

La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos

María Nieves Saldaña
(Universidad de Huelva, España)

«Mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles por el gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de lo que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados»¹.

Resumen

La emergencia y el proceso de conceptualización del derecho constitucional a la privacidad de la información personal en el sistema constitucional norteamericano, reflejan la consideración de la privacidad de la información personal como un “valor constitutivo” que coadyuva a la configuración de la identidad individual y a la conformación social en el paradigma de sociedad

¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928) (Brandeis, J. dissenting).

democrático-tecnológica del siglo XXI. Sin embargo, las avanzadas tecnologías de las comunicaciones que en aras de la seguridad nacional contribuyen al desarrollo de medios de vigilancia más invasivos de la información personal al alcance de instituciones estatales, poseen la potencialidad de frustrar la participación ciudadana al amenazar la esfera privada y la autonomía individual, y, con ella, la sociedad democrático-tecnológica del siglo XXI. De ahí que la protección de la privacidad de la información personal con el máximo rango normativo resulte ineludible, aunque ahora la cuestión es si será suficiente el amparo de la Constitución nacional en el paradigma global de la Sociedad de la Información y del Conocimiento del Tercer Milenio.

Palabras clave: Derecho constitucional norteamericano – Privacidad – Privacidad de la información personal – Protección constitucional.

Abstract

The emergency and the process of conceptualization of the constitutional right to informational privacy in the American constitutional system, show the consideration of informational privacy as a “constitutive value” that promotes the configuration of the individual identity and the social conformation in the democratic-technologic society paradigm of the twentieth-one century. However, the advanced technologies of communications that in behalf of national security contribute to the development of more intrusive surveillance mechanism of personal information in the hand of national institutions, have the potentiality of discourage civic participation because they threat the privacy and individual autonomy, and, with this one, the democratic-technologic society paradigm of the twentieth-one century. Therefore, the protection of informational privacy with the higher law is inexorable, although the question is if the national Constitution will afford enough safeguard in the global paradigm of the Knowledge and Information Society of the Third Millennium.

Key words: American Constitutional Law – Privacy – Informational privacy – Constitutional protection.

I. La progresiva inducción constitucional de la privacidad en los Estados Unidos: un derecho complejo y tecnológicamente interdependiente

Como es sabido, la emergencia de la tutela de la esfera privada de la persona se origina frente al potencial invansivo de la tecnología en el sistema jurídico norteamericano de finales del siglo XIX, cuando Warren y Brandeis dieron forma en su célebre ensayo a una clásica definición de la “privacidad” (*privacy*), entendida genéricamente como el derecho a estar solo o a no ser

molestado (*the right to be let alone*). Desde esa fecha, el derecho de vedar a terceros el conocimiento de la vida personal y la posibilidad de controlar qué, cuándo y cómo esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicadas o conocidas por otras personas se ha ido consolidando como un ámbito subjetivo de libertad garantizado por el sistema legal y constitucional norteamericano².

Sin embargo, el término con el que se designa la protección de la esfera privada de la persona no responde a un concepto unitario en el sistema jurídico-constitucional norteamericano. En efecto, aunque desde sus orígenes la formulación del concepto adquiere una connotación amplia, caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, sobre todo del Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía, sin embargo, la noción de privacidad no ha sido fácil de definir con precisión, al depender de factores tecnológicos, sociológicos y temporales. Así, se ha formulado la privacidad en términos de secreto, autonomía, individualidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, como sustrato esencial de la inviolable dignidad personal, y, actualmente, se reivindica como derecho de control sobre la información personal³.

La dificultad para definir con precisión el ámbito de la privacidad, ha motivado que la doctrina y jurisprudencia norteamericanas hayan adoptado una orientación pragmática, identificando progresivamente el conjunto de intereses relevantes que integran esta noción desde la perspectiva constitucional. Así, aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus Enmiendas reconocen expresamente un derecho a la privacidad (*right to privacy*), sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo ha considerado implícito en la garantía del derecho de asociación reconocido en la Primera Enmienda, que protege frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización⁴; en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas irrazonables, limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose

² Con carácter general, *vid.* Kem Gormley, «One Hundred Years of Privacy», *Wisconsin Law Review*, 1992, págs. 1335-1441.

³ Para un interesante análisis de las distintas concepciones de la privacidad, *vid.* Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, en *California Law Review*, vol. 90, 2002, págs. 1087-1155.

⁴ *Id.* *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958). Esta cuestión se planteó en las décadas de los cincuenta y sesenta, con la aplicación de las normas reguladoras de la sedición contra el Gobierno o sus Estados federados incluidas en la *Smith Act* de 1940, incluyéndose las asociaciones y organizaciones subversivas que persiguiesen tales fines, *vid.* *Communist Party v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 US 1 (1961), y *Albertson v. Subversive Activities Control Bd.*, 382 US 70 (1965).

no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también los supuestos de vigilancia electrónica⁵; y en la dimensión sustantiva de la libertad personal que ampara la garantía del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, esto es, el derecho fundamental a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual, lo que le ha otorgado una “posición preferente” que impone a toda legislación estatal que pretenda su restricción demostrar una extraordinaria justificación, un interés estatal relevante (*compelling state interest*), y que ha sido reconocido, entre otros, en los célebres casos de *Griswold v. Connecticut* (derecho a la autonomía reproductiva)⁶, *Roe v. Wade* (derecho al aborto)⁷, la reciente y polémica decisión de *Lawrence v. Texas* (prácticas homosexuales en el ámbito privado)⁸, y el muy difícil asunto del caso *Cruzan v. Director, Missouri Dep’t. of Health* (derecho a la retirada del tratamiento médico y a una muerte digna)⁹.

Por tanto, la noción de privacidad con la que se designa la protección de la esfera privada de la persona en los Estados Unidos no puede equipararse a la concepción de la intimidad imperante en el ámbito español e incluso europeo, de carácter más restringido, de ahí que sea preferible recurrir al término de “privacidad”, que se aproxima en su acepción al significado y contenido más extenso del homólogo inglés, al identificarse con el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión¹⁰. Ámbito en el que se sitúa el aspecto de la esfera privada que aquí especialmente nos ocupa, la protección constitucional de la información personal frente a su

⁵ Vid. especialmente, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Vid. también, *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979); *United States v. Salvucci*, 448 U.S. 83 (1980); *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); y más recientemente *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁶ Vid. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); y también *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 455 (1972); *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 687 (1977).

⁷ Vid. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Vid. también *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*, 505 U.S. 833, (1992); y *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

⁸ Vid. *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). *Lawrence et al. v. Texas* revoca la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo expresada previamente en *Bowers v. Hardwick*, en la que el Tribunal negó protección a la conducta sexual privada, admitiéndose la constitucionalidad de previsiones legislativas del estado de Georgia que criminalizaban la práctica de la sodomía en el propio domicilio al no estar protegida por el sustantivo proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, vid. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁹ Vid. *Cruzan v. Director, Missouri Dep’t. of Health*, 497 U.S. 261 (1990); y también *Commission in Dying v. Washington*, (9th Circuit, 1996).

¹⁰ Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2 Tomos, vigésima segunda edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001, Tomo II, págs. 1835 y 1295, respectivamente. Para un análisis de la diferente evolución del derecho en el sistema constitucional norteamericano y el europeo, vid. James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, en *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, págs. 1151 y ss.

almacenamiento y utilización en la sociedad telemática, esto es, el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, en definitiva, el control sobre la información personal. Sin embargo, el derecho constitucional a la privacidad de la información personal, a la llamada “*informational privacy*”, que precisamente emerge en la década de los setenta como ámbito subjetivo digno de protección en la cultura jurídica norteamericana, carece todavía a principios del siglo XXI, como refleja este estudio, de efectiva protección por la Constitución federal de los Estados Unidos.

Con todo, es en este emergente ámbito de la protección de los datos personales donde viene a reflejarse con mayor intensidad la tensión constitucional siempre latente entre la inderogable protección de la esfera privada de la persona y las imperiosas exigencias de información derivadas de la seguridad nacional en la sociedad interdependiente y globalizada, alienándose la libertad individual frente a la continua captación y utilización de sus datos personales por bases de datos electrónicas que registran su actividad diaria. De ahí la reivindicación creciente de la doctrina constitucional norteamericana, por extender el ámbito de protección constitucional de la privacidad amparado por el principio de libertad de la Decimocuarta Enmienda a la esfera de la información personal, constatándose de nuevo la interdependencia de la protección de la privacidad frente a los avances tecnológicos. En efecto, de igual manera que los avances tecnológicos de finales del siglo XIX originaron la formulación del derecho a la privacidad de Warren y Brandeis, el desarrollo telemático de la Sociedad de la Información y del Conocimiento de principios del siglo XXI demanda la máxima protección constitucional de la información personal, aunque ahora la Constitución nacional no parece mecanismo de protección suficiente en las coordenadas tecnológicas y globalizadas del Tercer Milenio.

II. La emergencia del derecho a la privacidad frente a las tecnologías: la formulación de Warren y Brandeis

Desde sus orígenes, el derecho a la privacidad en los Estados Unidos surge como una reacción ante las posibilidades invasivas de la tecnología. En efecto, desde los primeros párrafos del ensayo fundacional *The Right to*

¹¹ Vid. Samuel Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, en *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890, págs. 193-220. Para la edición española, vid. Samuel Warren y Louis Brandeis, *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Civitas, Madrid, 1995. De la extensa literatura estudiantina del célebre artículo, vid. Benjamin E. Bratman, *Brandeis and Warren's 'The Right to Privacy' and The Birth of The Right to Privacy*,

*Privacy*¹¹, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazan con la difusión indiscriminada de información privada. Warren y Brandeis son conscientes de los riesgos que para la protección de la vida privada supone la emergencia de la sociedad tecnológica de finales del siglo XIX. La proliferación de avances tecnológicos como el teléfono, el fotógrafo así como el desarrollo de la prensa amenazaban con la difusión indiscriminada de información privada, divulgándose los más íntimos detalles en las columnas de los periódicos para satisfacer la curiosidad lasciva mediante la intromisión en el ámbito privado, preocupación paradigmáticamente reflejada en uno de los párrafos más citados del ensayo,

«Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y para garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho “a no ser molestado”. Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: “lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos” [...] La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se ha convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales»¹².

