

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 47, Época II, Junio 2022



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS: UNA MIRADA ESTADOUNIDENSE Y EUROPEA

PRIVACY AND DATA PROTECTION: AMERICAN AND EUROPEAN APPROACHES

ANDONI POLO ROCA

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia

Fecha de recepción: 15-5-21

Fecha de aceptación: 16-2-22

Resumen: *La intimidad y la protección de datos han sido configurados y caracterizados de forma distinta en las diferentes tradiciones jurídicas. En Estados Unidos, el derecho a la intimidad (privacy) se ha ido construyendo progresivamente como un derecho fundamental a través de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS). En Europa, el derecho a la intimidad (vida privada) ha tenido una evolución diferente. En Alemania, el derecho a la vida privada (Privatsphäre) ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), con pronunciamientos que han tenido gran influencia sobre la tradición europea. En España, por su parte, el derecho a la intimidad ha tenido su propia evolución, por parte del Tribunal Constitucional, aunque es posible encontrar una clara influencia de la tradición alemana. Todo ello ha influido, a su vez, sobre la protección de datos o privacidad de la información, a la que también se le ha dado una configuración distinta en estas tradiciones jurídicas.*

Abstract: *Privacy and data protection (or information privacy) have been configured and characterized differently in different legal traditions. In the United States, the right to privacy has been progressively constructed as a constitutional right through the various pronouncements of the Supreme Court of the United States (SCOTUS). In Europe, the right to privacy (private life) has had a different evolution. In Germany, the right to privacy (Privatsphäre) has been developed by the German Federal Constitutional Court (BVerfG), with pronouncements that have had great influence on the European tradition. In Spain, for its part, the right to privacy (intimidad) has had its own evolution, by the Spanish*

Constitutional Court, although it is possible to find a clear influence of the German tradition. All this has influenced, in turn, on data protection or information privacy, which has also been given a different configuration in these legal traditions.

Palabras clave: intimidad, privacidad, vida privada, protección de datos, privacidad de la información
Keywords: privacy, private life, data protection, information privacy, Internet privacy

1. INTRODUCCIÓN

Debido a las constantes amenazas para nuestra vida privada que pueden suponer las nuevas tecnologías, los conceptos intimidad, vida privada, privacidad y protección de datos suenan cada vez con más fuerza. Así, estos conceptos, ya sean un derecho fundamental o formen parte de uno (según qué sistema legal), están teniendo cada vez mayor peso tanto en la protección de la ciudadanía como en la práctica legislativa.

De este modo, el término “intimidad” ha sido objeto de múltiples controversias sobre su significado, dándose una multiplicación de términos para hacer referencia a este concepto; se hace uso de “intimidad”, “privacidad”, “vida privada”, etc.¹ El último término incorporado a este repertorio terminológico ha sido el anglicismo “privacidad”².

En el centro de toda esta cuestión tendremos el “derecho a la intimidad”, del cual ha habido varios intentos de delimitar su contenido, tratando de separarlo de la vida pública. Trabajos de gran relevancia e influencia son la “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*) de Heinrich Hubmann³, en el Derecho alemán; o, en el Derecho italiano, la doctrina del jurista italiano Vittorio Frosini, quien intentó delimitar el derecho a la intimidad⁴ y desarrolló la

¹ J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430, p. 412.

² J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 13-14, 1996-97, pp. 717-738.

³ Cfr. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967.

⁴ Cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981. Véase también: F. ROMEO, “Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design”, *Informatica e diritto*, XLII annata, Vol. XXV, 2016, núm. 2, pp. 9-23.

“teoría de las modalidades de aislamiento”: la soledad, intimidad, anonimato y reserva⁵.

A su vez, el derecho a la protección de datos o privacidad de la información, será un concepto que encontremos directamente vinculado al derecho a la intimidad, por lo que la configuración de éste influye en la de aquél.

La intimidad, la privacidad y la protección de datos serán objeto de este trabajo, con el fin de poder distinguir estos términos y, especialmente, su configuración en el plano jurídico, así como su naturaleza como derecho fundamental (o constitucional), en dos tradiciones jurídicas distintas: la anglosajona-estadounidense y la europea (en especial, la alemana y la española).

2. EL “DERECHO A LA INTIMIDAD” EN ESTADOS UNIDOS (EEUU)

2.1. Los inicios del derecho a la intimidad en EEUU

En el año 1890, los juristas norteamericanos Samuel D. Warren y Louis Brandeis publicaron su artículo doctrinal “The Right to Privacy” (el derecho a la privacidad, en castellano). Dicho trabajo sería el comienzo de este término en EEUU, que, si bien no estableció qué era la privacidad de una manera específica, fue lo que inició la regulación sobre la privacidad y abrió el debate jurídico sobre ésta en EEUU⁶.

En su artículo, Warren y Brandeis justificaban o contextualizaban ese derecho a la privacidad haciendo referencia a las intromisiones de la prensa en “las relaciones sexuales”, entre otros, y cómo ésta se llena de “cotilleos y chismes”, que son conseguidos a través de la “intrusión en el círculo doméstico” (*the domestic circle*) de cada individuo⁷.

⁵ I. V. LUCENA CID, “La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización”, *Revista internacional de pensamiento político*, núm. 7, 2012, pp. 117-144, p. 126.

⁶ Cfr. D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2008, pp. 15 a 17.

⁷ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-220, p. 196: “The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle”.

De este modo, concluyeron que el llamado “el derecho a estar solo” o “derecho a ser dejado solo (o en paz)” (*the right to be let alone*) constituye un principio que puede invocarse “para proteger la privacidad del individuo de la invasión” (prensa, fotógrafo, etc.)⁸.

No obstante, tal como afirmaron, al aplicar el derecho a la privacidad, los tribunales tienen que establecer una línea divisoria entre los asuntos públicos y los privados; de este modo, se protegería sólo la información “relacionada con la vida privada, los hábitos, los actos y las relaciones de un individuo” (“*concern[ing] the private life, habits, acts, and relations of an individual*”)⁹, pero no ampararía prohibir la “publicación de cualquier asunto que sea de interés público o general” (“*prohibit any publication of matter which is of public or general interest*”)¹⁰.

2.2. Su desarrollo en la *common law* estadounidense: la construcción jurisprudencial de un derecho

Después del trabajo de Warren y Brandeis, quince tribunales estatales de EEUU comenzaron a reconocer un derecho consuetudinario a la privacidad¹¹ (al ser un concepto sin mención expresa ni en la legislación estadounidense ni en la propia Constitución federal).

El primero fue el Tribunal Supremo (estatal) de Georgia (*Supreme Court of Georgia*) en el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de 1905 (quince años después de la publicación del artículo), en el que el Tribunal Supremo estatal reconoció el derecho a la privacidad como un derecho legal, el cual había sido vulnerado por parte de la compañía New England Mutual Life Insurance Company (en la actualidad, MetLife), al publicar una imagen de Paolo Pavesich sin su consentimiento (con el propósito de aumentar las ganancias de la compañía)¹². Este caso fue el primero en reconocer un derecho

⁸ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, cit., p. 206: “*If we are correct in this conclusion, the existing law affords a principle from which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for rewording or reproducing scenes or sounds*”.

⁹ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, cit., p. 216.

¹⁰ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, cit., p. 214.

¹¹ Los quince fueron: Alabama, Arizona, California, Carolina del Norte, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Michigan, Misuri, Montana, Oregón y Pensilvania.

¹² Supreme Court of Georgia. Caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

a la privacidad¹³, que no tenía fundamento legal, y que derivaba del Derecho natural.

Otro pronunciamiento relevante fue el caso *Melvin v. Reid* de 1931¹⁴, dictado por la Corte de Apelación de California (*Court of Appeal of California*). El tribunal californiano se encontraba en la misma posición que lo había estado Tribunal Supremo estatal de Georgia en el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de 1905, ya que, al no haber leyes, normas o precedentes, era un asunto completamente nuevo en California. El tribunal hizo una referencia expresa al artículo doctrinal “The Right to Privacy” de Warren y Brandeis, así como al caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de Georgia, y resolvió que se había invadido la privacidad de la recurrente (Gabrielle Darley, esposa de Bernard Melvin), ya que, según el tribunal, existe un derecho a la privacidad, que, con independencia de si se le llama así o se le da otro nombre, es un derecho garantizado por la Constitución norteamericana, que no debe ser invadido por terceros¹⁵.

