

LA INTIMIDAD, ESE “TERRIBLE DERECHO” EN LA ERA DE LA CONFUSA PUBLICIDAD VIRTUAL

INTIMACY, THIS “TERRIBLE RIGHT” IN A CONFUSED VIRTUAL ADVERTISING AGE

Ignacio Villaverde Menéndez*

Resumen: En este artículo se plantean tres tesis en relación con el disfrute del derecho a la intimidad en internet. La primera es que el derecho a la intimidad en el caso de la Constitución española sólo alcanza a la decisión individual sobre mantener oculta a terceros información sobre su persona. No garantiza un derecho a la toma de ciertas decisiones relativas a su vida y a su relación con otros; ni garantiza la vida privada en los términos que la ha definido el TEDH. La segunda es que, quien hace uso de internet también ejerce su derecho a la intimidad cuando divulga información sobre su persona. Pero esa aparente “renuncia” a su intimidad es revocable en todo momento, pudiendo exigir su “derecho al olvido”. Y la tercera es que pesa sobre el Estado el deber positivo de proteger activamente el derecho a la intimidad de las personas en internet, incluso cuando éstas hayan consentido su lesión si está en juego la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad.

Palabras clave: Derecho a la intimidad. Privacidad, internet. Redes sociales.

Abstract: In this article, three theses arise in connection with the enjoyment of the right to privacy on the Internet. The first is that the right to privacy in the case of the Spanish Constitution extends only to the individual decision to keep hidden from others about him. Does not guarantee a right to certain decisions concerning his life and his relationship with others, or guarantee of privacy in the terms that defined the ECHR. The second is that, who makes use of internet exercises his right to privacy when it disclosed information about him. But this apparent “surrender” to privacy is revocable at any time, and may require its “right to be forgotten”. And the third is weighing on the state a positive duty to actively protect the privacy of people on the internet, even when they have consented to injury if human dignity and the free development of his personality are at risk.

Keywords: Right to Privacy. Privacy. Internet. Social networks.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo, España; ejjl@unoesc.edu.br

Introducción

1 El fin de la intimidad

El título de este opúsculo parafrasea al venerable Jeremy Bentham cuando en su *Principles of the Civil Code* se refiere al derecho de propiedad y califica, no al derecho, sino al deseo de ser propietario, de “terrible”. Terrible porque ese deseo enfrentaría a quienes no son propietarios con los que sí lo son; y es el Derecho quien pondrá orden y concierto entre los deseos.¹ Existe la tendencia a creer que en cierto sentido el derecho a la intimidad es ese “derecho” que pondrá orden al voraz deseo del ser humano por escudriñar en la vida de los demás. Esto es así en la medida en que el derecho a la intimidad es el escudo del que se valen los seres humanos para defenderse de la curiosidad ajena. Pero, ¿qué sucede si somos nosotros mismos los que mostramos sin pudor nuestra intimidad a esos terceros? Acaso el derecho a la intimidad pone orden no, o no sólo, al deseo de terceros, también a nuestra alocada tendencia a desnudar nuestra vida en las redes sociales confundidos por la aparente “privacidad” del medio.

En efecto, el proceso de comunicación pública sobre el que se asienta el entramado de libertades constitucionales pertenecientes al grupo de los derechos de interrelación con otros (libertades de expresión, información, derecho a la información, honor, intimidad y propia imagen, protección de datos, reunión y manifestación y asociación), ha sido un espacio físico y real de comunicación interpersonal (la plaza pública, la calle, los medios de comunicación...) era un espacio definido físicamente, bien por el espacio en el que tenía lugar el proceso de comunicación (la plaza pública...), bien por el soporte en el que éste se producía (la prensa...) hasta la irrupción del empleo de internet como un foro público de comunicación interindividual mediante redes sociales y otros medios de difusión de opiniones e información imaginables (lo blogs puede ser el ejemplo conspicuo).² Internet ha hecho de ese espacio físico un lugar inexistente, “líquido” como ahora se da por denominar a todo lo inaprehensible a los sentidos. Lo paradójico del espacio de comunicación que ofrece internet es que, al tiempo de ser un campo abierto de intercambio de mensajes, ofrece la aparente sensación de opacidad, de intimidad, de que nadie nos ve, y además facilita el anonimato y la creación de personajes falsos. Los principios de libertad (el acceso al proceso no podía ser efecto del uso del poder público, del mismo modo que nada puede coartar o imponer el acceso de mensajes al proceso), apertura (cualquiera y cualquier mensaje puede acceder al proceso) y publicidad (el

¹ Este derecho es el que ha vencido la aversión natural al trabajo – el que ha dado al hombre el imperio de la tierra – el que ha guiado a las naciones a cesar sus hábitos nómadas – el que ha formado el amor de la patria y el de la posteridad. Gozar prontamente – gozar sin pena – es el deseo universal del hombre: éste es el deseo terrible, pues armaría a todos los que nada poseen, contra los que poseen algo. Pero el derecho que reprime este deseo es el triunfo más espléndido de la humanidad sobre ella misma.” (En *The Works of Jeremy Bentham*, Bowring (ed.), Thoemmes Press, Bristol, 1995 (reed.), v. 4, p. 308.

