

# **methaodos.working papers**

Ana María García Arranz

Derecho a la intimidad y comunicación digital

working paper nº1

Madrid, 2013

**Resumen:**

Vivimos inmersos en un proceso de grandes cambios en el ámbito de la comunicación. Las innovaciones tecnológicas y los nuevos medios han influido en la concepción y el desarrollo de los derechos fundamentales. Hoy, cuando con las Nuevas Tecnologías de la Información (TIC) se ha conseguido alcanzar el grado máximo de desarrollo de la libertad de expresión, se está produciendo, en contrapartida, la disminución de otras garantías constitucionales. El presente trabajo analiza la situación del derecho a la intimidad en el actual escenario comunicativo haciendo especial hincapié en su prevalencia y vulneración en la empresa periodística multimedia y, especialmente, en la red. Una cuestión que se vuelve harto complicada si se tiene en cuenta que el avance tecnológico se desarrolla a un ritmo infinitamente superior que el de la legislación, creando continuas lagunas y contradicciones y haciendo obsoleta en poco tiempo toda posible medida.

**Palabras clave:**

Derecho a la libertad de expresión, derecho a la intimidad, empresa periodística multimedia, Internet, regulación.

**Abstract:**

We live in a process of great change in the field of communication. Technological innovations and new media have influenced the understanding and development of fundamental rights. Today, when we have been able to reach the maximum degree of development of freedom of speech with the New Information Technologies (TIC), it is also occurring the decline of other constitutional guarantees. This paper analyzes the situation of the right to privacy in today's media stage with special emphasis on its prevalence and vulnerability on multimedia journalism, and especially in the network. One issue that becomes very complicated if one takes into account that technological progress takes place at a rate far superior to the law, creating gaps and contradictions and continual becoming obsolete in a short time any measure.

**Key Words:**

Right to freedom of speech, right to privacy, multimedia news company, Internet, regulation.



# Derecho a la intimidad y comunicación digital

## 1. Introducción

Corren tiempos inquietantes como consecuencia del proceso de transformaciones continuas sobrevenidas con las TIC. Estas herramientas, con su capacidad para trasladar contenidos multimedia a cualquier parte del mundo en segundos —gracias a la difusión viral y mimética de la red en su estrategia de reclutamiento y contagio— proporcionan el mecanismo perfecto para recoger y difundir noticias. El cambio del paradigma comunicativo destaca por el quebramiento del esquema clásico de la comunicación de masas en un único sentido, dando paso a una comunicación ubicua hacia redes horizontales de comunicación más directa, participativa interactiva y multidireccional (Castells, 2009) a través de Internet y de redes de comunicación inalámbricas, creando un espacio sistémico con un discurso común.

Al invertirse las formas en las que el discurso público es creado (con el trasvase del *one-to-many* al *many-to-many*) las tecnologías digitales nos dirigen a nuevas realidades sociales en las que imperan los conflictos relativos al control del capital informacional (Balkin, 2004). La información personal se exhibe hoy a plena luz. Redes sociales, blogs, plataformas de microblogging, así como otras prácticas de la Web social, han suscitado un amplio debate acerca del futuro de la vida privada en una sociedad en la que disminuye progresivamente la distancia entre lo público y lo privado y en la que estos nuevos espacios constituyen un empuje fundamental en la difuminación de estas líneas (Ganascia, 2010).

Nos encontramos en un momento histórico en el que el ejercicio de la libertad de expresión consagrada en nuestra norma fundamental no es discutible y no parece tener límites ni normativos, ni personales, ni mucho menos tecnológicos: "Internet nos hace idealizar un mundo de libertad absoluta, en el terreno de las comunicaciones humanas directas, sin intermediarios, un espacio donde la libertad de expresión no tiene cortapisa alguna" (Cebrián, 1998: 70). No obstante, las limitaciones de este enfoque se hacen cada vez más evidentes. La contrapartida a la utilidad y versatilidad de las nuevas tecnologías es su agresividad o potencial de acción. Una suerte de Leviatán contemporáneo que obliga a un optimizado control que evite los abusos que puedan vulnerar esta esfera irreductible de los ciudadanos: "the great diversity of new privacy destroying technologies will have to be met with a legal and social response that is at least as subtle and multifaceted as the technological challenge" (Froomkin, 2000: 1543). De este modo, destaca la naturaleza transformadora de la tecnología digital no sólo para que los sujetos sociales ejerzan su derecho a la libertad de expresión y opinión sino, y antes, otra serie de derechos, promoviendo así el progreso de la sociedad en su conjunto (La Rue, 2011).

En este contexto tecnológico y mediático, el diorama relativo a las concepciones sobre la sociedad digitalizada pasan de un optimismo casi fanático (libertad, conocimiento compartido, progreso) al pesimismo más absoluto (vigilancia, alineación). La libertad indiscutible de Internet (Morozov, 2011; Shirky, 2011) con la eliminación de las barreras en una sociedad de código abierto y su alcance y posibilidad, son un potente multiplicador de los riesgos de atentar contra la intimidad personal, primordialmente en lo que tiene que ver con la interceptación de comunicaciones, la captación y posterior difusión de la imagen, así como la divulgación de datos personales recogidos en bases de datos.

