP56²⁷⁵ se determina que los computadores u ordenadores del usuario pueden ser considerados medios para estos efectos si están situados dentro del territorio de un Estado miembro. A mayor abundamiento, el Grupo 29 dispone que “las condiciones en que pueden recogerse datos personales del usuario mediante la colocación de cookies en su disco duro son reguladas por el Derecho nacional del Estado miembro donde se sitúa este ordenador Personal”²⁷⁶ y que “...la recogida suplementaria de datos personales del usuario se realiza mediante su ordenador y sin su intervención, cada vez que

²⁷⁵ Documento de trabajo N° 5035/01/ES/Final WP 56, relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE, N° 5035/01/ES/Final WP 56.

Aprobado el 30 de mayo de 2002 por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29.

²⁷⁶ Documento de trabajo “N° 5035/01/ES/Final WP 56”, cit. nota n° 275, pág. 11.

el usuario de Internet visita el sitio web que contiene esta pancarta.”²⁷⁷

Dado el sistema de “rastreo”, por medio de las *web crawlers*, que utilizan los buscadores en la primera etapa de indexación las palabras claves de documentos y archivos ubicados en innumerables servidores (la segunda etapa es la búsqueda propiamente tal realizada por el usuario) es que es posible entender que estos “utilizan” aquellos ordenadores como medio para el desarrollo de su actividad. Además “la utilización de cookies y dispositivos de software similares por parte de un proveedor de servicios online también puede considerarse como recurso a medios en el territorio del Estado miembro”²⁷⁸ lo que conlleva la aplicación de la legislación de aquel Estado.

Termina en este apartado concluyéndose que aplicando lo dispuesto en ambas letras a) y c) del número 1. del artículo 4 de la Directiva (y en la práctica para España, en aplicación de su transposición, en el artículo 3 del Reglamento de Protección de Datos 1720/2007) es que sus disposiciones se aplican al tratamiento de datos personales por parte de los proveedores de

²⁷⁷ Documento de trabajo “Nº 5035/01/ES/Final WP 56”, cit. nota nº 275, pág. 12.

²⁷⁸ Resolución AEPD, cit. nota nº 231, pág. 11.

servicios de búsqueda en la gran mayoría de las oportunidades, inclusive cuando las oficinas centrales de estos, como es el caso de Google Inc., ni siquiera se encuentran situadas dentro del territorio de algún estado miembro de la Comunidad Europea.

e) Posteriormente la resolución no hace más que repetir o profundizar sus argumentos tales como que el buscador Google hace uso, como medios, de los ordenadores de sus usuarios. También avala esto diciendo que es así que puede ofrecer la opción de búsqueda de información sólo presente en sitios web o servidores de determinados países (característica muy popular en aquel buscador, que se plasma en las alternativas de búsqueda: “páginas en español, páginas de España o en la existencia de un dominio www.google.es propiamente tal que dirige por defecto a otros sitios web localizados en España) o que exista un historial online de búsquedas de determinado usuario que permite, inclusive, la proposición de términos determinados o *websites* específicos conseguidos a partir de la construcción previa de un perfil de ese usuario por medio de sus anteriores búsquedas en Google y visitas a diferentes sitios.

f) Luego fundamenta su concepción de que Google Spain si representa a Google Inc., porque el servicio prestado por el buscador **debe** comprender tanto la actividad de buscador gratuito propiamente tal como la actividad de venta de espacio publicitario (*AdWords* y *AdSense*), que es la que sustenta económicamente al buscador y es, en definitiva, el negocio que realiza en España.

Es decir, Google Inc. **presta dos servicios diferentes que completan su negocio**, el primero es el servicio remunerado de publicitar la actividad de empresas en el comercio, mediante la venta del **espacio publicitario**. Para esto solicita la intervención directa de Google Spain que es su representante, su agencia de contacto con los clientes ubicados en España. El segundo servicio es el conocido por todos que es el buscador por Internet gratuito.

Aquí la AEPD, intenta desvirtuar la defensa de Google diciendo que Google Spain no es representante de Google Inc. para los efectos de la actividad de buscador sino solo como promotor local del servicio de publicidad. Para la Agencia **ambos servicios** son consustanciales a la actividad de Google y,

por ello, si Google Spain representa en uno, representa legalmente a Google Inc. en su actividad de buscador por Internet en España y en materia de protección de datos.

g) Después quiere demostrar que no es solo la normativa específica de protección de datos la que rige a los buscadores, sino también otras, tal como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Esta establece básicamente, para estos efectos, que si un servicio de la sociedad de la información, como un buscador por Internet, atenta o pueda atentar contra principios enumerados en ese cuerpo normativo, para este caso el respeto a la dignidad de la persona que está estrechamente relacionado con el derecho a la vida privada y a la protección de datos personales, los órganos especialmente creados para su protección deben aplicarle los procedimientos y sanciones correspondientes. En conclusión, Google en caso de lesionar la dignidad de alguna persona también sería responsable como buscador en virtud de lo dispuesto en la Ley 34/2002. Se consagra su responsabilidad secundaria o indirecta.

Tras esto se dedica a exponer sentencias madrileñas (de carácter local) que, aparentemente, respaldan esta posición, pero que a nuestro parecer son solo un complemento a las posturas principales y que son importantes en cuanto desvirtúan la defensa de Google.

La AEPD demuestra, a través de ejemplos, como es que en oportunidades en que a Google Inc. se le ha solicitado nombrar un representante legal en España para efectos de normativas sobre protección de datos, como en el proceso de inscripción en el Registro de Protección de Datos 2, cuando se le solicitó a Google consignar los datos de la oficina designada por el responsable para atender las solicitudes de acceso, rectificación, cancelación y oposición y oposición de los afectados, esta determinó a Google Spain S.L.

Finalmente, se dice que aún cuando Google no es el principal responsable del tratamiento de datos personales realizado por otras páginas a que el buscador dirige, no se puede desmentir que esta información es indexada por Google.

h) Exención de culpabilidad. Según la Directiva 95/46/CE en su considerando 45, aún en el caso de que se *pudiese* “efectuar lícitamente un tratamiento de datos por razones de interés público o del ejercicio de la autoridad pública, o en interés legítimo de una persona física, cualquier persona deberá, sin embargo tener derecho a oponerse a que los datos que le conciernan sean objeto de un tratamiento, en virtud de motivos fundados y legítimos relativos a su situación concreta; que los Estados miembros tienen, no obstante, la posibilidad de establecer disposiciones nacionales contrarias.”²⁷⁹

Por lo que se concluye:

“La Ley no dispone que los datos personales del reclamante figuren en los índices que utiliza Google para facilitar al usuario el acceso a determinadas páginas, ni tampoco dispone que figuren en las páginas que Google conserva temporalmente en memoria “caché”. No existe, por tanto, una disposición legal en contrario respecto del ejercicio del derecho de oposición frente a Google.”²⁸⁰

Finalmente resuelve:

“Por ello desde Google deberían haberse implementado las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso posterior a los mismos. De acuerdo con lo anterior, procedía la exclusión de los datos personales de la

²⁷⁹ Directiva 95/46/CE, considerando 45.

²⁸⁰ Resolución AEPD, cit. nota n° 231, pág. 26.

reclamante de los índices elaborados por Google, por lo que **se estima** el presente procedimiento de tutela de derechos en relación con el enlace web que sigue apareciendo en los motores de búsqueda.”²⁸¹

En estas resoluciones “estandarizadas” se termina estimando la reclamación formulada por el afectado contra GOOGLE SPAIN, S.L. y se insta a aquella entidad para que tome las medidas suficientes que eviten la indexación de los datos y no aparezcan en su búsqueda respecto del enlace cuestionado en cada reclamación.

Se aclara que con la resolución se pone fin a la vía, pero que según “el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.”²⁸². En cambio, el responsable del fichero de titularidad pública solo puede recurrir

²⁸¹ Resolución AEPD, cit. nota n° 231, pág. 26.

²⁸² Resolución AEPD, cit. nota n° 231, pág.31.

ante la Audiencia Nacional.

1.2 Nota Informativa de 20 de junio de 2013

A través de ella la Agencia informa de la apertura de un procedimiento sancionador a Google, justamente en relación a su política de privacidad.

El ente español considera que el procedimiento “tiene por objeto esclarecer, entre otros aspectos, si la combinación de datos procedentes de diversos servicios cumple las garantías de información a los usuarios, si las finalidades y la proporcionalidad para las que se utiliza la información legitima el tratamiento de los datos y si los periodos de conservación y las opciones para que los usuarios ejerzan sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición cumplen con la LOPD.”²⁸³ Es decir, la gran cantidad de resoluciones tendientes a solicitar a Google la cancelación de datos personales de sus usuarios, la ha llevado representarse, al menos la sospecha, de que el tratamiento ilegítimo de datos por parte de la compañía puede ser parte más de una estrategia comercial que de simples accidentes o imprudencias aisladas. Si bien el procedimiento oficialmente se abrió por solo seis infracciones el objetivo de fondo es evidente.

²⁸³ Nota Informativa de la AEPD de 20 de junio de 2013.

Los indicios que llevaron a la AEPD a esto fueron: que Google al no informar de forma clara el uso que tiene destinado para los datos que recoge de los usuarios, no les da la posibilidad de reflexionar acerca de si están de acuerdo o no con él, ni tampoco de las eventuales consecuencias que hagan que ello sea vejatorio para sus correspondientes privacidades.

También le preocupa que la combinación indiscriminada de información entre sus servicios lleve a un tratamiento ilegítimo.

Igualmente, sospecha que Google podría estar haciendo un tratamiento desproporcionado de los datos de sus usuarios. Hemos dicho con anterioridad que “su política de privacidad advierte de que podrá utilizar los datos recabados de forma ilimitada en todos sus servicios, presentes y futuros.”²⁸⁴. Pero las consecuencias de esto podrían ser desastrosas.

Lo mismo sucede cuando se inquieta al considerar que Google podría estar conservando los datos de sus usuarios por tiempo indeterminado o

²⁸⁴ Nota Informativa de la AEPD de 20 de junio de 2013.

injustificado. Si no son cancelados cuando ya no son útiles para el fin para el que fueron proporcionados y conservados, entonces su existencia carece de causa legítima.

Por último, la AEPD critica que los comportamientos de la firma norteamericana no permiten que sus usuarios ejerzan adecuadamente los derechos que tanto las normativas europeas como sus transposiciones españolas consagran. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición no son adecuados y no están disponibles para la totalidad de sus usuarios. Aquí puede identificarse claramente como una expresión de esto, la dificultad para demandar a Google que tienen sus usuarios, tal como hemos descrito al referirnos a los problemas de jurisdicción que conllevan sus políticas al respecto.

En este mismo ámbito cabe destacar que inmediatamente se imputa de los cargos tanto a Google Inc. como a Google Spain, demostrando que se anticipa a las estrategias clásicas de defensa de la compañía en este tipo de causas sobre privacidad. Se imputa a la compañía: “por la falta de proporcionalidad en el tratamiento de datos y la ausencia de finalidades

determinadas, específicas y legítimas para dichos tratamientos; por el desvío de la finalidad en el uso de los datos; por los plazos excesivos o indeterminados en cuanto a la conservación de los datos; por la falta de legitimación en el tratamiento de datos; y por obstaculizar el ejercicio de derechos de los usuarios,”²⁸⁵ todos cargos que, sin lugar a dudas, atentan contra la privacidad, contra el derecho de los usuarios a mantener cierta información personal fuera del conocimiento público. A la vez se le atribuye la falta leve al deber de informar previamente al usuario.