² Para un análisis del proceso de comunicación pública véase cualquiera de los trabajos de Ignacio Villaverde Menéndez, tanto sus libros *Derecho a ser informado. Estado democrático e información*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo 1994, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995; y finalmente su *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de “proceso de comunicación pública”*, Revista española de derecho constitucional, n. 68, 2003, p. 121 y ss.

proceso es transparente y accesible a la generalidad) que rigen la garantía constitucional de ese espacio de intercomunicación social, se diluyen en esa su condición *líquida* de la red, inaprehensible a los sentidos, o, para mejor decir, reducida a una pantalla y un teclado de cualquier dispositivo informático imaginable. La red nos genera la ilusión de que en realidad la comunicación activa o pasiva que establecemos a través suyo es opaca al mundo, no deja rastro; es un proceso de comunicación solo aparentemente libre, abierto y público. Esa aparente opacidad nos estimula a ser menos prudentes con nuestra privacidad en la falsa creencia que estamos a salvo de la mirada ajena. El precio que se paga por hacer uso ilimitado de semejante fuente inagotable e inabarcable de información que es la red es la fragilidad de nuestra vida privada. Esto no sucede en el proceso de comunicación pública real, donde de pagar un precio por el acceso a la información o participar en los canales de información es económico.

Lo que el lector encontrará en este estudio es una reflexión sobre la "intimidad" en la era del Constitucionalismo global, o en red, o como quieran llamarlo. Una reflexión sobre el derecho que en la actualidad se debate en una profunda paradoja: ser el último baluarte de la persona frente a la sociedad y el Estado, al tiempo que es el derecho al que primero renunciamos sin saberlo. A mi juicio, el reto actual y urgente que nos plantea el derecho a la intimidad es precisar cómo le afecta su renuncia. Porque, así lo creo, lo que el mundo virtual ofrece con todos esos instrumentos de comunicación y socialización (twitter, facebook, instagram, blogs...) es una excusa para el exhibicionismo. Lo que plantea el mundo virtual es un problema de renuncia del derecho a la intimidad, no de su ejercicio.

Son tres las ideas que trataré de desarrollar en estas páginas con la intención de provocar la reflexión y el debate. La primera es la necesidad de distinguir entre privacidad, intimidad, vida privada y autonomía individual. La segunda es el análisis de la renuncia al derecho a la intimidad en el uso de las redes sociales. Y en tercer lugar, la posibilidad de que pese sobre el Estado el deber positivo de intervenir para justamente proteger nuestra intimidad incluso en contra de nuestra voluntad.

2 Privacidad, intimidad y autonomía personal

Existe una cierta tendencia a equivocar la privacidad, o como reza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante, CEDH), vida privada, y la intimidad del artículo 18,1 de la Constitución española de 1978 (CE). Una vez situados en la definición de una y otra categoría que, ya adelanto, considero distintas pero no distantes, existe también la posibilidad de que su contenido jurídico, su objeto técnicamente, consista en la autonomía personal para decidir sobre cómo actuar, con quién relacionarse y de qué manera. En mi opinión la privacidad-vida privada es el género, la intimidad una de sus especies, y la autonomía personal puede ser o no su objeto.

No es puro nominalismo esta disección, como pudiera parecer. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o la Corte Suprema de los

EEUU (en adelante, CSt.US)³ han interpretado que lo garantizado por el CEDH, o la Constitución norteamericana (y no está lejos de esta interpretación el Tribunal Constitucional federal alemán), es “el derecho de vivir la propia vida con el mínimo de interferencias de terceros,” en palabras de la Declaración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa “Sobre los medios de comunicación de masas y los derechos humanos”, Resolución 428 (1970), reiterada en su posterior Resolución 1165 (1998) “Sobre el derecho a la privacidad.”⁴

En efecto, la Sentencia del TEDH, Caso von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004, afirmó, sintetizando la doctrina reiterada del TEDH, que:

[...] la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes (ver, «mutatis mutandis» Sentencias Niemietz contra Alemania de 16 diciembre 1992 [TEDH 1992, 77], serie A núm. 251-B, p. 33, ap. 29 y Botta contra Italia de 24 febrero 1998 [TEDH 1998, 60], Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I, pg. 422, ap. 32). Existe por tanto una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la «vida privada» (ver, «mutatis mutandis», PG y JH contra Reino Unido, núm. 44787/1998 [TEDH 2001, 552], ap. 56, TEDH 2000-IX, y Peck contra Reino Unido, núm. 44647/1998, ap. 57, TEDH 2003-I).