Los *mass media* supeditados a estructuras empresariales dejan de configurarse como



meros canales de comunicación para adquirir un valor de cambio mayor convirtiendo a la información en una mercancía en la que prima un exceso desnaturalizador y sobreabundante en detrimento de la calidad y el rigor que exige la tarea periodística: "the current bias in conceiving of the Net as a predominantly commercial enterprise seriously limits the privacy agenda"(Nissenbaum, 2011: 32). La sociedad tecnológicamente avanzada se define, añade esta autora, por una situación en que la moneda suprema es la información, incluyendo la información sobre personas.

Los grupos multimedia, pese a su hegemonía, no están exentos de responsabilidad. Esta colisión de derechos incide en la práctica en su gestión y economía en la medida en que han de rendir cuentas ante los tribunales por incurrir en el incumplimiento de este precepto constitucional. Así, "son los propios medios con que se garantiza la libertad, los que ponen en peligro la libertad de los beneficiarios" (Habermas, 1989: 514). Con todo, esperemos que la célebre afirmación de Scott McNealy "you have zero privacy anyway—get over it" no resulte ser tan visiblemente profética y consigamos minimizar el futuro orwelliano que nos espera.

## 2. Una paradoja inversamente proporcional

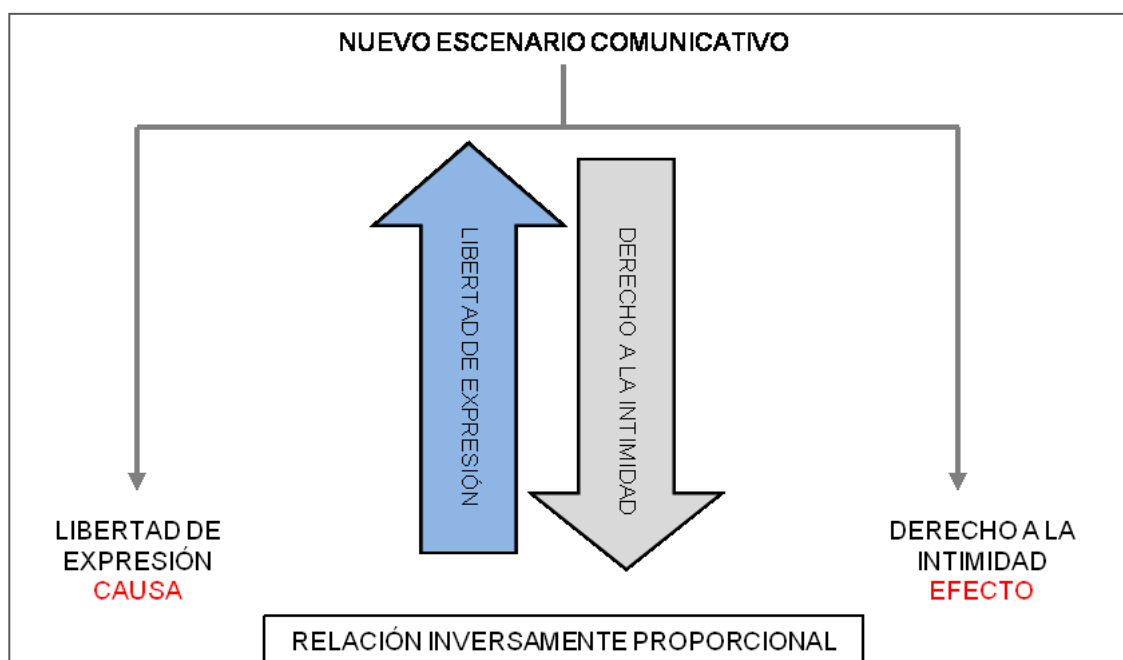
El conflicto entre el art. 20.1 a) y el 18.1 de la Constitución Española (CE) se ampara en que mientras primero encuentra su más clara limitación en el segundo, las vulneraciones al segundo se hacen en nombre del primero, de modo que muy rara vez se desenvuelven sin llegar a su colisión. El artículo 20.1 a) de la CE expone: Se reconocen y protegen los derechos: "*A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*". Sin embargo, se olvida con frecuencia, que esta libertad por la que han clamado los pueblos desde antiguo, está sujeta a unos límites. En este sentido, ya en ese mismo artículo 20, en el apartado 4º se explicitan ciertas restricciones en prevención a su desajuste con otros derechos constitucionales: "*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia*". De este forma, una vez que hemos alcanzado el máximo estadio de desarrollo de esta libertad, es posible que los ciudadanos empiecen a encontrar los problemas derivados de su hiperbolización. Los recientes acontecimientos en la esfera internacional acerca de revelaciones de datos han demostrado fehacientemente el grado de seguimiento y vigilancia a personas o instituciones en el actual contexto global.

Esta reflexión nos invita a plantearnos un futuro en el que ámbito de la libertad de expresión podría seguir dilatándose. Su incorrecta interpretación conduce a la desvirtuación de un derecho que no es sino la piedra angular de una sociedad democrática. Téngase en cuenta que un aumento desmesurado de la capacidad de expresión en estos nuevos semilleros de interacción social no garantiza una más desarrollada y eficiente calidad de dicha libertad. Una cuestión que ineludiblemente sienta su basamento en una fricción de intereses entre la estabilidad del individuo por precaria que sea (ausencia de control sobre sus vidas y entornos) y el deseo frenético de expresar su pensamiento individual, o de ciertos datos o informaciones, sin reparo alguno.