Nota aparte es lo exiguo de los montos de las multas que nunca podrán llegar a más de 300.000 euros por lo que de ser considerado autor de todas las infracciones imputadas sería sancionado con multas de apenas un millón y medio de euros. Esto sería ridículo atendiendo que se constataría la vulneración de derechos fundamentales de las personas y que la empresa se estima que factura solo por conceptos de publicidad más de 50.000 millones de dólares al año, según el periódico *The Wall Street Journal*. Es de esperar que tras la promulgación del nuevo reglamento europeo sobre protección de datos se solucione esto fijando rangos de montos de multas más acordes a

²⁸⁵ Nota Informativa de la AEPD de 20 de junio de 2013.

las ganancias presuntas de Google gracias al tratamiento de los datos de sus usuarios. El proyecto presentado y sus discusiones posteriores tienden a hacer pensar que el nuevo cuerpo que se espera sea promulgado durante la primavera de 2016 y comience a aplicarse en 2018 se encargará de esto.

Cabe destacar, que esto es parte de una acción coordinada entre las autoridades de protección de datos de varios países de la UE (España, Alemania, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido), por lo que se considera un problema ya reconocido por las autoridades y visto con un ámbito de relevancia comunitario. De hecho en Francia, días previos a esta apertura de procedimiento ya se había actuado de manera similar por la institución francesa *ad-hoc*.

Finalmente, la Agencia relata el comportamiento de Google al respecto comunicando la modificación de su política de privacidad y las condiciones de uso (*Terms of Service*) de gran parte de sus servicios en marzo de 2012. Continúa diciendo que ante esto y los inconvenientes que produjo, durante octubre de ese año, las Autoridades competentes de los 27 Estados de la Unión Europea, ya entonces apreciaron incumplimientos de la normativa

europea de protección de datos. Lo realizaron a través del envío de un documento con indicaciones y recomendaciones que buscaban señalarle a Google cómo cumplir la legislación europea. Le establecieron un plazo para cumplirlo, pero como no es de extrañar, la gigante tecnológica no respondió debidamente lo solicitado, “lo que llevó a las Autoridades Europeas de Protección de Datos (GT29) a acordar que las autoridades nacionales adoptarían medidas concretas en función de su legislación y de acuerdo con sus poderes y competencias”²⁸⁶. Los indicios que han llevado a abrir este procedimiento sancionador (aún inconcluso al momento de realizar este trabajo) fueron frutos de las investigaciones realizadas en el marco del cumplimiento de las referidas medidas.

1.3 Auto de la Audiencia Nacional Española

El problema que produce el explicado establecimiento unilateral de la jurisdicción, es decir, el nombramiento, por parte de Google, de los tribunales u órganos similares encargados de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado acerca de problemas y conflictos acaecidos en el marco

²⁸⁶Nota Informativa de la AEPD de 20 de junio de 2013.

de la prestaciones de sus servicios es, como lo hemos señalado, que constituye una amenaza y limitación al ejercicio del derecho a la jurisdicción, debidamente consagrado en las más importantes convenciones internacionales declaratorias de derechos humanos y fundamentales.

Lo anterior en cuanto genera un enorme riesgo de que el usuario, a quien el actuar de Google ha causado daño o perjuicio, caiga en la indefensión al serle extremadamente oneroso, sino prácticamente imposible, hacerse parte en los tribunales de California para demandarla. El hecho de que los usuarios de Google se encuentran a lo largo y ancho de todo el mundo agrava aún más esto.

Ante las graves consecuencias que las cláusulas de jurisdicción que los TOS de Google pueden producir en sus usuarios, específicamente en los ubicados en territorio español, es que la AEPD, ente público con independencia administrativa encargado de “(v)elar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación,

oposición y cancelación de datos.”²⁸⁷, comunicó un hecho extremadamente relevante al respecto.

En la ya referida nota informativa de 2 de marzo de 2012, publicada en su sitio web institucional, se informa acerca del auto enviado por la Audiencia Nacional Española, a través de su Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste se pronuncie sobre la legitimidad de la defensa que ha presentado Google ante la Audiencia. El motivo de la presentación fue la actitud reiterada de la compañía de no responder a las resoluciones de la AEPD, que aprobaban solicitudes de usuarios de Google que ordenaban a que la empresa “bajare” de la red y, especialmente, de sus bases de datos, informaciones confidenciales y personales. Estos datos habían sido entregados en el marco de prestaciones de servicios de terceras instituciones o empresas y que aún no habían sido retiradas, a pesar de haber cerrado sus cuentas con dicha empresa o haber seguido los procedimientos pertinentes para que se eliminase aquella información (por ser esta imprecisa, estar

²⁸⁷ “Estructura y funciones de AEPD”, accedido el 29 de julio de 2012, http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/conozca/estructura_funciones/index-ides-idphp.php, Agencia Española de Protección de Datos.

desactualizada o ser sencillamente falsa). Explicaremos el objeto y el por qué de esta “consulta” a continuación, por ser estas inquietudes y esta resolución los antecedentes medulares de este trabajo y que por lo demás constituyeron su origen.

Según se explica en la nota informativa, en el último tiempo se presentaron un importante número de solicitudes a la AEPD, por parte de ciudadanos españoles que buscaban que Google hiciera salir de circulación o bajase de la red datos personales que en su momento voluntariamente le entregaron a la compañía estadounidense, como parte de la prestación de servicios o a otras entidades, pero que posteriormente al “Googlear” sus nombres se les remitía a “links” que llevaban a informaciones en ese momento desactualizadas, imprecisas o de plano falsas que les causaban cierto perjuicio a los involucrados.

La agencia aprobó la gran mayoría de dichas solicitudes, ante lo cual Google presentó recursos ante la Audiencia Nacional alegando que dicha agencia, y que el poder judicial español en general, carecían de la jurisdicción para conocer estos casos porque las partes habían acordado, en

los TOS, que la jurisdicción sobre conflictos que nacieran de las relaciones que la prestación de servicios implicare, recaería en los tribunales del condado de Santa Clara, California. Pero tal como declara la agencia en la nota, lo que esta defiende es que los buscadores de Internet, y ha de entenderse comprendidos también el resto de los prestadores de servicios, **“están sometidos a la legislación europea y española de protección de datos, y que los ciudadanos pueden invocar y hacer valer sus derechos en España.”**²⁸⁸

Más adelante en la nota, se establece la finalidad de este auto, que no es otro que evitar que se lleven a la práctica los fundamentos alegados por la gigante norteamericana. Esto se expresa al postular que, “de prosperar las tesis defendidas por Google deberían acudir a los tribunales de EE.UU para poder ver reconocidos sus derechos con las cargas y perjuicios que esto supondría y **el riesgo de indefensión que podría comportar para los ciudadanos.**”²⁸⁹ Aquí se hace evidente la preocupación que hemos estado aseverando. Más allá de la legítima libertad contractual que tienen las

²⁸⁸ Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN”, cit. nota nº 256, pág. 1.

²⁸⁹ Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN”, cit. nota nº 256, pág. 1.

partes, desde que reconocemos que no todas las personas son iguales (una de las máximas de la igualdad y justicia) no es legítimo que se permita establecer reglas de jurisdicción en las TOS, por ser estas reglas de autoría unilateral de Google. De esta forma se termina transgrediendo un derecho de mayor preponderancia, y de “atisbos de orden público”. De tal clase sería aquel que podríamos denominar el derecho a la defensa de los derechos, del que el establecimiento de la jurisdicción es una manifestación.

El Auto de 27 de febrero 2012 debe ser contextualizado, lo que pasaremos a hacer a continuación:

El día 23 de noviembre de 2009, Mario Costeja González, ciudadano español, ejerció su derecho a oposición contra “La Vanguardia Ediciones S.L” propietario del periódico “La Vanguardia”. Costeja aseguraba que al ingresar su nombre en el buscador de “Google” aparecía la referencia a una página del periódico “La Vanguardia” con enlaces a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social. El perjudicado afirmaba que el embargo, al que se vio sometido en su día, estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y, por lo tanto, carecía de relevancia en la actualidad. Al día siguiente “La

Vanguardia” contestó a la solicitud alegando que no se podía cancelar la publicación de estos datos porque había sido encomendada por orden del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, es decir, tenía como origen una resolución de un ente público.

Debido a esto el señor Costeja González procedió a ejercitar su derecho de oposición o cancelación en contra de Google Spain S.L. el día 8 de febrero de 2010, acusando que al escribir su nombre y apellido en el buscador se obtenía entre los resultados los links del diario La Vanguardia.

A esto, la compañía respondió que remitiría la solicitud a la empresa Google Inc. cuyo domicilio social está en California (EEUU), porque aquella era la empresa que presta el servicio de búsqueda en Internet. Además, le comunicó que para ejercer sus derechos de cancelación u oposición sobre sus datos personales debería dirigirse al webmaster de la página web que publicaba esos datos en Internet. En esta respuesta se identifican dos importantes aspectos: primero, se reconoce la relación entre Google Spain y Google Inc. (para estos efectos, agencia y matriz respectivamente) y, en segundo lugar, Google reconoce la responsabilidad

principal del administrador del sitio web en que se tratan los datos, pero no reconoce su responsabilidad subsidiaria.

Luego, el 5 de marzo el señor Costeja acciona a través de la Agencia Española de Protección de Datos a la que solicita, entre otras cosas, al responsable de La Vanguardia que eliminase la publicación en la que parecían sus datos personales o, en su defecto, protegiera su información a través de las herramientas que proporcionan los buscadores con ese objetivo. Cabe destacar que pide que se ordenase lo mismo tanto a Google Spain como a Google Inc., en relación a la aparición de los datos en su buscador.

La Agencia Española de Protección de Datos inició causa de denegación del derecho de cancelación de datos y dio traslado para alegaciones tanto a Google Spain SL como a Google Inc. Con la sola defensa de la primera, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución el 30 de julio de 2010 en la que se acogió la solicitud interpuesta por el señor Costeja González contra Google Spain SL y Google Inc., conminándolas a tomar las medidas necesarias para dar lugar al derecho a cancelación, de forma tal que los datos personales desapareciesen de su índice y de los

resultados de búsqueda en el futuro. Conjuntamente rechazó la reclamación contra La Vanguardia Ediciones SL por considerar que estaba fundada la negativa a la cancelación requerida por el damnificado, porque sus datos personales habían sido tratados por orden legal para proporcionar la mayor publicidad de los remates.

Google Inc. y Google Spain recurrieron por separado (independientemente) contra esta resolución ante la Audiencia Nacional, la que acumuló los recursos por auto de 20 de julio de 2011. Ambas demandas solicitaban la nulidad de la resolución administrativa impugnada. Los dos recurrentes, junto al Estado y al abogado del señor Costeja González, presentaron alegaciones escritas respecto de la iniciativa del tribunal de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta buscaría dilucidar, como se ha dicho, de forma previa al conocimiento de la causa, cuestiones interpretativas de la normativa europea sobre Protección de Datos Personales, a través de la formulación de una serie de preguntas tal como expresa al comienzo de la parte expositiva del auto: “la sección primera de la sala de lo contencioso administrativo de la audiencia nacional del reino de España, acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión

Europea cuestión prejudicial de interpretación, al amparo del art. 267 del TFUE.”²⁹⁰

Básicamente consiste en una serie de interrogantes dirigidas al tribunal europeo destinadas a que se pronuncie acerca de asuntos que serán relevantes, tanto para el caso en sí, como para la futura jurisprudencia europea al respecto y labores legislativas venideras. Se pueden dividir en tres grupos:

- 1- Las que se refieren a la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE y, consecuentemente, a la normativa española de protección de datos;
- 2- Las que tratan sobre la actividad de los buscadores como proveedor de contenidos en relación con la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos; y
- 3- La pregunta que versa acerca del alcance del derecho de cancelación y/oposición en relación con el derecho al olvido.