Pero es que además, aunque el TC y el TEDH han reiterado que la revelación por el interesado de asuntos relativos a su vida privada personal o familiar no le deja al páiro de la voracidad informativa del público y los medios de comunicación, sí que el titular del derecho no puede pretender restringir la circulación de la información por el revelada o que sea objeto de escrutinio o debate (por todas STC 134/1999).⁵

El TEDH (Caso Niemietz c. Alemania, de 19 de diciembre de 1992, Caso Xe Y c. Países Bajos, 25 de febrero de 1997; Caso Rotaru c. Rumanía, 4 de mayo de 2000) ha manejado como núcleo de la protección que dispensa el artículo 8 CEDH la “vida privada”. Y además le ha dado un alcance sumamente extenso.⁶ El concepto “vida privada” no se queda solo en lo estrictamente personal e íntimo, en aquello que el individuo de-

³ Sobre la jurisprudencia norteamericana, Ellen Alderman/Caroline Kennedy, *The Right to Privacy*, vintage books, new York, 1995.

⁴ Su punto 5 hace expresa mención a la red: “In view of the new communication technologies which make it possible to store and use personal data, the right to control one’s own data should be added to this definition. Y bien se ve que reconduce la cuestión al ámbito del derecho a la protección de los datos personales. De lo que se hace eco, por cierto, el § 70 de la STEDH Caso von Hannover c. Alemania, 24 de junio de 2004.

⁵ Lo que no deja de suscitar disonancias con los derechos de oposición y cancelación que, de acuerdo con la doctrina del TC, STC 292/2000, forman parte del contenido constitucional del derecho fundamental a la protección de los datos personales. Conflicto que a mi juicio resuelve la propia STC 292/2000 cuando distingue entre un derecho y otro. En efecto, una vez revelado el dato por el interesado, éste sigue disponiendo de un poder jurídico de control sobre su uso y destino garantizado, no ya por el derecho a la intimidad, sino por el derecho a la protección de datos personales. Ese poder de control se precisa técnicamente en el derecho a oponerse a que su dato siga circulando en el proceso de comunicación pública, y a cancelarlo. En fin, ejerce su “derecho al olvido”, lo que en modo alguno está exento de dificultades.

⁶ Un buen análisis de la jurisprudencia del TEDH y también del TC (con referencias al derecho comparado) puede consultarse en Esther Bueno Gallardo, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados Tributarios*, CEPC, Madrid, 2009.

sea mantener reservado y sustraído al conocimiento ajeno. Vida privada se extiende a las decisiones que tome el individuo sobre sus relaciones con terceros que tengan una conexión directa con su condición de persona y el libre desarrollo de su personalidad. Como dice el TEDH, debe haber un vínculo directo e inmediato entre las medidas buscadas por el individuo y su vida privada y familiar para considerarlas protegidas por el artículo 8 CEDH (Caso Botta c. Italia, de 24 de febrero de 1998). De este modo el TEDH no considera garantizada toda decisión relativa a la propia vida, fruto más bien de una genérica libertad individual que salvaguarda la autonomía de la voluntad de cada cual. De este modo el TEDH define un concepto objetivo de vida privada, en el sentido de que lo que sea no es decisión del interesado, sino fruto de una interpretación que hace el propio TEDH sobre qué puede objetivamente considerarse por tal.

La perspectiva española es otra, más restrictiva. Probablemente porque carecemos de un derecho fundamental genérico cuyo objeto sea el libre desarrollo de la personalidad o, simplemente, su libertad genérica de actuar como considere más conveniente. EL TC parece haber mantenido también un concepto objetivo de intimidad en línea con lo expresado por la jurisprudencia del TEDH, aunque su alcance sea más reducido que el de "vida privada" del artículo 8 CEDH (SSTC 20/1996 FJ 3, 115/2000 FJ 4, 127/2003 FJ 7). El TC ya ha dicho en reiteradas ocasiones que ese derecho a la vida privada no existe en el ordenamiento jurídico español. Lo que existen son derechos que dotan de garantía constitucional a ciertos aspectos precisos de esa libertad genérica individual (STC 120/1990 FJ 11). Por esa razón, la intimidad del artículo 18,1 CE no es, ni necesita ser, sinónimo de privacidad o vida privada al modo anglosajón o de la jurisprudencia del TEDH. La intimidad de la CE es algo más preciso y relativo únicamente a la información sobre la persona y su ámbito familiar. Otros aspectos relacionados con la autonomía personal (caso del aborto en la jurisprudencia americana o el mantenimiento de relaciones sexuales en el caso de la española) o con la vida familiar o personal, no necesariamente íntimas (el nombre, el reagrupamiento familiar, los antecedentes familiares, el suicidio o la eutanasia...), caso del artículo 8 CEDH, carecerían de acomodo en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, aunque si pueden tener acomodo en otros derechos como a la protección de los datos personales (artículo 18.3 CE), a la integridad física o moral (artículo 15), o simplemente carecerían de protección constitucional.⁷

