



Gloria González Fuster<sup>1</sup>,  
Rocco Bellanova<sup>1,2</sup><sup>1</sup>Grupo de investigación en Derecho, Ciencia, Tecnología y Sociedad, Vrije Universiteit Brussel (VUB), Bruselas (Bélgica); <sup>2</sup>Centro de investigación en Ciencia Política, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas (Bélgica)<{Gloria.Gonzalez.Fuster,Rocco.Bellanova}  
@vub.ac.be>La protección de datos  
en Europa y la inquietante  
presencia de la privacidad

NOTA: cambio realizado a petición de los autores

Traducción: M<sup>a</sup> Pilar Romay Rodríguez (Universidad San Pablo CEU)**1. Introducción**

En el último medio siglo, se ha proclamado repetidamente la muerte de la privacidad. Su degradación se anuncia insistentemente. Su significado legal parece haberse ampliado de forma radical, profundamente alterado, pero también ha sido rechazado y fuertemente cuestionado una y otra vez. Esta contribución explora la evolución continua del panorama legal de la protección de datos personales en Europa, desde la perspectiva de su relación con una noción tan frágil, pero tan resistente. Más concretamente, se examina la tensión entre la conceptualización de la protección de datos personales en Europa, considerada como una noción legal autónoma, y la visión que la considera como parte de la noción más amplia de la privacidad.

Para ello, en primer lugar nos remontamos a los orígenes de la privacidad moderna en los Estados Unidos (EE.UU.), para luego seguirla en su llegada a Europa. En segundo lugar, recordamos los primeros pasos de la protección de datos personales en Europa como una noción legal innovadora, describiendo su justificación original. Considerando esta trayectoria, describimos algunos de los elementos más llamativos de la(s) relación(es) entre privacidad y protección de datos personales, prestando particular atención a sus interrelaciones a nivel práctico dentro de las leyes de la Unión Europea (UE). Teniendo en cuenta que el ámbito legislativo de la protección de datos en la UE está siendo sometido a una revisión profunda, investigamos los desarrollos más novedosos y contrastados de este enorme galimatías. Por último, sugerimos que, sin descartar la influencia de los factores tales como el desarrollo tecnológico, la comprensión común de las leyes de protección de datos de la UE puede enriquecerse considerablemente si se da la consideración adecuada al modo en que influyen las palabras, y cómo la ley influye a través de las palabras.

**2. Tecnologías emergentes y redefinición(es) de privacidad**

Las tecnologías emergentes han jugado siempre un papel sobresaliente en la complicada vida de la privacidad. En los años 60, el debate fue particularmente vívido en los Estados Unidos (EE.UU.). Varias técnicas y dispositivos modernos, desde el uso de polígrafos

**Resumen:** Desde sus inicios en los años 60, el concepto legal de protección de datos ha estado a la sombra del término privacidad. En los Estados Unidos (EEUU) la regulación del procesamiento de la información relativa a los individuos se estableció de manera sólida en el marco de la privacidad, ya a principios de los años 70. En Europa, a pesar de compartir preocupaciones parecidas con los EEUU, los ordenamientos jurídicos fueron testigos, en ese mismo momento, de la aparición de varios términos concluyentes y dispares. Finalmente, surgió una estructura legal genuinamente europea: la protección de datos de carácter personal que se reconoce ahora como un derecho fundamental en la Unión Europea (UE), parcialmente inspirada en la privacidad (informacional), y que es formalmente diferente a cualquier derecho a la propia privacidad o al "respeto a la vida privada" en cualquiera de sus significados. Sorprendentemente, casi 50 años después de su génesis, la protección de datos personales en Europa aparece todavía entrelazada con la noción de privacidad, incluso estando en constante evolución. Este artículo analiza la protección de datos en Europa desde esta perspectiva, esbozando sus relaciones con las formas variables de privacidad, las distancias entre ambas nociones, así como sus diferentes conexiones y entresijos. Prestamos especial atención a la revisión, actualmente en curso, del entorno legal de la protección de datos en la UE; ésta parece (finalmente) anunciar la emancipación formal de la protección de datos personales de la privacidad, pero al mismo tiempo se elabora sobre referencias (ocultas) a ella. Por lo tanto, aun teniendo en cuenta tanto las consideraciones como las omisiones intermedias, la privacidad juega todavía un papel continuado en la definición de la estructura de la protección de datos en la UE. La importancia de este papel se describe con ayuda de las reflexiones de Jacques Derrida sobre las implicaciones de dicho término.

**Palabras clave:** Datos personales, privacidad, protección de datos, leyes, Unión Europea.**Autores**

**Gloria González Fuster** es investigadora en la Facultad de Derecho y Criminología de la Vrije Universiteit Brussel (VUB), donde está completando su tesis doctoral sobre la protección de los datos personales como derecho fundamental en la Unión Europea (UE), y contribuyendo al proyecto *Privacy and Security Mirrors* (PRISMS) financiado por la UE. Tiene experiencia académica en derecho y ciencias de la comunicación y experiencia profesional en diversas instituciones de la UE.

**Rocco Bellanova** es asistente e investigador en el Centro de investigación en Ciencia Política en las Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas (Bélgica) e investigador en Derecho, Ciencia, Tecnología y Sociedad en la Vrije Universiteit Brussel (VUB) de Bruselas. Posee un máster en investigación en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por el *Sciences-Po* de París. Su doctorado se centra en la protección de datos aplicada a las medidas de seguridad europeas.

para la detección de mentiras hasta las grabaciones ocultas, generaron un debate público sobre la posible necesidad de establecer algún tipo de regulación. Se realizaron investigaciones especiales para explorar el impacto potencial sobre los derechos y las libertades de las personas y, en particular, de su privacidad individual.