Todo ello hizo que el derecho a la privacidad comenzara también a tener influencia sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS).

Si bien la Corte Suprema ya había utilizado la palabra privacidad (*privacy*) en alguna de sus resoluciones, fue en el caso *Griswold v. Connecticut* (1965)¹⁶ donde reconoció expresamente un derecho a la privacidad (sin tener reconocimiento en la Constitución federal ni en sus enmiendas). El caso versaba sobre una ley del Estado de Connecticut que penalizaba el uso de métodos anticonceptivos. La Corte dictaminó que la prohibición estatal del uso de anticonceptivos por parte de parejas casadas vulneraba el derecho a

¹³ A modo de ejemplo de la relevancia de este caso, podemos mencionar que el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* ha sido citado en más de doscientos casos judiciales en todo EEUU, desde que fue pronunciado en 1905, incluyendo en cuatro casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS).

¹⁴ *Court of Appeal of California*. Caso *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (Dist. Ct. App.) (Feb. 28, 1931).

¹⁵ “We believe that the publication by respondents of the unsavory incidents in the past life of appellant after she had reformed, coupled with her true name, was not justified by any standard of morals or ethics known to us and was a direct invasion of her inalienable right guaranteed to her by our Constitution, to pursue and obtain happiness. Whether we call this a right of privacy or give it any other name is immaterial because it is a right guaranteed by our Constitution that must not be ruthlessly and needlessly invaded by others”, *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91, 93-94.

¹⁶ SCOTUS. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

la privacidad y, en especial, el derecho a la privacidad conyugal (*right to marital privacy*).

Esta decisión sentó las bases del derecho a la privacidad (o intimidad) con respecto a las decisiones conyugales y a las prácticas íntimas. Todo ello teniendo en cuenta que, en aquel momento, ni la Constitución norteamericana ni la Declaración norteamericana de derechos (*Bill of Rights*) recogían la privacidad como derecho fundamental (o constitucional); ni siquiera mencionaban la palabra privacidad¹⁷. Este caso, por tanto, reconoció el derecho de las personas a tener un ámbito de decisión sobre su vida privada, amparado en el derecho a la privacidad, un derecho sin reconocimiento constitucional.

Posteriormente, en el caso *Katz v. United States* (1967)¹⁸, la Corte comenzó a unir el derecho a la privacidad a distintas enmiendas, como base jurídica para este derecho que no contaba con reconocimiento constitucional expreso. En este caso, la Corte extendió el derecho a la prohibición de registro e incautación (*searches and seizures*) de personas, domicilios, papeles y efectos de un individuo sin las garantías correspondientes (reconocido por la Cuarta Enmienda), para incluir como área protegida constitucionalmente lo que una persona busca preservar como privado, incluso en un área accesible al público (*seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public*). Esta decisión de la Corte modificó su doctrina de sus decisiones anteriores; especialmente el caso *Olmstead v. United States* (1928)^{19,20}.

De este modo, se estableció una importante doctrina: se vulnera la Constitución norteamericana, cuando no se respetan las “expectativas razonables de privacidad” (*reasonable expectation of privacy*); lo que se denominó el “test de Katz” (*the Katz test*). Este “test de Katz” se ha venido aplicando en cientos de casos; en especial, debido al avance de las nuevas tecnologías y su capacidad de vulnerar el derecho a la privacidad²¹.

¹⁷ Tal fue la relevancia del caso y su debate, que el magistrado (*Justice*) de la Corte Suprema William O. Douglas planteó “¿Permitiríamos que la policía registrara los recintos sagrados de los dormitorios matrimoniales en busca de signos reveladores del uso de anticonceptivos?”, para apoyar y fundamentar el derecho a la intimidad.

¹⁸ SCOTUS. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

¹⁹ SCOTUS. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

²⁰ En este caso de 1967, el voto particular que elaboró el magistrado (*Justice*) Louis Brandeis (autor de “The Right to Privacy”) en el caso *Olmstead v. United States* (1928) fue la base sobre la que se fundamentó la sentencia.

²¹ Véase: M. TOKSON, “Knowledge and fourth amendment privacy”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 111, núm. 1, 2016, pp. 139-204, pp. 141 y ss.

Estas decisiones de la Corte Suprema de los EEUU durante la década de los sesenta, entre ellos *Griswold v. Connecticut* (1965) y *Katz v. United States* (1967), contribuyeron a construir el derecho a la privacidad como un derecho a proteger contra cualquier intromisión constitucional (*protection from governmental intrusion*).

De igual modo, en el caso *Roe v. Wade* (1973)²², el derecho a la privacidad fue uno de los pilares sobre los que se basó la Corte para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que interrumpir o no un embarazo es una cuestión que atañe a la privacidad (intimidad) de la mujer embarazada en cuestión²³. Así, el derecho a la privacidad protege ese ámbito de la vida privada en el que la persona puede tomar sus decisiones (privadas); en este caso preciso, la facultad de decidir si se termina anticipadamente o no el embarazo. En el caso, además, la Corte volvió a reiterar que el derecho a la privacidad no tiene ninguna mención explícita en la Constitución norteamericana, pero fundamentó su decisión en sus pronunciamientos anteriores.

Por otro lado, en el caso *Moore v. City of East Cleveland* (1977)²⁴, la Corte dictaminó que la ordenanza de zonificación de la ciudad de East Cleveland (Ohio) que prohibía a una abuela vivir con su nieto era contraria a la Constitución. En este caso, si bien la privacidad no fue parte fundamental del fallo, sí se hizo referencia en su razonamiento a el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (dentro de la privacidad).

Cabe mencionar, por último, el caso *Lawrence v. Texas* (2003)²⁵, en el que la Corte reafirmó (y completó) su doctrina sobre el derecho a la privacidad, consolidando su posición sobre su existencia como derecho constitucional, pese a que no esté expresamente mencionado en la Constitución norteamericana. Esta decisión abordó la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas como parte del derecho a la privacidad. En este caso, se declaró que “estos asuntos, que involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona puede tomar en su vida [...] son fundamentales para la liber-

²² SCOTUS. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²³ SCOTUS. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), p. 153: “*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment’s reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy*”.

²⁴ SCOTUS. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

²⁵ SCOTUS. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

tad [...]”²⁶. Y continúa: “los recurrentes tienen derecho al respeto de su vida privada (*private life*). El Estado no puede menospreciar su existencia ni controlar su destino haciendo de su conducta sexual privada un delito. Su derecho a la libertad [...] les da pleno derecho a llevar a cabo sus actividades sin la intromisión del gobierno”²⁷. Por último, subraya: “es una promesa de la Constitución que existe un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede entrar”²⁸.

Todos estos pronunciamientos de la Corte fueron decisiones judiciales históricas (*landmark decision* o *landmark ruling*) que sentaron jurisprudencia, derogaron leyes o modificaron la doctrina de los juzgados y tribunales de todo EEUU. Con todas estas decisiones se fue construyendo el derecho a la intimidad (*right to privacy*) en la tradición estadounidense, un derecho sin reconocimiento en la Constitución Federal norteamericana ni en la Declaración de derechos, y que la Corte lo construyó jurisprudencialmente. En la visión estadounidense, además, este derecho tiene su fundamento básico en la libertad.

2.3. El “derecho a la intimidad” estadounidense: el derecho a la privacidad o *right to privacy*

De todo lo expuesto se concluye que, en la tradición estadounidense-anglosajona, para hacer referencia al “derecho a la intimidad” se hace uso de la acepción “derecho a la privacidad” o “privacidad” (*right to privacy*).

Este derecho, que se ha ido construyendo paulatinamente con los pronunciamientos de la Corte Suprema de EEUU, engloba, entre otros: el ámbito privado libre de injerencias de terceros o del Estado (*Katz v. United States*), el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (*Moore v. City of East Cleveland*), la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas

²⁶ SCOTUS. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 574. “*These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State*”.

²⁷ SCOTUS. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 578. “*The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government*”.

²⁸ *Ibid.* “*It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter*”.

(Lawrence v. Texas), la privacidad para decidir sobre un ámbito de la vida privada (Griswold v. Connecticut o Roe v. Wade), etc.