Por tanto, y es importante detenerse en ello ahora, el artículo 18.1 CE no garantiza un remedio de *derecho de autonomía personal* que garantice a la persona la toma de decisiones sobre su vida y forma de vivirla.⁸ Como tampoco garantiza el derecho a tener una vida privada o a vivirla como cada cual estime conveniente. En la CE se garantiza

⁷ Por todos, Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2008, Caps. I, II y III.

⁸ En este extremo discrepo de lo sostenido por Javier Mieres en su obra *Intimidad Personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 29 y ss. No considero que en la CE sea objeto del derecho a la intimidad la autonomía en la adopción de decisiones personales. Los casos citados en su libro (SSTC 89/1987, 151 y 201, ambas de 1997) no se refieren tanto a supuestos en los que lo que se pretende proteger es una forma determinada de actuar, como la consideración como íntimas ciertas decisiones. Por ejemplo, en el caso de la autorización a reclusos de visitas en ciertas condiciones que permitan el mantenimiento de relaciones sexuales, el TC no niega que la sexualidad pertenezca a la intimidad de cada cual, sino que el derecho a la intimidad alcance a proteger un derecho al mantenimiento

la intimidad, entendida no como lo íntimo, sino la decisión sobre qué queda reservado a la mirada ajena. El objeto del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE no es la decisión sobre cómo vivir o un espacio que objetiva y materialmente quepa considerar como vida privada, sino la decisión sobre qué de nosotros pueden conocer los demás. Es por eso por lo que, justamente, en la red la intimidad es más vulnerable. La red no condiciona jurídicamente nuestra autonomía personal (salvo casos de acoso cibernético) ni nuestra vida privada, sino nuestra intimidad en la medida en que en ella divulgamos o divulgamos información relativa a nuestra persona.

Luis J. Mieres habla de intimidad “territorial” e intimidad “informativa”.⁹ En efecto, el TC se ha debatido a lo largo de toda su jurisprudencia entre concebir la intimidad como un espacio “de aislamiento frente a la intrusión ajena” o bien como un conjunto de datos relativos a la vida privada de la persona. En realidad ambos son perfectamente compatibles. El primer concepto se refiere a la “propia esfera de desenvolvimiento del individuo” (STC 98/2000); a aquellos espacios, lugares o zonas del cuerpo sobre las que la persona proyecta una legítima expectativa de “privacidad”, entendida ésta como lugares ocultos a otros. Como dice el TEDH en el Caso von Hannover c. Alemania, 24 de junio de 2004: “[...] en ciertas circunstancias, una persona dispone de una «esperanza legítima» de protección y de respeto de su vida privada.” Tal es así que es una noción que ha contagiado el objeto de otros derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el cual, para el TC es, ante todo, es aquel espacio físico sobre el que la persona alimenta una expectativa legítima de intimidad¹⁰. En lo que ahora importa, la intimidad protegida por el artículo 18.1 CE, sea territorial o informativa, siempre viene referida a datos relativos al individuo que éste desea mantener a recaudo del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad le otorga el poder de decidir quién y en qué condiciones puede conocerlos. La distinción entre intimidad territorial o informativa se refiere más bien al soporte o lugar en el que esos datos se hallan. En la primera, la territorial, el derecho a la intimidad actúa como un derecho de reacción típico en la mayoría de los casos, pues su objeto es la prohibición de que un tercero acceda a un espacio respecto del que el sujeto proyecta la legítima esperanza de que lo que en él se haga quede oculto a terceros. En el segundo caso, la informativa, el derecho a la intimidad opera como un derecho de libertad, porque con él se trata de proteger conductas individuales, fuentes de una información, o datos del propio individuo que éste quiere ocultar a otros. En último término, la intimidad es información, y el derecho que la protege regula quién y de qué manera puede acceder a ella y usarla.

También aquí el TC vivió cierta tribulación entre dos conceptos, uno objetivo y otro subjetivo, como antes señalamos recogiendo las palabras de Javier PARDO¹¹. En

de relaciones sexuales. Aquí se trata más bien de si el objeto del derecho del artículo 18.1 CE es la “vida privada” como la define el TEDH.

⁹ *Prontuario*, ob.cit., p. 25 y ss.

¹⁰ El propio TC reconoce esa relación entre ambos derechos fundamentales, STC 173/2013, FJ 8.