Sin embargo, fueron las computadoras las que antes llamaron la atención como una posible amenaza a la sociedad, que exigía establecer acciones gubernamentales. A principios de los 60, los fabricantes de computadoras comenzaron a alertar de la gran cantidad de información que era posible obtener con estas nuevas máquinas, lo que iba a dejar

la privacidad de una persona a merced de cualquiera con la capacidad de pulsar un botón que quisiera recuperarla<sup>1</sup>. A mediados de los 60, la cuestión de las "computadoras y la privacidad" se convirtió en un tema de interés oficial<sup>2</sup>.

Dado que se consideró que el advenimiento de las computadoras amenazaba seriamente a la privacidad, la pregunta pasó a ser: ¿de qué manera, exactamente, ponen en peligro las computadoras a la privacidad? Pero, en primer lugar: ¿qué es la privacidad? El "derecho a la privacidad" ha sido tradicionalmente conceptualizado en EE.UU. como "el derecho a que me dejen en paz", siguiendo el impulso original dado por Samuel Warren y

Louis Brandeis en 1890<sup>3</sup>. Su definición se centraba en la necesidad de proteger al individuo contra las interferencias externas, tales como, por ejemplo, la publicación en la prensa de fotografías obtenidas mediante "modernas" máquinas fotográficas. Era una concepción de la privacidad que parecía asumir que privacidad era lo opuesto a la publicidad<sup>4</sup>, y que se trataba de mantener las cosas en "privado" en el sentido de oculto, secreto, o no revelado. ¿Podría esta forma de concebir la privacidad usarse para describir los problemas ligados al almacenamiento de la información en una computadora?

Para explicar exactamente el modo en que las computadoras amenazaban la privacidad, el ámbito de esta noción fue eventualmente ampliado<sup>5</sup>. A inicios de los 70, la palabra privacidad fue, pues, redefinida para incluir una nueva dimensión, reinventada como aquello que abarca a lo que iba ser conocido (en algunos casos) como la "privacidad de la información", o el derecho de los individuos a determinar ellos mismos cuándo, cómo, y hasta qué punto se puede divulgar información sobre ellos para que sea procesada. Pronto, sin embargo, este nuevo significado de la palabra empezó a prevalecer sobre el otro, en al menos el contexto de la discusión sobre las tecnologías emergentes. Fue en este peculiar sentido de la privacidad como privacidad de información y, de facto, con la exclusión de cualquier otro significado, con el que la palabra fue sellada en la más importante propuesta legislativa al respecto en los EE.UU., ya que ostensiblemente lleva su nombre: la *Privacy Act* de 1974, que marca su inscripción en la ley de los EE.UU. con lo que se ha calificado como una "grave degradación" del término<sup>6</sup>. Y fue con esta particular encarnación de la palabra con la que la privacidad cruzó el Atlántico.

### 3. Europa y la (no) privacidad

Los países europeos, desde los años 60, se han preocupado también por las repercusiones de las tecnologías emergentes sobre los derechos humanos. En un primer momento, la inquietud se centró de manera especial en la difusión que alcanzaban los dispositivos descritos como capaces de facilitar el espionaje, tales como los micrófonos ocultos y los direccionales. Sin embargo, al igual que en EE.UU, las preocupaciones se concentraron en las computadoras, y más concretamente en la utilización de grandes sistemas de datos computerizados por parte de las autoridades públicas.

A medida que la palabra privacidad aterrizó en Europa, hubo cierto acuerdo general sobre la oportunidad de tenerla en cuenta, pero también se encontraron muchos problemas en la determinación de su posible relación con los ordenamientos jurídicos europeos. Los expertos europeos eran muy conscientes de

los debates llevados a cabo en los EE.UU., y a menudo aludían a los autores de la reinención del término privacidad<sup>7</sup>. Sin embargo, no estaba tan claro cómo podría un concepto tan general como el de privacidad ser traducido a diferentes idiomas, en el caso de que se pudiera. Por ejemplo, muchos estudiosos de habla holandesa consideraban que debería ser incorporado, como tal, en holandés<sup>8</sup>.

Los países europeos han desarrollado sus propias técnicas legales para proteger diferentes facetas específicas de lo que podría considerarse privacidad. Tradicionalmente, por ejemplo, se ha ofrecido protección para correspondencia privada (en el sentido de "confidencial"), y para la inviolabilidad o intimidad del hogar, concebido como un espacio privado, pero el reconocimiento explícito de un amplio "derecho a la privacidad" como un derecho unitario es un fenómeno tardío en Europa<sup>9</sup>. Todavía no se podía encontrar en ningún sitio, en cualquier caso, una denominación jurídica común a nivel europeo del término "privacidad".

La palabra privacidad no se menciona en la Convención del Consejo Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), firmada el 4 de noviembre de 1950, que constituye la mayor referencia de derechos humanos en Europa. La Convención, igualmente auténtica en los idiomas inglés y francés, protege formalmente en su artículo 8 el derecho a respetar la vida privada (*vie privée*) de las personas, pero no se refiere a su privacidad, en contraste con los instrumentos de los derechos humanos internacionales en los que está directamente inspirada<sup>10</sup>. En realidad, de hecho, la palabra "privacidad" casi logró aparecer en la versión inglesa del artículo 8 de la CEDH. Los borradores iniciales de la versión inglesa del texto lo mencionaban, pero la palabra fue reemplazada por la expresión "vida privada" sólo unos meses antes de firmar la Convención<sup>11</sup>, supuestamente para reforzar la impresión de equivalencia entre las versiones inglesa y francesa.