3. EL “DERECHO A LA INTIMIDAD” EN LA TRADICIÓN ALEMANA

3.1. La tradición germana: *das allgemeine Persönlichkeitsrecht*

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (o Ley Fundamental de Bonn), aprobada en 1949 en la ciudad de Bonn, recogió expresamente, por un lado, la dignidad de la persona humana (art. 1.1)²⁹, y, por el otro, el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1)³⁰.

Esos dos preceptos fueron muy relevantes en relación a la intimidad, ya que el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG) estableció que los derechos de la personalidad o el derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), está incardinado en el artículo 2.1 (libre desarrollo de la personalidad), en relación al artículo 1.1 (dignidad humana), una doctrina que comenzó a establecer a partir del año 1950 y que ha ido desarrollando en sus resoluciones.

En esta doctrina del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), es menester la mención de dos relevantes sentencias³¹.

La primera de ellas es relativa a un caso del año 1954³² y fue dictada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof* o BGHZ), el tribunal supremo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria alemana. El caso versó sobre una publicación en un periódico, que el Tribunal estableció que debía volver a publicarse, corrigiendo en ésta la información errónea dada en aquélla. La decisión fue fundamentada en el respeto a la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, ambos constitucionalmente protegidos (art. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental, GG). De este modo, este caso fue

²⁹ “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”, art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG.

³⁰ “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”, art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG.

³¹ S. SIMITIS, “Privacy - An Endless Debate?”, *California Law Review*, vol. 98, núm. 6, 2010, pp. 1989-2005, pp. 1991 y 1992.

³² BGHZ (Sala de lo Civil). Sentencia de 25 de mayo de 1954. BGHZ 13, 334 (334) (1954).

un reconocimiento (inicial) de la intimidad de la persona como parte de sus derechos de personalidad (que el periódico en cuestión había vulnerado).

La segunda sentencia, del año 1958³³, fue dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), en la que el Tribunal confirmó la línea que había marcado el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGHZ).

En sentencias posteriores, tanto el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGHZ) como el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) fueron detallando los requisitos del concepto “intimidad”.

3.2. La “teoría de las esferas” o *Sphärentheorie*

En esta construcción doctrinal y jurisprudencial del derecho a la intimidad, la tradición alemana ha intentado delimitar su contenido a través de la denominada “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*). Esta teoría fue inicialmente desarrollada por el jurista alemán Heinrich Hubmann³⁴ (teoría seguida por la doctrina española³⁵).

La teoría de las esferas buscaba hacer una delimitación del ámbito privado y el ámbito público de este derecho a la intimidad, para esbozar los límites de su protección jurídica. Así, según esta teoría, la personalidad está marcada por la representación de círculos espaciales concéntricos, que merecen una protección diferenciada³⁶; “esferas concéntricas” de radio progresivamente mayor, cuya difusión o conocimiento por terceros afectan en menor grado a la persona cuanto más nos vamos alejando del centro.

En esta teoría, tal como la planteó Hubmann en un primer momento, se distinguen tres esferas distintas³⁷: *intimsphäre* (esfera íntima), *privatsphäre* (esfera privada) e *individualsphäre* (esfera individual). Todas ellas constituyen tres distintas esferas de protección de este derecho.

³³ BVerfG. Sentencia de 15 de enero de 1958. BVerfGE 7, 198 (1958).

³⁴ H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967.

³⁵ Véase: A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986. En España, Antonio Enrique Pérez Luño fue uno de los mayores defensores de esta teoría.

³⁶ Cfr. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967, p. 269. También: M. BASTON-VOGT, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga (Tübingen), 1997, p. 182.

³⁷ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 328.

La “esfera íntima” (*intimsphäre*) es el círculo o ámbito más íntimo del individuo; corresponde a la esfera de lo secreto, vulnerándose cuando se llega al conocimiento de hechos o noticias que debían permanecer ignoradas³⁸.

La “esfera privada” (*privatsphäre*) viene a ser el segundo círculo de intimidad, más amplio que el primero, la cual protege la vida personal y familiar, donde el individuo ejerce su vida privada, intimidad personal y familiar, etc.³⁹ Esta esfera se refiere al ámbito de la vida que se oculta al público⁴⁰.

La “esfera individual” o social (*individualsphäre*), por último, es el último círculo de intimidad, antes de traspasar la barrera que separa la intimidad y la vida pública, protege todo lo que atañe a las peculiaridades o individualidades de la persona⁴¹; en ésta encontramos aspectos como el honor y la imagen personal⁴². Esta esfera supone el ámbito en el que el individuo se mueve conscientemente en público.

En esta “teoría de las esferas” elaborada por la doctrina alemana, estas tres esferas tienen un nivel o grado distinto de protección jurídica, que va de un mayor grado a un menor grado, en orden escalonado, siguiendo el orden expuesto anteriormente⁴³ (*intimsphäre*, la mayor; la *individualsphäre*, la menor).

³⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, “Aspectos de la tutela del Derecho a la intimidad en la jurisprudencia”, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones (ed.), *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio, Vol. 1*, 1992, Madrid, págs. 709-724, p. 713.

³⁹ T. VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2001, p. 71.

⁴⁰ La esfera privada o *privatsphäre*, sería similar al ámbito que ocupa el concepto americano-anglosajón de derecho a la intimidad (*right to privacy*), y similar también al derecho a la intimidad tal como está concebido en España. Véase: M. ÁLVAREZ CARO, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la Era Digital* (Prólogo de José Luis Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2015, p. 28.

⁴¹ A. E. PÉREZ LUÑO, “Aspectos de la tutela del Derecho a la intimidad en la jurisprudencia”, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones (ed.), *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio, Vol. 1*, 1992, Madrid, págs. 709-724, p. 713.

⁴² J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430, p. 413.

⁴³ J. SANTDIUMENGE I FARRÉ, “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo”, en P. SALVADOR CODERCH (coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), Madrid, 1990, págs. 339-381, pp. 345 y ss.

Así, la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*, la más cercana a la vida pública) no estaría protegida⁴⁴ (salvo cuando se trate de informaciones falsas o lesivas del derecho al honor). Esta esfera será la más difusa respecto a la vida pública.

La teoría de las tres esferas de Hubmann, desarrollada en la tradición alemana, tuvo relevancia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴⁵, que siguió dicha teoría, en atención al grado de afectación de cada esfera, con su correspondiente protección jurídica gradual; ello incardinado, como se ha mencionado, en los derechos de la personalidad (art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG), en relación con la dignidad de la persona humana (art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG).

Esta teoría ha sido objeto de un constante desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en el que cabe mencionar los trabajos de Seidel⁴⁶, quien distinguió más esferas todavía. Así, en distintos grados progresivamente mayores, según Seidel⁴⁷, existen diferentes esferas, tales como: la esfera íntima (*intimsphäre*), la esfera privada (*privatsphäre*), la esfera secreta o confidencial (*geheimsphäre*), la esfera de la individualidad (*eigensphäre*), la esfera común (*gemeinsphäre*), la esfera de lo social (*sozialsphäre*), la esfera pública (*öffentlichkeitssphäre*), etc. Cada una con distinta protección jurídica⁴⁸.

En la actualidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán, sigue desarrollando esta teoría, haciendo referencia a distintas esferas para ir delimitando cuál queda bajo el ámbito de protección de la vida privada y cuál queda fuera de esa protección (ámbito de lo público o vida pública).

En cualquier caso, la doctrina ha reconocido que “no existe plena unanimidad en la doctrina sobre la concreta clasificación y tipología de tales

⁴⁴ H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967, p. 269.

⁴⁵ M. ALBERS, *Informationelle selbstbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 208.

⁴⁶ Vid. U. SEIDEL, *Datenbanken und Datenschutz*, Schmidt, Colonia (Köln), 1972.

⁴⁷ U. SEIDEL, *Datenbanken und Datenschutz*, cit. Cabe mencionar que el jurista alemán Ulrich Seidel fue galardonado con la Cruz Federal al Mérito (*Bundesverdienstkreuz*) por su investigación científica de la protección de datos.

⁴⁸ La esfera secreta o confidencial (*geheimsphäre*) protege asuntos o informaciones que no deben ser accesibles a terceros (estado de salud y enfermedades, vida sexual, etc.). La esfera privada (*privatsphäre*) protege informaciones de la vida privada que sólo se revelan (o revelarían) a un grupo limitado de personas (familia o amigos). La esfera común (*gemeinsphäre*) es la relativa a los hechos que son accesibles a todos (y que deben serlo). De este modo, la esfera privada (*privatsphäre*) y la secreta (*geheimsphäre*) gozan de protección jurídica, pero no la esfera común (*gemeinsphäre*).