¹¹ Comentario al artículo 18.1 en “Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario”, Casas Bahomonde/Rodríguez-Piñero (Dirs.), Walters Kluwer, Madrid, 2009.

mi opinión sería más acertado hablar de conceptos formal o material de intimidad. El TC hasta la STC 134/1999 parece haber mantenido un concepto *material* de intimidad según el cual lo es todo lo que razonablemente puede considerarse íntimo o privado. La STC 134/1999 introdujo un concepto diverso. Trataba esta Sentencia de dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿qué norma apodera al legislador o al juez, en particular al Constitucional, para decidir caso a caso qué sea íntimo y qué no? ¿No debe ser el propio titular del derecho quien así lo haga? Ni siquiera en el caso de la intimidad "territorial" hay norma que atribuya al legislador o los jueces y tribunales la competencia para decidir qué espacios son "íntimos". Es al titular del derecho fundamental a la intimidad quien tiene atribuida por él la competencia para determinar qué espacios o qué información son íntimos; en fin, qué de la vida de uno mismo, por banal que sea, debe estar oculto al conocimiento de terceros. Como dice la STC 173/2013 (FJ 6), recordando las palabras de la STC 134/1999:

El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad *atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado*, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), *frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada. (grifo nuestro).

Mucho más contundente fue la STC 144/1999 (FJ 8):

Y ello es así, porque el art. 18.1 C.E. no garantiza sin más la "intimidad", sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información.

Transcurrido el tiempo parece que ese concepto formal de intimidad (lo que decida cada cuál que es su "intimidad", lo oculto a terceros) se ha impuesto en la jurisprudencia del TC, quizá sin saberlo. La STC 173/2011 es aún más clara (se trataba de un caso de distribución de pornografía infantil en el que el condenado esgrimía su derecho a la intimidad frente a la obtención policial de pruebas al haber accedido a su ordenador sin su consentimiento):

De forma que "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 cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio" (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3).

Es, pues, el titular del derecho a la intimidad quien decide qué sea su intimidad. El papel del legislador o de jueces y tribunales es otro. Ya no son ellos, en la condición de poderes públicos, los que definen qué sea íntimo en cada caso. Es el titular del derecho quien lo hace, y es al legislador o a jueces a quien atribuye el poder de delimitar o limitar según la ocasión el derecho, aquilatando la decisión individual sobre qué sea íntimo. El legislador y los jueces y tribunales fijarán los límites a esa decisión, a la "intimidad" así acotada, imponiendo al titular del derecho la publicidad de lo que él pretendía íntimo, o dando garantía a quien se la dio en contra de la voluntad de su titular acudiendo a aquéllos bienes, intereses o derechos constitucionalmente garantizados aptos para esa función limitadora (STC 159/2009 FJ 3).

Así debe ser, en la medida en que, definida así la intimidad del artículo 18.1 CE, su vulnerabilidad en la red es enorme porque cada vez que se revela información por ese medio cabría sostener que se ha renunciado al derecho a la intimidad, dejando desvalido a su titular, víctima de su propio poder de decisión sobre lo que considera íntimo o no. ¿Estamos, en efecto, ante tal renuncia?

3 Renuncia de derechos y eficacia frente a terceros del derecho a la intimidad

A mi juicio no es un caso de renuncia a un derecho fundamental. La cuestión que plantea el derecho a la intimidad en el espacio virtual que recrea la red es la aparente renuncia que de él se hace por su titular embaucado, acaso, por la falsa sensación de control y "privacidad" que ofrecen sus instrumentos de interrelación.¹²

Si la intimidad es, en definitiva, información reservada a uno mismo y de cuyo conocimiento privamos a terceros, privados o públicos, lo que suscita la red es que a través de muchos de sus instrumentos de comunicación con terceros se genera la impresión de una comunicación interpersonal sustraída al conocimiento de otros, protegida por tanto por el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 CE)

¹² Interesante análisis de estas cuestiones en el libro de Amitai Etzioni, *Los límites de la privacidad*, Edisofer/Editorial B de f, Madrid/Montevidéo/Buenos Aires, 2012, *passim*.

antes que por el derecho a la intimidad. Ocurre que ese secreto no es tal porque, en unos casos las condiciones mismas de uso de ese canal nos advierte de su condición de canal accesible a terceros; en otros porque una vez difundida esa información ya no puede considerarse íntima, o al menos no lo es para la otra parte de la comunicación de manera, y como ha dicho el TC, su empleo por él, incluso su transmisión a otros, no es una violación del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 114/1984). En principio, la persona que revela información "íntima" a un tercero, quedaría desprotegida si ha consentido tácita o expresamente que un tercero la reciba. Si a ello sumamos que, si ese tercero emplea o revela a otros esa información, cabe pensar que al no ser un poder público no habría lesión ni del derecho a la intimidad ni del derecho al secreto de las comunicaciones pues el usuario es un particular respecto del que la eficacia de los derechos fundamentales resulta menguada.