El intérprete definitivo de la redacción de la CEDH es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo. Durante las últimas décadas, el Tribunal ha interpretado el significado de la expresión "vida privada" del artículo 8 de la CEDH de manera muy amplia, subrayando que no puede quedar reducida a la esfera íntima de la existencia individual que excluyese a las interrelaciones sociales y los contactos con el mundo exterior, sino que por el contrario debería incluirlos definitivamente<sup>12</sup>. De forma sistemática y cuidadosa, el Tribunal ha evitado usar la palabra "privacidad" para referirse a lo que se protege en el artículo 8 de la CEDH<sup>13</sup>, y ha insistido en la necesidad de leer la expresión "derecho al respeto de la

vida privada" como referida a la obligación de no interferir con la vida propia de cada persona<sup>14</sup>. Teniendo en cuenta su autonomía personal<sup>15</sup>, y, por lo tanto, no ciñéndolo en términos de la defensa de la "vida privada" como opuesta a la "vida pública" o a un "espacio privado" (como opuesto del "espacio público")<sup>16</sup>.

Como tal, la interpretación de "vida privada" que hace el TEDH no cuadra exactamente con el ordenamiento jurídico nacional de ningún país europeo<sup>17</sup>, aunque probablemente ha tenido influencia en todos y cada uno de ellos. Los primeros estudios comparativos señalaban que lo que algunos llamaban "privacidad" parecía estar protegido bajo diferentes nombres en distintos países europeos<sup>18</sup>. Por ejemplo, Alemania garantizaba una protección similar de algún modo, a partir de la lectura de su Tribunal Constitucional Federal del derecho al libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 2(1) de la Ley Fundamental Alemana. Este Tribunal eventualmente comenzó a adoptar una terminología cada vez más cercana a la de la privacidad, y desarrolló en su jurisprudencia lo que ha venido a conocerse como la "*teoría de las esferas*", que incorpora diferentes categorías legales que proporcionan diferentes grados de protección según las distinciones relativas a los grados de "lo privado"<sup>19</sup>. Esta jurisprudencia contribuyó al extenso uso del término *Privatsphäre* ("esfera privada"), que ha sido utilizado a veces en las leyes de UE como el equivalente alemán para "privacidad"<sup>20</sup>, incluso si de forma intermitente se reemplaza por *Privatebens* (un calco de la "vida privada" de la CEDH)<sup>21</sup>.

Francia, que paradójicamente había jugado un papel clave al contribuir con una concepción temprana de la necesidad del respeto a la "vida privada" de los individuos, en el contexto de la necesidad general del respeto a las libertades individuales, no había inscrito de forma explícita en su legislación la necesidad de proteger la "*vie privée*" de los individuos hasta los años 70<sup>22</sup>. En el Reino Unido, durante muchos años, se aludía a la palabra "privacidad" de manera regular en importantes estudios y en propuestas legislativas fallidas de un alcance variable, pero durante muchas décadas no logró obtener ningún significado jurídico consolidado.

### 4. La protección de datos personales como un lenguaje europeo

Desde el comienzo de la década de 1970, en lugar de lograr un consenso acerca de cómo incorporar o re-interpretar la privacidad para enfocar mejor el problema de la protección de los individuos frente a las amenazas de las computadoras, y en paralelo a la continua ampliación del concepto de vida privada tal como lo estaba interpretando el TEDH, Europa fue testigo de la aparición de nuevas

nociones, concurrentes pero oblicuas entre sí.

En 1970, el *land* alemán de Hesse promulgó su *Datenschutzgesetz*, o Ley de Protección de Datos. En 1973, Suecia adopta su *Data Lag*, o Ley de Datos. Estas leyes llevan ya en su nombre la descripción de su objeto: las palabras alemana y sueca, *Daten* y *Data*, a diferencia de palabras similares que proceden del latín *datum* en otras lenguas, no hacen referencia a ningún tipo de información, sino a la información sobre la que operan las máquinas<sup>23</sup>.

Por tanto, se trata de leyes cuyo propósito es la regulación del tratamiento automatizado de la información. Poco después, Francia adoptó una legislación similar, aunque bajo una etiqueta diferente, en la que también se destacaba la necesidad de regular el procesamiento de datos por computadora: *'informatique et libertés'*. Alemania misma no fue sistemáticamente leal al término *"Datenschut"*, y no todas las leyes iniciales de Alemania relacionadas con la regulación del procesamiento de datos utilizaron este nombre<sup>24</sup>. Más aún, en 1983 el Tribunal Constitucional Federal Alemán garantizaba la protección a nivel constitucional del derecho relativo al procesamiento de los datos personales bajo un diferente *"nomen iuris"* llamado *"informationelle Selbstbestimmungsrecht"* o "derecho a la auto-determinación en la información"<sup>25</sup>.

En cualquier caso, sin embargo, fue la expresión alemana *Datenschutz* la que eventualmente se exportó a los demás idiomas europeos de manera casi literal ("protección de datos"); y se las arregló para convertirse en "el modo europeo" de enfocar los problemas legislativos relativos a la protección de los individuos frente al procesamiento de datos automatizado<sup>26</sup>. Como culminación de este proceso, desde el año 2000 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce formalmente el derecho a la protección de los datos personales como un derecho fundamental.