En base a lo anterior, podemos establecer la siguiente relación inversamente proporcional: a medida que aumenta la libertad de expresión sin una regulación exclusiva, concreta y coherente para las posibles distorsiones que puedan darse en este nuevo contexto mediático, disminuye de forma irremediable el derecho a la intimidad (Figura 1.)



Figura 1. Relación del Dº a la intimidad y del Dº a la libertad de expresión.



Fuente: Elaboración propia.

### 3. El derecho a la intimidad y su protección en el actual escenario comunicativo

Debido a la naturaleza elusiva del concepto de intimidad, delimitar una definición se antoja una tarea complicada de la que resultarán definiciones fragmentadas. Los innumerables matices lo convierten en una noción abstracta, multifacética y intrínsecamente contingente y política, sensible a los cambios en la sociedad y en la tecnología. Asimismo, se sitúa en una encrucijada epistemológica, precisamente por tener efectos en distintos ámbitos: personal, económico, social, legal, etcétera. Encontramos sus orígenes en el influyente artículo "Right to privacy" (Warren y Brandeis, 1890) motivados en buena medida por la llegada de la fotografía y la imprenta, al que definían como "the right to be left alone" (op.cit.: 193). Posteriormente, muchos han sido los autores que —en el contexto de la información— se refieren a la capacidad de las personas para controlar las condiciones en que sus datos personales se adquieren y se utilizan (Stone et al., 1983; Posner, 1984; Culnan y Bies, 2003). Westin (1970) lo perfila como el derecho a elegir qué tipo de información sobre uno mismo es sabida y por quién. Este autor apuesta por lo que denomina "prácticas justas de información" (*Fair Information Practices*) para las que estipula una serie de premisas: apertura y transparencia, participación individual, limitación en la recolección de datos, limitaciones de su uso, calidad de los datos, grado de seguridad razonable y, finalmente, rendición de cuentas de tales registros.

La gran mayoría de los países reconocen la intimidad como un derecho fundamental y así lo han previsto en sus códigos. Como la libertad de expresión, el derecho del individuo a gozar de un espacio exclusivamente reservado para sí es una de las grandes conquistas de la democracia. No obstante, la intimidad no debe restringirse en ningún caso a no ser molestado o a no ser conocido en ciertos aspectos, sino que alcanza el derecho a controlar el uso que otros

hagan de la información referente a un determinado sujeto público o privado, esto es, la intimidad es el espacio libre de intromisiones que rodea al individuo. Hoy tanto los medios masivos, como sus usuarios, utilizan la combinación multimedia que vincula a los sistemas de telecomunicaciones, los ordenadores personales y los propios medios que alternan múltiples vías para comunicar con el receptor y viceversa.

La utilización de los datos personales y las revelaciones en todas las facetas del ámbito periodístico está actualmente en el punto de mira social. Esta circunstancia, unida a las nuevas necesidades del intercambio de datos hace imprescindible la aplicación de medidas para garantizar la protección, especialmente en un contexto abierto<sup>1</sup> como el de las redes de telecomunicación. De esta manera, las actividades periodísticas pueden verse gravemente dificultadas sino se adopta la normativa necesaria para garantizar una seguridad mínima en los sistemas de información. Teniendo en cuenta el carácter mundial de las telecomunicaciones, resulta esencial que dicha protección tenga en cuenta esta dimensión.

La recogida, almacenamiento y tratamiento de datos sólo se justifica para proporcionar un servicio de *valor añadido* y no podrá utilizarse sin autorización legal específica o sin el consentimiento previo explícito del usuario (notificación y consentimiento). En ningún supuesto podrá ejecutarse dicho tratamiento para otorgar ventaja ilícita a una empresa con respecto a otras en sectores competitivos. De todo ello se sigue que el correcto uso de los datos personales precisa que se realice —por y para— una función legítima.

En relación a los datos que pudieran utilizarse con una finalidad periodística también debe quedar garantizado el derecho a la intimidad mediante un tratamiento transparente con un fin informativo que responda ineludiblemente a su función social y respetando toda vez el derecho de acceso y rectificación del interesado a los datos que le conciernen. Ante esta situación el aludido cuenta con el derecho de oponerse a la utilización de sus datos antes de que se efectúe su comunicación a terceros. En cualquier caso y fuera de los anteriores supuestos, las personas que se consideren afectadas por una información que haya utilizado sus datos y que, a su juicio, haya lesionado su intimidad por el tratamiento indebido de sus datos cuenta con la posibilidad de interponer recurso exigiendo responsabilidades y sanciones al medio.

En estas coordenadas, la situación se ve agravada por la controvertida cuestión del periodismo reconvertido en una práctica social difuminando las líneas entre productores de noticias y los usuarios (*user-created-content*, UCC) que nuevamente acoge visiones encontradas. El "empoderamiento del público" (Jenkins, 2006) es visto bien como una forma de democratización del periodismo (Chouliaraki, 2012) o como el debilitamiento de la verdad agriando el discurso cívico y menospreciando la experiencia (Keen, 2007)<sup>2</sup>. Parece que en el actual contexto: "access to information is far less important, politically, than access to conversation" (Shirky, 2011). De este modo, podemos encontrar numerosas sitios web en los que cualquier usuario puede introducir contenidos (textos, imágenes, videos...) pudiendo dar lugar a "informaciones" que en ocasiones son contrarias al derecho a la intimidad.