¿Se trata, además, de un problema de eficacia entre terceros de derechos fundamentales? En mi opinión no es el caso. Cada vez que la persona toma una decisión relativa a la información que de sí va a revelar a otros y a qué otros la va a revelar, ejerce su derecho fundamental a la intimidad, no está renunciando a él¹³. El titular dispone de su derecho y consiente la "intromisión" en esa esfera, territorial o informacionalmente. En rigor, no es una renuncia al derecho, porque no se abdicar de él, sino su mero ejercicio.¹⁴

Otra cosa es que en ese ejercicio del derecho medie un consentimiento expreso o tácito del titular del derecho. En definitiva, ejercer el derecho a la intimidad es consentir que un tercero acceda a lo que cada cual tiene por íntimo, consista en lo que consista esa intimidad. Y como ha indicado el TC, ese consentimiento es revocable en cualquier momento; decisión que se impone sobre los terceros que hayan accedido a esa información impidiéndoles su uso. Obviamente, el acceso previo no se torna en intromisión ilegítima una vez revocado el consentimiento, pues éste carece de efectos retroactivos. Ahora bien, deja sin efecto cualquier pacto o negocio jurídico relativo a la revelación de aquella información.¹⁵

Son estos los términos del alcance de la eficacia entre terceros del derecho a la intimidad. Su piedra angular es el consentimiento sobre el acceso a la información inicialmente considerada íntima. La intromisión contraria al artículo 18.1 CE del tercero privado en el derecho a la intimidad se produce cuando no media consentimiento de su titular porque le está imponiendo el deber unilateral de soportar el acceso a aquello que ha querido sustraer al conocimiento ajeno.

La STC 173/2011 (FJ 2) lo expresó con suma claridad:

No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde

¹³ Sobre la renunciabilidad de los derechos fundamentales consúltese por todos, el libro escrito por Frumer/Villaverde, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

¹⁴ Sobre la diferencia entre renuncia y ejercicio de los derechos, véase el capítulo redactado por Ignacio Villaverde del libro citado Frumer/Villaverde, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales*, ob.cit., p. 95 y ss, 103 y ss.

¹⁵ A este respecto la doctrina del TC quedó sentada en la STC 117/1994.

a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto “aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida” (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad (FJ 9).

Cuando se usa un instrumento virtual de comunicación ofrecido por la red, y a través suyo se revela información personal, el titular del derecho fundamental está consintiendo la intromisión en su “intimidad”, el acceso de un tercero a su esfera privada y el uso de la información así obtenida. A partir de ese momento, entrará en juego el derecho a la protección de datos. Un instrumento jurídico que apodera al sujeto que ha autorizado el acceso a su intimidad para seguir manteniendo un poder de control sobre el uso y destino de esa información (por todas, STC 292/2000).

Nuestra presencia en la red parece estar bien protegida constitucionalmente. Lo está el secreto de la comunicación con terceros. Lo está el poder de decisión sobre quién y cómo accede a la esfera íntima de cada cual. Lo está el poder de control sobre el uso y destino de la información íntima revelada. Lo que ocurre es que la red no nos protege frente a nuestra credulidad o imprudencia cuando la utilizamos para revelar nuestra intimidad. El ejercicio mismo del derecho a la intimidad divulgando a través de la red información sobre nosotros mismos, provoca nuestro desvalimiento constitucional, nos hace vulnerables y huérfanos de protección constitucional hasta la revocación del consentimiento sobre el acceso a esa información, lo que impone a terceros, parafraseando los términos del clásico de WARREN/BRANDEIS,¹⁶ nuestro *derecho a ser anónimos*.

A mi juicio, esta es la clave de bóveda del sistema de protección de la intimidad en la red: el anonimato. Un anonimato, tanto pasivo (el derecho a no ser conocido en la red o a que no circule en la red información relativa a uno mismo), cuanto activo (el derecho al olvido, a que desaparezca de la red toda información que de uno circule en ella aunque haya sido divulgada por el propio interesado). El derecho a la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales atribuyen a la persona los poderes necesarios y suficientes para hacer efectivo ese anonimato. El primero porque otorga a la persona el poder de negarse a revelar información sobre una misma, de impedir el acceso de terceros a ella o de revocar el consentimiento que lo

¹⁶ *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. I-V, n. 5, 1890, p. 193 y ss (edición en español en Civitas, Madrid, 1995).

autorizó (poderes sólo limitables por ley, o en su caso por los jueces y tribunales para la protección de otros bienes, intereses o derechos constitucionales); y el segundo porque le permite exigir a terceros el cese inmediato del uso de los datos relativos a él (con los límites que legalmente se dispongan) mediante el ejercicio de los derechos de oposición y cancelación.¹⁷

4 El papel activo de los poderes públicos en la defensa de la intimidad en el espacio virtual

Tercera cuestión. La garantía de la intimidad como bien indispensable para mantener una calidad mínima de la vida humana, en palabras de la STC 231/1988 (FJ 3), ¿puede dejarse a la plena disposición de su titular?