La emergencia y consolidación del concepto de protección de datos personales en Europa marcó no sólo un cambio terminológico, sino también un distanciamiento conceptual crucial de cualquier protección relativa a cualquier cosa "privada". Para la ley de protección de datos, el factor determinante para evaluar si alguna cosa (para su propósito particular, cualquier dato) merece ser protegido o no, es si puede ser cualificado o no como "personal", un adjetivo que debe ser entendido como "relativo a una persona particular". Aquí, "persona" tiene un significado relacionado con cualquier individuo identificado o identificable. Si los datos pueden estar vinculados a alguien, entonces están cubiertos por la protección de datos.

La pregunta de si los datos son "privados" o "públicos" es irrelevante, desde el punto de vista de la ley de protección de datos.

La lógica tras este nuevo enfoque tiene que ver con las dificultades para establecer límites genuinos entre información "privada" y "pública"<sup>27</sup>, pero también con el hecho de que incluso datos que pueden ser cualificados como "públicos", o pueden ser obtenidos dentro de un ámbito "público", son tales que su procesamiento puede aún tener un impacto sobre el individuo y, consecuentemente, se requiere algún tipo de regulación.

La irrelevancia de la distinción entre privado y público, para el propósito de las leyes de protección de datos, se hace eco de su poca pertinencia en la lectura del derecho a la "vida privada", tal y como lo reconoce el artículo 8 de la CEDH y lo interpreta el TEDH. La semejanza entre su amplia interpretación de "vida privada" y el alcance de la protección de datos ha sido reconocida por el propio Tribunal de Estrasburgo<sup>28</sup>. De hecho, el Tribunal ha incluido, de forma explícita, bajo el alcance del artículo 8 de la CEDH, algunos elementos de la protección de los datos, que a su vez han confirmado y han contribuido a la estabilización de su amplia interpretación del derecho a la "vida privada"<sup>29</sup>.

Como excepción que confirma la regla, se pueden encontrar normas especiales en muchos de los instrumentos legales para la protección de datos, cuya existencia se basa en la necesidad de suministrar una protección extra para algunos tipos de datos. Al principio, en efecto, había alguna resistencia a la idea de que todos los "datos personales" merecieran un grado de protección, sin tener en cuenta si podían ser descritos como "privados" o como "públicos".

Como una especie de compromiso entre los que estaban a favor de todos los "datos personales" y aquellos que se oponían, se inventó una nueva categoría de datos "intermedia": los que iban a ser conocidos como datos "sensibles", o "datos personales" que merecían una protección especial debido a su peculiar naturaleza, que los liga con aspectos de la intimidad, por ejemplo, datos relativos a la salud, las preferencias políticas o la vida sexual<sup>30</sup>.

## 5. El enredo entre la privacidad y/o la protección de datos

A pesar del aparente desarrollo sostenido de la protección de datos personales como un concepto legal autónomo de pleno derecho en Europa, y a pesar de la ausencia formal de la palabra privacidad en la CEDH, y desde entonces en la jurisprudencia de Estrasburgo, el término ha permanecido en el primer plano de muchos de los debates sobre la ley y las tecnologías en Europa. Esto se explica me-

dante factores tanto externos como internos.

En cierto modo, la privacidad delimita el contexto de la protección de datos en Europa, que actúa en un mundo de compañías privadas globales con predominio de la lengua inglesa, y con una gran profusión de intercambio de datos con EE.UU. Ha llegado a convertirse en la palabra de la lingua franca para la regulación del procesamiento de datos. La privacidad es el término dominante en el contexto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>31</sup>, y en el foro para la Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (CEAP)<sup>32</sup> para referirse a algo que, como la protección de datos en Europa, se ocupa del procesamiento de datos relacionados con los individuos. Como resultado de esto, las expresiones de "protección de datos" y "privacidad" (entendida como "privacidad de la información") a menudo aparecen simultáneamente en el discurso internacional.

La privacidad también se incorpora en la legislación europea de protección de datos, actuando desde su interior. Incluso aunque no se menciona la privacidad en el artículo 8 de la CEDH, los instrumentos legales de protección de datos adoptados tanto al nivel del Concilio de Europa como por la Unión Europea han afirmado de manera rutinaria que ésta existe. Esta práctica se remonta a 1968 cuando, en sintonía con el espíritu del debate sobre las computadoras y la privacidad de los años 60, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una Recomendación que hace referencia explícita al *"derecho de la privacidad protegido por el Artículo 8"* de la CEDH<sup>33</sup>. Este documento llevó, eventualmente, a la adopción en 1973 y 1974 de dos resoluciones sobre la protección de datos; y, en 1981, a la Convención para la Protección de los Individuos con respecto al Procesamiento Automático de Datos Personales (conocida generalmente como la "Convención 108")<sup>34</sup> que reconoce de manera explícita que su propósito principal es asegurar el respeto al derecho a la *privacidad* de los individuos (con respecto al procesamiento automático de los datos personales relativos a ellos)<sup>35</sup>.

El principal instrumento de protección de datos de la UE, la Directiva 95/46/EC<sup>36</sup> se propone oficialmente dar sustancia y ampliar la Convención 108<sup>37</sup>, lo cual refleja fielmente en su redacción, al identificar como su objetivo la protección de los derechos fundamentales y las libertades en general, pero, en particular, *"el derecho a la privacidad"*<sup>38</sup>. El resultado es que, aunque el artículo 8 de la CEDH no establezca ningún "derecho a la privacidad", de hecho lo hace con respecto a las leyes de protección de datos de la UE. Como el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que la protección de datos es una

parte integral del alcance del Artículo 8 de la CEDH, se deduce que la protección de datos es parte de (lo que ella misma menciona como) privacidad.