La Audiencia expresa que la Directiva 95/06/CE, que protege los datos personales de personas naturales, sería incompatible con lo alegado por Google acerca de que los usuarios afectados deben ejercer tanto sus

²⁹⁰ Auto de la Audiencia Nacional, cit. nota n° 242.

derechos, como la tutela de estos, en California y, en ningún caso, en territorio español. Esto demuestra que los derechos comprometidos por la acción de Google no solo tienen protección en tratados sino también en fuentes jurisprudenciales.

Si bien la Audiencia en un primer momento anhela que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie acerca de los planteamientos de Google en España, fundando su resolución en la legislación vigente, también es posible identificar que concibe la posibilidad de que la lógica utilizada para fijar la jurisdicción en Estados Unidos no vaya solamente en contra de normas europeas al respecto (especialmente la Directiva 95/46/CE), sino que también apela al valor superior de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la que tiene el mismo valor de los tratados. Esto es una especie de invitación a que el Tribunal elabore jurisprudencia que restablezca el valor justicia que no consigue la Directiva y proteja a los ciudadanos europeos de la indefensión, permitiéndoles una tutela eficaz del derecho a la personalidad y, específicamente, a la vida privada como manifestación de esta, ambos vulnerados al no protegerse debidamente los datos personales en toda su extensión.

También la Audiencia presenta fundamentos contra la posibilidad de que se acoja la postura correspondiente a que debe demandarse en el lugar en que el prestador de servicios tenga algún medio técnico de cierta importancia para el desarrollo de su actividad, como por ejemplo, una base de datos, por considerar que esto además de ser injusto para los usuarios ubicados en naciones europeas que no cobijen estas instalaciones, le permite a Google cambiar la ubicación de estos medios a lugares en que la legislación sobre protección de datos fuese incipiente o inexistente. La postura de Google de mantener como secreta la localización física de sus bases de datos y otros soportes técnicos por razones estratégicas de negocios (en relación a medidas de seguridad ante sus competidores), también ayuda a dificultar, enormemente, la aplicación de este criterio de radicación de la jurisdicción.

Cabe destacar en este momento que la posibilidad de que Google tenga sucursales o agencias en determinados países,²⁹¹ no es en absoluto una

²⁹¹ Tal argumento acerca de la posibilidad de aplicar la legislación local dependiendo de si la operación o actividad fue desarrollada por una entidad situada en aquel país es recogido en el trabajo de 2011: *The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents* de Giovanni Sartor and Mario Viola de Azevedo Cunha.

solución a la indefensión que puede producirse por el establecimiento unilateral de la jurisdicción, principalmente porque son muy pocos los países que cuentan con dichas agencias y porque en muchas oportunidades se considera dentro de la inscripción al servicio de Google, como una cláusula, que la jurisdicción está igualmente en los tribunales de California o que se está contratando realmente con la matriz siendo esta la que resultará obligada.

El criterio propuesto, en cambio, para asignar la jurisdicción es que a pesar de que Google (u otro buscador) no utilice medios situados en España o en otro país miembro de la Unión Europea o no cuente con establecimientos en estos, si la actividad es realizada por un usuario que resida en uno de estos países y es susceptible de lesionar derechos fundamentales de sus ciudadanos debería entonces situarse la defensa de estos derechos “donde se ubica el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela eficaz del mismo.”²⁹² El auto añade para hacer más notorio lo lógico de su postura, que “sostener que la indexación de datos procedentes de páginas web situadas en España, en relación con una información publicada en España,

²⁹² Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN”, cit. nota n° 256, pág. 2.

en base a una norma legal española, que afecta a datos de un ciudadano español y que fundamentalmente puede tener una repercusión negativa, a juicio del afectado, en su entorno personal y social sito en España (centro de intereses), tenga que defender la tutela de su derecho a la protección de datos en EEUU, por ser el lugar que el gestor del buscador ha elegido para ubicar los medios técnicos, colocaría a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad e impediría o dificultaría enormemente la tutela eficaz de este derecho que podría resultar incompatible con el espíritu y finalidad que inspira la Directiva y, sobre todo, con una tutela eficaz de un derecho fundamental contenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.”²⁹³

1.4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, el 13 de mayo de 2014, y tras recibir las alegaciones de las partes comprometidas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional Española y concediendo la consagración del denominado derecho

²⁹³ Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN”, cit. nota n° 256, pág. 2.

al olvido.

La sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE en el asunto C- 131/12²⁹⁴ es altamente enriquecedora y muy provechosa dado el tenor de su contenido y la atinada expresión de sus fundamentos. A continuación analizaremos la resolución del Tribunal.

El fallo comienza citando las normativas comunitarias relevantes y relatando el conflicto en cuestión suscitado entre el Sr. Costeja, el periódico La Vanguardia y Google. Posteriormente, comienza a resolver las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto. Para efectos de este trabajo las analizaremos una a una: citando cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas, las alternativas de respuesta ofrecidas por la Audiencia Nacional Española a cada cuestión y la decisión final tomada por el TJUE.

I) La primera cuestión prejudicial versa respecto a la aplicación territorial de la Directiva 95/46 y, consiguientemente de la normativa española de

²⁹⁴ Visítase para una lectura del fallo en su totalidad, el sitio web <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/05/13/5ba6db7a62470eb16ac8feb397cf936d.pdf>, consultado el 1 de diciembre de 2014.

protección de datos. Sobre esto se pregunta:

Letra a). ¿Debe interpretarse que existe un establecimiento, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos?²⁹⁵ Se enumeran 3, la creación de una empresa filial para venta de espacios publicitarios, la creación de una empresa filial ubicada en un Estado miembro para ser representante de la matriz y responsable del tratamiento de datos y el traslado de la filial establecida en un Estado miembro a la matriz ubicada fuera del territorio de la Unión Europea de las solicitudes y requerimientos realizados.

El tribunal estima que existe tal establecimiento. Para llegar a esta conclusión utiliza el primer supuesto, resolviendo que Google Spain es un establecimiento de acuerdo a la aplicación de la normativa comunitaria puesto que “(e)n efecto, en tales circunstancias, las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para

²⁹⁵ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 15.

que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades.”²⁹⁶. Es decir, tal como ha estimado tantas veces la AEPD, las actividades de Google Inc. y de Google Spain son parte de un mismo negocio, por lo que una división antojadiza de establecimientos no es aceptable, sobre todo si con ello se desconoce el respeto a las garantías y obligaciones establecidas en la Directiva 95/46.

Luego estima que “(e)n vista de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, letra a), no es preciso contestar a la primera cuestión, letras b) a d).²⁹⁷. Estos puntos proponían como criterio de aplicación territorial de la Directiva 95/46 al uso de medios ubicados dentro del territorio de la Unión Europea (tales como arañas-web, uso de nombres de dominio de un Estado miembro o el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet en instalaciones ubicadas dentro de la Unión Europea).

²⁹⁶ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 18.

²⁹⁷ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 19.

II) La segunda cuestión prejudicial es relativa al ámbito de aplicación material de la Directiva 95/46.

En la letra a). Se pregunta si la actividad de “buscador de internet” debe o no interpretarse como comprendida en el concepto de tratamiento de datos, contenido en el art. 2.b de la [Directiva 95/46]. En la letra b) se consulta si, en caso de considerarse tal actividad como un tratamiento de datos, es posible considerar a la empresa Google Inc., que gestiona al buscador, como responsable del tratamiento de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa.

A estas dos inquietudes el TJUE responde en el apartado 41: “Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), que el artículo 2, letras b) y d), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de

«tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d).²⁹⁸. Lo primero porque independientemente del modo en que se traten los datos, siempre que el objeto del tratamiento sean datos personales de personas naturales se estará ante, valga la redundancia, un tratamiento de datos personales. Lo segundo se concluye al establecer que mientras sea el gestor/administrador de los motores de búsqueda quien determine los fines y los medios de este tratamiento, debe entonces, considerársele responsable de estos, aún cuando esta determinación se lleve a cabo conjuntamente con los editores del sitio web indexado.

En cuanto a las letras c) y d), relativas al alcance de la responsabilidad del gestor/administrador de un motor de búsqueda en virtud de la Directiva 95/46, se considera que el gestor/administrador del buscador es responsable, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, de que el tratamiento de datos personales que realice cumpla

²⁹⁸ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 15

los requisitos de la Directiva 95/46, para que de esta forma las garantías que allí se establecen tengan pleno efecto. Así se afirma en el apartado 88 al resolver que “el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, los vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.”²⁹⁹

A esta conclusión se llega al tomar en cuenta criterios tales como el mayor impacto social que puede tener el buscador por sobre el sitio web original que publica la información, radicado en la mayor masividad de este como punto de partida de casi todos los internautas. De esta forma se “independiza” la responsabilidad del editor del sitio web con la del gestor/administrador del buscador. De no ser así y estar obligado el afectado a dirigirse primero al editor y solo tras su respuesta al buscador por internet, no se estarían tutelando de forma efectiva los derechos comprometidos

²⁹⁹ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 23.

III) Tercera cuestión prejudicial concerniente al alcance de los derechos del interesado garantizados por la Directiva 95/46.

A través de esta cuestión prejudicial se pregunta acerca del derecho al olvido. Específicamente su consulta si puede el “interesado exigir al gestor de un motor de búsqueda eliminar de la lista de resultados, obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, debido a que estos datos e información pueden perjudicarle o que desee que estos datos e información se «olviden» tras un determinado lapso de tiempo.”³⁰⁰

El tribunal estima que el interesado si puede solicitar la oposición o cancelación de los datos que sean resultado de tal búsqueda descrita.

Puede hacerlo aún en el caso de que el tratamiento original tenga un sustento de carácter legal cuando estos datos personales ya no sean útiles para los fines para los que se recogieron o trataron, siempre que tal

³⁰⁰ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 23.

tratamiento sea dañino para la vida privada del afectado. Es decir, las razones que llevaron a realizar el tratamiento de datos, pueden ya no tener efecto pasada cierta cantidad de tiempo y ya solo conferirle perjuicios al interesado, o ser impertinente, excesivo o inadecuado en relación a tales razones. Es en ese momento cuando el derecho a la vida privada del titular de la información prevalece “no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.”³⁰¹

En conclusión, el derecho a la vida privada prevalece por sobre el interés económico del buscador y por sobre el del público de obtener dicha información. Distinguiéndose el caso excepcional en que por motivos de “relevancia pública o social” del interesado, se requiere que dicha

³⁰¹ STJUE C-131/12, cit. nota n° 294, pág. 25.

información permanezca un periodo de tiempo mayor a disposición del público.