En nuestro país han sido concebidas ciertas medidas con el objeto de preservar la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes de telecomunicación y

<sup>1</sup> No es menos cierto que la privacidad on-line ha ido evolucionando desde una red abierta a la estructura actual en la que en numerosos sitios web se requiere un acceso (Palfrey, 2010).

<sup>2</sup> Un debate que hoy sigue en pugna apunta a si la red, con sus mensajes, puede convertirse en una fuente para el periodismo (Bennett y Segerberg, 2012) suponiendo un debate excepcional en la medida en que el abastecimiento de fuentes es un elemento fundamental del ejercicio del periodismo que condiciona la arquitectura de las noticias, la verificación (Garrison, 2000) y la credibilidad (Reich, 2011).



de los servicios de telecomunicación accesibles al público. Cabe destacar en este punto tanto la Ley 11/1998 de 24 de abril general de Telecomunicaciones, como la que deroga a la anterior, la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT); la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones y la Ley Orgánica 15/99 de protección de datos de carácter personal que sustituyó a la LORTAD, y que exige la inscripción obligatoria de las bases de datos con información personal en el Registro de la Agencia de Protección de Datos. De este manera, la LGT y la LSSI, han incorporado al Derecho español la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad, telecomunicaciones electrónicas, a partir de las categorías y sectores vigentes de regulación, derivados del doble ámbito de las redes y servicios de transmisión electrónica, por un lado, y servicios de la sociedad de la información, por otro, comprendiendo estos últimos también actividades de contenido por vía electrónica de carácter económico.

Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer. La red se convierte en una plataforma vertebradora de comunidades en línea. Es el caso de los *social media* que cada vez ganan más presencia en la esfera pública<sup>3</sup>. Su demanda social se justifica en el señalamiento de la autonomía fomentando una ética de participación individual, esto es, redes de auto-organización con una comunicación multimodal respondiendo a un reclamo por parte del usuario de obtener todo lo que le interesa del modo más rápido y sencillo. De esta forma requiere "imágenes que se lo muestren, sonidos que se lo cuenten, textos que se lo expliquen y los quiere al instante de haberse producido la noticia. Ningún medio clásico cumple por sí solo con todas estas expectativas del nuevo consumidor de la información" (Salaverría, 2001: 383-395). No obstante, y aunque todos estos productos de la web son relativamente recientes, los retos relacionados con la intimidad no distan demasiado a los planteados en el pasado por otros sistemas de información y medios de comunicación digitales, debido a su ingente capacidad para la captura, almacenamiento, recuperación, análisis, distribución y difusión de información (Nissenbaum, 2011).

La red se configura como un espacio en la que la creencia de total libertad conduce frecuentemente a perturbaciones radicales en la corriente de los flujos de información, como son la pornografía infantil, delitos informáticos u otros tipos de actividad criminal. Simultáneamente se perfila como un ámbito de control en el que se activa la creencia tecnocrática de la transparencia con la vigilancia y proceso de monitorización a la autoridad pública (Keane, 2009) en la que los ciudadanos interventores ejercen la tarea de observar a los poderes establecidos en una suerte de panóptico. Una vigilancia de ida y vuelta en la que el mundo virtual también nos observa a nosotros en tanto que cuando creíamos haber deshecho el camino andado, nuestra huella digital permanece a través de cookies, clics, direcciones IP, logins o historiales de navegación: "People make mistakes, people can be bribed (...) You cannot protect this data, you cannot be sure it's not been disclosed, privacy policies are simply too weak" (van Heerde, 2010). Así pasamos de una vigilancia superior a la *sousveillance*, un concepto acuñado por Mann (2005) en relación a las sociedades modernas en las que cualquier individuo puede captar imágenes, conversaciones o videos de cualquier persona o evento que podrá difundir libremente.

Cómo proteger la intimidad es una pregunta frecuente en el discurso público. El multifacético y plurimodal concepto de la intimidad en un contexto de información fluida y despersonalizada, trae consigo una preocupación pública por la confidencialidad de los datos

<sup>3</sup> No son pocos los mitos que circundan a esta controvertida cuestión. Cfr: Determann, 2012.





más que legítima y por unos niveles de privacidad razonables. Hecho que contrasta fuertemente con la ausencia de protección en la práctica (Lahlou, 2008) sin tomar medidas preventivas en la utilización diaria del actual entramado de sistemas en aras de sus posibles efectos perniciosos. Al menos así ocurre en las redes sociales donde es precisamente la posibilidad de compartir información su axioma básico, ya que en buena medida, de ello depende la interacción social.

Lo antedicho se configura como una de las cuestiones que más polémicas ha suscitado en este campo, derivando en la conclusión de que las SNS (*social networking sites*) implican renunciar a nuestra intimidad divulgando parte de nuestra vida privada (Papacharissi, 2010) para que la interacción pueda hacerse efectiva. Inclusive, ciertas directrices que han sido puestas en marcha han causado aprensión o incluso rechazo social (Nissenbaum, 2011). Podríamos afirmar que, en cierto modo, es precisamente la cotidianidad y la total asunción de la tecnología digital en nuestras vidas, la que nos exime de una preocupación constante en los pasos que damos, sin ser conscientes de que cada uno de éstos se registra condicionando nuestra esfera privada.