Desde el 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proporciona una perspectiva diferente en lo que respecta a este tema. Se consagra la protección de datos personales como un derecho fundamental en un artículo específico (artículo 8), mientras se reproduce el contenido del artículo 8 de la CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada en su artículo 7. Se deduce que, en la Carta, la protección de datos no es una parte de (lo que la legislación de protección de datos de la UE denomina como) la privacidad, sino que es algo que ocurre en paralelo y, por tanto, es potencialmente independiente de ella. Como la Carta adquirió fuerza vinculante en diciembre de 2009, este enfoque nuevo y de algún modo contradictorio adquirió plena validez jurídica.

Desde el año 2000 al 2009, sin embargo, el estatus legal de la Carta no se había establecido. El legislador de la UE, como si dudase entre adoptar o ignorar su perspectiva, rutinariamente incluía en la legislación de la UE varias formulas que, por su ambigüedad, provocaban aún más dudas. Un famoso ejemplo es la frase "*la privacidad y la integridad de los individuos, en particular de acuerdo con la legislación comunitaria sobre la protección de datos personales*", que se utilizó en 2001 para describir una posible base para la denegación de acceso a los documentos. Las instituciones de la UE discutieron intensivamente durante varios años sobre cómo debía entenderse esta frase, mientras el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) argumentaba que significaba que se podía rechazar el acceso a los documentos sólo si la privacidad del individuo (entendida como algo diferente a los derechos de protección de datos personales) fuera afectada, mientras que la Comisión Europea afirmaba que significaba que incluso si el libre acceso simplemente afectaba a los derechos de protección de datos de alguien. En 2010, el Tribunal de Justicia de la UE utilizó este último punto de vista<sup>39</sup>.

En definitiva, la protección de datos personales parece entenderse a veces como *equivalente a la privacidad* (en ese caso es interpretada como "privacidad de la información" o control sobre la información personal), algunas veces como un *elemento de la privacidad* (se interpreta entonces como un derecho amplio, que no se limita a la protección de lo que se considera "privado" en el sentido de opuesto a lo "público") y algunas veces como algo *diferente a la privacidad* (en este caso potencialmente reducida a una simple protección de lo "privado" como opuesto a lo "público"). Así pues, la protección de datos personales y la privacidad pueden estar relacionadas entre

sí de varias maneras distintas, aparentemente conflictivas, y la palabra "privacidad" puede tener distintos significados en relación a la protección de datos personales, lo que significa que podría ser (temporalmente) determinada de forma precisa por tal relación.

## **6. Un "marco de trabajo europeo para la protección de datos en el Siglo 21": los espectros de privacidad**

La protección de datos en Europa está actualmente en una encrucijada histórica: las instituciones de la UE se han embarcado en la revisión de los principales instrumentos del marco legal de protección de datos de la UE. El paquete legislativo presentado con este fin por la Comisión Europea en enero de 2012, que consta principalmente de una Regulación<sup>40</sup>, una Directiva<sup>41</sup> y una Comunicación<sup>42</sup> que introduce a ambos, ilustra de manera particular la complejidad de las relaciones entre la privacidad y la protección de datos. A primera vista, la Comisión Europea parece anunciar la liberación de la protección de datos de UE de cualquier referencia al derecho a la privacidad, inscribiendo a los nuevos instrumentos directamente como un desarrollo del derecho a la protección de datos personales en la UE. A un nivel más profundo, sin embargo, se puede percibir la fuerza de la privacidad como el impulso original que está tras varios mecanismos que de pronto se ven rebautizados como instrumentos de protección de datos y, por tanto, también como el modo disimulado a través del cual se introducen ciertas previsiones para el futuro, y el modo en que tendrían que leerse e interpretarse.

La nueva Regulación propuesta por la Comisión Europea llegará a ser en un futuro el principal instrumento legal de la protección de datos en la UE. Debería reemplazar a la Directiva 95/46/EC que, como se ha destacado, marcaba como uno de sus objetivos el aseguramiento del derecho a la privacidad. El texto propuesto por la Comisión Europea para la próxima Regulación eliminará tal referencia a la privacidad, para reemplazarla por una mención a la protección de datos personales. Es destacable que, a pesar de que esto sea uno de los mayores cambios propuestos para la redacción del primerísimo artículo del nuevo instrumento legal, es decir determinar la interpretación de todas las disposiciones restantes, la Comisión Europea no ha reconocido que este cambio sea uno de los que necesiten un debate más profundo<sup>43</sup>. Y la Comisión Europea tampoco indica en ningún lugar que hay diferencias llamativas entre la Regulación y la Comunicación que supuestamente está encargada de presentar.

La Regulación propuesta menciona la privacidad sólo en un número limitado de casos: en relación a los datos sensibles<sup>44</sup> y a las

brechas de seguridad de datos<sup>45</sup>, pero poco más. Por el contrario, la Comunicación lo usa abundantemente. Como si privacidad y protección de datos fueran sinónimos, o, al menos palabras intercambiables, la versión inglesa de la Comunicación se titula "*Salvaguardando la Privacidad en un Mundo Conectado*" y se subtitula "*Un Marco de Trabajo Europeo para la Protección de Datos en el Siglo 21*". Explica que la Comisión Europea, con el fin de reforzar la protección de datos en la UE, va a fomentar el uso de tecnologías que mejoren la *privacidad*, configuraciones por defecto que favorezcan la privacidad, y esquemas de certificación de privacidad<sup>46</sup>, así como el principio de "privacidad por diseño"<sup>47</sup>. ¿Deberían interpretarse estas apariciones de la palabra "privacidad" como equivalentes a "protección de datos", o como algo diferente?