‘esferas’⁴⁹, pero hay una posición generalizada de cuáles son las dos principales esferas: la esfera íntima o círculo íntimo (*intimsphäre*) y la esfera privada o círculo privado (*privatsphäre*).

3.3. El “derecho a la intimidad” alemán: el derecho a la vida privada o *Recht auf Privatsphäre*

De este modo, en la tradición germana, el término intimidad o *Intimität* es sinónimo de *Intimsphäre* (la esfera íntima o el círculo íntimo). En cambio, para referirse al “derecho a la intimidad” (en general) se hace uso del término *Recht auf Privatsphäre* o simplemente *Privatsphäre*, es decir el “derecho a la vida privada”, lo que viene a ser el segundo círculo (esfera privada o círculo privado), la zona (o esfera) de mayor amplitud que engloba la esfera íntima.

Este derecho a la vida privada, según declaró el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) en el caso Carolina de Múnich de 1999, es ese área autónoma de la vida privada que incluye el derecho a excluir la intrusión o la penetración de otros⁵⁰. En ese pronunciamiento, además, el TC Federal alemán se pronunció sobre la vida privada respecto de la *Sozialsphäre* (esfera social) o vida pública, que no goza de protección jurídica (con las mencionadas excepciones) — el caso llegó hasta el TEDH —.

Así, en la tradición alemana, para hacer referencia al “derecho a la intimidad” en su sentido amplio se hace uso de la acepción “derecho a la vida privada” o “vida privada” (la segunda esfera, la más amplia, la que limita con la vida pública).

Por último, tal como ha reiterado una y otra vez el TC Federal alemán, este derecho a la vida privada está localizado dentro del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), que, a su vez, está incardinado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) en relación a la dignidad humana (art. 1.1)⁵¹.

⁴⁹ M. MEDINA GUERRERO, *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 13 y ss.

⁵⁰ BVerfG (Erster Senat). Sentencia de 15 de diciembre de 1999 - 1 BvR 653/96.

⁵¹ BVerfG (Erster Senat). Sentencia de 6 de noviembre de 2019 - 1 BvR 16/13. “*Die Rechtsprechung hat aus dem Grundrecht insoweit verschiedene Schutzdimensionen abgeleitet wie den Schutz eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, die Garantie der Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild oder gesprochenen Wort oder das Recht auf die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre*”, ap. 80 (Absatz).

4. EL “DERECHO A LA INTIMIDAD” EN ESPAÑA

4.1. La teoría de las esferas en España

La teoría de las esferas o *Sphärentheorie* alemana tuvo repercusión en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales españoles⁵².

En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional (TC) se refería a “esferas” (influencia alemana) para delimitar el contenido del derecho a la intimidad, y, en especial, para delimitar la protección jurídica que se debe dar a qué supuesto; es decir, qué supuesto entraría dentro de la esfera constitucionalmente protegida y cuál no, al ser éste último parte de la esfera pública (no protegida jurídicamente)⁵³.

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS) también acogió en su doctrina la teoría alemana de las esferas, declarando que “la esfera privada [...] incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos [...] sin que en modo alguno [...] se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular”⁵⁴.

⁵² A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁵³ Véase STC 231/1988, de 2 de diciembre: “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”, FJ 4; “Las escenas [...] se difundieron en los programas informativos de Televisión Española, [...], lo que conduce a plantearse si esas imágenes no constituirán, así, escenas que pertenecen al conocimiento público, fuera por tanto de la esfera de la intimidad”, FJ 9.

⁵⁴ Véase la STS de 20 de febrero de 1989 (Sala Primera, de lo Civil), resolución n.º 1213/1989. Dictada en recurso de casación contra la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de julio de 1987, que, a su vez, había conocido del recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid de 30 de enero de 1986. Asimismo, ella dio lugar a la STC 197/1991, de 17 de octubre. “La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos”.

Asimismo, la doctrina también se ha mostrado favorable a esta teoría⁵⁵, distinguiendo, principalmente, dos círculos: la “intimidad” y la “vida privada”. El primer círculo (intimidad) sería el reducto personal y familiar consistente en la voluntad de cada persona (o unidad familiar) de no dar a conocer o difundir públicamente información sobre sus pensamientos, ideología, creencias, sentimientos, emociones, sensaciones, proyectos vitales, sus relaciones personales y familiares, salud, hábitos de conducta, orientación y vida sexual o la integridad corporal⁵⁶. Ello es: lo próximo al interior de la persona. El segundo círculo (vida privada) sería el relativo a los aspectos de la vida de una persona que guardan relación con su faceta social, vinculados a la esfera laboral, profesional, comercial, económica⁵⁷. Por ello, se ha afirmado que “este segundo círculo participa de la intimidad, pero no se identifica con ella”⁵⁸.

4.2. Intimidad objetiva e intimidad subjetiva

El TC se pronunció sobre la distinción entre la intimidad en su vertiente objetiva y en su vertiente subjetiva.

La primera vertiente es la intimidad material u objetivamente entendida (“ámbito objetivo de la intimidad”), en la cual se incluyen: la intimidad corporal⁵⁹, la vida sentimental, sexual y afectiva⁶⁰, orientación sexual e identidad sexual⁶¹, estado de salud⁶², tomar alcohol o drogas⁶³, filiación⁶⁴, etc.

La segunda vertiente, en cambio, es el “ámbito subjetivo de la intimidad”. Esta vertiente fue configurada por el TC en el año 1999 (caso Sara Montiel), en el que el TC declaró que “el art. 18.1 C.E. no garantiza una ‘inti-

⁵⁵ M. E. GUTIÉRREZ DAVID, “Intimidad y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española”, *Derecom*, núm. 18, 2014, pp. 85-108, p. 93.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ STC 37/1988, de 15 de febrero, FJ 7º.

⁶⁰ STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2º.

⁶¹ STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, FJ 4º.

⁶² SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2º, y 159/2009, de 29 de junio, FFJJ 5º y 6º. También SSTEDH, de 25 de febrero de 1997, caso Z c. Finlandia, y de 10 de octubre de 2006, caso L. L. c. Francia.

⁶³ STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5º, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º.

⁶⁴ STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3º.

midad' determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público"⁶⁵. Y continúa: "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio. [...] A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar"⁶⁶.

De este modo, a la hora de desarrollar el derecho a la intimidad, el TC dictaminó que existe un ámbito íntimo, esfera íntima, círculo íntimo o *intimsphäre* (la intimidad material u objetivamente entendida o ámbito objetivo de la intimidad), y el ámbito privado, esfera privada, círculo privado, vida privada o *privatsphäre* (el ámbito subjetivo de la intimidad o vida privada).

Por ello es que, en la jurisprudencia del TC (y del TS) —a consecuencia de la teoría de las esferas y del "derecho a la vida privada", tal como se le denomina en la tradición germana—, encontraremos el término "vida privada" en diversas ocasiones para hacer referencia al concepto amplio que engloba "el todo" (el término o zona más amplia que absorbe la zona más pequeña o íntima).

4.3. El "derecho a la intimidad" como concepto general

Por otro lado, junto a esa distinción de la intimidad que sigue la teoría de las esferas ("intimidad", como concepto o círculo estricto, y "vida privada", como concepto o círculo amplio), debemos distinguir el "derecho a la intimidad" como concepto general (que también ha sido, y es, usado indistintamente por el TC).

Así, el TC ha declarado que tanto la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) como el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) son "manifestaciones" del "derecho a la intimidad"⁶⁷. En este caso, el tribunal se

⁶⁵ STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5º.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 2: "Por lo que se refiere a las vulneraciones constitucionales, es preciso señalar que, aunque en la demanda se invoca la infracción del derecho

refiere al “derecho a la intimidad” (en general), donde entran todos aquellos derechos instrumentales que tienen por objeto proteger la intimidad (en un sentido amplio): la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos, etc.

En esta acepción del término “derecho a la intimidad”, en el sentido amplio, la intimidad viene a identificarse con el derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*), donde se engloban distintas modalidades o manifestaciones que vienen a proteger ese derecho: la intimidad (en general).