Frente a las posibilidades invasivas de la tecnología, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier aparato de repro-

en *Tennessee Law Review*, vol. 69, 2002, págs. 623 y ss.; R. C. Dreiffus, *Warren and Brandeis Redux: Finding (More) Privacy Protection in Intellectual Property Lore*, en *Stanford Technology Law Review*, 1999, págs. 8 y ss.; Irwin R. Kramer, *The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis*, en *Catholic University Law Review*, vol. 39, 1990, págs. 703 y ss.; James H. Barron, *Warren and Brandeis, The Right to Privacy*, 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): *Demystifying a Landmark Citation*, en *Suffolk University Law Review*, vol. 13, 1979, págs. 875 y ss.; Dorothy J. Glancy, *The Invention of the Right to Privacy*, en *Arizona Law Review*, vol. 21, núm. 1, 1979, págs. 1-39.

¹² Samuel Warren y Louis D. Brandeis, *El derecho a la intimidad*, op. cit., págs. 25 y 27. Para el original, vid. *The Right to Privacy*, op. cit., págs. 195-196.

¹³ *Ibidem*, pág. 46. Para el original, vid. *The Right to Privacy*, op. cit., pág. 206.

ducción o grabación de imágenes y sonidos¹³. Este principio se materializa en el derecho a la privacidad (*right to privacy*), que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida «pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones»¹⁴.

Realmente, el principal argumento de Warren y Brandeis en defensa del derecho a la privacidad es la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su propia información personal, por esto afirman que el principio que fundamenta la protección es el de su personalidad inviolable. El concepto original del derecho a la privacidad refleja así una dimensión psicológica, para Warren y Brandeis el derecho a la privacidad es el derecho de toda persona a proteger su integridad psicológica ejerciendo control sobre aquella información que afecta a la personalidad individual por reflejar su propia autoestima, «el principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona»¹⁵.

Aunque Warren y Brandeis afirman que no pretenden “inventar” nada nuevo, antes al contrario, defienden que el derecho a la privacidad es un principio existente en el *Common Law* que proporciona suficiente base para reconocer a cada persona un mínimo control sobre la publicación por la prensa y otros medios de reproducción de información personal que le afecta. Incluso Warren y Brandeis citan diferentes casos ingleses previos para demostrar que el *Common Law* había venido ofreciendo ya alguna protección frente a la publicación no consentida de diversos aspectos de la vida privada a través de la aplicación inadecuada del Derecho de propiedad intelectual y de la quiebra de confianza o de la buena fe de la teoría de los contratos, de ahí que el llamado “*right to privacy*” no fuese más que una aplicación de una regla ya existente. Sin embargo, realmente Warren y Brandeis pretendieron introducir en el *Common Law* una nueva acción legal de indemnización por los daños ocasionados por la recopilación y publicación de asuntos privados de la vida personal.

Una acción de protección de la privacidad diferenciada de la clásica acción por difamación que sólo garantizaba la reputación frente a la divulgación de hechos falsos, dado que a finales del siglo XIX se había aceptado la veracidad de lo publicado como defensa en un proceso por libelo difamatorio. De ahí que aunque la acción por invasión de la privacidad que Warren y Brandeis formularon presente cierta similitud con la acción por difamación, sin embargo, a diferencia de los supuestos de libelo difamatorio, la prueba de la veraci-

¹⁴ *Ibidem*, pág. 31. Para el original, *vid. The Right to Privacy*, *op. cit.*, pág. 198.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 45. Para el original, *vid. The Right to Privacy*, *op. cit.*, pág. 205.

dad de lo difundido no constituye una defensa que justifique la invasión, por cuanto que es precisamente su publicación o difusión el agravio que se pretende reparar, no exigiéndose tampoco prueba alguna de los perjuicios efectivos ocasionados por la invasión de la privacidad¹⁶. Por esto, insistieron en las diferencias entre la fundamentación externa de la acción por difamación y la dimensión interna de la personalidad que fundamenta el derecho a la privacidad. Así, mientras que el Derecho de difamación descansa sobre los daños ocasionados sobre la reputación, sobre el perjuicio causado en las relaciones de la persona con la comunidad al deteriorar su estimación frente a los demás, de ahí que los derechos reconocidos en el ámbito de la difamación o el libelo sean de naturaleza más bien material, por el contrario, el derecho a la privacidad se centra en el efecto lesivo que la publicación ejerce sobre su autoestima y sentimientos, de ahí su naturaleza inmaterial o espiritual¹⁷.

Así, Warren y Brandeis abogaron por un sistema legal que reconociera y protegiera el derecho a la privacidad porque consideraron que cuando la información sobre la vida privada de una persona es conocida por terceros se menoscaba el núcleo de la personalidad individual. Avanzando los jóvenes abogados de Boston en las últimas líneas del célebre ensayo, la defensa constitucional de la privacidad frente a la ingerencia estatal, invocando a finales del siglo XIX el clásico aforismo inglés “la casa de cada uno es su castillo” (*a man's house as his castle*) tanto frente a la prensa sensacionalista como frente al omnipresente poder estatal. Argumentos que casi cuarenta años más tarde Brandeis defendería como magistrado del Tribunal Supremo en su célebre opinión disidente en *Olmstead v. United States*¹⁸.

En efecto, como magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1916-1939), Brandeis manifestó igualmente una gran preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad, reivindicando una in-

¹⁶ *Ibidem*, pág. 69. Para el original, *vid. The Right to Privacy, op. cit.*, pág. 218.

¹⁷ «El principio en que se basa la ley de difamación abarca un tipo de consecuencias radicalmente diferentes de aquellas que exigen ahora nuestra atención. Esta contempla solamente los perjuicios causados a la reputación, los daños causados al individuo en sus relaciones externas con la comunidad, al hacerle perder la estima de sus conciudadanos. Independientemente de la amplitud alcanzada en la divulgación e independientemente de lo inapropiado de la publicación, para que haya lugar a demanda por difamación lo que se hace público sobre una persona debe tener la intención directa de perjudicarlo en su relación con otros, y tanto en lo escrito como en lo publicado, debe hacerle objeto del odio, del ridículo o del desprecio de sus conciudadanos —el efecto que pueda tener lo publicado en su propia estima y en sus sentimientos no constituye un elemento esencial en el fundamento de la acción—. En resumen, los daños y los correspondientes derechos reconocidos por la ley de difamación y libelo son, por su naturaleza, más bien materiales que espirituales [...] nuestro derecho no reconoce ningún principio bajo el que pueda otorgarse una compensación por mera ofensa a los sentimientos», *ibidem*, págs. 28-29. Para el original, *vid. The Right to Privacy, op. cit.*, pág. 197.

¹⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478, 479 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

interpretación abierta de la Cuarta Enmienda que reconociera un derecho a la privacidad frente a cualquier intromisión estatal ilegítima, sentenciando para la posteridad en su opinión disidente en *Olmstead v. United States* la perpetua dependencia de la protección de la privacidad de los emergentes avances tecnológicos. En 1916 el Presidente Woodrow Wilson designó a Louis D. Brandeis magistrado del Tribunal Supremo. Cuando Brandeis se incorporó al Tribunal, manifestó, al igual que hiciera en *The Right to Privacy*, una especial preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad individual, especialmente frente a aquellos que permitían la interceptación y grabación de las líneas telefónicas privadas por oficiales federales. Preocupación que le llevaría a retomar la tradición jurídica previa para defender la estrecha conexión entre la Cuarta Enmienda y una dimensión constitucional de la privacidad en su conocida opinión disidente en *Olmstead v. United States*, que sería admitida por la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo cuatro décadas más tarde en *Katz v. United States*¹⁹.

En 1928, el Tribunal Supremo norteamericano resolvió por supuesta violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas el caso *Olmstead v. The United States*, sobre escuchas y registro de conversaciones telefónicas de las actividades ilegales de comerciantes de alcohol practicadas por oficiales del gobierno. Basándose en una serie de casos previos,²⁰ la opinión mayoritaria del Tribunal, expresada por el juez William Howard Taft, no consideró las escuchas telefónicas una violación de la prohibición de la Cuarta Enmienda de “irrazonables requisas y registros” (*unreasonable searches and seizures*) de personas y domicilios, interpretando que la prohibición se refiere a la requisa de cosas materiales –la persona, la casa, la documentación y los efectos personales– y en el caso no hubo requisa, se obtuvo la evidencia mediante escuchas telefónicas, no se penetró en la casas ni en las oficinas de los imputados. Es más, Taft afirma que quienes instalan en su domicilio un instrumento telefónico con cables que lo conectan al exterior se propone proyectar su voz hacia quienes están fuera y que tal cableado y los mensajes que conducen no están protegidos por la Cuarta Enmienda, de ahí que el Tribunal concluyera igualmente que la presentación como prueba de las grabaciones telefónicas practicadas no constituía una violación de la garantía de no incriminación contra uno mismo que reconoce la Quinta Enmienda²¹.