Si se lee en conjunción con las versiones en otros idiomas, todas ellas igualmente válidas desde un punto de vista legal en la UE, la Comunicación revela una comprensión fluctuante de la palabra. En la versión alemana, "privacidad" se traduce en algunos casos como *Privatsphäre* (esfera privada): se refiere a las "tecnologías intensivas en privacidad" como *Technologien zum Schutz der Privatsphäre*<sup>48</sup>. En otras ocasiones, "privacidad" ha sido reemplazada por *Datenschutz* (protección de datos): por ejemplo, las "configuraciones por defecto que favorecen la privacidad" se identifican con *datenschutzgerechte Standard Einstellungen*. Las versiones española e italiana apoyan la idea de que la palabra "privacidad" se utiliza en la Comunicación en su propio y peculiar sentido moderno, que ninguno de los idiomas mencionados ha intentado jamás traducir por completo. Así, la versión en español se basa en hacer una referencia sistemática a la palabra *privacidad*<sup>49</sup> (un préstamo lingüístico, traducción directa de "*privacy*") y la versión italiana toma directamente prestado el término *privacy*.

Aunque la interpretación de la palabra "privacidad" en la Comunicación es inestable, lo que es claro es que muchas de sus potenciales apariciones en la Regulación han sido reemplazadas con alusiones a la protección de datos. Las referencias a la "privacidad por diseño" demuestran especialmente los distintos movimientos que han tenido lugar entre versiones de los textos. Mientras la Comisión anuncia en la Comunicación que está introduciendo el principio de "privacidad por diseño", en los párrafos introductorios que presentan a la Regulación afirma que sus disposiciones establecerán obligaciones derivadas de los principios de la "protección de los datos por diseño"<sup>50</sup>, sin proporcionar ninguna explicación sobre si esto podría ser algo diferente o nuevo. No hay referencias a la "privacidad por diseño" en la versión inglesa del texto propuesto para la Regulación<sup>51</sup>, sino sólo a la "protección de datos por diseño", excepto

una que, en realidad, parece haber sobrevivido como una prueba residual de que hubo menciones a la "privacidad por diseño" en algún momento del proceso de redacción<sup>52</sup>.

El (casi completo) reemplazo de "privacidad por diseño" por "protección de datos de diseño" en el texto final de la Regulación propuesta<sup>53</sup> puede interpretarse como si estuviera implicando que los términos "privacidad" y "protección de datos" *deberían* significar lo mismo, porque de otro modo uno no podría funcionar como sustituto del otro<sup>54</sup>. Pero también puede percibirse como la confirmación de que *no significan* lo mismo, o de otro modo no habría motivo para la sustitución. En cualquier caso, lo que es seguro es que la noción de "protección de datos por diseño", tal como se presenta en la propuesta de Regulación, tiene en su interior trazas de la "privacidad por diseño" cuyo lugar ha ocupado. Con ello, la expresión tiene también trazas referidas a la privacidad, lo que puede incluir ecos de facetas en las que la "protección de datos", como tal, se supone que no tendría que tener *absolutamente nada que ver*, como las relativas a cualquier distinción entre lo privado y lo público. Así pues, a pesar de anunciar un paso significativo de la UE para la emancipación de la protección de datos personales respecto a la privacidad, el proceso de revisión actual del marco legal de la protección de datos en la UE continúa alimentando la confusión.

## 7. Conclusiones finales

Es común afirmar que la ley cambia (o puede, o debería cambiar) como reacción al progreso tecnológico. Aunque esto es indudablemente cierto, no es menos cierto que el lenguaje (el lenguaje con el que está redactada la ley) juega un papel crucial. En esta contribución hemos resaltado el papel de la palabra "privacidad" en la aparición y formación de la protección de datos personales en la UE. Los debates sobre la privacidad y las computadoras contribuyeron de manera significativa a su génesis, que sin embargo ocurrió fuera del marco de la privacidad, incluso aunque la protección de datos personales eventualmente ha llegado a estar ligada, de manera intrínca, con los discursos internacionales sobre la privacidad. La privacidad ha tenido varios papeles contradictorios en la construcción progresiva de la protección de datos personales en la UE: como una noción legal que debía ser superada, como un concepto que contribuía a su reforma, como un *alter ego* intermitente, y más recientemente, como un vacío (repentino y sin comentarios) a rellenar.

Afirmamos que la protección de datos personales en Europa, no debería, en aras de la precisión, ser descrita mediante la privacidad, ni siquiera como un tipo de "privacidad de la información". Es una noción legal que apare-

ció de forma histórica como algo diferente, y cuya especificidad es reafirmada cada vez más por la legislación de la UE. Al mismo tiempo, reconocemos que en algunas ocasiones puede, de forma precisa, verse, referenciarse, tratarse o interpretarse como "privacidad", y que esta palabra y sus relaciones son cruciales para la existencia de la protección de datos personales. La privacidad es, en un sentido, lo que, debido a la inestabilidad de su significado, ha causado la evolución de la protección de datos personales, y lo que la mantiene todavía en movimiento. Aun cuando en la legislación de protección de datos de la UE parecen ser términos ya desconectados, la privacidad todavía acecha, como un espectro ineludible.