5. INTIMIDAD, PRIVACIDAD, PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EEUU

Como se ha expuesto, en Estados Unidos, el derecho a la intimidad (*right to privacy*) es un derecho sin reconocimiento expreso en la Constitución norteamericana, pero que la Corte Suprema de los EEUU ha ido construyendo progresivamente. Así, la Corte ha ido uniendo la existencia de un derecho constitucional a la privacidad a distintas enmiendas⁶⁸.

Entre las diversas manifestaciones de ese derecho a la intimidad, de esa *privacy*, tenemos, entre otras: aquella según la cual existe un ámbito privado libre de injerencias de terceros o del Estado (*Katz v. United States*); aquella relativa al área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (*Moore v. City of East Cleveland*); aquella relativa a la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas como parte del derecho a la privacidad (*Lawrence v. Texas*), etc.

A ellas se añade también la privacidad en su modalidad de derecho a decidir sobre un ámbito de la vida privada: decisión sobre el uso de métodos

a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), nuestro análisis ha de centrarse en el último de ellos, al venir configurado el secreto de las comunicaciones como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad”. También, STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2: “Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que 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””.

⁶⁸ Para profundizar en las enmiendas a las que se ha ido uniendo según el caso enjuiciado, véase: M. N. SALDAÑA DÍAZ, “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 279-312 (en especial, pp. 289 y ss.).

anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*), decisión de la mujer embarazada de llevar el embarazo a término o no (*Roe v. Wade*), etc. A esta modalidad se le ha denominado “privacidad ‘decisional’” (*decisional privacy*)⁶⁹.

Además de esas modalidades de la intimidad, hay otra manifestación de la privacidad a la que debemos hacer referencia: la privacidad de la información (*information privacy*).

5.1. La privacidad de la información (*information privacy*)

La privacidad de la información (*information privacy*) ha tenido presencia en la doctrina de la Corte Suprema de EEUU, unida a otro concepto: la “divulgación de asuntos personales” (*disclosure of personal matters*).

El caso *Whalen v. Roe* (1977)⁷⁰ tuvo gran relevancia en este ámbito. El caso versaba sobre una ley del Estado de Nueva York que establecía la obligación de informar, recopilar y almacenar información sobre todas las recetas de algunos medicamentos (los detallados en la ley, que según ésta eran lícitos, pero peligrosos). Según la norma, los médicos debían informar sobre el nombre y apellidos del médico que hacía la receta; la farmacia donde iba a ser adquirido el medicamento; el fármaco recetado y la dosis; y el nombre y apellidos, dirección y edad del paciente. Toda esta información sería luego almacenada por el Departamento de Estado de Nueva York. La ley tenía por objeto combatir la prescripción excesiva de medicamentos que estaba contribuyendo a un mercado ilegal.

La Corte Suprema desestimó el recurso y declaró que no se vulneraba la privacidad. La decisión se basó en distintos fundamentos. El primer lugar, la Corte argumentó que la posibilidad de una divulgación accidental de información personal era un riesgo insuficiente para sostener que se había dado una invasión inconstitucional de la privacidad. Además, la intromisión en la privacidad por parte de los poderes públicos está justificada cuando exista un interés significativo por parte del Estado (lo que según la Corte se daba en este caso). Por último, esgrimió que la norma contenía sanciones por si había alguna divulgación, y que ello actuaría como medio disuasorio suficiente.

Lo más relevante en esta decisión es que la Corte afirmó que la privacidad estaba en juego, y se identificaron dos intereses de privacidad diferentes

⁶⁹ F. H. CATE, B. E. CATE, “The Supreme Court and information privacy”, *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 258.

⁷⁰ SCOTUS. *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

que podrían estar protegidos constitucionalmente: el interés de controlar la divulgación de asuntos personales y el interés de poder tomar ciertas decisiones personales libres de la influencia del gobierno. Así, se identificó “el interés individual en evitar la divulgación de asuntos personales” (*the individual interest in avoiding disclosure of personal matters*), algo que la privacidad protegida constitucionalmente incluye (aunque en este caso no se dieran los elementos suficientes para declarar que había una vulneración).

En ese caso de 1977, la propia Corte, que no era ajena a los problemas de la recopilación de información personal, expresó lo siguiente en su decisión: “no ignoramos la amenaza a la privacidad implícita en la acumulación de grandes cantidades de información personal en bancos de datos computarizados u otros archivos gubernamentales masivos. [...] El derecho a recopilar y utilizar dichos datos para fines públicos suele ir acompañado de una obligación legal o reglamentaria concomitante de evitar divulgaciones injustificadas. [...] sin embargo, el esquema legal de Nueva York y sus procedimientos administrativos de implementación evidencian una preocupación adecuada y una protección del interés del individuo en la privacidad”⁷¹.

En el caso *NASA v. Nelson* (2011)⁷² la Corte Suprema se encontró en una posición parecida a la del caso *Whalen v. Roe* (1977), y la decisión volvió a ser desestimatoria. Al igual que en aquel caso, declaró que la recogida de información personal por la NASA era lícita, al fundamentarse en un interés significativo y un fin legítimo y justificado por parte de la agencia espacial gubernamental.

Tanto en *Whalen v. Roe* (1977) como en *NASA v. Nelson* (2011), si bien no estimó el recurso y declaró no haber ninguna vulneración de la privacidad (en ambos casos se decidió que había un interés legítimo por parte del gobierno o Estado), lo más relevante es que la Corte Suprema abrió la puerta

⁷¹ “We are not unaware of the threat to privacy implicit in the accumulation of vast amounts of personal information in computerized data banks or other massive government files. The collection of taxes, the distribution of welfare and social security benefits, the supervision of public health, the direction of our Armed Forces, and the enforcement of the criminal laws all require the orderly preservation of great quantities of information, much of which is personal in character and potentially embarrassing or harmful if disclosed. The right to collect and use such data for public purposes is typically accompanied by a concomitant statutory or regulatory duty to avoid unwarranted disclosures. Recognizing that, in some circumstances, that duty arguably has its roots in the Constitution, nevertheless New York’s statutory scheme, and its implementing administrative procedures, evidence a proper concern with, and protection of, the individual’s interest in privacy. We therefore need not, and do not, decide any question which might be presented by the unwarranted disclosure”, *Whalen v. Roe* (1977).

⁷² SCOTUS. *NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134 (2011).

al derecho a la privacidad de la información (*information privacy*), haciendo mención expresa a éste en las sentencias⁷³.

Es necesario subrayar que el hecho de que la Corte haya abierto la puerta a este “derecho”, pero aún no lo haya declarado como derecho en sí mismo (o, al menos, como manifestación del derecho a la privacidad), hace posible que toda esta información, sin importar cuán sensible o reveladora sea sobre la salud, las finanzas, los gustos o las convicciones de una persona, esté disponible para el gobierno sin límite constitucional⁷⁴; así, la voluntad del gobierno no necesita ser razonable, no se necesita una orden judicial y no se requiere autorización judicial o supervisión⁷⁵. Por ello, gran parte de la doctrina legal estadounidense ha considerado que la jurisprudencia sobre privacidad de la Corte Suprema es confusa e inconexa⁷⁶.

Por otro lado, en el caso *Carpenter v. United States* (2018)⁷⁷, la Corte declaró que el gobierno debe obtener una orden judicial de registro para poder acceder a registros y datos telefónicos de los dispositivos móviles como la ubicación del teléfono y, por ende, del usuario. En este caso, la Corte dictaminó que no se respetaba la “expectativa razonable de privacidad” (*reasonable expectation of privacy*), siguiendo el “test de Katz” (*the Katz test*) de 1967. Todo ello se basó en el derecho a la privacidad (general) que la Corte había consolidado en su doctrina hasta ese momento, y no en un “derecho a la privacidad de la información”, que sigue negando su existencia. La sentencia, además, contó con cuatro opiniones particulares, que se mostraron desfavorables a la decisión (incluso a través del derecho a la privacidad)⁷⁸.