Sin embargo, Louis D. Brandeis se apartó de la interpretación literal de la Cuarta Enmienda en uno de sus votos disidentes más célebres, reivindicando

¹⁹ Vid. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

²⁰ Vid. *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921); *Silverthorne, Lumber Co., v. United States*, 251 U.S. 385 (1920); *Agnello v. United States*, 269 U.S. 57 (1924); y *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

²¹ Vid. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 465, 466 (1928).

una interpretación dinámica de la Constitución que se adaptase a los cambios operados en los ámbitos tecnológico, político y social. Al igual que hiciera treinta y siete años antes en *The Right to Privacy*, Brandeis manifestó una gran preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad, especialmente aquellos que podían interceptar las comunicaciones por cable, afirmando que la invasión de la privacidad de la comunicación telefónica es mucho peor que la de la correspondencia, por cuanto que cuando se intercepta una línea de teléfono se invade la privacidad en ambos extremos de la línea. En su argumentación, Brandeis afirma que frente al poder coactivo del gobierno los autores de la Constitución otorgaron al pueblo norteamericano el “derecho a ser dejado solo” (*the right to be let alone*), el más amplio de los derechos y el más valioso para el hombre civilizado, de ahí que toda intromisión injustificada del gobierno en la privacidad de la persona, cualesquiera que fuesen los medios utilizados, constituye una violación de la Cuarta Enmienda y, en consecuencia, el uso como prueba de hechos revelados por esa intromisión constituye igualmente una violación de la Quinta Enmienda,

«Siempre que una línea telefónica está intervenida, la privacidad de las personas que hablan en ambos extremos de ella es invadida y todas sus conversaciones sobre cualquier tema, por muy íntimas, confidenciales o privilegiadas que sean, pueden ser escuchadas por otros [...] Los autores de nuestra Constitución se propusieron garantizar las condiciones propicias para la búsqueda de la felicidad. Reconocieron la importancia del carácter espiritual del hombre, sus sentimientos y su intelecto. Sabían que en las cosas materiales sólo se puede hallar una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida. Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, sus ideas, sus emociones y sus sensaciones. Ellos consagraron el más completo de los derechos, y el más apreciado por el hombre civilizado: el derecho de no estar expuesto a la intromisión del gobierno. Para proteger ese derecho, toda intrusión no justificable del gobierno en la privacidad del individuo, cualquiera que sean los medios que emplee, se debe considerar una violación de la Cuarta Enmienda»²².

Igualmente, Brandeis denuncia la potencial invasión estatal de la esfera privada por avanzados dispositivos de reproducción o grabación, argumentando que el descubrimiento y la invención de futuros mecanismos más sutiles y de mayor capacidad de invasión de la privacidad permitirían al gobierno asaltar la esfera personal individual, revelándose en los tribunales lo que es susurrado en la intimidad. Para reforzar su argumentación, Brandeis insiste en los peligros que las futuras tecnologías a disposición del Estado podrían

²² *Olmstead v. United States*., 277 U.S. 438, 478, 479 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

suponer para una efectiva protección de la privacidad. Por esto no sorprende que el borrador original de su opinión disidente incluyese un pasaje que avisaba de los peligros que una nueva invención tecnológica llamada televisión podría acarrear para garantizar la privacidad²³. Así, Brandeis ofrece una interpretación dinámica y abierta de la Cuarta Enmienda, que protege la privacidad frente a los avances tecnológicos. Para Brandeis, las previsiones constitucionales encarnan principios generales y constituye obligación de cada generación decidir la mejor manera de realizar esos principios a la luz de las circunstancias contemporáneas. En definitiva, en su opinión disidente en *Olmstead v. United States* Brandeis sentenciaba para la posteridad la perpetua dependencia de la protección de la privacidad de los emergentes avances tecnológicos,

«El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las Constituciones. Por tanto, en la aplicación de la Constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que pueda ser [...] Mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles por el gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de lo que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados»²⁴.

Por tanto, de igual manera que los avances tecnológicos de finales del siglo XIX, que habían permitido a la prensa invadir el espacio personal individual, originaron la formulación del derecho a la privacidad de Warren y Brandeis, los cambios tecnológicos del primer tercio del siglo XX, que permitían al gobierno invadir impunemente la esfera privada del individuo, motivaron igualmente que Brandeis formulase un concepto de privacidad amparado por la garantía de la Cuarta Enmienda. Concepto verdaderamente adelantado a su tiempo, que sólo alcanzaría proyección en la jurisprudencia constitucional norteamericana cuando los temores de Brandeis se confirmaron con total realidad en los años cincuenta y sesenta, con el perfeccionamiento y la proli-

²³ *Ibid.* Lewis J. Paper, *Brandeis*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1983, pág. 312.

²⁴ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

feración de mecanismos electrónicos de vigilancia e interceptación de las comunicaciones privadas, que generaban por el gobierno e incluso por instituciones particulares una intolerable amenaza a la privacidad, en definitiva, una nueva violación del centenario “derecho a ser dejado solo”²⁵.

Hasta 1967, el Tribunal Supremo estadounidense no admitió la opinión disidente de Brandeis en *Olmstead v. The United States*. Abandonando su enfoque de la invasión material, el Tribunal afirmó en *Katz v. United States* que el espionaje electrónico constituye “requisa” en el sentido de la Cuarta Enmienda, cuyo propósito es, según el Tribunal, proteger a las personas y no simplemente los lugares²⁶. En efecto, la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo en *Olmstead v. United States* había sido confirmada en pronunciamientos ulteriores, que reforzaban la noción de que la violación de la Cuarta Enmienda sólo tiene lugar cuando se produce una invasión física de la propiedad individual o una requisas material de efectos personales, habilitándose así a los agentes del gobierno a utilizar mecanismos de vigilancia electrónica que como los dictáfonos y micrófonos no exigían la irrupción física en las propiedades o efectos personales de los ciudadanos²⁷. Sin embargo, en 1961 la orientación del Tribunal Supremo en *Silverman v. United States* parece iniciar un progresivo cambio hacia una concepción más favorable a la protección de la privacidad bajo la Cuarta Enmienda. Aunque la mayoría del Tribunal descansó en el clásico supuesto de intrusión física (*physical trespass*), no admitiendo la instalación de un micro en la pared de una vivienda que controlaba todas las conversaciones habidas en su interior por considerar que constituía una invasión material de la misma, sin embargo, en su opinión concurrente el Juez Douglas rogaba al Tribunal que superase ya la noción de inva-

²⁵ Para un estudio de los distintos supuestos de vigilancia electrónica del gobierno norteamericano en este período, *vid.* Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967, págs. 173 y ss. Igualmente, sobre algunos de los más relevantes abusos de escuchas telefónicas, *vid.* Whitfield Diffie y Susan Landau, *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1998, págs. 109-223. Uno de los casos más célebres de escuchas telefónicas fueron las practicadas por el FBI norteamericano sobre Martin Luther King, Jr. *vid.* David J. Garrow, *The FBI and Martin Luther King, Jr.*, Penguin Books, New York, 1980.

²⁶ *Cfr.* *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

²⁷ *Vid.* especialmente *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942) y *Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 753-754 (1952).

²⁸ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505, 509, 512, 513 (1961). En los casos posteriores a *Silverman* se reivindicó la superación de la noción de invasión material, aunque no llegó a admitirse un ámbito de privacidad constitucionalmente protegido bajo la Cuarta Enmienda, *vid.* *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966); *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323 (1966).

sión material de la Cuarta Enmienda y analizara si la privacidad del hogar había sido invadida²⁸.

Fue entonces cuando la Cuarta Enmienda empezó a asumir una emergente concepción garante de la privacidad. Así, una importante doctrina norteamericana se preocupó de analizar la seria amenaza que la vigilancia electrónica desplegada por el FBI, el Departamento del Tesoro y otras agencias del gobierno suponía para la efectiva protección de la privacidad²⁹. De ahí que no sorprenda que la teorización de la privacidad de Brandeis resonase en el discurso que sobre el Estado de la Unión pronunciase ante el Congreso de los Estados Unidos el Presidente Lyndon B. Johnson el 11 de junio de 1967, defendiendo la protección constitucional del derecho a la privacidad, derecho que Brandeis había llamado el “más valioso del hombre civilizado”³⁰.

Y fue entonces, a finales de 1967, cuando el Tribunal Supremo admitió la opinión disidente de Brandeis en *Olmstead v. The United States*. En ese año, Charles Katz fue detenido por las autoridades federales en Los Ángeles tras el registro de las conversaciones de sus actividades ilegales por un mecanismo de escucha electrónico acoplado al exterior de una cabina de teléfono. Abandonando su enfoque de la invasión material, el Tribunal afirmó en *Katz v. United States* que el espionaje electrónico constituye “requisa” en el sentido de la Cuarta Enmienda, cuyo propósito es proteger a las personas y no simplemente los lugares, adoptando un concepto de privacidad amparado constitucionalmente por la Cuarta Enmienda que invocaba expresamente la formulación de la privacidad como “el derecho a ser dejado solo”, defendida a finales del siglo XIX por Warren y Brandeis, «la Cuarta Enmienda protege a las personas y no los lugares. Lo que una persona expone conscientemente al público, incluso en su propia casa y oficina, no es un asunto de protección de la Cuarta Enmienda. Pero lo que quiere preservar como privado, incluso en un lugar accesible al público, debe ser protegido constitucionalmente»³¹.

Desde entonces, en la jurisprudencia de la Cuarta Enmienda el Tribunal Supremo norteamericano ha invocado frecuentemente la formulación de Brandeis de la privacidad como “el derecho a ser dejado solo” (*the right to be let alone*)³². Y con mayor rotundidad, la formulación de Brandeis sigue teniendo validez en la era de Internet, emergiendo en el discurso de la privacidad como

²⁹ Vid. entre otros, Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, op. cit., passim; Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1971, passim y bibliografía citada especialmente en págs. 261-269.

³⁰ Vid. Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, op. cit., pág. 206.

³¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

³² Entre otras, vid. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 213 (1973) (Douglas, J., concurring); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U. S. 374, 413 (1967) (Fortas, J., dissenting); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 454 n.10 (1972); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969).

aproximación útil para una definición precisa a la hora de delimitar los ámbitos protegidos constitucionalmente frente a la obtención y utilización de información privada en la sociedad tecnológica avanzada de principios del siglo XXI.³³

III. Aproximaciones conceptuales a la privacidad de la información personal (*informational privacy*)

El avance tecnológico que ha caracterizado al último tercio del siglo XX ha disparado exponencialmente las posibilidades de acceder y disponer de información de cualquier naturaleza, afectando especialmente a la recopilación, almacenamiento, tratamiento y utilización telemática de información personal, lo que conlleva el potencial peligro de exacerbar la incidencia sobre esos ámbitos de la privacidad que mantenemos en la zona reservada a terceros, particulares y, especialmente, poderes públicos³⁴.