La sentencia de TJUE, acogió casi la totalidad de las ideas defendidas por el AEPD en los últimos años, fundándose en ideas que ya, previamente, la agencia había construido y defendido. Desde ese punto de vista, la sentencia no viene más que a reafirmar la protección de los derechos consagrados en la Carta y en la Directiva. Los motores de búsqueda o buscadores por internet no pueden alegar tan altos niveles de irresponsabilidad en el tratamiento de datos personales que realicen en el marco de sus actividades. Por más que no sea un tratamiento directo, sus efectos son tanto o más relevantes para el proceso de difusión de tal información que los del tratamiento llevado a cabo por los propios sitios webs y, por ende, debe ser normado y sujeto a acciones de responsabilidad y desindexación. Estos derechos deben cautelarse aún cuando el tratamiento haya tenido orígenes lícitos, siempre que sus efectos ya no sean los esperados, con la sola excepción ya descrita de la persona con interés, preponderancia o relevancia social.

Tema aparte y que excede el ámbito de nuestro trabajo son las repercusiones que traerá a Google y al resto de los buscadores esta resolución, las responsabilidades que les atribuyen, las normas que se les fijan y el respeto al derecho al olvido que se le ordena.

El comité de expertos del Grupo del 29 tiene encomendado establecer los criterios prácticos que deberá utilizar Google para esta titánica tarea. A mayor abundamiento desde mayo a septiembre de 2014 Google recibió más de 120.000³⁰² peticiones de retiro de enlaces (ejercicio del derecho al olvido). Cabe destacar igualmente, que si bien el hecho de que se ordene la desindexación de los datos es de una importancia enorme, no significa que los datos sean totalmente eliminados de la web, por lo que toman relevancia compañías privadas que se dedican a eso, tales como www.borrarme.es y www.eliminalia.com, empresas que ofrecen borrar toda la información de carácter personal de sus clientes presente en la web.

³⁰² Sitio web de EuropaPress, <http://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-google-recibe-120000-peticiones-derecho-olvido-20140910114247.html>, consultado el 15 de noviembre de 2014.

Capítulo 6.

1. Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Reglamento general de protección de datos).

Pero la AEPD no se limita a destacar el auto enviado por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino que termina su nota informativa haciendo alusión a la propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos que fue presentada a comienzos de este año. Con ella se planea regular la aplicación de las normas de protección de datos. La motivación de este reglamento es que la rápida evolución de las tecnologías de la información, en opinión de los proponentes, ha dejado desfasada a la normativa europea por lo que es necesaria su actualización para que sea efectiva.

Se optó por un reglamento cuyo contenido lograra alcanzar de mejor forma la protección a los derechos comprometidos, especialmente al derecho a la protección de datos de carácter personal, consagrado en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Esto debido a que se requiere el

mismo nivel de protección de datos en toda la Unión. De no tomarse las medidas de este tipo se estaría corriendo un enorme riesgo de que se suscitara la coexistencia de niveles de protección de datos personales de distinto nivel en el caso de no haber normas comunes a la Unión Europea. De tal forma plantea la propuesta de Reglamento, al estipular que “Las iniciativas legislativas de la UE propuestas serán más efectivas que acciones similares adoptadas a nivel de los Estados miembros debido a la naturaleza y magnitud de los problemas, que no se circunscriben al ámbito de uno o varios Estados miembros”.³⁰³

La Comisión creada para su discusión planteó en las primeras etapas del proceso de redacción del reglamento, que, la reforma a la normativa sobre protección de datos tenía, entre otros objetivos estratégicos, otorgar a las personas físicas la posibilidad efectiva de ejercer sus derechos de protección sobre sus datos de carácter personal y la eficiencia de la supervisión y aplicación de tal protección.

Cabe destacar para nuestro tema lo dispuesto en el artículo 3 de la propuesta

³⁰³ Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales, versión en español, 2012, pág. 6.

titulado “Ámbito de aplicación territorial” específicamente su punto 2 que dispone:

“El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

a) La oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión; o b) El control de su conducta.”³⁰⁴

La aplicación de este precepto podría satisfacer las necesidades de protección de los derechos relativos a los datos de carácter personal permitiendo, a la vez, que se respeten los derechos a la jurisdicción (al no ser posible incluir cláusulas unilaterales de determinación de la jurisdicción por parte de los prestadores de servicios en contratos o TOS de adhesión) y a la defensa o tutela de los derechos en cuanto autorizar la aplicación del reglamento a casos en que el afectado en sus datos personales resida en el territorio de algún país miembro de la Unión Europea, sin importar que la contraparte no lo haga. Eso sí, siempre que sus actividades tengan relación con oferta de bienes o servicios al afectado.

Esta solución parece resultar perfecta para el problema de determinar la

³⁰⁴ Propuesta de Reglamento, cit. nota n° 303, pág. 6.

jurisdicción pertinente para los conflictos surgidos entre Google y sus usuarios sean estos relativos al tratamiento de datos personales o a otros ámbitos. En último término permitiría, en la práctica, que el usuario que ha sentido vulnerados sus derechos a la vida privada o al tratamiento de sus datos personales tenga el debido acceso a una defensa efectiva en los tribunales u otros órganos destinados a ello.

El Reglamento contempla otras innovaciones tales como: nuevas exigencias formales de documentación para los que tratan datos ajenos, la consagración del derecho al olvido, la institución del Delegado de Protección de Datos, el principio de rendición de cuentas, cambios a la definición de consentimiento, el derecho a la portabilidad, se endurece el sistema de sanciones, el que comprende a la multa y a la advertencia escrita.

Además empezará a regir en las comunidades *ipso facto*.

Es importante recalcar el tratamiento al derecho al olvido, pues la nueva forma de abordarlo es considerada como una posible solución a los problemas originados, entre otros actores, con los buscadores de Internet.

El Derecho al olvido es abordado en el Artículo 17 de la propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos como un derecho autónomo (en la normativa actual sobre protección de datos de carácter personal, que es tratada en este trabajo, no aparece recogido como así, sino que se alude a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición de manera independiente).

Lo que se conseguiría al practicar este derecho es ejercer un derecho a cancelación que concluya con la supresión efectiva y eficiente de los datos personales tratados incorrectamente por terceros. Esto lograría solucionar problemas con Google (como también los demás buscadores), como los vistos por la AEPD, que existen en torno a los buscadores de Internet en los que la compañía se defiende esgrimiendo que el interesado/afectado debe primero solicitar a los sitios web que contienen su información la eliminen, de forma que los buscadores dejen de indexarla y no aparezca esta persona relacionada con la información proporcionada por este sitio web y que aparezca como resultado de las búsquedas de terceros.

A través del ejercicio de este derecho, se reconoce al ciudadano que cualquier sitio web o red social que almacene sus datos estará obligada a suprimirlos de inmediato (salvo ciertas excepciones expresas) y abstenerse de darles más difusión si el titular de los mismos lo solicita. Este derecho se puede ejercer cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- “a) los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados;
- b) el interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra a), o ha expirado el plazo de conservación autorizado y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos;
- c) El interesado se opone al tratamiento de datos personales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19; el tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos.”³⁰⁵

Una apropiada interpretación de este apartado y del número dos del artículo descrito podría perfectamente ser utilizada ante los tribunales correspondientes para atacar la defensa que normalmente es presentada por Google, la que consta de derivar toda responsabilidad en el tratamiento de datos a los sitios que indexa. Así, otorgaría un sustento normativo (con las implicancias que trae aparejada en cuanto a universalidad de uso y poder de imperio acerca de tribunales de otros países de la Unión) a la postura

³⁰⁵ Propuesta de Reglamento, cit. nota n° 303, Art. 17, apartado 1.

enarbolada por la AEPD en sus resoluciones de los últimos años. No estamos diciendo con esto que los tribunales irrefutablemente fallarán contra la compañía norteamericana, sino que como en el apartado 2 se hace la alusión a enlaces, que es exactamente lo que se obtiene de los resultados de búsqueda a través de Google, parece lógico que se le atribuyan responsabilidades en el caso de que el afectado le haga saber su reclamo y este sea inobservado.

El indicado apartado 2 dispone:

“Cuando el responsable del tratamiento contemplado en el apartado 1 haya hecho públicos los datos personales, adoptará todas las medidas razonables, incluidas medidas técnicas, en lo que respecta a los datos de cuya publicación sea responsable, con miras a informar a los terceros que estén tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de esa publicación.”

El modelo que será sometido a votación fue presentado por la Comisión Europea el 25 de enero de 2012 y se espera que aprobado y esté vigente para mayo de 2014.

Capítulo 7.

1. Chile y la protección de los datos personales, breve análisis de la situación frente a Google.

1.1 Regulación de la protección de datos en Chile.

Las normas que componen el bloque de protección de datos personales en Chile son las siguientes: El artículo 19 n°4 de la Constitución; la ley sobre protección de datos de carácter personal;³⁰⁶ y el reglamento del registro de bancos de datos personales a cargo de organismos públicos.³⁰⁷

En relación a la ley 19.628, Pedro Anguita ha distinguido dos ámbitos de aplicación, por una parte uno material y por otra uno territorial.

Ámbito Material

a) En primer lugar se ha establecido en la ley 19.628 en su artículo 1° que

³⁰⁶ Ley 19.628, 6 de agosto de 1999. Ésta entrega una serie de principios y normas generales respecto a derechos de los titulares de los datos, la utilización de los datos, normas sobre responsabilidad, y algunas normas específicas para ciertos datos.

³⁰⁷ Decreto 779, 11 de noviembre de 2000. El cual establece diversas normas en virtud del mandato entregado por la ley 19.628.

serán, en un modo amplio, los organismos públicos los responsables del tratamiento de datos de carácter personal asentados en registros o bancos de datos. Entre aquellos organismos se puede encontrar a los órganos del Estado regulados en la Constitución (Poder Ejecutivo: Secretarías de Estado, Ministerios; Servicios; Intendencias Regionales; Municipalidades; Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública; Empresas públicas creadas por ley), todos los órganos y servicios públicos creados por la función administrativa (Congreso Nacional; Poder Judicial; Tribunal Constitucional; Órganos Autónomos).³⁰⁸

b) En segundo lugar el artículo 1° de la ley 19.628 señala que además de los organismos públicos, serán responsables del tratamiento de datos personales asentados en registros o bancos de datos particulares, los particulares que realicen el tratamiento, ya sean personas naturales o jurídicas.³⁰⁹

³⁰⁸ Anguita Ramírez, Pedro, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada: régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado: análisis de la Ley No. 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Protección de Datos de Carácter Personal), modificada por la Ley No. 19.812”, Editorial Jurídica de Chile, pág. 538-539.

³⁰⁹ Artículo 1°.- El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por **organismos públicos o por particulares** se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19 n° 12, de la Constitución Política.

c) Quedaran comprendidos bajo la categoría de titulares de datos según el artículo 2º letra ñ “la personal natural a la que se refieren los datos de carácter personal”, quedan excluidos en consecuencia las personas jurídicas.

d) Se define el tratamiento de datos en el artículo 2º letra o).³¹⁰ De aquel tenor se desprende que quedan comprendidos en él tanto el tratamiento automatizado como el tratamiento manual de datos.

e) Respecto a la finalidad del tratamiento de datos, la ley no exige alguna restricción en dirección a algún fin específico, por ello “abarca a todos los registros o bancos de datos, cualquiera sea su finalidad, salvo norma en contrario”.³¹¹ Sin embargo hay una excepción y ella consiste, según el artículo primero de la norma, en que el tratamiento de datos “se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar”.

³¹⁰ Artículo 2: o) Tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

³¹¹ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n°308, pág. 540.

Ámbito Territorial

Las normas se aplican a todo el territorio nacional debido a las características de estado unitario que posee Chile.