Esta situación evidentemente paradójica se comprende mejor, desde nuestro punto de vista, con la ayuda de las reflexiones del filósofo francés Jacques Derrida sobre la difusión del significado a través de las palabras y, de forma más concreta, sobre la construcción del significado en la ley como un movimiento incesante<sup>55</sup>. Tomando como un punto de partida el hecho de que el texto legal desplaza de manera continuada el significado legal<sup>56</sup>, el resultado es que una palabra puede encapsular una multiplicidad de significados suspendidos que, hasta cierto punto, pueden hacerse visibles (o invisibles), admitiendo nuevas lecturas del texto ya existente. Este modo de forjar el significado se relaciona con la idea de Derrida de la "*différance*", que hace referencia a la posibilidad de que una palabra esconda la llave para múltiples posibles significados, en virtud de los cuales la palabra es fructífera, en el sentido de que puede difundir efectos específicos incluso a través de lo que oculta<sup>57</sup>. En este sentido, las complejidades de la(s) relación(es) entre la protección de datos personales y la privacidad en Europa, y sus actuales conexiones, aparentemente paradójicas, no son sólo efectos secundarios de traducciones erróneas, de incoherencias en la interpretación legal, o de cualquier error en los hechos, sino un fenómeno genuino, inherentes a la difusión del significado a través de las palabras, y una muestra de la relevancia de estos fenómenos para la comprensión de la ley y de su evolución.

## Notas

<sup>1</sup> Vance Packard. *The Naked Society*, Penguin Books, Harmondsworth, p. 49, 1971 (1ª edición en 1964).

<sup>2</sup> Especialmente desde que, en 1965, un informe recomendase la construcción de un sistema de datos centralizado para almacenar toda la información recopilada por el gobierno de los EE.UU.

<sup>3</sup> Samuel Warren, Louis Brandeis. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, 4(5), pp. 193-220, 1890.

<sup>4</sup> Un ejemplo de una defensa de esta conceptualización, todavía popular en muchos campos: Christena E. Nippert-Eng. *Islands of Privacy*, The University of Chicago Press, Chicago, p. 4, 2010.

<sup>5</sup> Véase, especialmente: Alan F. Westin. *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970 (1ª edición en 1967).

<sup>6</sup> Roger Clarke. "What's 'Privacy'?". Artículo presentado en la *Workshop at the Australian Law Reform Commission* el 28 de Julio de 2006, disponible en:

<<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/Privacy.html>> [Último acceso: febrero de 2012].

<sup>7</sup> Notablemente, Alan F. Westin.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en 1970 tuvo lugar en Bruselas la tercera edición de una serie de conferencias dedicadas a la CEDH, titulada, en inglés, *Privacy and Human Rights*; y, en holandés, *Privacy en Rechten van de Mens (Privacy en Rechten van de Mens: 3e Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens [1970-Brussel])* (1974), Leuven, Acco).

<sup>9</sup> Carlos Ruiz Miguel. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 76, 1992.

<sup>10</sup> Véase, notablemente, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ya en 1948 afirmó que "*no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home, or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation*".

<sup>11</sup> En los documentos de los *'travaux préparatoires'* de la CEDH, la aparición de la expresión "*private life*" en el borrador inglés se puede remontar a agosto de 1950. Aunque era una práctica común subrayar en cada nuevo borrador los cambios propuestos en relación al anterior, la sustitución repentina de "*privacy*" por "*private life*" no se identificó como un cambio, y no se subrayó (*Draft Convention adopted by the Sub-Committee on Human Rights*, 7 de agosto de 1950) (Registry of the Council of Europe, 1967), *Travaux préparatoires de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'homme -European Court of Human Rights: Preparatory work on Article 8 of the European Convention on Human Rights (Bilingual information document)*, CDH (67) 5, 12 de mayo, Strasbourg, p. 17).

<sup>12</sup> *Judgement of the ECtHR of 16 December 1992, Case of Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88*, § 29.

<sup>13</sup> La palabra tiende a aparecer sólo excepcionalmente en un contexto muy peculiar, por ejemplo cada vez que el TEDH considera la posible relevancia de la doctrina de las "reasonable expectations of privacy" (véase, por ejemplo, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom, Application no. 4158/05*, Judgment of 12 January 2010, § 61).

<sup>14</sup> Incidentalmente, esto recuerda el significado original de la palabra "*privus*" en latín como "singular" o "individual" (Ferdinand David Schoeman. *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 116), (1992, 2008).

<sup>15</sup> *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

<sup>16</sup> *PG and JH v UK* (Reports 2001-IX), *Peck v UK* (Reports 2003-I), and *Perry v UK* (Reports 2003-IX).

<sup>17</sup> **Kiteri García**. *Le droit civil européen: nouvelle matière, nouveau concept*. Larcier, Bruxelles, p. 185, 2008.

<sup>18</sup> En este sentido, **Stig Strömholm**. *Right of privacy and rights of the personality: A comparative survey*. Boktryckeri AB Thule, Stockholm, 1967.

<sup>19</sup> Robert Alexy. *A Theory Of Constitutional Rights*, Oxford University Press, London, p. 236, (2002/2010). Véase en particular el argumento de Elfes. La jurisprudencia sobre casos subsiguientes hizo posible identificar tres esferas de intensidad decreciente de protección: la esfera más interna, una esfera de privacidad más amplia, que abarca la vida privada hasta su límite, y la esfera social.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, la versión alemana de la Directiva 95/46/EC.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, la versión alemana de la Carta de la UE ("*Artikel 7: Achtung des Privat- und Familienlebens*").

<sup>22</sup> **Y. Détraigne, A.-M. Escoffier**. *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale par le groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*. Sénat, p. 14, 2009.

<sup>23</sup> **Frits W. Hondius**. *Emerging data protection in Europe*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam / Oxford, p. 84, 1975.