Ya a finales de la década de los sesenta emergen aportaciones doctrinales que definen la privacidad atendiendo a su dimensión informacional. Así, para Charles Fried el derecho a la privacidad se determina por el poder de control sobre la información personal. La privacidad no es solamente la ausencia de información sobre la persona, por encima de esto, es el control que la persona puede ejercer sobre la información que los demás pueden disponer de sí misma. La privacidad, por tanto, es la facultad de control sobre el conocimiento de uno mismo, y no sólo es un control de carácter cuantitativo, de la cantidad de información personal a disposición de los demás, es también un control cualitativo, del tipo de información de que pueda disponerse, aunque el contexto social imperante determinará sobre qué clase de información personal se tendrá mayor control. En definitiva, para Fried el derecho a la priva-

³³ En este sentido, *vid.* Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, *op. cit.*, págs. 1335-1441, especialmente pág. 1346, nota 51. Como ha señalado Robert Gellman, en gran medida, la batalla sobre la protección de la privacidad en el siglo XX ha sido una lucha por adaptar los principios de la privacidad a los constantes avances tecnológicos, *vid.* *Does Privacy Law Work?*, en *Technology and Privacy: The New Landscape*, Philip E. Agre y Marc Rotenberg (eds.), The MIT Press, Cambridge, 1997, pág. 203.

³⁴ De la extensa bibliografía norteamericana, *vid.* Shawn C. Helms, *Translating Privacy Values with Technology*, en *Boston University Journal of Science and Technology of Law*, vol. 7, 2001, págs. 288 y ss.; Daniel J. Solove, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, en *Stanford Law Review*, vol. 53, 2001, págs. 1393 y ss.; Matthew D. Bunker, *et al.*, *Access to Government-Held Information in the Computer Age: Applying Legal Doctrine to Emerging Technology*, en *Florida State University Law Review*, vol. 20, 1991, págs. 543 y ss.; George B. Trubow, *Protecting Informational Privacy in the Information Society*, en *Northern Illinois University Law Review*, vol. 10, 1990, págs. 521 y ss.

³⁵ *Ibid.* Charles Fried, *Privacy*, en *Yale Law Journal*, vol. 77, 1967-1968, págs. 475-493, especialmente págs. 482-483 y 493.

cidad no es la mera ausencia de información personal, sino la sensación de seguridad en el control sobre tal información³⁵.

En la misma línea, Alan Westin ha contribuido a la delimitación de la privacidad atendiendo al control de la información personal, definiendo el derecho a la privacidad como el derecho a decidir cuándo, cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, esto es, la autodeterminación informativa. Proceso de autodeterminación personal que ha de integrarse asimismo en los procesos comunicativos y participativos en los que interviene el individuo. Por esto, la pretensión del individuo de privacidad no es absoluta, dado que su deseo de participar en la sociedad es igualmente poderoso. Así, cada persona está continuamente involucrada en un proceso de adaptación personal, en el que constantemente va ponderando su voluntad de privacidad con la de relación y comunicación con los demás en función del contexto social. Por todo, Westin afirma que la privacidad es un elemento necesario para la toma de decisiones y para la misma definición de la autonomía individual, de ahí que la privacidad sea un lubricante vital para el sistema organizativo de toda sociedad libre³⁶.

Asimismo, Arthur R. Miller ha afirmado que el principal atributo de un efectivo derecho a la privacidad es la capacidad del individuo de controlar el flujo de información que le concierne, capacidad esencial para el establecimiento de relaciones sociales y el mantenimiento de la libertad personal³⁷. Miller analiza especialmente los riesgos que afectan al control del flujo de datos personales en el tratamiento automatizado del entorno informático. En un entorno informático, el poder de control sobre el flujo de información personal puede verse afectado fundamentalmente por dos situaciones: en primer lugar, por la difusión de los datos personales a una audiencia mayor a la consentida por el sujeto originariamente, lo que constituiría un supuesto de ausencia de control de acceso; y, en segundo término, por la introducción de incorrecciones en los datos personales informatizados, generándose una impresión errónea de la conducta o comportamiento real del sujeto en aquellos a los que la información fuese expuesta, lo que constituiría un supuesto de ausencia de control sobre la exactitud de los datos. Así, Miller viene a cuestionar la falibilidad y vulnerabilidad de los sistemas automatizados de trata-

³⁶ Vid. Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, op. cit., págs. 7 y 51.

³⁷ Vid. Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1971, pág. 25. En la misma línea, vid. también Gross, Hyman, *The Concept of Privacy*, en *New York University Law Review*, vol. 42, 1967, págs. 35-36.

³⁸ Vid. Arthur R. Miller, *Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a new Technology and Information Oriented Society*, en *Michigan Law Review*, vol. 67, 1969, págs. 1089-1246, especialmente pág. 1109.

miento de la información personal, con la subsiguiente afectación de los ámbitos protegidos en la esfera privada³⁸.

Aunque numerosa doctrina ha seguido la aproximación conceptual de Fried, Westin y Miller a la “*informational privacy*”³⁹, sin embargo, diversos autores han señalado que definir la privacidad atendiendo al control sobre la información constituye una concepción muy ambigua, que habrá de delimitarse en base al tipo de información que merece protección o reserva⁴⁰. Otros han objetado que definir el derecho en base a las facultades de control del sujeto permite considerarlo como un derecho de propiedad sobre la información personal,⁴¹ y tal concepción de la privacidad informacional impide una efectiva protección de la privacidad al generar expectativas inexistentes y distorsionar sus posibles amenazas⁴², de ahí, que no hayan faltado quienes aun defendiendo la concepción del control de la información personal se manifiesten en contra de tal visión propietaria de la privacidad⁴³.

Más recientemente, diversos autores, especialmente Paul M. Schwartz, vienen manteniendo un planteamiento escéptico de la capacidad individual para controlar el flujo de información personal, para el ejercicio de la llamada “autodeterminación informativa”, especialmente en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación en Internet. Para Schwartz, la conceptualización de la privacidad como un derecho de control sobre la información personal supone el reconocimiento y la existencia de un importante ámbito de autonomía individual. Sin embargo, esta concepción no es satisfactoria, no sólo porque conlleva una visión mercantilista de la privacidad cercana al derecho de propiedad intelectual, sino también, porque en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación, y, especialmente, en Internet, se registran importantes limitaciones para el control real de la información

³⁹ Defendiendo esta concepción de la privacidad como control del flujo de la información personal, entre otros, *vid.* Fred H. Cate, *Privacy in the Information Age*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 1997, pág. 22; Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, en *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, págs. 1193 y ss., especialmente pág. 1205; Michael A. Froomkin, *The Death of Privacy?*, en *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, págs. 1461 y ss., especialmente pág. 1463; Margaret A. Irving, *Reorganization of the Internal Revenue Service: Managing Information Privacy in the Information Age*, en *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, pág. 661.

⁴⁰ *Vid.* Tom Gerety, *Redefining Privacy*, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 12, 1977, págs. 233 y ss., especialmente págs. 262-263.

⁴¹ En este sentido, *vid.* Alan Westin, *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, pág. 324.

⁴² *Vid.* Daniel J. . Solove, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, en *op. cit.*, pág. 1439.

⁴³ En este sentido, *vid.* Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject As Object*, en *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, págs. 1373 y ss., especialmente págs. 1396-1401; Michael A. Froomkin, *The Death of Privacy?*, *op. cit.*, págs. 1501-1505; Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, en *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, págs. 1283 y ss., especialmente pág. 1301.

personal, principalmente por la complejidad técnica del medio y por la ausencia de información clara y disponible para los usuarios sobre políticas de privacidad⁴⁴.

Así, en la alternativa de Schwartz a la “teoría del código” de Lessig⁴⁵, destaca su conceptualización sustantiva de la “*informational privacy*” como un “valor constitutivo” que coadyuva no sólo a la configuración de la identidad individual sino también a la conformación social. Para Schwartz, el acceso a la información personal y la fijación de sus límites coadyuva a la conformación de la sociedad y a la definición de la identidad personal, por cuanto que la estructura de acceso a la información personal ejerce un impacto decisivo en la medida en que son fomentadas ciertas acciones o expresiones de la identidad individual. Y la importancia de la reserva de la información personal tanto para el individuo como para la sociedad, requiere la determinación de los límites del ámbito protegido de la información personal, de ahí que la “privacidad constitutiva” exija la delimitación normativa de los niveles estandarizados de escrutinio⁴⁶. Por todo, Schwartz defiende una regulación estatal generalizada que asegure el control efectivo sobre el flujo de información personal, formulando así un modelo estatal que interviene en el ámbito informacional individual por ser éste un valor constitutivo esencial del nuevo paradigma sociológico de principios del siglo XXI⁴⁷.

IV. Regulación federal de la privacidad de la información personal

No parece muy equivocado Schwartz, porque en las últimas décadas el Congreso norteamericano ha aprobado numerosas disposiciones legislativas con el objeto de regular eventuales invasiones de la privacidad de la informa-

⁴⁴ Vid. P. M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, 1999, págs. 1609-1701; y también de Schwartz, *Internet, Privacy and the State*, en *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, págs. 815-859.

⁴⁵ Vid. L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999; y del mismo autor, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, en *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, págs. 501 y ss.

⁴⁶ Paul M. Schwartz, *Internet, Privacy and the State*, *op. cit.*, págs. 816-817 y 834. Vid. también de Schwartz, *Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy-Control, and Fair Information Practices*, en *Wisconsin Law Review*, 2000, págs. 743 y ss.

⁴⁷ En contra del intervencionismo estatal de Schwartz, *vid.* Fred H. Cate, *Principles on Internet Privacy*, en *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, págs. 877-896.