Sin embargo, no nos referimos solamente a la otorgación voluntaria de esa información (fotografías, estados, pensamientos, etcétera) sino a la ausencia de control sobre la información privada<sup>4</sup>: "the porous nature of the Net has radically redefined the arena in which individuals are willing to disclose personal information" (Rosenblum, 2006: 44). Los responsables de estos espacios consideran que la privacidad ya no es tan necesaria como antaño, asumiendo el peaje derivado de un incrementado capital social: "People have really gotten comfortable not only sharing more information and different kinds, but more openly and with more people —and that social norm is just something that has evolved over time" (Zuckerberg, 2010, en McCullagh, 2010). Los costes derivados de esta transacción pueden ser muy altos tanto para la vida personal, interpersonal, la carrera profesional o incluso la propia identidad (Cicourel y Lahlou, 2002). Se trata de una vigilancia omnipresente (*omniveillance*) (Blackman, 2009) a través de la geolocalización (Krumm, 2009), el rastreo de smartphones y de otros dispositivos en un proceso de captación que escapa a nuestra conciencia y control: "future privacy threats will not come only from large centralized databases; but also from the existence of distributed life-loggings which enable detailed profiling and prediction" (Lahlou, 2008: 313).

De aquí emana el dilema al que nos enfrentamos en el nuevo entorno, con la correspondiente dificultad de regular un área tan subjetiva a los efectos. No sorprende que los legisladores se encuentren ante la difícil tarea de delimitar un marco jurídico adecuado para estos servicios. Los políticos, por su parte, no encuentran la manera de hacer frente al inmenso marasmo verbal y a las continuas filtraciones que hacen tambalear su *status quo*: "Los gobiernos de la mayoría de los países han acogido Internet con una actitud esquizofrénica" (Castells, 2001). Los medios ofrecen constantemente noticias relacionadas con la vulneración de la intimidad, de personas físicas, jurídicas, de organizaciones e incluso de naciones enteras. Se suceden las demandas por supuestos abusos a un derecho constitucionalmente protegido y, aunque el derecho a la intimidad protege a los ciudadanos frente a este tipo de abusos, el hecho de que se produzcan en el marco de Internet hace mucho más difícil la búsqueda de responsabilidades: "el medio Internet determina, en primer lugar, una notable y especial dificultad para la detección y persecución del delito" (Fernández, 2007:13).

Si tenemos en cuenta la densa integración existente entre el mundo *on-line* y *off-line* — que cuenta con una hibridación cada vez mayor— las soluciones deben ser articularse desde un punto de vista integrador. Lo anterior no se contradice con el hecho de que la amplia gama de

<sup>4</sup> Incluso entre los propios contactos de las redes sociales a los que el usuario concede el acceso tienen la libertad de "etiquetar" a otros usuarios en momentos de su vida privada.





tipos de transferencias internacionales de datos surjan distintos problemas que requieren soluciones diferentes (Bennett, 2012), puesto que no será lo mismo la restricción a la interacción social, que a los datos referidos a la salud o el e-commerce.

Tal es la dificultad de regulación que se relega la cuestión o se toman decisiones heurísticas poco eficaces. La escasez de unanimidad y acuerdo es la tónica que sigue imperando. Esta situación se ve exacerbada por las características propias del medio: "La distinción entre comunicación interpersonal y comunicación de masas presenta problemas de delimitación en este nuevo medio. La línea divisoria entre ambos tipos de comunicación es cada vez más difusa. Y es precisamente esta doble vertiente la que tanto dificulta su regulación" (García, 2002: 174-175). No en vano, ante tal escarpada cuestión, Dourish y Palen (2003) apostaban por adoptar unos límites de negociación a la intimidad personal. Por su parte, Nissenbaum (2011) opta por una combinación de *transparencia* y *elección* basada en el enfoque de la notificación y consentimiento.

La cuestión no dejaría de ser más que otro debate sempiterno que pocos visos tienen de solucionarse tanto en el ámbito académico como social, sino fuese porque como ya prevenía Lahlou (2008: 300): "pervasive computing will soon enable continuous monitoring of individual activity, even beyond what science fiction imagined". Necesitamos nuevas directrices que implementen gradualmente nuevas propuestas constructivas al tiempo que se proporcionen herramientas que permitan a los usuarios tomar decisiones más detalladas acerca de la privacidad de los contenidos que se publican (Gelman, 2009).

A pesar de la ausencia de una regulación internacional y de una homogeneidad y acuerdo normativo, el Código Penal español protege este derecho haciéndose extensible a Internet. El artículo 197 del Texto a estudio y los seis puntos que lo conforman castigan estos atentados. De este modo, si acudimos a la figura básica de esta categoría delictiva (art. 197.1), se pueden agrupar con carácter general en tres grupos fundamentales: el apoderamiento de mensajes, documentos o efectos personales; la interceptación de las comunicaciones; y la utilización de artificios técnicos de captación del sonido o de la imagen.

a) Protección de los datos personales

Entre las innumerables ventajas con las que cuentan las tecnologías, una es la capacidad de almacenamiento y tratamiento de multitud de datos que pueden ser ordenados, conservados y utilizados en el momento y con la finalidad que se desee. De manera que la posibilidad de una incorrecta utilización de los mismos hace que existan una serie de normas que protejan la intimidad de sus titulares. En este sentido tenemos la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos personales que regula los requisitos necesarios para archivar los datos y, concretamente, garantizar que su recogida y tratamiento no suponga una vulneración a la intimidad.