<sup>24</sup> Por ejemplo, el 24 de enero de 1974, el land de Renania-Palatinado adoptó el *Gesetz gegen missbräuchlich Datennutzung*.

<sup>25</sup> En el *Volkszählungsurteil*, o Sentencia sobre el Censo, que también marcó el triunfo de la "teoría de las esferas" (**Mónica Arenas Ramiro**. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 392, 2006).

<sup>26</sup> Ciertamente no sin dudas y contradicciones. España es quizás el país que mejor ilustra la volatilidad de algunas modas terminológicas, ya que la doctrina, el legislador o los juristas han estado sucumbiendo de manera sucesiva a todos los posibles préstamos lingüísticos de otros países europeos (lo que ha llevado, por ejemplo, a la aparición de expresiones tales como "*libertad informática*", "*autodeterminación informativa*", o "*privacidad*". (Nota de Traducción: estas expresiones aparecen en español en el original).

<sup>27</sup> **Pierre Kayser**. *La protection de la vie privée par le droit: Protection du secret de la vie privée*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, p. 15, 1995 (3ª edición).

<sup>28</sup> *Judgement of the ECtHR of 16 February 2000, Case of Amann v. Switzerland*, Application no. 27798/95, § 65.

<sup>29</sup> Véase, notablemente: *Judgement of the ECtHR of 4 May 2000, Case of Rotaru v. Romania*, Application no. 28341/95.

<sup>30</sup> **Spiros Simitis**. "*Les garanties générales quant à la qualité des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé*". En Centre d'informatique appliquée au droit de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles (ed.), *Informatique et droit en Europe: Actes du Colloque organisé par la Faculté de Droit avec la participation de l'Association belge des Juristes d'Entreprises Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen les 14, 15 et 16 juin 1984*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles / Bruylant, p. 308, 1985.

<sup>31</sup> Implicada en discusiones sobre los computadores y sus políticas de uso desde 1968, y responsable de las *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* de 1980.

<sup>32</sup> Que tiene su propio Privacy Framework desde 2005.

<sup>33</sup> **Consejo de Europa**. *Recommendation (68) 509 On Human Rights and Modern Scientific and Technological Developments*. Adoptada por la asamblea de 31 de enero de 1968 (16th Sitting).

<sup>34</sup> *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Strasbourg, 28-1-1981.

<sup>35</sup> Artículo 1 de la Convención 108.

<sup>36</sup> *Directive 95/46/EC of the European Parliament and Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*, *Official Journal of the European Communities*, L 281, 23.11.1995, pp. 31-50.

<sup>37</sup> Recital 11 of Directive 95/46/EC.

<sup>38</sup> Article 1(1) of Directive 95/46/EC.

<sup>39</sup> *Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 June 2010, European Commission v The Bavarian Lager Co. Ltd.*, Case C-28/08 P, 2010 I-06051.

<sup>40</sup> **European Commission**. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data* (General Data Protection Regulation), COM(2012) 11 final, Brussels 25.1.2012, Brussels.

<sup>41</sup> **European Commission**. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, COM(2012) 10 final, Brussels 25.1.2012, Brussels.

<sup>42</sup> **European Commission**. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Safeguarding Privacy in a Connected World: A European Data Protection Framework for the 21st Century*, COM(2012) 9 final, Brussels, 25.1.2012.

<sup>43</sup> Véanse, para la ausencia de una justificación para tal cambio, las "*detailed explanations*" en COM(2012) 11 final, p. 7.

<sup>44</sup> Recital (41) de la Regulación propuesta.

<sup>45</sup> Recital (67) y artículo 32 de la Regulación propuesta.

<sup>46</sup> COM(2012) 9 final, p. 6.

<sup>47</sup> COM(2012) 9 final, p. 7.

<sup>48</sup> También, en este sentido, el título de la versión alemana: "*Der Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt*".

<sup>49</sup> Nota de Traducción: en español en el original (como es obvio por contexto).

<sup>50</sup> COM(2012) 11 final, p. 10.

<sup>51</sup> Recitals (61), (129) y (131) y Artículo 23 de la Regulación propuesta.

<sup>52</sup> Artículo 30 de la Regulación propuesta. Esta referencia no tiene equivalencia en ninguna de las versiones en otras lenguas, excepto parcialmente en aquellas que parecen haber sido directamente traducidas de la inglesa (como es el caso de la portuguesa).

<sup>53</sup> Del mismo modo que ocurrieron cambios paralelos, por ejemplo en relación a las "evaluaciones de impacto sobre la protección de datos (antes privacidad)".

<sup>54</sup> En este sentido, la versión francesa de la Comunicación ya mencionada sobre "protection des données dès la conception" (o "*protección de datos desde su concepción*").

<sup>55</sup> **Jacques Derrida**. *Force de loi: Le "Fondement mystique de l'autorité"*. Galilée, Paris, p. 51, 2005. ISBN: 2718604328.

<sup>56</sup> **Niklas Luhmann**. *Law as a Social System*. Oxford University Press, Oxford, p. 242, 2009 (véase p. 236 para su adopción de la contribución de Derrida).

<sup>57</sup> **Jacques Derrida**. *La Différance*. Conferencia pronunciada ante la Société française de philosophie, el 27 de enero de 1968, publicada simultáneamente en el *Bulletin de la société française de philosophie* (julio-septiembre de 1968) y en *Théorie d'ensemble* (coll. Tel Quel), Ed. du Seuil, 1968. Sobre la relevancia de las leyes para estas ideas, véase especialmente: **Pierre Legrand**. "On the Singularity of Law", *Harvard International Law Journal*, 47(2), pp.517-530, 2006.