⁴⁸ Para un extenso y detallado estudio del marco normativo que directa o indirectamente afecta a la protección de la privacidad, *vid.* Daniel J. Solove, Marc Rotenberg y Paul M. Schwartz, *Information Privacy Law*, 2nd ed., Aspen Publishers, New York, 2006; *vid.* también, Eugene J. Yannon, *Technology and the Law: Privacy Law*, en *Maryland Bar Journal*, Nov.-Dec. 2001, págs. 24 y ss.

ción personal⁴⁸. Así, en 1970 se aprueba la *Ley de Informes Crediticios Justos* [*Fair Credit Reporting Act* (FCRA)], que modificada recientemente en 2005, regula el uso de la información relativa a la solvencia patrimonial y de crédito, garantizando la precisión, imparcialidad y privacidad de la información existente en los expedientes de las agencias de calificación crediticia de los consumidores. Entre los supuestos en los que pueden realizarse informes personales sobre créditos, destacan el consentimiento del consumidor para fines concretos, la concesión de créditos, la obtención de empleo, la contratación de seguros, los procedimientos administrativos en el ámbito de la tutela de menores, y, por supuesto, la existencia de un mandato judicial. La ley permite a los consumidores inspeccionar sus datos bancarios, teniendo derecho a saber lo que hay en su expediente (divulgación del expediente) y conocer si la información existente en su expediente ha sido utilizada en su contra. Asimismo, la ley permite inspeccionar y corregir información incompleta o imprecisa, debiéndose eliminar o corregir la información imprecisa, incompleta o que no se pueda verificar en el plazo de 30 días. Igualmente, la ley previene la revelación a terceros que carecen de un “interés comercial legítimo”, exigiéndose, por ejemplo, el consentimiento expreso escrito del titular de la información para que los informes sean proporcionados a empleadores. Finalmente, se contempla la restitución de daños y perjuicios por incumplimiento de los derechos garantizados. Con todo, las excepciones contempladas en la norma han hecho prácticamente ineficaz la protección de la información personal, de ahí que muchos estados hayan aprobado sus propias leyes⁴⁹.

Cuatro años más tarde, se aprueba la primera ley general de protección de la información personal en poder de las Agencias federales de los Estados Unidos, la llamada Ley de Protección de la Privacidad (*Privacy Act*), de 31 de diciembre de 1974. En su Exposición de Motivos, se afirma que el creciente uso de ordenadores y de una tecnología compleja de la información, si bien es esencial para el buen funcionamiento del gobierno federal, ha aumentado considerablemente el detrimento que para la privacidad individual puede derivarse de cualquier captación, conservación, uso y difusión de información personal, proclamándose el derecho a la privacidad como un derecho personal y fundamental protegido por la Constitución de los Estados Unidos que exige una adecuada regulación del tratamiento de la información personal por las agencias y órganos federales⁵⁰. A tal efecto, se exige que el tratamiento de la información personal esté justificado y sea relevante para el ejercicio de las funciones propias del órgano y para la consecución de la finalidad perseguida, debiéndose contar con el consentimiento del titular para su reve-

⁴⁹ *Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. §1681 (1970).

⁵⁰ *Privacy Act*, 5 U.S.C. §552a, Section 2.

lación a terceros, salvo las excepciones que prevé la norma, reconociéndose el derecho de acceso y rectificación así como el derecho a interponer recursos y acciones ante su incumplimiento⁵¹. Sin embargo, las numerosas excepciones que afectan al ámbito de aplicación, han cuestionado su efectiva protección de la privacidad de la información personal, permitiéndose en los supuestos de “uso rutinario” (*routine use*) su revelación sin el consentimiento de su titular⁵².

También en 1974 se aprueba la Ley de Libertad de Información [*Freedom of Information Act* (FOIA)]. Modificada en diversas ocasiones, regula con carácter general el acceso de los ciudadanos a la información disponible en los archivos y registros públicos de las Agencias federales, eximiendo al gobierno de hacer públicos sus archivos cuando esto suponga una injustificada invasión en la información personal. Quedan, sin embargo, excluidos del ámbito de aplicación de esta norma el propio Congreso norteamericano, la Casa Blanca, los Tribunales y las Agencias relacionadas con el cumplimiento de la ley. Asimismo, la ley contiene numerosas excepciones a la divulgación de documentos: los clasificados como secretos, por razón de la defensa nacional o de la política exterior; las guías o directrices internas sobre estrategias para la aplicación de la ley, cuya divulgación podría dar oportunidades de invasión de la privacidad; los que contienen información comercial o financiera confidencial o privilegiada; los protegidos por ciertos privilegios de litigio judicial; aquellos cuya divulgación constituiría una invasión claramente injustificada de la intimidad; los recopilados con propósitos de aplicación de la ley, cuya divulgación podría crear el riesgo de causar ciertos daños; los relacionados con la vigilancia de instituciones financieras; así como los que contienen información geofísica o geológica concerniente a pozos de petróleo⁵³.

Desde entonces, han aparecido numerosas leyes sectoriales federales tendentes a regular la protección de información personal en contextos específicos, tales como los servicios financieros en la Ley del Derecho a la Privacidad Financiera (*Right to Financial Privacy Act*) de 1978, la Ley de Modernización de los Servicios Financieros [*Financial Services Modernization Act*,

⁵¹ Para un análisis crítico, *vid.* P. Schwartz, *Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States*, en *Iowa Law Review*, vol. 80, 1995, págs. 553 y ss.

⁵² 5 U.S.C. §552a(b)(3). Al respecto, *vid.* Fred H. Cate, *Privacy in the Information Age*, *op. cit.*, pág. 78; y también, Matthew D. Bunker, *et al.*, *Access to Government-Held Information in the Computer Age: Applying Legal Doctrine to Emerging Technology*, *op. cit.*, págs. 583-584.

⁵³ Ha sido objeto de diversas modificaciones, *vid.* *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. §552. *Vid.* también la Ley de Libertad de Información Electrónica (*Electronic Freedom of Information Act*) de 1996.

conocida como la *Gramm-Leach-Bliley (GLB) Act*] de 1999, y la Ley de Transacciones Crediticias Correctas y Equitativas [*Fair and Accurate Credit Transactions Act* (FACTA)] de 2003⁵⁴; la información contenida en los expedientes escolares en la Ley de los Derechos Educativos Familiares y Privacidad [*Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA)] de 1974⁵⁵; los registros relativos al alquiler o compra de videos en la Ley de Protección de la Privacidad del Video [*Video Privacy Protection Act* (VPPA)] de 1988⁵⁶; la información contenida en los registros de vehículos a motor en la Ley de Protección de la Privacidad de los Conductores [*Driver's Privacy Protection Act* (DPPA)] de 1994⁵⁷; los datos médicos en la Ley de Responsabilidad y Transferibilidad de Seguros Médicos [*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA)] de 1996⁵⁸; o más recientemente, la privacidad genética en el proyecto de Ley de No Discriminación por Información Genética [*Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA)] de 2007, que constituye la primera ley federal que prohíbe toda discriminación en base a la información genética en el ámbito de los seguros médicos y del empleo, impidiendo a los empresarios recabar información genética de sus empleados y prohibiendo a las aseguradoras rechazar la cobertura o incrementar las primas basándose en la predisposición genética de una persona a enfermar⁵⁹.

Por lo que se refiere a las comunicaciones electrónicas, se observa igualmente un notable desarrollo legislativo, inaugurado por la Ley sobre la Política de las Comunicaciones por Cable [*Cable Communication Policy Act* (CCPA)] de 1984, que protege la información de los usuarios de servicios por cable⁶⁰. A la que seguirá, la Ley de Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas [*Electronic Communications Privacy Act* (ECPA)] de 1986, definiéndose las comunicaciones electrónicas como cualquier transferencia de muestras, señales, escritura, imágenes, sonidos, datos, o de la inteligencia de cualquier naturaleza, transmitida en entero o en parte por un alambre, radio, foto electrónica o sistema óptico que afecte al comercio de un estado a otro o al

⁵⁴ *Right to Financial Privacy Act*, 12 U.S.C. § 3401 et seq. (1978); *Financial Services Modernization Act*, 12 U.S.C. 93a, 15 U.S.C. § 6801-6809 (1999). Para un análisis crítico de la última, vid. Ted Janger y Paul M. Schwartz, *The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules*, en *Minnesota Law Review*, vol. 86, 2002, págs. 1219 y ss.

⁵⁵ *Family Educational Rights and Privacy Act*, 20 U.S.C. § 1232g et seq. (1974).

⁵⁶ *Video Privacy Protection Act*, 18 U.S.C. §§ 2710-2711 (1988).

⁵⁷ *Driver's Privacy Protection Act*, 18 U.S.C. §§ 2721-2725 (1994).

⁵⁸ *Health Insurance Portability and Accountability Act*, Public Law 104-191, 110 Stat. 1936.

⁵⁹ Toda la información de la tramitación legislativa puede consultarse en línea en la siguiente dirección: <http://www.genome.gov/24519851#1>.

⁶⁰ *Cable Communication Policy Act*, 47 U.S.C. § 551 et. seq. (1984).

extranjero, prohibiendo expresamente el acceso ilegal así como que las entidades del gobierno requieran el acceso de comunicaciones electrónicas sin procedimiento apropiado⁶¹. Como veremos, esta norma ha sido modificada como consecuencia de las reformas legislativas emprendidas tras los atentados terroristas del 11 de septiembre, facilitándose a los servicios de seguridad e inteligencia la interceptación de las comunicaciones⁶².

La información personal de los usuarios de teléfonos se protege en la Ley de Protección de los Usuarios de Servicios Telefónicos [*Telephone Consumer Protection Act* (TCPA)] de 1991⁶³. Asimismo, la Ley de Protección de la Privacidad de los Niños en Internet [*Children's On-line Privacy Protection Act* (COPPA)] de 1998, exige a toda *website* que registre información de un menor de 13 años el consentimiento de sus padres o tutores legales, estableciendo mecanismos para que los padres conozcan lo que el menor ha registrado y a su vez dar la posibilidad de mantener dicha información. La ley prohíbe especialmente la recopilación de los nombres y apellidos de los menores, su dirección postal y electrónica, sus números de teléfono y de la Seguridad Social, o cualquier otro identificador personal, como la dirección IP⁶⁴.

En definitiva, en los Estados Unidos la protección de la información personal está regulada sectorialmente en previsiones legales federales de carácter fragmentario que contemplan numerosas excepciones y adolecen de importantes lagunas. Frente a esta situación, se viene defendiendo el reconocimiento expreso de un derecho constitucional a la privacidad de la información personal (*constitutional right to informational privacy*)⁶⁵, especialmente frente a la legislación antiterrorista aprobada en los Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre, que ha supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose la inter-

⁶¹ *Electronic Communications Privacy Act*, 18 U.S.C. §§ 2701-2711 (1986).