⁷³ Cabe mencionar que el magistrado (*Justice*) Antonin Scalia se mostró contrario a la sentencia de *NASA v. Nelson* (2011), y declaró, en su opinión particular, que la Corte debía haberse pronunciado expresamente en contra del reconocimiento del derecho a la privacidad de la información (*information privacy*), argumentando que “no se puede inventar un derecho constitucional de la nada” (*to invent a constitutional right out of whole cloth*). Dicha opinión particular se debió, en gran parte, a que la Corte, en el debate de la sentencia, se negó a pronunciarse sobre la no existencia de ese concepto que había empleado en sus sentencias.

⁷⁴ F. H. CATE, B. E. CATE, “The Supreme Court and information privacy”, *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 267.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ F. H. CATE, B. E. CATE, “The Supreme Court and information privacy”, *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 266.

⁷⁷ SCOTUS. *Carpenter v. United States*, No. 16-402, 585 U.S. (2018).

⁷⁸ Dentro de la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS), los magistrados (*Justice*) Antonin Scalia (en la Corte 1986-2016) y Clarence Thomas (en la Corte 1991-actualidad) se mostraron

Por tanto, como se desprende de la doctrina de la Corte Suprema de EEUU, parece que la privacidad de la información (*information privacy*) es un concepto que existe, y que, según defiende la doctrina —en contra de la posición de la Corte—, forma parte del derecho a la intimidad o privacidad, como una de sus diversas manifestaciones, como se ha venido analizando hasta ahora.

5.2. La privacidad de la información o privacidad de los datos

Tal como ha afirmado la doctrina estadounidense, la privacidad de la información (*information privacy*) “es el control que tenemos sobre la información sobre nosotros mismos”⁷⁹; se caracteriza, así, por el control sobre el conocimiento de una persona. No se trata de controlar toda la información sobre uno mismo; también hay modulaciones: es posible que la persona consienta en que se conozca una información general sobre ella, pero no los detalles, y ahí es donde adquiere fuerza el control sobre la información⁸⁰. Así, la privacidad de la información otorga el control sobre la información que nos permite mantener grados de intimidad⁸¹.

muy reticentes a seguir desarrollando el derecho a la intimidad o privacidad, más allá de los casos en los que ya se había declarado que existía —uniendo ese derecho a la privacidad a distintas enmiendas—. Ambos magistrados formaron un frente en contra del derecho a la privacidad, y expresa y tajantemente en contra de un “derecho a la privacidad de la información” —algo muy visible, por ejemplo, en el caso *NASA v. Nelson* (2011), entre otros—. En la actualidad, el magistrado Clarence Thomas continúa con esa posición. Por su parte, el magistrado Neil Gorsuch (en la Corte 2017-actualidad), sucesor de Antonin Scalia, en lo que respecta a la interpretación constitucional, se posiciona en la doctrina del textualismo o literalismo (interpretación literal) y del originalismo (en contra de la doctrina de la constitución viviente o evolutiva), al igual que su predecesor. No obstante, en algunos de sus pronunciamientos anteriores a su nombramiento de magistrado de la SCOTUS, parecía mantener una posición intermedia en relación a la privacidad como derecho y en relación a la privacidad unida a la información personal.

⁷⁹ C. FRIED, “Privacy”, *The Yale Law Journal*, núm. 77, 1968, pp. 475-493, p. 482: “Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves”.

⁸⁰ C. FRIED, “Privacy”, cit., p. 483: “Privacy, thus, is control over knowledge about oneself. But it is not simply control over the quantity of information abroad; there are modulaciones in the quality of the knowledge as well. We may not mind that a person knows a general fact about us, and yet feel our privacy invaded if he knows the details”.

⁸¹ C. FRIED, “Privacy”, cit., p. 485: “Privacy grants the control over information which enables us to maintain degrees of intimacy”.

En suma, la privacidad de la información, fue definida como autodeterminación de la información o autodeterminación informativa: “el reclamo de los individuos, grupos o instituciones de determinar por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida se comunica la información sobre ellos a los demás”⁸².

En este contexto, EEUU aprobó la *Privacy Act* de 1974, cuyo objeto fue establecer las normas y prácticas básicas en materia de información (datos) que regularan la recopilación, mantenimiento, uso y diseminación de la información sobre los individuos que estuviera en manos de los sistemas de registro de las agencias federales estadounidenses. La norma, por tanto, regulaba la privacidad de la información de los particulares en relación a la Administración federal norteamericana.

Posteriormente, se aprobaron otras leyes para proteger la privacidad de la información en distintos ámbitos: en el sector financiero –*Right to Financial Privacy Act* (RFPA) de 1978, *Financial Services Modernization Act* de 1999, *Fair and Accurate Credit Transactions Act* (FACTA) de 2003, etc. –, en el ámbito de la salud –*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA) de 1996 –, en lo que respecta a la genética –*Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA) de 2008 – o en el sector de las comunicaciones electrónicas –*Cable Communication Policy Act* (CCPA) de 1984, *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) de 1986, *Telecommunications Act* de 1996, etc. –.

5.3. Privacidad (intimidad), privacidad de la información, privacidad en Internet y protección de datos

Con todo lo analizado hasta ahora, resulta claro que la denominada privacidad de la información (*information privacy*), privacidad informacional (*informational privacy*) o privacidad de los datos (*data privacy*) se encuentra localizada dentro del concepto norteamericano de derecho a la intimidad (*right to privacy*).

De este modo, en EEUU, la privacidad de la información (*information privacy*) no es un derecho fundamental –para la Corte Suprema de EEUU ni siquiera es un “algo”, ya que no se ha pronunciado sobre este concepto

⁸² A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, p. 7: “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”.

ni siquiera como parte del derecho a la privacidad—. Además, se confunde muchas veces con el derecho a la privacidad (intimidad) que sí ha sido reconocido como un derecho constitucional por la Corte.

Desde el punto de vista comparado, el término estadounidense privacidad de la información (*information privacy*) sería el equivalente al término protección de datos (*data protection*) que se emplea en Europa y en la Unión Europea⁸³; es decir, aquello relacionado con el tratamiento de información personal o datos personales.

No obstante esa equivalencia, como se ha analizado, la privacidad de la información no es un derecho en EEUU, y, en cambio, en la UE y en España la protección de datos sí está caracterizada como un derecho fundamental (aunque no nació como derecho fundamental).

Por ello es que la doctrina ha afirmado que, en algunos lugares del mundo, la protección de datos no es un derecho fundamental, como en el mundo anglosajón norteamericano, que se le niega tal naturaleza y que es concebido únicamente como un riesgo para la privacidad (intimidad)⁸⁴. En EEUU, la privacidad de la información (protección de datos) no es un derecho; sino un instrumento o una herramienta que viene a proteger el derecho a la privacidad⁸⁵.

Por otro lado, junto a estos términos aparece también la “privacidad en Internet” (*Internet privacy*). Este concepto es un subtipo de la privacidad de la información (*information privacy*) o privacidad de los datos (*data privacy*), y supone la privacidad de la información sobre la persona en su contacto con la red o en sus relaciones y actividades digitales.

De este modo, la privacidad en Internet (*Internet privacy*) está localizada dentro de la privacidad de la información (*information privacy*), y ésta está localizada, a su vez, dentro del derecho a la intimidad (*right to privacy*).

Por su parte, a nivel legislativo, en EEUU la privacidad de la información personal tiene una regulación fragmentada (según el ámbito), sin existir

⁸³ Lo mismo ocurre con el día internacional que lo conmemora. En EEUU se conoce ese día como “Día de la Privacidad de la Información” o “Día de Privacidad de los Datos” (*Data Privacy Day*) o *Information Privacy Day*), y, en la Unión Europea, “Día de la Protección de Datos” (*Data Protection Day*).

⁸⁴ A. RALLO LOMBARTE, “El nuevo derecho de protección de datos”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 116, 2019, pp. 45-74, p. 50. A modo de profundización: S. DAVIS, “Is there a right to privacy?”, *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 90, núm. 4, 2009, pp. 450-475.

⁸⁵ Véase: A. POLO ROCA, “El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 165-193, p. 171.

una norma básica que regule la privacidad de la información con carácter general y transversal (como el RGPD).

Por último, cabe añadir que actualmente varios Estados de EEUU están aprobando normas generales relativas a la privacidad de la información (protección de datos), que regulan la materia de manera transversal (impulsados, en gran medida, por el RGPD europeo). El primer Estado en hacerlo fue California en 2018 con la *California Consumer Privacy Act* de 2018 y la *California Privacy Rights Act* de 2020, y el segundo Estado Virginia con la *Consumer Data Protection Act* de 2021. De este modo, parece que con ello EEUU se comienza a alejar de la fragmentación normativa que ha existido en este ámbito.