b) La interceptación de las comunicaciones

Prevista en el citado artículo del texto punitivo su redacción, excesivamente genérica, permite su aplicación a cualquier conducta que suponga una intromisión en las comunicaciones ajenas y, por lo tanto, también tendrá cabida la interceptación de las comunicaciones personales a través de la red. Por su parte, Ley 25/2007, de 18 de octubre, sobre la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, será la encargada de estipular las posibilidades de controlar el uso que se



haga de Internet de mano de los operadores que presten servicios de comunicaciones obligando a estos a conservar los datos —durante doce meses— que se generen en la prestación de tales servicios, con el objetivo de facilitar la tarea en una posible detección de delitos.

c) Revelación de secretos

En los anteriores supuestos debemos partir de que la propia captación de las imágenes —no sólo su difusión— no es consentida, de forma que se deberá comprobar si se cumplen los requisitos prefijados a estos efectos, esto es: “si se ha accedido a los datos o imágenes infringiendo lo expuesto en dicho artículo”. A propósito de esta cuestión, es amplio el debate que se suscita a la hora de establecer si ha infringido o no delito en función de si las imágenes fueron tomadas en un lugar público. Sin embargo, es necesario preguntarse si el derecho a la intimidad también requiere tutela penal cuando las imágenes captadas, aún siendo en lugares públicos, comprometen la vida privada del sujeto.

#### 4. Insuficiencia regulatoria

Una vez que se han analizado las principales normas que reglamentan la protección de la intimidad en nuestro país, debemos plantearnos si esta regulación es suficiente y concreta para el actual contexto social y comunicacional. En este sentido, ya apuntaba Maherzi (1999: 19) en su informe para la Unesco que “la conjunción del progreso tecnológico junto con la desmaterialización de los productos de la comunicación ofrece oportunidades, pero también riesgos, que los instrumentos jurídicos no han sabido abordar todavía”. Más de una década después continuamos con una regulación estructuralmente ineficiente (Rallet, 2011).

A esta visión se unen un nutrido número de autores que en la misma línea consideran insuficiente la normativa local e internacional:

En la medida en que Internet cumple la función de otros medios de comunicación, el régimen jurídico de estos nos ofrece interesantes y útiles pautas para la regulación (...). Pero no cabe olvidar que éste, en su complejidad, puede cumplir otros muchos fines que no serían posibles a los medios tradicionales de comunicación y, en este sentido, la simple regulación de aquéllos ha de resultar por fuerza insuficiente (Sánchez, 2007: 76).

Existe una cierta tendencia legal a que de rápidos cambios tecnológicos —con su inherente incertidumbre— puedan resultar normas y juicios con estrechez de miras: “Not every complex social problem can be solved by state action. Many of the thorniest social problems citizens encounter in the information age will be better addressed through efforts that are bottom-up, evolutionary, education-based, empowerment-focused, and resiliency-centered” (Thierer, 2013: 454). No en vano, hay quien piensa que las soluciones más eficaces para la protección de la intimidad *on-line* están en el mercado y en la propia tecnología (Keen, 2012).

El actual panorama adolece de medidas concretas y una de las causas, sino la principal, es que el control de contenidos en estas comunicaciones digitales ha suscitado nuevamente el punzante debate entre censura y libertad de expresión y de ahí la excesiva prudencia a la hora de establecer cualquier tipo de medida. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se hace necesaria



una redefinición e incluso una reconceptualización (Elwood y Leszczynski, 2011) del alcance de este derecho como resultado los de los cambios producidos por las nuevas tecnologías. Con la importancia creciente de estos nuevos espacios en nuestra actual cultura, resulta paradójico que estén configurados en "tierra de nadie", ajenos a todo gobierno, y consecuentemente sin una regulación clara y unitaria. La solución estriba en un ajuste del ordenamiento jurídico que no ha de pretender el establecimiento de mecanismos de represión y obstáculos para el desarrollo de estas nuevas formas de comunicación social sino que, por el contrario, ha de impulsar normas que —mediante la aplicación de un marco normativo adecuado— eviten las graves consecuencias que puedan derivar del desarrollo incontrolado del ejercicio de los derechos y libertades.

## 5. Conclusiones

Podemos concluir que se confirma la hipótesis inicial que partía de la idea de que en tiempos de plena libertad de expresión propiciada por los nuevos medios, se está incurriendo en mayores vulneraciones al derecho a la intimidad, estableciéndose una relación inversamente proporcional: a medida que el primero aumenta, el segundo disminuye en la ausencia de una regulación competente en la materia. Asimismo, la obsolescencia de la legislación actual —circunstancia a la que hay que sumar su falta de concreción— obstruye esta situación cuya principal causa se encuentra en una tecnología que se desarrolla mucho más rápidamente que las decisiones legislativas. Dicha circunstancia provoca inseguridad jurídica a todos los actores que intervienen: empresas multimedia, medios de comunicación, receptores, usuarios etcétera.

Igualmente, constatamos una falta de unanimidad a la hora de tomar medias. Los titubeos de gobiernos y jueces vienen precedidos por un miedo a invocar la censura previa en tiempos de plena libertad de expresión, máxime cuando la opinión pública está altamente sensibilizada con ambos temas: de un lado, su derecho a verter sus ideas y opiniones y, de otro, el derecho a preservar su intimidad.