⁶² *Vid. The Pen/Trap Statute*, 18 U.S. Code §§ 3121-27 (2002) y *The Wiretap Statute*, 18 U.S. Code, §§ 2510-22 (2002).

⁶³ *Telephone Consumer Protection Act*, 47 U.S.C. §227 (1991).

⁶⁴ *Children's On-line Privacy Protection Act*, 15 U.S.C. §§ 6501-6506 (1998).

⁶⁵ En esta línea, *vid.* David H. Flaherty, *On the Utility of Constitutional Rights to Privacy and Data Protection*, en *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, 1991, págs. 831 y ss., especialmente pág. 852; Francis S. Chlapowski, *Note: The Constitutional Right to Informational Privacy*, en *Boston University Law Review*, vol. 71, 1991, págs. 133 y ss., especialmente pág. 135; Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, en *Northern Illinois University Law Review*, vol. 10, 1990, págs. 479 y ss., especialmente págs. 496-502; *vid.* también, Kyla Kitajima, *Note: Electronic Filing and Informational Privacy*, en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 27, 2000, págs. 563 y ss., especialmente pág. 581.

ceptación y utilización de comunicaciones electrónicas y de todo tipo en aras de la seguridad nacional.

V. Emergencia del derecho constitucional a la privacidad de la información personal (*constitutional right to informational privacy*)

Como decíamos al principio, aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus Enmiendas reconocen expresamente un derecho a la privacidad, sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo ha considerado implícito especialmente en la garantía del derecho de asociación reconocido en la Primera Enmienda, que protege frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas irrazonables, limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también los supuestos de vigilancia electrónica; y en la dimensión sustantiva de la libertad personal que ampara la garantía del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, esto es, el derecho fundamental a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual⁶⁶.

Asimismo, en 1977 el Tribunal Supremo intentó ampliar el ámbito constitucional de protección de la privacidad al esbozar en *Whalen v. Roe* el derecho constitucional a la privacidad de la información personal (*constitutional right to informational privacy*). En *Whalen* se cuestionaba la constitucionalidad de la legislación de Nueva York que requería se remitiese a las autoridades estatales competentes el nombre y la dirección de los pacientes que recibían prescripciones facultativas de drogas con fines médicos, como el opio y sus derivados, metadona y anfetaminas, al objeto de su inclusión en una base de datos estatal centralizada. Aunque el Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley estatal, al considerar que el interés del estado de Nueva York en adoptar soluciones tendentes al control de la distribución de drogas peligro-

⁶⁶ En el ámbito estatal, la protección de la privacidad ha merecido reconocimiento constitucional expreso en las Constituciones de los estados de Alaska, Arizona, California, Florida, Hawai, Illinois, Luisiana, Montana, Carolina del Sur y Washington, *vid.* Alaska Const. Art. I, §22; Arizona Cons. Art. II, §8; California Const. art. I, §1; Florida Const. art. I, §23; Hawai Const. art. I, §§6-7; Illinois Const. art. I, §6; Louisiana Const. art. I, §5; Montana Const. art. II, §10; South Carolina Const. art. I, §10; Washington Const. art. I, §7. Para su estudio, *vid.* E. Lin, *Prioritizing Privacy: A Constitutional Response to the Internet*, en *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 17, 2002, págs. 1085-1154, especialmente págs. 1129-1144; M. Silverstein, *Privacy Rights in State Constitutions: Models for Illinois?*, en *University of Illinois Law Review*, 1989, págs. 215 y ss.

sas era un legítimo ejercicio del poder policial estatal, sin embargo, el Tribunal Supremo reafirmó el derecho de la persona a mantener la reserva de su información personal, afirmando que la “zona de privacidad” protegida constitucionalmente por la libertad sustantiva de la Decimocuarta Enmienda no sólo ampara la autonomía individual en la toma de decisiones importantes sino también el “interés” individual en evitar la revelación de asuntos personales,

«Los casos catalogados de protección de la “privacidad” han involucrado realmente al menos dos clases diferentes de intereses. Uno es el interés individual en evitar la revelación de asuntos personales, y otro el interés en la autonomía individual para tomar cierta clase de decisiones importantes [...] Sin embargo, no hemos dicho la última palabra sobre estos asuntos. Somos conscientes de la amenaza para la privacidad implícita en la acumulación de gran cantidad de información personal en los bancos de datos informatizados y en otros enormes archivos del gobierno. La recaudación de impuestos, la distribución de los beneficios sociales y de la seguridad social, la administración de la salud pública, la dirección de las Fuerzas Armadas y el cumplimiento de las leyes penales, requiere el mantenimiento ordenado de gran cantidad de información, la mayoría de la cual es en esencia personal y potencialmente embarazosa o perjudicial si es revelada. El derecho a recopilar y usar tal tipo de datos con propósitos públicos está normalmente acompañado de una correspondiente obligación estatutaria o administrativa de evitar revelaciones injustificadas»⁶⁷.

Ese mismo año, el Tribunal Supremo se volvió a pronunciar sobre el interés constitucional en la protección de la información personal en *Nixon v. Administrator of General Services*, en el que se instaba al Presidente Nixon a revelar comunicaciones personales a los archivistas del gobierno en atención al relevante interés público del material reservado, afirmándose que se había definido como un elemento de la privacidad el interés individual en evitar la revelación de asuntos personales, y que, en todo caso, cuando la intervención del gobierno está en juego, los agentes públicos, incluido el Presidente, no carecen totalmente de derechos de privacidad protegidos constitucionalmente en asuntos de la vida personal no relacionados con ningún acto realizado en el ámbito de sus responsabilidades⁶⁸. Pasaje considerado por diversos

⁶⁷ *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600, 605 (1977).

⁶⁸ *Vid. Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 457-459 (1977). En este sentido, *vid. Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, op. cit.*, pág. 1230, nota 157. En sentido contrario, E. Lin afirma que el caso Nixon realmente refleja un debilitamiento del interés constitucional en la protección de la información personal, *vid. Prioritizing Privacy: A Constitutional Response to the Internet, op. cit.*, págs. 1125-1126.

⁶⁹ Así, en *Plante v. Gonzalez*, 575 F.2d 1119, 1134 (5th Cir. 1978), se afirma que el Tribunal Supremo había reconocido claramente que la privacidad de los asuntos personales está protegida por la Constitución. Igualmente, en *Slevin v. City of New York*, 551 F. Supp. 917, 929

Tribunales⁶⁹, una reafirmación del derecho constitucional a la privacidad de la información personal enunciado en *Whalen*⁷⁰.

En 1980, el Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito señaló en *United States v. Westinghouse Electric Corporation* que aunque la completa medida de la protección constitucional del derecho a la privacidad no había sido todavía delimitada, sin embargo, afirma que se extiende a dos tipos de intereses, el interés individual en evitar la revelación de asuntos personales y el interés en la autonomía individual para tomar cierta clase de decisiones importantes, y que el que se sustancia en el caso pertenece a la primera categoría reconocida en *Whalen v. Roe*, esto es, el derecho a no ser divulgados públicamente por el gobierno los asuntos privados de la persona. Para su resolución, el Tribunal formula un “test de ponderación” (*balancing test*) entre los bienes jurídicos en conflicto, que obliga a sopesar el interés individual a mantener la privacidad de la información frente a un interés general estatal más relevante en su divulgación (*compelling governmental interest*), señalando que los elementos a considerar para decidir si una intromisión en la privacidad individual está justificada son el tipo de datos solicitados, la información que contiene o puede contener, el potencial daño en una subsiguiente revelación no consentida, la existencia de garantías que prevengan revelaciones no autorizadas, el grado de necesidad de acceso, y si hay un mandato legal expreso, política pública articulada u otro interés público reconocible que canalice el acceso. Aplicando el juicio de ponderación, el Tercer Circuito estableció que la información médica pertenece al ámbito de la privacidad merecedor de protección en la medida en que contiene datos de naturaleza personal, declarando que la solicitud de los archivos médicos de los trabajadores de una empresa al objeto de investigar posibles riesgos para la salud en el ámbito laboral constituye una mínima intromisión en la privacidad de la información personal de los empleados, exigiéndose la previa comunicación a los trabajadores al objeto de que puedan decidir sobre su revelación y utilización. Con todo, el Tribunal avisa que el derecho no es absoluto, dado que

(S.D.N.Y. 1982); y en *Barry v. City of New York*, 712 F.2d 1554 (2d Cir. 1983), se confirma que cualquier duda existente después del caso *Whalen v. Roe* sobre el estatus constitucional del interés en evitar la revelación de asuntos personales fue disipada por *Nixon v. Administrator of General Services*.

⁶⁹ En este sentido, *vid.* Daniel J. Solove y Marc Rotenberg, *Information Privacy Law*, *op. cit.*, pág. 188; Patricia I. Carter, *Health Information Privacy: Can Congress Protect Confidential Medical Information in the «Information Age»?*, en *William Mitchell Law Review*, vol. 25, 1999, págs. 223 y ss., especialmente pág. 239, nota 86; y Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, *op. cit.*, pág. 497.

⁷¹ *United States v. Westinghouse Electric Corporation*, 638 F.2d 570 (3d Cir. 1980).

razones de salud pública, por ejemplo, podrían justificar el acceso a información que la persona preferiría mantener confidencial⁷¹.

Amparándose en esta interpretación, un importante número de Tribunales de Circuito han reconocido un derecho constitucional a la privacidad de la información personal en una variedad sustantiva de casos⁷², y han aplicando un exigente escrutinio constitucional para admitir la constitucionalidad de la revelación de información personal contenida en archivos confidenciales médicos, como la vida sexual privada, la orientación sexual, los informes psicológicos o el padecimiento del SIDA⁷³. Así, en *Doe v. Borough of Barrington* se consideró una violación del derecho constitucional a la privacidad la revelación por la policía de que una persona padece el SIDA; en *Woods v. White*, se declaró que un prisionero tiene un derecho constitucional a la privacidad sobre sus archivos médicos; y en *Carter v. Broadlawns Med. Ctr.*, se consideró una violación del derecho constitucional a la privacidad que los hospitales permitan a los ministros eclesiásticos el acceso a los archivos médicos de sus pacientes⁷⁴.