1.2 Evaluación del carácter adecuado o no del tratamiento de datos personales en Chile

Para señalar cuál es el nivel de protección en Chile se ha ofrecido un análisis por Pedro Anguita empleando el procedimiento desarrollado por el grupo del artículo 29 de la Directiva 95/46 en relación a la legislación Argentina. En este sentido se analizan los principios antes descritos de la Directiva 95/46.

a) Principio de limitación de objetivos. Se señala que el Grupo “entiende que los datos deben tratarse con un objetivo específico y posteriormente utilizarse o transferirse únicamente en cuanto ello no sea incompatible con el objeto de transferencia...”.³¹² Anguita critica la normativa ligada a este principio pues la forma en que se encuentra redactado, en particular la

³¹²Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 541.

excepción al principio,³¹³ lo debilita de sobremanera debido a que, por una parte según él no hay motivo para el establecimiento de aquella excepción y, por otra parte la definición imprecisa de lo que se entiende por fuentes accesibles al público³¹⁴ permite que quede “fuera del ámbito del principio un amplísimo y significativo campo de datos personales”.³¹⁵ Anguita concluye que la norma es incompatible con el principio en cuestión porque carece de una cláusula de protección general de las personas a sus datos personales y además debido a que la excepción consagrada debilita mucho al principio.³¹⁶

b) Principio de proporcionalidad y de calidad de los datos. Este principio exige como que los datos sean exactos y que en algunos casos se encuentren actualizados, además que sean pertinentes, adecuados y no excedan el objetivo para el que se transfieran o para el que se tratan posteriormente. La

³¹³ Artículo 9º “Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”.

³¹⁴ Artículo 2 i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.

³¹⁵ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota nº 308, pág. 542.

³¹⁶ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota nº 308, pág. 542.

ley 19.628 contempla este principio en el artículo 9° inciso 2°.³¹⁷ Según Anguita el principio se recoge parcialmente omitiendo que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos; además, se señala que la referencia al término “información” en lugar de “datos personales” genera imprecisión. Por otra parte, si bien se puede generar una interpretación forzada relacionando el artículo en cuestión con el artículo 6° que permita establecer que se cumple con el requisito de que los datos sean adecuados, aquello no es posible respecto de los requisitos de pertinencia y no exceder el objetivo para el que se transfieran.³¹⁸

c) Principio de transparencia, según este principio existe un “deber de informar a los interesados acerca del objetivo del tratamiento y de la identidad del responsable del tratamiento en el tercer país y de todo elemento necesario para garantizar un trato leal...”.³¹⁹

El artículo 4° inciso 2° el que hace alusión al principio.³²⁰ En este caso se

³¹⁷ “En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.”

³¹⁸ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 543.

³¹⁹ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 543.

³²⁰ Artículo 4°.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

critica: en primer lugar se señala que la persona será informada sólo del propósito del almacenamiento de datos, propósito que según Anguita se debe entender como sinónimo de finalidad; en segundo lugar el que se haya establecido la norma ampliamente (“posible comunicación al público”) impide calificarla como de exigencia efectiva y por ello la legislación no exige indicar la identidad del responsable del tratamiento de los datos personales, la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación, los destinatarios, entre otras cosas.³²¹

d) Principio de seguridad, éste exige la

“adopción de medidas de diversa índole conducentes a resguardar la información contenida en los datos [distinguiéndose] tres tipos de medidas: físicas, que recaen sobre la infraestructura en la cual se contiene el banco de datos; lógicas, aquellas que operan sobre los medios técnicos del tratamiento; y jurídicas, que son las suministradas por el ordenamiento jurídico.”³²²

En consecuencia permite exigir al responsable del tratamiento adoptar

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

³²¹ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 544.

³²² Cerda Silva, Alberto. “Intimidad de los trabajadores y Tratamiento de datos personales por los empleadores.” Revista Chilena de Derecho Informático, numero. 2, 2003, pág. 46, <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10645/10921>, fecha de acceso: 12 diciembre 2014.

medidas técnicas y organizativas para evitar los diferentes riesgos que puedan surgir en torno al tratamiento de datos personales. La ley se refiere a este principio dos artículos (7^o³²³ y 11³²⁴). Respecto al primero Anguita objeta la “inaplicabilidad del deber de secreto a los datos obtenidos de fuentes no accesibles al público, lo que carece... de alguna razón que lo justifique”.³²⁵ En cuanto al segundo artículo se advierte que

“no dispone de una norma que formule la misma exigencia durante la recolección de datos y de un modo más general, que carece de una disposición común que exija a los responsables de registros y bases de datos la adopción de medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales...”.³²⁶

e) Derechos del titular de datos personales: de acceso,³²⁷ rectificación,³²⁸

³²³ Artículo 7°.- Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

³²⁴ Artículo 11.- El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.

³²⁵ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 545.

³²⁶ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 545.

³²⁷ “Es el derecho que posee todo titular de datos para exigir del responsable del banco de datos ya sea privado o público, información que le permita saber si se tratan de datos suyos y, de ser así, cerciorarse de su exactitud y de la licitud de su tratamiento”; Jervis Ortiz, Paula. “Derechos del Titular de Datos y Habeas data en la Ley 19.628”, Revista Chilena de Derecho Informático, numero 2, 2003., pág. 22. Disponible en:

cancelación³²⁹ y bloqueo.³³⁰

Como se ha señalado se debe permitir al titular “obtener una copia de todos los datos relativos a él, y derecho a rectificar aquellos datos que resulten inexactos. En determinadas situaciones el interesado también debe poder oponerse al tratamiento de los datos relativos a él.”³³¹ La ley 19.628 se refiere a estos derechos en el artículo 12 incisos 1°, 2°, 3° y 4°³³²; a ellos

<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10644/10906>,
fecha de acceso 12 diciembre 2014

³²⁸ “facultad de todo titular de datos para solicitar la rectificación de aquellos datos que le conciernen, y que sean datos erróneos (falso o equivocado), inexactos (falta de fidelidad), equívocos (produce confusión o interpretaciones diversas) o incompletos (aquel al cual le falta información).” Jervis Ortiz, “Derecho de acceso”, cit. nota n° 327, págs. 23-24.

³²⁹ “facultad de todo titular de datos para exigir la destrucción de los datos almacenados, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello, cuando el almacenamiento de los datos carezca de fundamento legal (por ejemplo, cuando se efectúa un tratamiento de los datos en contravención a lo señalado por la ley o si se deroga la ley que lo autorizaba) o cuando estuvieren caducos (por ejemplo, porque así lo disponga la ley; por el cumplimiento de una condición, o de un plazo, señalada para su vigencia, etc.).” Jervis Ortiz, “Derecho de acceso”, cit. nota n° 327, pág. 24.

³³⁰ “Es el que le corresponde a todo titular de datos para exigir la suspensión temporal de cualquiera de las operaciones del tratamiento de datos; este bloqueo procederá en todos aquellos casos en que la exactitud de los datos no pueda ser establecida o su vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponde la cancelación.” Jervis Ortiz, “Derecho de acceso”, cit. nota n° 327, pág. 24.

³³¹ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 521.

³³² Artículo 12.- Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.

En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen.

Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en

debe agregarse el artículo 13, el cual dispone que los derechos anteriores no pueden ser limitados por medio de ningún acto o convención. Hasta este punto parece cumplirse sin problemas con los derechos, sin embargo la existencia del artículo 15 debilita y altera el ejercicio de los derechos al establecer una serie de excepciones.³³³ El principio se desvirtúa debido a que las excepciones se encuentran redactadas, como ha sucedido en gran parte de la ley, en términos más amplios e indeterminados que los dispuestos en la Directiva 95/46, lo que sucede especialmente en el caso de la última excepción pues obstaculiza el derecho de modificación, cancelación o bloqueo de los datos almacenados por mandato legal (en cuyo caso alcanza a la totalidad de bases de datos públicas).

A lo anterior debe agregarse que el artículo 20 exige para efectuar algún tratamiento de datos por parte de los organismos públicos, sólo que se

caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

³³³ Artículo 15.- No obstante lo dispuesto en este Título, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

realice de acuerdo a las normas de la ley 19.628 y sea respecto de materias de su competencia.³³⁴ Por todo lo anterior es difícil que la ley chilena se adecue respecto a los derechos en cuestión a los requisitos señalados en la Directiva respecto al tratamiento de datos y aquello tanto para el caso de ficheros de titularidad pública como privada. Lo anterior pues se carece de un registro general que contenga la inscripción de bases de datos privadas.³³⁵

2. Breve referencia al proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley n° 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal.

Este proyecto surge producto de diversos factores, entre ellos el ingreso de Chile a la OCDE, las cerca de 70 iniciativas legislativas que se han presentado buscando mejorar el bajo estándar de protección generado por la ley, entre otros.

³³⁴ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 547.

³³⁵ Anguita Ramírez, “La protección de datos personales y el derecho a la vida privada” cit. nota n° 308, pág. 548.

Por ello el proyecto incluye dentro de sus objetivos³³⁶ el poder adecuar la normativa actual a la internacional.

Las principales modificaciones que quiere incorporar el proyecto son las siguientes:

1.- Redefine el objeto de la ley, precisando en el artículo 1^o³³⁷ que corresponde la protección de los datos personales, cualquiera sea el tipo de soporte en que consten, que permita su tratamiento por entidades privadas o públicas, vinculando dicha protección con el legítimo ejercicio del derecho de protección a la vida privada.

2.- Introduce el concepto de consentimiento previo, modificando los

³³⁶ Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley n° 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal. Boletín 8143-03; Objetivos: “a) El contar con una normativa que sea consistente con los compromisos adquiridos por Chile en esta materia...; b) Fortalecer los derechos de los titulares de los datos personales, y generar mecanismos de protección efectiva...; c) Incrementar... los estándares para lograr un nivel adecuado de protección; d) Favorecer el desarrollo del mercado de los servicios globales...”.

³³⁷ “La presente ley tiene por objeto la protección de los datos personales que consten en cualquier tipo de soporte que permita su tratamiento por entidades privadas o públicas, a fin de asegurar a las personas naturales el legítimo ejercicio de su derecho de protección a la vida privada, garantizado en el número 4 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República.”

artículos 2^o³³⁸ y 4^o³³⁹, además agrega una serie de excepciones a la exigencia del consentimiento previo en el art. 4 A³⁴⁰.

3.- Incorporación de principios de la OCDE en materia de protección de datos. Se agrega un nuevo artículo 3^o³⁴¹ que introduce aquellos principios

³³⁸ “Incorpórense los siguientes literales... nuevos; p) Consentimiento del titular, toda manifestación expresa de voluntad efectuada de manera libre, inequívoca e informada, mediante la cual el titular acepta el tratamiento de datos personales que le concierne.”

³³⁹ “Será lícito el tratamiento de un dato personal cuando el titular hubiere prestado expresamente su consentimiento previo para ello, el que deberá constar por cualquier medio físico o tecnológico que dé cuenta fidedigna de su otorgamiento al responsable de un registro o base de datos, o encargado del tratamiento de los mismos debidamente individualizado...”.

³⁴⁰ “Excepciones al consentimiento previo. No será necesario el consentimiento previo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, en los siguientes casos:

a) Si la recolección de datos personales se realiza desde fuentes accesibles al público; b) Si el tratamiento de datos personales se realiza por un organismo público a propósito de una investigación criminal o en el ejercicio de sus funciones y atribuciones autorizadas expresamente por ley;... y h) En los demás casos que expresamente señale la ley...”.