6. EL “DERECHO A LA INTIMIDAD” Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

6.1. El término “privacidad” o “vida privada”: la LORTAD (1992)

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), la primera norma española relativa a la protección de datos, recogió lo siguiente en su exposición de motivos: “el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, [...] se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona [...], la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global”.

Resulta evidente que, en la LORTAD de 1992, encontramos una clara influencia de la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*), ya que la norma recogió que la privacidad o vida privada (esfera privada o *privatsphäre*), es más amplia que la zona más íntima (esfera íntima o *intimsphäre*) – utilizando, incluso, la palabra “esfera” –.

Por su parte, el TC, en el año 1998, el TC declaró sobre la “libertad informática” y el derecho a la protección de datos que consagraba “un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad–, ‘pertenezcan o no al ámbito más estricto

de la intimidad”⁸⁶. Ello casa con lo recogido por la LORTAD y con la teoría de las esferas. Ese fundamento (“pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad”) hace referencia a esa esfera íntima o *intimsphäre* (“ámbito más estricto de la intimidad”) y a esa segunda esfera privada, vida privada o *privatsphäre* (“o no”).

En estos casos se hablaba de privacidad o vida privada, haciéndole referencia a la segunda esfera, queriendo distinguirla de la primera esfera (zona íntima o esfera íntima), a la que también se le denomina intimidad.

No obstante ello, como se ha mencionado, la intimidad además de en su concepción de zona íntima o esfera íntima, también coexiste en su concepción amplia o genérica de intimidad en general (ambas concepciones usadas por el TC en sus pronunciamientos).

6.2. El término “derecho a la intimidad” como concepto general: LOPD (1999) y LOPDGDD (2018)

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), no tuvo exposición de motivos, por lo que no tendremos indicios claros de si el legislador seguía la tesis de su predecesora, la LORTAD de 1992.

No obstante ello, en la LOPD no encontramos el término privacidad ni una sola vez; sí, en cambio, el término intimidad, si bien solamente en dos ocasiones⁸⁷. A ello se le añade, además, que en su artículo primero, se expresa que es objeto de la LOPD “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e ‘intimidad personal y familiar’”. En el objeto de la ley, por tanto, se le hace referencia directa a la intimidad (no a la privacidad).

Del mismo modo, en la actual LOPDGDD de 2018 se hace referencia a la “intimidad” y al “derecho a la intimidad”. En toda la norma, se encuentra latente la intención de proteger “la intimidad personal y familiar”⁸⁸.

⁸⁶ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º, y STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4º.

⁸⁷ Véanse: artículo 1 y Disposición adicional tercera de la LORTAD.

⁸⁸ Haciendo un análisis estrictamente lingüístico de la LOPDGDD, el término “privacidad” aparece tres veces (una vez en el artículo 49 y dos en la disposición adicional undécima); y el término “intimidad”, en cambio, en dieciséis ocasiones (dos veces en el preámbulo, una en el artículo 83, una en el artículo 85, cuatro en el artículo 87, una en el artículo 88, una en el

6.3. La protección de datos en la CE: “derecho a la intimidad” como concepto general

En cuanto a la protección de datos, se desprende del mandato constitucional que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, tal como el constituyente de 1978 lo plasmó en el apartado cuarto del artículo 18 de la CE.

De este modo, tal como se deduce de ese artículo 18.4 de la CE, el derecho fundamental a la protección de datos parte del “honor y la intimidad personal y familiar”. El “uso de la informática” ponía (y pone) en peligro “la intimidad personal y familiar”; es decir, la intimidad (art. 18.1 de la CE). Por tanto, lo que se quiso proteger en España es la intimidad, frente a la informática y su “uso torticero” (*sic*).

De ello se deduce que el elemento básico latente en toda esta cuestión es la intimidad misma, teniendo en cuenta, además, que la protección de datos deriva de la intimidad (como la inviolabilidad del domicilio, etc.), ya que su objeto es proteger la identidad e intimidad de una persona física.

En estos casos (LOPD, LOPDGDD y CE) se está hablando de la intimidad como concepto genérico, de la intimidad en general – no de la intimidad como sinónimo de la zona íntima o círculo íntimo –. Por ello, el TC declara que la protección de datos, además de derecho autónomo, es “un derecho instrumental [...], un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor”⁸⁹ (intimidad, en general).

El término intimidad ha sido utilizado de forma indistinta para hacer referencia a ambos conceptos (a la “zona íntima” que está dentro de la “vida privada”, y a la intimidad “en general” de la que forman parte distintos derechos instrumentales).

7. LOS PERFILES DEL “DERECHO A LA INTIMIDAD”

Como se ha expuesto, en la tradición estadounidense, de la construcción del derecho a la intimidad (*right to privacy*) que ha venido haciendo la Corte Suprema de los EEUU se desprende que tal derecho contiene: un ámbito pri-

artículo 89, una en el artículo 90, una en la disposición final décima, tres en la disposición final decimotercera y una en la disposición final decimocuarta).

⁸⁹ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5.º.

vado libre de injerencias de terceros o del Estado, el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar, la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas, el derecho a decidir sobre un ámbito de la vida privada o “privacidad decisional” (*decisional privacy*), etc. Y también la privacidad de la información (inexistente para la Corte, pero defendida por la doctrina y ubicada dentro del contenido del derecho a la intimidad).

De este modo, ese “derecho a la privacidad” (*right to privacy*) es un derecho constitucional o fundamental, construido jurisprudencialmente por la Corte, formado por muchos conceptos o manifestaciones de carácter instrumental para protegerlo (privacidad decisional, privacidad familiar, privacidad sexual, privacidad de la información, etc.), es decir, para proteger la privacidad del individuo de la invasión.

A su vez, mientras en EEUU la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS) iba construyendo la noción de derecho a la intimidad (como derecho a la privacidad) a partir de la década de 1960 en adelante, en Europa, en Alemania, también se comenzó a desarrollar y construir la noción del derecho a la intimidad (como derecho a la vida privada). En este caso, se configuró como un derecho localizado dentro del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG) en relación con la dignidad de la persona humana (art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG).

En esa construcción, se desarrolló la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*): la “esfera íntima” (*intimsphäre*), la “esfera privada” (*privatsphäre*) y la “esfera individual o social” (*individualsphäre* o *sozialsphäre*); cada esfera con una protección jurídica distinta, gradualmente mayor, siendo la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*) la más cercana a la vida pública y, por ello, no estando protegida — salvo cuando se trate de informaciones falsas o lesivas del derecho al honor —.

Volviendo a la tradición anglosajona-estadounidense, tal como afirmaron Warren y Brandeis en su artículo, al aplicar el derecho a la privacidad, los tribunales debían (y deben) establecer una línea divisoria entre los asuntos públicos y los privados; así, se protegería sólo la información “relacionada con la vida privada, los hábitos, los actos y las relaciones de un individuo”⁹⁰, pero no ampararía prohibir “publicación de cualquier asunto que sea de interés público o general”⁹¹. Ello casa con la doctrina alemana de las esferas, ya

⁹⁰ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, cit., p. 216.

⁹¹ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, cit., p. 214.

que, en ambas construcciones doctrinales, se da la existencia de una línea divisoria entre los asuntos privados y los públicos; siendo la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*) la que quedaría no amparada por la privacidad o intimidad (con la excepción mencionada).

En lo que respecta a España, el TC ha hecho una caracterización parecida del derecho a la intimidad, ya que, en sus pronunciamientos, ha establecido que el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) son manifestaciones del derecho a la intimidad⁹².

Sin embargo, en la tradición española, debemos distinguir la intimidad como derecho genérico, donde entrarían las mencionadas, y la intimidad como sinónimo de “zona íntima” (esfera íntima o *intimsphäre*). Cuando el TC se refiere a que el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio o la protección de datos tienen carácter instrumental orientado a proteger la intimidad y que, por ello, forman parte de ésta, el tribunal está haciendo referencia a la intimidad como un concepto amplio, no a la intimidad como “zona íntima”, esfera íntima, primera esfera o *intimsphäre*.

Esta es la acepción amplia que encontramos en la CE (art. 18.4) y los textos legislativos como la LOPDGDD, homólogo al derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*) en el que la Corte incardina distintos aspectos de la intimidad (familiar, decisonal, sexual, etc.).