Sin embargo, se ha negado protección constitucional a los archivos que registran datos no confidenciales, como los arrestos policiales y las condenas judiciales, dado el carácter público o el interés general que revisten los mismos. Así, en *Paul P. v. Verniero* se declaró que una ley que publica una lista de personas condenadas por agresiones sexuales (conocida como “*Mengan’s Law*”) no viola la privacidad constitucional, porque el interés del gobierno en prevenir agresiones sexuales es más relevante; en *Russell v. Gregoire* se declaró asimismo que la Ley del estado de Washington similar a la “*Megan’s Law*” no violaba la privacidad constitucional, porque la información recopilada y difundida por la mencionada Ley estaba ya públicamente disponible, por lo que no estaba protegida constitucionalmente; en *Cline v. Rogers* se estableció que no hay un derecho constitucional a la privacidad sobre los archivos criminales en tanto que la información sobre los arrestos y condenas son objeto de registro público; y en *Scheetz v. The Morning Call, Inc.* se estable-

⁷² Así, en *Tavoulareas v. Wash. Post Co.*, 724 F.2d 1010, 1019 (C.A.D.C. 1984) se afirma que recientes decisiones del Tribunal Supremo han reconocido que el interés en evitar la revelación pública de información privada está fundamentado en la propia Constitución.

⁷³ Para un detallado análisis de la aplicación del *balancing test* por los Tribunales de Circuito, vid. Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, op. cit., págs. 501-519.

⁷⁴ Vid. *Doe v. Borough of Barrington*, 729 F. Supp. 376 (D.N.J. 1990); *Woods v. White*, 689 F. Supp. 874, 876 (W.D. Wis. 1988); *Carter v. Broadlawns Med. Ctr.*, 667 F. Supp. 1269 (S.D. Iowa 1987).

⁷⁵ Vid. *Paul P. v. Verniero*, 170 F.3d 396, 404 (3d Cir. 1998); *Russell v. Gregoire*, 124 F.3d 1079, 1094 (9th Cir. 1997); *Cline v. Rogers*, 87 F.3d 176, 179 (6th Cir. 1996); *Scheetz v. The Morning Call, Inc.*, 946 F.2d 202, 207 (3d Cir. 1991); *Paul P. v. Farmer*, 227 F.3d 98, 101 (3d Cir. 2000); *A.A. v. New Jersey*, 341 F.3d 206 (3d Cir. 2003).

ció, igualmente, que no hay derecho a la protección de la privacidad por la revelación de información contenida en los informes policiales⁷⁵.

Frente a tan disperso *case law* judicial, un sector de la doctrina ha defendido que el Tribunal Supremo debería reforzar y consolidar su pronunciamiento en *Whalen*, reconociendo expresamente un derecho constitucional a la privacidad de la información personal⁷⁶, especialmente frente a la amenaza efectiva que para la protección de la privacidad supone Internet⁷⁷. Otro sector doctrinal, sin embargo, ha recomendado su reconocimiento en el ámbito estatal⁷⁸. Incluso, desde un planteamiento escéptico se afirma que la propia Constitución norteamericana no dispone de mecanismos capaces de hacer frente a las tecnologías destructivas de la privacidad individual implementadas a través de la red telemática mundial que representa Internet. Así, Michael Froomkin señala que es improbable que la Constitución norteamericana sea la fuente de la expansión de los derechos de protección de la información personal, dado que las tecnologías que amenazan y destruyen la privacidad no están especialmente en consonancia con aquello que la Constitución nacional está destinada a proteger⁷⁹. Igualmente, Fred H. Cate afirma que la Constitución estadounidense ofrece un mínimo soporte para la protección de la información personal, considerando que incluso las previsiones constitucionales estatales más garantistas han proporcionado escasa protección a la privacidad de la información personal⁸⁰.

Y no faltan razones para semejantes consideraciones, porque a principios del siglo XXI el marco constitucional donde emerge y se desarrolla la defensa de la privacidad se encuentra, al igual que Europa y el resto de países, ante el dilema de la protección de la información personal en Internet, cobrando cada vez mayor relevancia garantizar espacios efectivos de privacidad en la red a salvo de intromisiones de terceros, especialmente frente a la

⁷⁶ En esta línea, *vid.* David H. Flaherty, *On the Utility of Constitutional Rights to Privacy and Data Protection*, en *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, 1991, págs. 831 y ss., especialmente pág. 852; Francis S. Chlapowski, *Note: The Constitutional Right to Informational Privacy*, *op. cit.*, pág. 135; Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, *op. cit.*, págs. 496-502; *vid.* también Kyla Kitajima, *Note: Electronic Filing and Informational Privacy*, en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 27, 2000, págs. 563 y ss., especialmente pág. 581.

⁷⁷ En este sentido, *vid.* especialmente E. Lin, *Prioritizing Privacy: A Constitutional Response to the Internet*, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁸ *Vid.* Ben F. Overton y Katherine E. Giddings, *The Right of Privacy in Florida in the Age of Technology and the Twenty-First Century: A Need for Protection from Private and Commercial Intrusion*, en *Florida State University Law Review*, vol. 25, 1997, págs. 25 y ss., especialmente pág. 53; Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, *op. cit.*, pág. 1431.

⁷⁹ *Vid.* A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy?*, *op. cit.*, págs. 1540-1541.

⁸⁰ *Vid.* Fred H. Cate, *Privacy in the Information Age*, *op. cit.*, págs. 66 y 68.

injerencia estatal. Sin duda, la doctrina de seguridad estadounidense ha puesto en claro riesgo cualquier intento de garantizar la privacidad de los usuarios de Internet a nivel mundial. La implementación de sistemas de espionaje electrónico como “*Carnívoro*”, desarrollado por la Oficina Federal de Investigación (FBI) que se instalaba en los equipos de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) al objeto de controlar las comunicaciones electrónicas que tienen lugar a través de ellos, han cuestionado un efectivo ámbito de privacidad protegido en Internet⁸¹. Y, sin ningún género de dudas, la legislación antiterrorista aprobada en los Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre, especialmente la célebre regulación aprobada por el Congreso norteamericano bajo el extenso título *Uniendo y Fortaleciendo América Mediante la Provisión de Herramientas Adecuadas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo* [*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*], conocida como *USA Patriot Act* (USAPA), de 24 de octubre de 2001⁸², y las reformas legislativas a que ha dado lugar, especialmente la expansión de la vigilancia electrónica de los servicios de inteligencia regulados en la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera [*Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)] de 1978⁸³, han supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad

⁸¹ Vid. Aaron Kendal, *Carnivore: Does the Sweeping Sniff Violate the Fourth Amendment?*, en *Thomas M. Cooley Law Review*, vol. 18, 2001, págs. 183 y ss.; Johnny Gilman, *Carnivore: The Uneasy Relationship between the Fourth Amendment and Electronic Surveillance of Internet Communications*, en *Communication Law Conspectus*, vol. 9, 2001, págs. 111 y ss.; Christian Schultz, *Unrestricted Federal Agent: ‘Carnivore’ and the Need to Revise the Pen Register Statute*, en *Notre Dame Law Review*, vol. 76, 2001, págs. 1215 y ss.; Manton M. Grier, *The Software Formerly Known as ‘Carnivore’: When Does E-mail Surveillance Encroach Upon a Reasonable Expectation of Privacy?*, en *South Carolina Law Review*, vol. 52, 2001, págs. 875 y ss.; y Thomas R. MacCarthy, *Don’t Fear Carnivore: It Won’t Devour Individual Privacy*, en *Missouri Law Review*, vol. 66, 2001, págs. 827 y ss.

⁸² Vid. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA Patriot Act)*, Public Law, 107-156, 115 Stat. 272 (2001). Para su estudio, vid. Ch. Doyle, *The Usa Patriot Act: A Legal Analysis*, Congressional Research Service, The Library of Congress, 2002; J. W. Whitehead y S. H. Aden, *Forfeiting ‘Enduring Freedom’ for ‘Homeland Security’: A Constitutional Analysis of the Usa Patriot Act and the Justice Department’s Anti-Terrorism Initiatives*, en *American University Law Review*, vol. 51, 2002.

⁸³ *Foreign Intelligence Surveillance Act*, 50 U.S.C. §§ 1801-18011 (1978), especialmente 1804(a)(7)(b).

⁸⁴ Vid. Susan N. Herman, *The Usa Patriot Act and the Submajoritarian Fourth Amendment*, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 41, 2006, págs. 67-132; Peter G. Madrinan, *Devil in the Details: Constitutional Problems Inherent in the Surveillance Provisions of the Usa Patriot Act of 2001*, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 64, 2003, págs. 783-834; N. C. Henderson, *The Patriot Act’s Impact on the Government’s Ability to Conduct Electronic Surveillance of Ongoing Domestic Communications*, en *Duke Law Journal*, vol. 52, 2002; Sharon H. Rackow, *How the Usa Patriot Act Will Permit Governmental*

alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación de comunicaciones electrónicas de todo tipo en Internet⁸⁴.

La *USA Patriot Act* se aprobó como una ley extensa, que contenía más de ciento cincuenta secciones y enmendaba más de quince disposiciones legislativas federales, reforzando los procedimientos de vigilancia de las comunicaciones, abatiendo el blanqueo de dinero internacional y la financiación terrorista, removiendo obstáculos para la investigación terrorista, endureciendo las normas penales frente al terrorismo internacional, aumentando las atribuciones de los cuerpos de seguridad y de los servicios de inteligencia norteamericanos y ampliando la definición de “actividad terrorista” hasta el punto de que pudieran ser incluidas actividades no violentas opuestas a la política exterior norteamericana, recordando en sus disposiciones y su espíritu a la conocida *Smith Act* vigente durante los años cincuenta en tiempos de la Guerra Fría y la lucha contra el comunismo en los Estados Unidos⁸⁵.