³⁴¹ Artículo 3^o.- Principios. El tratamiento de los datos personales deberá ajustarse a los principios que a continuación se indican:

a) Principio de proporcionalidad, en virtud del cual los datos de carácter personal sólo se podrán recolectar y someter a tratamiento, cuando **sean adecuados, pertinentes y no excesivos** en relación con el ámbito... para las que se hayan obtenido; b) Principio de calidad de los datos, en virtud del cual los datos personales deberán ser **exactos, completos y actuales**, en relación con el propósito para el cual serán utilizados; c) Principio de especificación del propósito o finalidad, en virtud del cual el propósito de la recolección de datos personales se deberá especificar, en los casos en que se requiera el consentimiento...; d) Principio de limitación de uso, en virtud del cual el tratamiento de los datos personales se verá limitado al cumplimiento de los propósitos de su recolección...; e) Principio de seguridad de los datos, en virtud del cual los responsables del tratamiento de datos personales emplearán las medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presenta el tratamiento...; f) Principio de acceso y oposición, en virtud del cual el titular o interesado tienen el derecho a obtener información de todos los datos relativos a su persona que consten en un registro o base de datos, y a oponerse a su tratamiento cuando no haya justificación legal para él; g) Principio de transparencia, en virtud del cual debe informarse al titular... acerca del objetivo del tratamiento y la identidad del responsable del registro o base de datos; h)

con el fin de generar desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y de servir como cánones interpretativos frente a los diversos conflictos que surjan.

4.- La regulación del flujo transfronterizo de datos. Se introduce un nuevo artículo 5° A³⁴² que exige para realizar una transferencia transfronteriza de datos, que las partes que involucradas deban regular contractualmente garantías y obligaciones para quien sea el responsable del registro o base de datos, o para quien sea el encargado del tratamiento de los datos; todo lo anterior con el fin de garantizar el cumplimiento de la ley.

5.- Deber de informar registros o bases de datos. Se incorpora un nuevo artículo 4° B³⁴³ que genera obligaciones para quien sea responsable de un

Principio de información, en virtud del cual el titular tiene derecho a que se le comunique en cada recolección de datos personales, de manera expresa... la información que los responsables del registro o base de datos deben suministrarle...”.

³⁴² “El responsable de un registro o base de datos sólo podrá realizar transferencias de datos personales a entidades no sujetas al ordenamiento jurídico chileno si las partes de la transferencia establecen contractualmente garantías y obligaciones aplicables al receptor de los datos, sea en calidad de responsable del registro o base de datos o de encargado del tratamiento de datos, para hacerle exigible el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley...”.

³⁴³ “Al momento de la recolección de datos personales que requiera consentimiento, el responsable del registro o base de datos deberá informar de modo expreso, preciso, claro e inequívoco al titular de los datos personales a través... cualquier otra tecnología, las siguientes circunstancias:

a) De la existencia de un registro o base de datos personales; b) El carácter obligatorio o facultativo de la entrega de datos personales...; c) De los derechos de acceso, rectificación, cancelación, y oposición que le asisten...; d) El derecho a revocar su autorización para el tratamiento de los datos que le conciernen...; e) La circunstancia de que los datos proporcionados vayan a formar parte de un registro o base de datos de acceso público o que serán transmitidos, cedidos o transferidos a terceros...”.

registro o base de datos, consistente en mantener a disposición permanente del público, en su sitio Web o en un lugar visible al público de su establecimiento si no tiene sitio web, un vínculo donde sea posible conocer las bases de datos que administra y un correo electrónico al cual se notificarán las oposiciones y reclamos de los titulares de datos personales.

6.- Establecimiento de procedimientos de reclamo más expeditos y equilibrados. Se agregan dos artículos adicionales³⁴⁴ al actual artículo 16 con el objeto de generar instancias que permitan resolver los conflictos que se generen con los responsables y encargados del tratamiento de datos personales, diferenciándolos según tenga éste último carácter un organismo público o un organismo privado.

³⁴⁴ “Artículo **16 A.- Procedimiento de reclamo en contra de un organismo público.** En caso que el requerido sea un organismo público definido en el inciso primero de la letra k) del artículo 2° de esta ley, el titular podrá reclamar de las infracciones cometidas ante el Consejo para la transparencia, en los términos establecidos en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley N° 20.285 que resolverá el reclamo y, en su caso, podrá determinar la sanción aplicable al organismo y las responsabilidades administrativas de sus funcionarios, de acuerdo a la facultad dispuesta en la letra m) del artículo 33 de la Ley 20.285...

Artículo **16 B.- Procedimiento de reclamo en contra de una entidad privada.** Si el infractor es una entidad privada, el afectado podrá reclamar directamente al juez de letras en lo civil de su domicilio o del domicilio del presunto infractor a fin de que se restablezca el derecho vulnerado, se aplique la multa correspondiente y se le indemnicen los perjuicios sufridos, en su caso...”.

3. Críticas

Si bien la ley 19.628 ha tratado de “transposicionar” la legislación europea relativa a la protección de datos, se ha quedado simplemente en eso y lo ha hecho de forma deficiente.

En realidad, lo pobre de la capacidad legislativa del legislador chileno hace presuponer lo que tras análisis es evidente: la legislación nacional no está en modo alguna preparada para sortear los subterfugios legales que Google utiliza ante la AEPD, y similares, para exculpar su responsabilidad tanto respecto a lo oscuro del contenido de sus políticas de privacidad, como para evadir el conocimiento de las causas por tribunales connacionales de los usuarios y sus respectivas legislaciones.

El diagnóstico es claro, se requiere de lo que ya carece la normativa europea, es decir, finalidades explícitas del tratamiento de datos, sanciones ejemplificadoras que se traduzcan en multas con montos realmente nocivos para quienes cometan faltas, acceso eficaz y eficiente a los derechos de oposición, cancelación, etc. Además sería de gran utilidad la creación de un ente estatal equivalente a la AEPD, que posea las capacidades humanas y

técnicas que garanticen el respeto a la vida privada y persigan fieramente a los infractores.

Ejemplo de esto es la regulación acerca del ámbito territorial y sobre todo la regulación del tráfico transfronterizo de datos. La ley debiese fijar expresamente la ubicación geográfica de quien se refiere: titular del tratamiento, de la base de datos, del usuario, de la relación Google-usuario, etc. La ubicación de bases de datos en otros países y de la misma empresa otorgaría, como ya hemos visto en el caso español, importantes armas para que la empresa norteamericana logre eximirse de responsabilidad. Eso junto a las cláusulas de jurisdicción de sus TOS conspiraría enormemente contra el respeto a la privacidad.

Lo mismo sucede con la fijación de objetivos del tratamiento de datos. La Política de Privacidad de Google destaca por su ambigüedad y poca claridad. Según sus defensores, estos términos de servicio son suficientes para alcanzar el consentimiento del usuario, según sus detractores no dan a conocer de forma clara y autosuficiente las finalidades del tratamiento ni las gravísimas y perniciosas consecuencias contra su derecho a la vida privada.

Consentimiento desinformado no es consentimiento válido. Si ya las finalidades del tratamiento de datos de Google son inciertas, una legislación que *per se* no es exigente podría converger en la total indefensión del derecho.

En cuanto al proyecto de ley que modifica a la actual ley, si bien es positivo que el proyecto de ley defina claramente su objetivo, exija el consentimiento previo de los titulares, e incorpore los principios estándar OCDE en materia de tratamiento de datos personales, son más los puntos negativos a comentar, entre ellos consideramos:

El no contemplar un resguardo jurídico a priori respecto de la protección de datos personales, como por ejemplo el haberle otorgado el carácter de ser un derecho fundamental e irrenunciable. Ello con miras a permitir el avance hacia la faceta positiva del derecho a la vida privada, acercándolo a una autodeterminación informativa de las personas tanto en la ley como permitiendo posteriormente un eventual desarrollo jurisprudencial al respecto.

La consecución de una deficitaria definición de fuentes de datos accesibles al público. El proyecto de ley si bien incorpora una definición más amplia

de las fuentes, agrega un requisito que genera inconvenientes pues puede dejar fuera del mismo a otras fuentes que perfectamente pueden caber en él. Nos referimos al carácter gratuito que debe tener el acceso a la fuente. Una correcta definición debería omitir aquello ya que pueden existir fuentes accesibles públicas que exijan un pago, cualquiera sea su monto.

Otro punto a cuestionar es la ineficaz regulación del flujo transfronterizo de datos. El legislador parece querer obviar a propósito este punto al desligarse de regular y entregar aquella tarea a los particulares. El legislador debe entender y comprometerse en este sentido, buscando generar las condiciones que permitan obtener ese “nivel adecuado de protección de datos” del que gozan los países a tener en cuenta como ejemplos, tal como es el caso de España.

Además de fallar en la regulación sustancial de la protección de datos personales, el legislador deja a los titulares de aquellos sin mecanismos apropiados tanto para fiscalizar como para exigir el cumplimiento de la normativa. Esto se aprecia con mayor fuerza en el sector privado, ya que en el público la fiscalización se encuentra a cargo del Consejo para la Transparencia; en cambio en el sector privado el titular afectado solo podrá tratar de obtener protección a través de su iniciativa, mediante el habeas

data, lo cual como hemos señalado a lo largo del trabajo genera diversas dificultades a los particulares frente a la espalda financiera que pueden tener los entes que realizan el tratamiento de datos. A ello se suman las nulas facultades otorgadas al SERNAC para otorgar protección efectiva y sanciones severas a quienes infringen la ley.

Conclusión

Al comienzo de este trabajo nos propusimos dilucidar, si es que podían considerarse las cláusulas de los *Terms of Service* de Google³⁴⁵ y su Política de Privacidad como ilegítimas, es decir, contrarias a la idea de justicia más allá de lo dispuesto, hasta el momento, en los ordenamientos jurídicos de derecho positivo y como atentatorias al libre ejercicio del derecho a la intimidad. Anticipamos que la respuesta, finalmente, sería afirmativa y la hipótesis planteada, es decir, la ilegitimidad comprobada. Puesto que estos *Términos eventual y potencialmente* vulneran derechos ampliamente protegidos por la comunidad internacional, a través de cuerpos normativos nacionales y tratados internacionales ratificados por prácticamente todos los países del mundo.

En el trascurso del proceso seguido para comprobar esta hipótesis describimos los derechos comprometidos tales como el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada, por ser estos los derechos esenciales, cuyas vulneraciones directas o indirectas, a través de la

³⁴⁵ La última versión de marzo de 2012 pretende comprender los TOS de prácticamente todos sus servicios más emblemáticos en una sola.

actividades de Google son el corazón del problema abordado.

También se estudió el derecho a la jurisdicción, como herramienta principal de defensa de la intimidad cuando esta ya ha sido atacada. Para esto se destacaron sus consagraciones en las más importantes normativas internacionales. Cabe resaltar que nos circunscribimos a estudiar normas de carácter internacional, europeo y español, tanto porque el problema investigado es de existencia internacional, como porque es el caso español, su enfrentamiento al problema y las correlativas propuestas de solución, las que han sido analizadas en el marco de este trabajo. Explicamos brevemente la naturaleza de los buscadores de internet en general y de Google en particular; también a los *Terms of Service* como concepto y específicamente las versiones más recientes de los TOS de Google, las últimas Políticas de Privacidad de Google, abiertamente resistidas por las autoridades europeas de protección de datos.