En cambio, cuando se expone que la intimidad forma parte de la vida privada, y que ésta engloba aquélla, se está haciendo referencia al segundo concepto de la intimidad, a aquel con el que se pretende nombrar la esfera íntima o *intimsphäre* (primera esfera); como cuando el TC se pronunciaba sobre la protección de informaciones sobre la privacidad, “pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad” (“zona íntima”)⁹³.

⁹² STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 2: “Por lo que se refiere a las vulneraciones constitucionales, es preciso señalar que, aunque en la demanda se invoca la infracción del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), nuestro análisis ha de centrarse en el último de ellos, al venir configurado el secreto de las comunicaciones como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad”. También, STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2: “Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que 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””.

⁹³ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º, y STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4º.

Es por ello que, en la segunda concepción donde intimidad hace referencia a la esfera íntima o *intimsphäre* (y no al concepto amplio de intimidad), la doctrina ha afirmado que “la intimidad forma parte de nuestra privacidad, pero no al contrario. [...] Nuestra intimidad puede ser desconocida incluso para las personas más próximas, mientras que la vida privada es compartida con ellas y pretendemos que esté protegida de la mirada de quien no forma parte de nuestro entorno personal”⁹⁴. Ello es así, ya que, en este segundo significado, la esfera privada o *privatsphäre* (segunda esfera) es más amplia que la esfera íntima o *intimsphäre* (primera esfera), y por eso se dice que aquélla (esfera privada, denominada también vida privada) engloba a ésta (esfera íntima)⁹⁵.

De todo ello se deduce que el concepto de derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*), donde se engloban todas las “intimidades” (familiar, decisonal, sexual, etc.), como el concepto (amplio) de intimidad en España, donde, según el TC, también se engloban todas las “intimidades” (vida privada, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc.), ocupan el mismo espacio conceptual. Al igual que también lo hace la esfera privada o *privatsphäre* (segunda esfera) en la tradición alemana.

De este modo, la construcción que la Corte Suprema de EEUU ha venido haciendo sobre la privacidad (o intimidad) es conceptualmente el mismo que la del derecho a la intimidad (general) al que el TC hace referencia (ocupan el mismo espacio conceptual⁹⁶): la intimidad personal y familiar, la toma de decisiones sobre la vida privada, la “intimidad” del domicilio (inviolabilidad), la “intimidad” de las comunicaciones (inviolabilidad), la intimidad respecto a las nuevas tecnologías y de la información personal (protección de datos), etc.

⁹⁴ J. A. DÍAZ ROJO, “Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?”, *Espéculo: Revista de Estudios Literarios*, núm. 21, 2002.

⁹⁵ Es por ello que en muchas ocasiones se ha afirmado que “intimidad no es privacidad”, porque, cuando se hace tal afirmación, se hace referencia a que “el círculo íntimo no es el círculo privado (vida privada)”. Sin embargo, intimidad y privacidad son el mismo concepto cuando se hace referencia a la intimidad, en general, como concepto amplio del que forman parte distintos derechos instrumentales (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc.).

⁹⁶ De este modo, oraciones como “*choosing whether or not to have an abortion is a privacy issue*” o “*my secrets are parte of my privacy*” deberían traducirse como “elegir si tener o no un aborto es una cuestión de *intimidad*” o “mis secretos son parte de mi *intimidad*”.

En suma, como ha expuesto Rallo Lombarte de modo brillante (afirmación que se secunda), estamos ante distintos “perfiles dogmáticos del derecho a la intimidad (*privacy*, en su acepción anglosajona; vida privada, en la tradición continental europea)”⁹⁷. Estos conceptos constituyen distintos perfiles del derecho a la intimidad, pero todos ellos son intimidad, ese espacio privado reservado de la persona.

Con todo, es cierto que existen diferencias en torno al fundamento de este derecho fundamental; así, entre otras diferencias, la intimidad en EEUU se basa principalmente en la libertad, mientras que, en la tradición europea, su pilar principal es la dignidad humana⁹⁸.

Por otro lado, respecto a la protección de datos, la diferencia entre las tradiciones anglosajona y europea es mucho mayor que en lo que respecta únicamente al derecho a la intimidad. Tanto en la UE como en España se ha construido como un derecho fundamental, autónomo de la intimidad (si bien en sus inicios no lo era; no nació como derecho), pero, en la tradición anglosajona, la privacidad de la información (*information privacy*), o privacidad de datos, no es un derecho, sino un concepto instrumental orientado a proteger el derecho a la intimidad (*right to privacy*). Es más, para la Corte Suprema de EEUU, ni tan siquiera existe.

Así, en EEUU, la protección de datos o la privacidad de la información, viene a ser una manifestación más del derecho a la intimidad o privacidad (*privacy*); y la privacidad en Internet (*Internet privacy*), localizada dentro de la privacidad de la información, viene a ser un subtipo de esta manifestación o modalidad de la intimidad.

8. CONCLUSIONES

Con todo lo analizado, podemos deducir que, pese a la distinta evolución y construcción de la intimidad en la tradición anglosajona-estadounidense y en la europea, comparten un espacio conceptual. El derecho a la privacidad (*right to privacy*) – tradición anglosajona-estadounidense – y derecho a la vida privada (*right to a private life*) – tradición europea – son

⁹⁷ A. RALLO LOMBARTE, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Juez garante de la Privacidad en Internet”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 583-610, p. 583.

⁹⁸ Véase: J. Q. WHITMAN, “The Two Western Culture of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 6, 2004, pp. 1151-1221, pp. 1160 y ss.

distintas formas o acepciones de referirse al derecho a la intimidad⁹⁹. De este modo, sea denominado “derecho a la privacidad” (o privacidad), “derecho a la vida privada” (o vida privada) o “derecho a la intimidad” (o intimidad), estamos ante el mismo concepto, ante distintos perfiles del mismo concepto.

En EEUU, ese derecho a tener un ámbito privado, libre de intromisiones ajenas, es amparado por el derecho a la privacidad (*right to privacy*), un derecho construido por la Corte Suprema de EEUU, que engloba la privacidad decisional, privacidad familiar, privacidad sexual, privacidad de la información, etc.

A su vez, en España, ese derecho se denomina intimidad (en sentido amplio) que engloba todo aquello relacionado con la intimidad de una persona: la intimidad personal y familiar, la toma de decisiones sobre la vida privada, la “intimidad” del domicilio (inviolabilidad), la “intimidad” de las comunicaciones (inviolabilidad), la intimidad respecto a las nuevas tecnologías y nuestra información personal (protección de datos), etc. La intimidad es el fundamento ontológico básico de todos los demás.

Sin embargo, la influencia de la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*) o círculos concéntricos ha hecho que el término intimidad también se use para referirse a esa zona íntima, círculo íntimo, esfera íntima o *intimsphäre*, que está dentro del concepto más amplio que es la zona privada, círculo privado, esfera privada o *privatsphäre* (vida privada).

De ello se deduce que el concepto estadounidense de derecho a la privacidad o intimidad (*right to privacy*) es lo mismo que el español derecho a la intimidad (en sentido amplio), ese derecho en el que están incardinados otros que vienen a ser manifestaciones de la intimidad (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, protección de datos, etc.), y al que se hace referencia en el texto constitucional (art. 18.4) o en textos legislativos (LOPDGDD). La dicotomía terminológica que se da en castellano se debe a la influencia de las tradiciones alemana y estadounidense en el Derecho español.

Por último, el término estadounidense privacidad de la información (*information privacy*), o privacidad de los datos (*data privacy*), sería el equivalente, *mutatis mutandis*, al término protección de datos (*data protection*): todo lo relacionado con el tratamiento de información personal o datos personales

⁹⁹ Por ello es que *right to privacy* es traducido como derecho a la intimidad.

(con alguna matización). No obstante ello, su configuración constitucional difiere, ya que, en EEUU, la privacidad de la información no es un derecho (sino una herramienta que protege la privacidad general), y, en cambio, en la UE y en España, la protección de datos es un derecho fundamental autónomo (si bien vinculado directamente a la intimidad).

ANDONI POLO ROCA
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Rampas de Uribitarte, 3
48001 Bilbao
e-mail: apoloro@icasv-bilbao.com