Por lo que aquí especialmente interesa, el Título II (Secciones 201 a 215) reforzaba los procedimientos de vigilancia de las comunicaciones, reformando, entre otras, las disposiciones contenidas en la Ley de Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas [*Electronic Communications Privacy Act* (ECPA)] de 1986. Aunque, sin duda, la reforma más importante operada a través de la *USA Patriot Act* ha tenido lugar a través de las modificaciones de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera [*Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)], que había sido aprobada en 1978 para reforzar la protección de los derechos garantizados en la Cuarta Enmienda, prohibiendo el control de las conversaciones telefónicas y las comunicaciones postales y electrónicas sin la correspondiente autorización judicial del Tribunal Federal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera establecido *ad hoc* y cuyas actuaciones tienen carácter secreto⁸⁶. Tras su modificación por la *USA Patriot Act*,

Infringement upon the Privacy of Americans in the Name of 'Intelligence' Investigations, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2002, págs. 1651 y ss.; Orin S. Kerr, *Internet Surveillance Law After the Usa Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, en *Northwestern Law Review*, vol. 97, 2003, págs. 607 y ss.; Michael J. O'Donnel, *Reading for Terrorism: Section 215 of the USA Patriot Act and the Constitutional Right to Information Privacy*, en *Journal of Legislation*, vol. 31, 2004, págs. 45 y ss.

⁸⁵ Vid. Geoffrey R. Stone, *Free Speech in the Age of Mccarthy: A Cautionary Tale*, en *California Law Review*, vol. 93, 2005, págs. 1387-1412; David Cole, *The New Maccarthysm: Repeating History in the War on Terrorism*, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 38, 2003, págs. 1-30.

⁸⁶ Vid. David S. Jonas, *Providing Material Support to Violate the Constitution: The Usa Patriot Act and Its Assault on the 4th Amendment*, en *North Carolina Central Law Journal*, vol. 27, 2005, págs. 95-129; J. D. Mayer, *9-11 and the secret FISA court: From watchdog to lapdog?*, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, 2002, págs. 249-252; G. H. Robinson, *We're listening! Electronic eavesdropping, FISA, and the secret court*, en *Williamette Law Review*, vol. 36, 2000, págs. 51-81.

distintas Secciones de la Ley afectan directamente a las garantías de protección de la privacidad de la información personal frente a intromisiones ilegítimas del gobierno amparadas por la Cuarta Enmienda, permitiendo el acceso, sin necesidad de una orden judicial, de los servicios de inteligencia y el intercambio con otras agencias del gobierno y con gobiernos extranjeros, a información sensible que había sido acumulada en investigaciones criminales recogida de archivos escolares, transacciones financieras, actividad en la red, conversaciones de teléfono, o informaciones derivadas de procedimientos judiciales que no estén incluso directamente relacionadas con casos de “terrorismo”. Asimismo, la *USA Patriot Act* admite órdenes judiciales por las que se autorizan los registros secretos de domicilios sin el conocimiento de su titular (*sneak and peek warrant*)⁸⁷, pudiéndose retrasar la comunicación de lo sucedido si se encontrase causa razonable para creer que la notificación tuviese un efecto adverso, así como el espionaje secreto de líneas telefónicas (*roving wiretaps*). Igualmente, se amplían las medidas de monitoreo electrónico, incluyéndose las direcciones y “routing” de todo el tráfico de Internet, correo electrónico, direcciones IP, y URL’s de los portales de Internet, sin la exigencia de mostrar una “causa probable” de conducta criminal, eludiéndose así las garantías de la Cuarta Enmienda⁸⁸.

Por todo, aunque la mayor parte de las disposiciones de la *USA Patriot Act* que afectaban directamente a las garantías de protección de la privacidad de la información personal frente a intromisiones ilegítimas del gobierno amparadas por la Cuarta Enmienda se extinguieron en 2006 y se reforzaron las garantías de las previsiones que han permanecido vigentes⁸⁹, sin embargo, ha supuesto un claro retroceso en los niveles de protección de la privacidad alcanzados, generalizándose en aras de la seguridad nacional la interceptación y utilización de comunicaciones electrónicas y de todo tipo en Internet. De ahí el pesimismo creciente en la doctrina norteamericana, que vislumbra como

⁸⁷ Vid. especialmente, Brett A. Shumate, *From ‘Sneak and Peek’ to ‘Sneak and Steal’: Section 312 of the Usa Patriot Act*, en *Regent University Law Review*, vol. 19, 2006-2007, págs. 203-234.

⁸⁸ Vid. Brian R. Decker, *‘The War of Information’: The Foreign Intelligence Surveillance Act, Hamdan v. Rumsfeld, and the President’s Warrantless-Wiretapping Program*, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 9, págs. 291-356; Paul T. Jaeger, et al., *The impact of the USA Patriot Act on collection and analysis of personal information under the Foreign Intelligence Surveillance Act*, en *Government Information Quarterly*, vol. 20, 2003, págs. 295-314; A. A. Bradley, *Extremism in the defence of liberty?: The Foreign Intelligence Surveillance Act and the significance of the U.S.A. Patriot Act*, en *Tulane Law Review*, vol. 77, 2002, págs. 465-493; M. F. Dowley, *Government surveillance powers under the U.S.A. Patriot Act: Is it possible to protect national security and privacy at the same time?*, en *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2002, págs.165-183.

⁸⁹ Vid. *USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005*, Public Law 109-177, 120 Stat. 192 (2006).

cierta la terrible predicción del Estado vigilante, en el que la privacidad es abolida y sustituida por el ojo omnipresente del gobierno, vaticinada por George Orwell en 1949 cuando afirmaba metafóricamente «*El Gran Hermano te está mirando*»⁹⁰.

VI. Reflexión final. La privacidad como valor constitutivo del paradigma de sociedad democrático-tecnológica del siglo XXI

El estudio que aquí se concluye del diacrónico proceso de conceptualización y protección constitucional de la privacidad de la información personal en el sistema jurídico norteamericano refleja, sin duda, el creciente interés en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas por proteger con el máximo rango constitucional todo ámbito de información personal en el contexto de la sociedad tecnológica avanzada. No obstante, el interés individual en la protección de la información personal, se enfrenta, como en ningún otro momento, a los intereses colectivos de carácter público y general, especialmente los relacionados con la defensa y seguridad nacional en la sociedad globalizada y amenazada por el terrorismo internacional de principios del siglo XXI.

Con todo, el esfuerzo por consagrar su máxima protección constitucional refleja la consideración de la privacidad de la información personal como un valor constitutivo del paradigma de sociedad democrático-tecnológica del siglo XXI. En efecto, la protección constitucional de la información personal no atiende exclusivamente a su dimensión individual o subjetiva, antes al contrario, presenta igualmente una dimensión objetiva que coadyuva al avance del sistema democrático. Si como viene defendiéndose desde Warren y Brandeis, una vida privada al amparo de injerencias no deseables permite el libre desarrollo de la personalidad, si la protección de la información personal fomenta el desarrollo de la autonomía individual y la autodeterminación personal, aspectos todos que en última instancia promueven una ciudadanía más activa y participativa, su protección es igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad. Una sociedad vigilada se transforma en una sociedad conformista y pasiva que aliena al mismo sistema democrático. De ahí que la protección constitucional de zonas de privacidad

⁹⁰ George Orwell, *Nineteen Eighty-Four, A novel*, Secker and Warburg, London, 1949, *passim*. Al respecto, vid. Matthew Bunker, *et al.*, *Access to Government-Held Information in the Computer Age: Applying Legal Doctrine to Emerging Technology*, *op. cit.*, pág. 582; Shawn C. Helms, *Translating Privacy Values with Technology*, *op. cit.*, pág. 293; Daniel J. Solove, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, *op. cit.*, pág. 1395; George B. Trubow, *Protecting Informational Privacy in the Information Society*, *op. cit.*, pág. 522.

de la información personal que aseguran nuestra autonomía individual sea garantía del carácter democrático y, por tanto, valor constitutivo de las actuales sociedades tecnológicas.

Esta es la visión presente en la teorización de Robert C. Post cuando analiza el fundamento social de la privacidad⁹¹. Porque, como ha señalado Westin al defender su concepción de la “*informational privacy*”, la protección de la privacidad individual contribuye a dotar de vitalidad al proceso de toma de decisiones en el sistema organizado de una sociedad libre⁹². Integración de la dimensión individual y colectiva de la privacidad que también refleja la concepción de Schwartz, al conceptualizar sustantivamente el derecho a la privacidad de la información personal como un “valor constitutivo” que coadyuva no sólo a la configuración de la identidad individual sino también a la conformación social⁹³. Y como ya expusiera el Juez Douglas, al avanzar a finales de la década de 1960 la emergencia de una sociedad vigilada por los numerosos avances tecnológicos de interceptación y registro de los más íntimos aspectos de la vida privada de la persona, una sociedad vigilada que aliena la dignidad individual, el reconocimiento de amplias zonas de privacidad a salvo de cualquier intromisión externa constituye presupuesto fundacional de toda sociedad libre⁹⁴.

Por todo, las avanzadas tecnologías de las comunicaciones que en aras de la seguridad nacional contribuyen al desarrollo de medios de vigilancia más intrusivos de la información personal al alcance de instituciones estatales, poseen la potencialidad de frustrar la participación ciudadana al amenazar la esfera privada de la persona, y con ella, la sociedad democrático-tecnológica del siglo XXI. Su protección con el máximo rango normativo deviene ineludible, aunque ahora la cuestión es si será suficiente el amparo de la Constitución nacional en el paradigma global de la Sociedad de la Información y del Conocimiento del Tercer Milenio.

⁹¹ Vid. Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, en *California Law Review*, vol. 77, 1989, págs. 957-1010.

⁹² Vid. Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, pág. 51.

⁹³ Vid. Paul M. Schwartz, *Internet, Privacy and the State*, *op. cit.*, págs. 816 y 817.

⁹⁴ *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323, 341-343, 353, 354 (1966) (Douglas, J., dissenting).