Acerca de estas últimas se hizo énfasis en las cláusulas relativas a la materia y finalidad del tratamiento, de lo que se concluyó que indudablemente podía trasgredir el libre ejercicio de derechos inherentes al ser humano, tales

como el derecho a la vida privada y a la jurisdicción o defensa. De forma especial fue considerado el derecho a los datos personales y su monopólica administración por parte de sus propietarios, al menos como regla general.

Cabe resaltar que si bien en un primer momento la elección unilateral de la jurisdicción por parte de Google, a través de una cláusula establecida sin participación del usuario en el proceso más que la simple aceptación pudiere parecer legítima, en definitiva es abusiva en cuanto puede conllevar en el futuro de la relación entre las partes a que el usuario acepte la transgresión de un derecho de enorme trascendencia en el desarrollo pleno de la personalidad. Esto constituiría una inaceptable renuncia previa al derecho a la intimidad y a la jurisdicción. Para un “usuario promedio” de Google, que en su mayoría son inclusive menores de edad y que acceden a servicios primordialmente gratuitos y de libre acceso, comprender cabalmente la trascendencia de la aceptación de las cláusulas es una tarea de enorme dificultad.

Google debe encargarse de informar adecuadamente sobre la extensión de estas políticas y los objetivos reales que tiene tras la obtención de datos de

sus usuarios. Al agregar el establecimiento de la jurisdicción en Estados Unidos se constituye un gran obstáculo a la efectividad de los derechos fundamentales involucrados dado que, a pesar de que los usuarios acceden a estos buscadores desde España y Google, a la vez, ingresa a proveedores de contenidos radicados en España captando y suministrando información en aquel país, se niega a reconocer la jurisdicción de los tribunales españoles y se remite a los tribunales estadounidenses establecidos en los TOS.

Entonces, tras comprobar que las cláusulas de los TOS de Google son una amenaza a derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de Unión Europea, faltaba estudiar algún abordaje práctico o reconocimiento del problema por parte de la jurisprudencia de alguna autoridad nacional, por “el sistema estatal fiscalizador” de algún país.

Se estudiaron las críticas a las maniobras estratégicas con que Google busca la exención o disminución de su responsabilidad realizadas por la Agencia Española de Protección de Datos en concordancia con las inquietudes

planteadas por la Audiencia Nacional Española al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estas inquietudes aluden a la violación de derechos fundamentales que se producirían sobre ciudadanos españoles (y por extensión también de ciudadanos de la Unión Europea) de ser aceptadas y aplicadas las cláusulas de jurisdicción que Google emplaza a respetar. La Audiencia plasmó sus inquietudes en el auto de su Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el dictado el 27 febrero 2012 en el recurso. 725 de 2010, en aquella resolución se planteó, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una cuestión prejudicial, consistente en una serie de interrogantes sobre asuntos de **carácter esencial** acerca del régimen del derecho a la protección de datos personales que determina la Directiva 95/46/CE. Principalmente relativos al ámbito de aplicación territorial, a la consecuente jurisdicción de las autoridades administrativas y judiciales europeas; al concepto de tratamiento adoptado los buscadores y al derecho al olvido como elemento digno de protección; entre otras materias.

Del análisis se desprende que la postura de la Audiencia Nacional Española concuerda tanto con la nuestra, como con la que ha planteado la Agencia Española de Protección de Datos, a través de las resoluciones que ha

dictado en los últimos años, es decir: **anhela desconocer todos los artilugios técnicos e interpretativos de la normativa atingente utilizados por Google para exonerarse de toda responsabilidad sobre el tratamiento de datos personales que efectivamente realiza acerca de usuarios españoles** (como también de la Unión Europea y del mundo entero).

En marzo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció acerca de las cuestiones prejudiciales planteadas, concordando con nuestras opiniones y conclusiones. El tribunal estimó que, sin lugar a dudas, los buscadores de internet, como Google, son responsables de tratamientos de datos personales, sin importar la personalidad jurídica que adopten sus filiales, el lugar en el que hayan establecido previamente la jurisdicción de sus conflictos con sus usuarios o el hecho de que el sitio indexado sea quien realiza el tratamiento original y principal. En el fallo igualmente se estableció que los principios y normas contenidas en la Directiva 95/46 son vinculantes para Google, tal como lo defendemos a lo largo del trabajo.

El derecho al olvido fue reconocido tal como esperábamos. La sentencia

otorgó al interesado el derecho a desvincular su nombre a una lista de resultados obtenida del buscador de Google. Sin ser determinante el hecho de que tal resultado traiga consigo daños o perjuicios al interesado, éste puede solicitar, en virtud de los derechos consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que la información en cuestión no se deje a disposición del público cuando ya no sirve a su objetivo original, siempre que el interesado no desempeñe un papel en la vida pública.

Como respaldo al punto de vista de estos dos órganos se terminó haciendo alusión a un proyecto que busca, entre otras cosas, que los conflictos surgidos por el mal manejo de los datos personales de habitantes de la Unión Europea sean juzgados en la misma Europa y no en los Estados Unidos. Este proyecto es la propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, la que busca reemplazar y actualizar la normativa vigente. Nos parece que de ser rectificado puede llegar a solucionar este conflicto prudentemente.

Se describieron las inquietudes suscitadas recientemente por parte de las

autoridades europeas sobre la materia acerca del alcance real de las políticas de Privacidad de Google y si su aparente simpleza, amabilidad y lógica no buscan esconder de los usuarios las verdaderas intenciones de la compañía. Es decir, si no están orientadas consciente o imprudentemente a derribar las barreras que protegen a la privacidad en pos del beneficio privado de la empresa, sea la expresión que este tenga.

Finalmente, las explicaciones de los conceptos, el detalle de los derechos amenazados, la descripción del contexto en que se suscitan los actos amenazantes y de enfrentamiento por parte de la autoridad a la disyuntiva principal, convergen en la comprobación de nuestra hipótesis. Esta es correcta puesto que tras el estudio presentado se concluye que **sí deben considerarse ilegítimas y lesivas las políticas de privacidad de Google como también las cláusulas de los *Terms of Service* o Condiciones de Uso de Google relativas tanto a la obtención y tratamiento de datos como a la jurisdicción**, debido a que si bien son realizadas al amparo de la libertad contractual o de la autonomía de la voluntad (los cuales son principios de enorme importancia en la realización de la personalidad en la actualidad y del ordenamiento civil y comercial como un todo), terminan

posteriormente conllevando a los usuarios, a lo largo de la relación entre las partes interesadas, a verse expuestos a ver quebrantada su intimidad. Y es trascendental establecer que estas cláusulas no son motivo suficiente (ni ningún otro lo es) para turbar el legítimo libre ejercicio de los derechos que a cada ser humano corresponden por el solo hecho de ser uno, tales como son, sin duda, tanto el derecho a la intimidad como a la jurisdicción.

Si bien las contiendas que conoce a diario la AEPD aun no se vislumbran en Chile, está de más recalcar que es necesario que el legislativo se anteponga a estos y actualice al ordenamiento a la luz del frenético avance de las tecnologías, puesto que su perímetro de acción amenaza seriamente la vida privada de los usuarios chilenos y la constante masificación de internet no hará más que acrecentar el peligro.

Ante todo esto las autoridades deben situarse en defensa de los usuarios e imponer sanciones realmente drásticas contra las faltas a estos derechos y no imponer multas que no representan desincentivo alguno a la vulneración de derechos tan trascendentes en el desarrollo de la persona y su desenvolvimiento en la sociedad.

Creemos necesario que el legislador chileno de una vez por todas debe demostrar una línea legislativa firme y clara en dirección a proteger el derecho a la vida privada de las personas. No es posible que en este caso la regulación quede entregada a particulares o empresas, como Google. Debemos mirar hacia los ordenamientos más avanzados en esta materia para analizar cómo protegen adecuadamente este derecho y, en consecuencia implementar todas las medidas necesarias que nos lleven a ello, pues de acuerdo a las circunstancias actuales el nivel de protección es paupérrimo.

Bibliografía

A. Libros y Artículos:

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. El Derecho a la propia imagen. Editorial. TECNOS, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, JOSÉ MARÍA. La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática. Editorial Arazandi, 1999.
- ANGUITA RAMÍREZ, PEDRO. La protección de datos personales y el derecho a la vida privada: régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado: análisis de la Ley No. 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Protección de Datos de Carácter Personal), modificada por la Ley No. 19.812, Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2007.
- ARENAS RAMIRO, MONICA. El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa. Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.
- ARRIETA CORTÉS, RAÚL. Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático, n ° 6, enero, 2005.
- AZURMENDI ADARRAGA, A. El Derecho a la Propia Imagen: Su Identidad y Aproximación al Derecho a la Información. Editorial CIVITAS, 1997.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE, “Honra, Privacidad e Información: Un crucial conflicto de bienes jurídicos”, Revista de derecho, Coquimbo: Universidad Católica del Norte, 1998.
- CARRILLO, MARC, El derecho a no ser molestado. Editorial Arazandi, S.A., 2003.
- CERDA SILVA, A. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos Revista Chilena de Derecho Informático, Norteamérica, 0 1 03 2011. Consultado de <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10661/11413>.

- CERDA SILVA, ALBERTO. Intimidad de los trabajadores y Tratamiento de datos personales por los empleadores. Revista Chilena de Derecho Informático, numero. 2, 2003, consultado en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10645/10921>.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación, Revista Chilena de Derecho, Volumen 27 número 2, 2000.
- FIGUEROA G, RODOLFO. El Derecho a la Privacidad en la Jurisdicción de Protección. Revista Chilena de derecho. 2013, volumen 40, numero 3.
- GALÁN JUÁREZ, MERCEDES, Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2005.
- HERRÁN ORTIZ, ANA ISABEL, El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personal. Editorial DYKINSON, S.L., 2002.
- HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO, La intimidad como derecho fundamental. Editorial COLEX – DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CASTELLÓN, 1998.
- IEZZI, MARÍA VERÓNICA, El conflicto Jurisdiccional en Internet, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- JERVIS ORTIZ, PAULA. Derechos del Titular de Datos y Habeas data en la Ley 19.628. Revista Chilena de Derecho Informático, numero 2, enero 2003. Disponible en: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10644/10906>.
- KANT, I.: La Metafísica de las Costumbres. Tecnos, Madrid, 1999, tercera edición. Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill.
- KANT, I.: Critica de la razón práctica. Alianza Editorial, Madrid, 2000. Traducción, notas y estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo.

- LÓPEZ SANTA MARIA, JORGE. “Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada”, Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1982.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, RICHARD, Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Editorial Civitas Ediciones, SL., primera edición 2004.
- MATURANA, CRISTIÁN, Introducción al Derecho Procesal, La jurisdicción y la Competencia, Apunte, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Biblioteca Central, 2012.
- MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil de las Fuentes de las Obligaciones Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, “El derecho a la autodeterminación informativa”, Editorial TECNOS, 1991.
- MURILLO DE LA CUEVA, PABLO LUCAS, "La distancia y el olvido. A propósito del derecho a la autodeterminación informativa (Comentario al Auto de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 27 de febrero 2012 en el recurso 725/2012)", Madrid, España, Revista de Jurisprudencia", número 1, el 4 de octubre de 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis [online]. 2005, Vol.11, n.2. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Tópicos Constitucionales sobre la Vida Privada y la Libertad de Información ante la Informática en Chile. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado, Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n° 7, julio-septiembre 2004.