La opacidad del medio, su volatilidad, hacen de la red un espacio falsamente seguro y engañosamente privado. Ello hace que los usuarios de la red ocupen una posición de efectiva debilidad frente a los operadores de internet, quienes actúan tras un velo que impide saber a ciencia cierta qué sucede en el ciberespacio. Una debilidad que recuerda a la de los trabajadores frente a sus empleadores, *mutatis mutandis*, cuya constatación llevó al TC a adoptar una actitud proactiva en la salvaguarda de los derechos fundamentales de aquéllos frente a la empresa. Si de posiciones hablamos, no es muy distinta la que ocupa el usuario de internet frente a sus operadores, porque como en aquel caso, lo relevante no es la condición de trabajador, en este caso usuario, sino la debilidad de su posición jurídica frente a la que ocupa quien le emplea, y en lo que ahora importa, le proporciona los servicios en la red. Esa debilidad ha llevado al TC a sostener que el empleador, en definitiva, ejerce en efecto poder público sobre el trabajador, razón por la que en el ámbito laboral los derechos fundamentales poseen una singular eficacia entre y frente a terceros. Una singularidad que se ha concretado en una acción tuitiva sobre la parte débil de la relación que el TC también ha exigido del Estado.

Si el derecho a la intimidad es un parte indispensable de la salvaguardia de la dignidad individual, puede que el Estado, en aras de la defensa objetiva de esa dignidad, deba imponerse a la libre disposición individual de la intimidad sujetándola a límites frente a su propio titular. Por un lado, definiendo como íntimo ciertas conductas por mucho que el individuo se niegue a reconocer que así son; y por otro, actuando de oficio

¹⁷ Se suscita en este caso la cuestión del alcance de los derechos de oposición y cancelación desarrollados en la Ley Orgánica 15/199, de 13 de diciembre, de protección de datos personales, y su reglamento de desarrollo, que carecen de la condición de absolutos. Sobre esta cuestión véase de Artemi Rallo Lombarte, *El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos*, Telos: Cuadernos de comunicación e innovación, n. 85, 2010, p. 104 y ss; Pere Simón Castellano, *El encaje constitucional del derecho al olvido digital en perspectiva comparada*, Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, n. 54, 2012; Emilio Guichot Reina, *La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido*, Revista española de derecho administrativo, n. 154, 2012, p. 125 y ss. Como es bien sabido, está pendiente aún la Sentencia del TJUE relativa al "derecho al olvido" en internet que ha de resolver las cuestiones que al respecto le ha planteado la Audiencia Nacional española (Google Spain, Google, Asunto C-131/12).

invalidando la voluntad del sujeto que hace dejación de su intimidad, imponiendo a terceros el límite al que el propio afectado ha renunciado.

Cabría sostener también en el ámbito de la red, que la posición débil del usuario frente al operador impone al Estado un deber positivo de protección de los derechos fundamentales de aquél frente a aquéllos especialmente intenso. La tesis sería: puesto que el derecho a la intimidad está ligado a la dignidad de la persona, al Estado le compete el deber positivo (artículo 9.1 CE) de adoptar medidas y arbitrar mecanismos que garanticen en la red el pleno disfrute de los derechos fundamentales de los usuarios, incluso en el caso de que éstos renuncien a su ejercicio o consientan su lesión por terceros.

Decía la STC 144/1999 (FJ 8) que:

Esta garantía (la del derecho fundamental a la intimidad) impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información.

Cita a la que debe unírsele las siguientes palabras (FJ 8):

Es el legislador el llamado a precisar todas estas circunstancias en desarrollo del derecho a la intimidad, estableciendo justamente los límites a unos y otros intereses, pero con escrupuloso respeto del contenido esencial de este derecho, que no ha de ser otro que el derivado de la abstracta definición que del mismo hace el art. 18.1 C.E.. Del precepto constitucional se deduce, de un lado, que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida. Lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 143/1994, 151/1997). *De otro lado, el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal y familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos pueden justificar que ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público, como es el caso del Registro Central de Penados y Rebeldes (STC 254/1993, AATC 642/1986, 600/1989, Sentencias del T.E.D.H. Caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; Caso Leander, de 26 de marzo de 1987; Caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; Caso Costello- Roberts, de 25 de marzo de 1993; Caso Z, de 25 de febrero de 1997) (grifo nuestro).*

La acción de los poderes públicos, en especial del legislador, debe dirigirse a tutelar la posición de los usuarios en internet. La garantía de la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE) son los dos bienes dignos de protección constitucional que apoderan al Estado para intervenir en la red garantizando los derechos al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos de sus usuarios, incluso en aquellos casos en los que éstos hayan renunciado a su ejercicio, o consentido su vulneración, imponiendo límites a su libre disposición por su titular.