Las empresas multimedia no están exentas de responsabilidad. Esta colisión de derechos y su incumplimiento jurídico repercute tanto en su rentabilidad reputacional como económica. Por su parte, los medios tradicionales, en su afán por mantenerse en pie, no deben caer en la desinformación a la que les aboca el uso de aspectos de vidas ajenas que carecen de interés público. Las empresas son responsables de la exactitud de los datos que utilizan y los interesados deberán tener el derecho de acceder y verificar la información vertida sobre sí mismos.

En la actualidad puede afirmarse que el impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación son el mayor desafío al que se enfrenta la intimidad personal puesto que ésta no debe ser expuesta ni vendida, al contrario, debe ser protegida con toda la fuerza de la ley exigiendo una adecuada respuesta del ordenamiento jurídico vigente. Deberá ponerse al mismo nivel que otros derechos, en la medida que es el único reducto del ser humano ante una sociedad cada vez más digitalizada y globalizada.

De todo lo anterior se extrae una urgente necesidad de ajuste del ordenamiento jurídico con el objeto de lograr una eficaz protección que evite las graves consecuencias que puedan derivar de su desarrollo incontrolado para el ejercicio de los derechos y libertades y que ponga fin a las insuficiencias que caracterizan la situación actual. Ello contribuirá a la racionalización de los principios democráticos haciendo visible el poder y permitiendo a la sociedad tomar una postura ante el posible ejercicio inocuo del mismo.



Se ha afirmado en numerosas ocasiones que las ciencias sociales toman una postura crítica hacia el entorno tecnológico en vez de proponer algún tipo de solución que pueda paliar los efectos indeseables derivados del advenimiento y la densa integración de las tecnologías en la vida social. Ataques epistemológicos que poco tienen que ver con una ciencia que observa con detenimiento los productos resultantes del nuevo paradigma. Regular la intimidad es tarea de legisladores con unas políticas de privacidad transparente y de un compromiso social y personal de establecimiento de límites, en base unos principios éticos generales y a unos valores de conducta responsable además del conocimiento personal de nuestras propias expectativas. No debemos entender la tecnología como invasiva sino aprovechar al máximo las potencialidades que nos ofrece el nuevo proscenio tecnológico-social en la medida en entendamos la red como un bien público. Por ello, deberemos minimizar los efectos contaminantes que pudieran atentar contra la esfera privada de los sujetos sociales.

El presente trabajo se ha acercado a un problema persistente que afecta a todos los ámbitos de la vida social: la preservación de la intimidad en un momento de eferescencia digital. Se ha abordado la regulación existente y sus limitaciones en el actual escenario comunicativo global, teniendo en cuenta las restricciones que a efectos prácticos pueden tener las propias leyes de la interacción y el necesario trasvase de datos para su realización efectiva. Sin duda nos encontramos ante un desafío legal, político, social... que debe resolverse con la mayor prontitud posible.

### Referencias bibliográficas

- Balkin, Jack M. (2004): "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *New York University Law Review*, 79.
- Bennett, Steven C. (2012): "The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives", *Berkeley Journal of International Law*, 30: 160-195.
- Bennett, Walter L. y Segerberg, Alexandra (2012): "The logic of connective action. Digital media and the personalization of contentious politics", *Information, Communication & Society*, 15 (5): 739-768.
- Blackman, Josh (2009): "Omniveillance, Google, Privacy in Public, and the Right to Your Digital Identity: A Tort for Recording and Disseminating an Individual's Image over the Internet", *Santa Clara Law Review*, 49 (2): 313-392.
- Castells, Manuel (2001): "Internet, libertad y sociedad, una perspectiva analítica", *Polis*, 4. [Consulta: 16 de febrero de 2009]. Disponible en web: <http://polis.revues.org/7145>
- Castells, Manuel (2009): *Comunicación y Poder*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cebrián, Juan L. (1998): *La red*. Madrid: Taurus.
- Chouliaraki, Lilie (2012): "Re-mediation, inter-mediation, trans-mediation", *Journalism Studies*, 14 (2): 267-283.



Cicourel, Aaron y Lahlou, Saddi (2002): "Technology, privacy, and limited capacity processing: a case study", Working paper, Laboratory of Design for Cognition, EDF R&D. Clamart: France.

Código penal y legislación complementaria, 1995 (2013). Madrid: Thomson.

Constitución Española, 1978 (2012). Edición preparada por Luis López Guerra. Madrid: Tecnos.

Culnan, Mary J. y Bies, Robert J. (2003): "Consumer Privacy: Balancing Economic and Justice Considerations", *Journal of Social Issues*, 59 (2): 323-342.

Determann, Lothar (2012): "Social Media Privacy: A Dozen Myths and Facts", *Stanford Technology Law Review*, 7: 1-14.

Dourish, Paul y Palen, Leysia (2003): "Unpacking 'privacy' for a networked world", en *Proceedings of the SIGCHI conference on Human Factors in Computing Systems*: 129-136. Ft Lauderdale, FL: ACM.

Elwood, Sarah y Leszczynski, Agnieszka (2011): "Privacy, reconsidered: New representations, data practices, and the geoweb", *Geoforum*, 42: 6-15.

Fernández, Javier G. (2007): *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Madrid: Constituio Criminalis Carolina (CCC).