- NOVOA MONREAL, EDUARDO. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, México, 5ª. Ed. 1997.
- PEREZ LUÑO, A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial TÉCNOS, 1995.
- REBOLLO DELGADO, LUCRECIO, El derecho fundamental a la intimidad. Editorial DYKINSON, S.L., 2000.
- REBOLLO DELGADO, LUCRECIO; GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, Biomedicina y Protección de datos. Editorial DYKINSON, S.L., España, 2008.
- REBOLLO DELGADO, LUCRECIO, “Vida Privada y Protección de Datos: Un acercamiento a la regulación europea y española”, Ciudad de México, UNAM, 2010, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/10.pdf>.
- RODRIGUEZ RUIZ, B. El Secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Editorial McGraw-Hill, 1998.
- ROMERO COLOMA, AURELIA, Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información, Ediciones Jurídicas SERLIPOST, 1991.
- RUIZ MIGUEL, CARLOS, La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Editorial TECNOS, S.A, 1995.
- RUIZ MIGUEL, CARLOS. “El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Editorial CIVITAS, S.A., 1994.
- SALVADOR CORDERECH, P. El Mercado de las ideas. Centro de estudios Constitucionales, 1990.
- SAMUEL WARREN, LOUIS BRANDÉIS, El derecho a la intimidad, edición a cargo de Benigno Pendas y pilar Baselga.
- SERRA URIBE, CARLOS ENRIQUE, Derecho a la intimidad y videovigilancia policial. Ediciones del laberinto, primera edición, 2006.

- SMEND, RUDOLF. Constitución y Derecho Constitucional, Editorial CEC, 1985.
- SOLOVE, DANIEL J. “Understanding Privacy”, 2009, Harvard University Press.
- SOLOVE, DANIEL J. A Taxonomy of Privacy, 2009, University of Pennsylvania Law Review. Volumen 154, número 3.
- VIAL SOLAR, TOMÁS. “Hacia una construcción de un concepto constitucional del derecho a la vida privada”, Revista Persona y Sociedad, Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales Ilades, 2000.

B. Páginas web:

- <http://lema.rae.es>.
- http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf.
- http://www.camara.cl/camara/camara_tc3.aspx?prmART=19&prmROL=389&prmIDA=1474.
- “Condiciones del servicio archivadas”. 2012, <http://www.google.com/intl/es/policies/terms/archive/20070416/>.
- “Condiciones de servicio de Google”, 2012, <http://www.google.com/intl/es/policies/terms>.
- Condiciones de Servicio de Google, de 14 de abril de 2014, accedido el 8 de noviembre de 2014, <http://www.google.com/intl/es-419/policies/terms/>.
- lectura del fallo en su totalidad, el sitio web <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/05/13/5ba6db7a62470eb16ac8feb397cf936d.pdf>.
- Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN en el que plantea al TJUE diversas cuestiones prejudiciales sobre el ejercicio de derechos frente a buscadores de Internet” (2012),

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/marzo/120302_Nota_cuestion_prejudicial.pdf.

- www.agpd.es.
- EuropaPress, <http://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-google-recibe-120000-peticiones-derecho-olvido-20140910114247.html>.
- “Estructura y funciones de AEPD”, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/conozca/estructura_funciones/index-ides-idphp.php, Agencia Española de Protección de Datos.
- funcionamiento del motor de búsqueda de Google, se sugiere visitar el sitio web: <http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/>.
- <http://www.searchenginehistory.com/> para conocer en detalle la historia y funcionamiento de los buscadores de Internet.
- Internet Society, página web <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>.
- Política de privacidad de Google, <http://www.google.cl/intl/es-419/policies/privacy/> el 8 de julio de 2013
- Revista Caras, pagina web <http://www.caras.cl/tecnologia/realidad-aumentada-el-hito-tech-de-caras/>,
- YouTube, pagina web <http://www.youtube.com/yt/about/es/index.html>

C. Legislación y Jurisprudencia:

a) España y Europa

- STC 231, de 2 de diciembre de 1988.
- STC 170 de 30 de octubre de 1987.
- ATC 57 de 26 de febrero de 2007.

- STC 115 de 5 de mayo de 2000.
- STC 127 de 30 de junio de 2003.
- STC 207 de 16 de diciembre de 1996.
- STC 120 de 27 de junio de 1990.
- STC 22 de 9 de marzo de 1984.
- STC 292 de 2000 EDJ 2000/40918.

- ATC 257 de 17 de abril de 1985.
- ATC 221 de 31 de mayo de 1990.
- Auto de la Audiencia Nacional de España, Sala de lo Contencioso, de 27 de febrero de 2012, procedimiento ordinario N° 725 de 2010.

- Sentencia de la Agencia Española de Protección de Datos de 19 de junio de 2012, N° de expediente TD/396-2012.

- Nota Informativa de la AEPD de 20 de junio de 2013.
- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/01609/2012, 19 de junio de 2012

- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/00957/2012, 24 de abril de 2012

- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/01517/2009, 20 de julio de 2009

- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/01654/2010, 1 de septiembre de 2010

- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/02283/2010, 30 de noviembre de 2010

- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, N° R/00786/2011, 14 de abril de 2011.

- Constitución Española.
- Directiva 95/46/CE.

- Auto de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 27 de febrero 2012, rec.725/2010, -EDJ 2012/20094.
- Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales, 2012.
- Agencia Española de Protección de Datos: “Nota de la AEPD sobre el auto de la AN en el que plantea al TJUE diversas cuestiones prejudiciales sobre el ejercicio de derechos frente a buscadores de Internet”, 2012.
- CIDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Opinión Consultiva OC 11/90, de 10 de agosto de 1990.
- Convención Interamericana de Derechos humanos
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley sobre sistemas de la Información.
- STEDH Dudgeon A-45, n° 41, de 22 octubre 1981.
- STEDH Modinos A-259, n° 24, de 22 abril 1993.
- STEDH X e Y, A-91, n°22, de 26 marzo 1985.
- STEDH Peck, A-98, n° 57, de 28 de enero de 2003.
- STEDH Perry, n° 36, de 17 de julio de 2003.
- STEDH Mehem, A- 99, n° 46, de 26 de septiembre de 1997.
- STEDH, Marcks, A-31, n° 31 y 40, de 13 junio 1979.
- STEDH Johnston, A-112, n°55, de 18 diciembre 1986.
- STEDH Niemetz A-251-B, n°31, de 16 diciembre 1992.
- STEDH Gillow, A-109, n°47, de 24 noviembre 1986.
- STEDH Malone, A-82, n°84, de 2 agosto 1984.
- STEDH Berrehab, A-138, n° 20-21, de 21 junio 1988.
- STJUE C-131/12 de 13 mayo 2014.
- Documento de trabajo N° 5035/01/ES/Final WP 56, relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre

protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE, N° 5035/01/ES/Final WP 56. 2002.

b) Chile

- Constitución Política de la Republica.
- Ley 19.628, 6 de agosto de 1999.
- Decreto 779, 11 de noviembre de 2000.
- Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley n° 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal. Boletín 8143-03.
- STC rol n° 389, 28 de octubre de 2003
- STC rol n° 521 de 1de agosto de 2006.
- STC rol n° 1894 de doce de Julio de 2011.
- Bohme Bascuñan con Clínica Alemana, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 1992 (Recurso de Protección).
- Sentencia Corte Suprema rol n° 10.142, de 16 diciembre 1992.

Índice

Resumen.....	2
Introducción	3
Capítulo 1:.....	10
Contexto teórico de la intimidad en general.	10
1. Intimidad- Privacidad- Vida Privada.....	11
1.1 Aproximaciones iniciales	11
1.2 Intimidad	12
1.2.1 Consideraciones previas.....	12
1.2.2 Concepto de intimidad.	15
1.3 El Derecho a la Intimidad	21
1.3.1 Origen del derecho a la intimidad	21
1.3.2 La Dignidad como fundamento del Derecho a la Intimidad	24
1.3.3 Naturaleza del Derecho a la Intimidad.....	29
1.3.3.1 Derechos fundamentales y el Derecho a la Intimidad.....	29
1.3.3.2 Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad como derecho fundamental	31
1.4 Definición jurídica del derecho a la Intimidad.....	37
2. El derecho a la intimidad en el ordenamiento español.....	45
2.1 Contenido del derecho a la Intimidad	53
2.1.1 Intimidad, intimidad corporal, propia imagen, honor y, distinciones del Tribunal Constitucional	53
2.1.2 El derecho a la Intimidad Familiar.....	67
2.1.3 Inviolabilidad del domicilio	72
2.1.4 Secreto de las comunicaciones.....	73
2.3 Titularidad del derecho a la intimidad.....	75
3. El derecho a la Vida Privada en Europa.....	84
3.1 Contenido del derecho a la vida privada en Europa.....	87
3.1.1 El derecho a la Vida Privada.	87
3.1.2 El derecho al respeto a la vida familiar	88
3.1.3 La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones	89
3.2 Titularidad	91
3.2.1 Extranjeros	91
3.2.2 Personas Jurídicas.	92
4. El derecho a la vida privada en Chile.....	93
4.1. Consagración normativa e historia del derecho a la vida privada.....	93
4.2. Jurisprudencia relativa al derecho al respeto y protección de la vida privada	100
4.3. Desarrollo doctrinal vida privada en Chile.	113
4.3.1 Configuración del derecho a la vida privada.....	113
Capítulo 2.	127
1. Internet	127
1.1 Buscadores de Internet	129
1.1.1 Google	133

1.1.2 <i>Terms of Service</i> de Google. Comparación entre las versiones de abril de 2007, de marzo de 2012 y de abril de 2014, la actual.....	138
1.1.3 Política de privacidad de 31 de marzo de 2014.....	142
Capítulo 3.....	150
1. Análisis del problema desde el punto de vista práctico-jurídico.....	150
1.1. Identificación del problema.....	150
1.2 Derecho a la Jurisdicción.....	153
1.2.1 El Concepto de Jurisdicción.....	154
1.2.2 Jurisdicción desde un punto de vista internacional.....	158
1.2.3 Consagración legal de la Jurisdicción en España.....	166
Capítulo 4.....	168
1. Normativa aplicable en la Unión Europea.....	168
1.1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	168
1.2 Directiva 95/46/CE.....	172
1.3. Constitución Española.....	177
1.4 Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.....	178
1.5 Reglamento de la Ley de Protección de Datos o Real Decreto 1720/2007.....	179
Capítulo 5.....	180
1. Jurisprudencia de la Agencia Española de Protección de Datos. Análisis de Resoluciones.....	180
1.1 Resoluciones de tutela de derechos.....	180
1.1.1 Amenazas de Google a la Vida privada.....	182
1.1.2. Derecho a la tutela efectiva.....	187
1.1.3. Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos.....	192
1.2 Nota Informativa de 20 de junio de 2013.....	208
1.3 Auto de la Audiencia Nacional Española.....	213
1.4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	226
Capítulo 6.....	237
1. Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Reglamento general de protección de datos).....	237
Capítulo 7.....	244
1. Chile y la protección de los datos personales, breve análisis de la situación frente a Google.....	244
1.1 Regulación de la protección de datos en Chile.....	244
Ámbito Territorial.....	247
1.2 Evaluación del carácter adecuado o no del tratamiento de datos personales en Chile.....	247
2. Breve referencia al proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley nº 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal.....	254
3. Críticas.....	259
Conclusión.....	264
Bibliografía.....	274