Es deber del Estado preservar la esfera íntima de la persona frente a "potenciales agresiones" que provengan de quienes de hecho ocupan una posición de superioridad y fortaleza en la red. Ciertamente deberá hacerlo mediante ley (a mi juicio debe ser orgánica al tratarse de un desarrollo de aquellos derechos fundamentales) y con apelación a la dignidad humana y su libre desarrollo para el caso de que esos límites afecten al propio titular del derecho cuando lo ejerce disponiendo de él. No así para el caso de los operadores que, a salvo se trate de medios de comunicación, únicamente estarían ejerciendo su libertad de empresa.

Otra cuestión es que no haya posibilidad de emprender acciones preventivas sin bordear la lesión de los derechos a la libre información y expresión. Esta es la idea de la SSTJUE casos SABAM, extensibles quizá desde los derechos de autor a la intimidad. ¿Puede la intimidad justificar *prior restraints* en internet? Aquí el problema es que es un tercero particular, el proveedor, se limita a poner a disposición de terceros el uso de su medio para difundir mensajes o interrelacionarse con otros. Por tanto, es ese proveedor, sujeto privado, el que puede poner condiciones a qué mensajes alojar o difundir. Igual que hace un editor o el propietario de un medio de comunicación. El TC ya ha dicho en su jurisprudencia que esto no es censura previa prohibida por el artículo 20.2 CE (STC 187/1999).¹⁸ Además, depende del medio: si éste es un acceso al proceso de comunicación pública en internet o solo un medio para la comunicación interpersonal; y debe distinguirse también entre el caso de poner a disposición de terceros un medio de comunicación propio (Facebook) o la herramienta técnica para crear uno propio (motores para la creación de blogs). En un caso u otros, la aplicación de *prior restraints* sería constitucionalmente posible, en la medida en que, no tratándose de censura previa, el Estado cumpliría con su deber positivo de protección del derecho a la intimidad imponiendo a los proveedores de internet y gestores de medios de comunicación virtual a disposición de terceros, el cumplimiento de una serie de protocolos de salvaguarda de la intimidad de terceros.

Referencias

ALDERMAN, E.; KENNEDY, C. *The Right to Privacy*. New York: Vintage books, 1995.

BUENO GALLARDO, E. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados Tributarios*. Madrid: CEPC, 2009.

CARRILLO, M. *El derecho a no ser molestado: información y vida privada*. Cizur Menor: Thomson, 2003.

¹⁸ Consúltense por todos de María Jesús GARCÍA MORALES, La prohibición de la censura previa en la era digital, teoría y realidad Constitucional, núm. 31, 2013, p. 237 y ss. Y también la STEDH Caso Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012.

CASTELLANO, P. S. El encaje constitucional del derecho al olvido digital en perspectiva comparada. *La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n. 54, 2012.

ETZIONI, A. *Los límites de la privacidad*. Montevideo, 2012.

FAYÓS GARDÓ, A. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: CEPC, 2000.

FRUMER, P.; VILLAVERDE, I. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

GARCÍA MORALES, J. La prohibición de la censura previa en la era digital. *Teoría y realidad Constitucional*, n. 31, 2013.

GUICHOT REINA, E. La publicidad de datos personales en internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 154, 2012.

HOLTZMAN, D. H. *Privacy Lost: how technology is endangering your privacy*. San Francisco: Jossey-Bass, 2006.

MIERES MIERES, L. J. Intimidad personal y familiar. *Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

MURILLO, S. *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 2006.

PARDO FALCÓN, J. Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *REDC*, v. 34, 1992.

RALLO LOMBARTE, A. El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos. *Telos: Cuadernos de Comunicación e Innovación*, n. 85, 2010.

RUBENFELD, J. *The right to privacy*. Harvard: Law Review, v. 102, 4, 1989.

SANTAMARIA PASTOR, J. A. Derecho aka intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables, *REDC*, v. 15, 1985.

SCHOEMAN, F. D. *Privacy and social freedom*. New York: Cambridge University Press, 1992.

SOLOVE, D. *Understanding privacy*. London: Harvard University Press, 2008.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Derecho a ser informado: Estado democrático e información*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 1994.

_____. Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 68, 2003.

_____. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. *The right to privacy*. Madrid: Civitas, 1995.

Data da submissão: 10 de dezembro de 2013

Aceito em: 10 de dezembro de 2013