Froomkin, Michael A. (2000): "The Death of Privacy?", *Stanford Law Review*, 52 (5): 1461-1543.

Ganascia, Jean-Gabriel (2010): "The generalized sousveillance society", *Social Science Information*: 49 (3): 489-507.

García, María J. (2002): "Internet como instrumento de información y comunicación", en Tornos, J. coord.: *Democracia y medios de comunicación*: 171-212. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrison, Bruce (2000): "Diffusion of a New Technology: On-line Research in Newspaper Newsroom", *Convergence*, 6 (1): 84-105.

Gelman, Lauren (2009): "Privacy, Free Speech, and 'Blurry Edged' Social Networks", *Boston College Law Review*, 50 (5): 1315-1344.

Habermas, Jürgen (1989): *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Cátedra.

Jenkins, Henry (2006): *Convergence Culture. Where old and new media collide*. New York: New York Press.

Keane, John (2009): *The Life and Death of Democracy*. New York: W.W. Norton & Co.

Keen, Andrew (2007): *The cult of the amateur: how today's internet is killing our culture*. London:



Doubleday.

Keen, Andrew (2012): *#digital vertigo: how today's online social revolution is dividing, diminishing and disorienting us*. London: St. Martin's Press.

Krumm, John (2009): "A survey of computational location privacy", *Personal and Ubiquitous Computing*, 13 (6): 391-399.

Lahlou, Saadi (2008): "Identity, social status, privacy and face-keeping in digital society", *Social Science Information*, 47 (3): 299-330.

Maherzi, Lotfi (1999): *Informe Mundial de la Información y la Comunicación: Los medios frente al desafío de las nuevas tecnologías*. París: Unesco/Cindoc.

Mann, Steve (2005): "Equivellance: The equilibrium between Sur-veillance and Sous-veillance". Conference for the Association of Computing Machinery (ACM): Computers, Freedom and Privacy. [Consulta: 4 de junio de 2010]. Disponible en web: <http://www.idtrail.org/files/Mann,%20Equivellance.pdf>

McCullagh, Declan (2010, 12 de marzo): "Why no one cares about privacy anymore", *CNet News*. [Consulta: 17 de marzo de 2010]. Disponible en web: [http://news.cnet.com/8301-13578\\_3-20000336-38.html](http://news.cnet.com/8301-13578_3-20000336-38.html)

Morozov, E. (2011): *The net delusion. The dark side of internet freedom*. New York: Public Affairs.

Nissenbaum, Helen (2011): "A Contextual Approach to Privacy Online", *Dædalus*, 140 (4): 32-48.

Palfrey, John (2010): "Four Phases of Internet Regulation", *Social Research: An International Quarterly*, 77 (3): 981-996.

Papacharissi, Zizi (2010): "Privacy as a luxury commodity", *First Monday*, 15 (8). [Consulta: 22 de diciembre de 2010]. Disponible en web: <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/3075/2581>

Posner, Richard A. (1978/1984): "An economic theory of privacy", en Schoeman, F. ed.: *Philosophical dimensions of privacy*: 333-345. Cambridge: Cambridge University Press.

Rallet, Alain (2011): "La régulation des données personnelles face au web relationnel: une voie sans issue?", *Réseaux*, 167: 17-47.

Reich, Zvi (2011): "Source Credibility and Journalism: Between visceral and discretionary judgment", *Journalism Practice*, 5 (1): 51-67.

Rosenblum, David (2007): "What Anyone Can Know: The Privacy Risks of Social Networking Sites", *Security & Privacy, IEEE*, 5 (3): 40-49.

Rue La, Frank (2011): "Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the



right to freedom of opinion and expression". New York: United Nations. [Consulta: 7 de octubre de 2011]. Disponible en web:  
<http://ictlogy.net/bibliography/reports/projects.php?idp=2187>

Salaverría, Ramón (2001): "Aproximación al concepto multimedia desde los planos comunicativo e instrumental", *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, (7): 383-395.

Sánchez, Remedio (2007): "Las libertades públicas y su ejercicio en Internet", en Cotino, L. coord.: *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*: 75-114. Valencia: Tirant lo Blanch.

Shirky, C. (2011): *The political power of social media. Technology, the public sphere, and political change*. *Foreign Affairs*, 90 (1): 28-41.

Stone, Eugene F., Gueutal, Hal G., Gardner, Donald G. y McClure, Stephen (1983): "A Field Experiment Comparing Information Privacy Values, Beliefs, and Attitudes Across Several Types of Organizations", *Journal of Applied Psychology*, (68) 3: 459-468.

Thierer, Adam (2013): "The pursuit of privacy in a world where information control is failing", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 36: 409-455.

Van Heerde, Harold (2010): "Fading data could improve privacy", *BBC News Technology*. [Consulta: 19 de junio de 2010]. Disponible en web:  
<http://www.bbc.co.uk/news/10324209>

Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1890): "The right to privacy", *Harvard Law Review*, 4: 193-220.

Westin, Alan F. (1967/1970): *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum.

#### Breve CV de la autora:

Ana María García Arranz es Licenciada en Periodismo y Máster en Investigación Aplicada a Medios de Comunicación. En la actualidad realiza su Doctorado en Análisis Político y Medios de Comunicación en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. Líneas de investigación: movimientos sociales, medios de comunicación, comunicación digital, opinión pública, análisis del discurso, análisis de contenido.

