

CAPÍTULO VI

TUTELA DE LA PERSONA Y TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES. DERECHO INTERNO Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES^(*)

Carla SOLINAS

Universidad de Roma Tor Vergata

SUMARIO:

- I. FUENTES INTERNAS E INTERNACIONALES EN LA DISCIPLINA DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES. LAS RAZONES DE UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES
- II. LA «VIDA PRIVADA» EN LA INTERPRETACIÓN DEL TEDH
- III. VIDA PRIVADA Y TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES
- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO COMO FUENTE DEL DERECHO PRIVADO ITALIANO

(*) Traducción por GRAMONT FOSCHITINA, M.

1. FUENTES INTERNAS E INTERNACIONALES EN LA DISCIPLINA DE TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES. LAS RAZONES DE UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Hace tiempo que Italia, con la transposición de la Directiva CE 95/46, ha adoptado una regulación positiva del tratamiento de los datos personales. Junto a este dato normativo, el tema del tratamiento de los datos personales merece también ser analizado a la luz de otros factores que con el tiempo han alcanzado una influencia más o intensa sobre nuestro ordenamiento, hasta llegar a ser verdaderas y propias fuentes del derecho, susceptibles de enriquecer o modificar el panorama legislativo interno en materia de tratamiento de los datos personales.¹

En lo que se refiere al ordenamiento italiano, el punto de referencia es, en particular, la jurisprudencia del TEDH. A pesar de que la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales no haga mención alguna al tema del tratamiento de los datos personales, este fenómeno ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo que han delineado su consistencia y relevancia en el ámbito de los derechos a la personalidad.

La influencia que los pronunciamientos de dicho Tribunal tienen o pueden tener en nuestro ordenamiento ha aumentado en el tiempo hasta llegar, de acuerdo con la evolución jurisprudencial nacional más reciente, a hacer de las sentencias de dicho órgano internacional una verdadera fuente del

(1) Cfr. la Ley 75/1996 que efectuó la transposición de la Directiva CE 95/46. La literatúra italiana sobre la Ley 675/1996 es actualmente inmensa, así como también es copiosa la relativa al Código del Tratamiento de los datos personales (Decreto Legislativo 196/2003). Entre otros, se pueden señalar CURTARO, V., RICCIUTO, V. (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997; CURTARO, V., ZINO, V., D'ORAZZO, R., RICCIUTO, V., *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Milano, 2004. Para una visión panorámica en materia de tratamiento de datos personales, véase el volumen a cargo de CURTARO, V., D'ORAZZO, R., RICCIUTO, V., *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2006. Estados de la Unión Europea, véase en particular, el volumen a cargo de CURTARO, V., FOMBARINI, D., *Dati personali e comunicazioni elettroniche. L'attuazione della direttiva CE n. 2002/58 nell'ordinamento spagnolo*.

derecho de rango superior al de las fuentes internas. Actualmente aún más que en el pasado, por lo que es importante ver cómo y por qué en este caso se ha diseñado y regulado el fenómeno de los datos personales; confrontar la reconstrucción internacional del fenómeno con la de nuestro ordenamiento y valorar, en definitiva, de qué manera los pronunciamientos del TEDH en materia de tratamiento de datos personales pueden incidir sobre el ordenamiento nacional.

Con respecto al aumento de la relevancia de las sentencias del TEDH, debemos señalar ahora que nuestro Tribunal Constitucional, desde hace poco tiempo, ha comenzado a declarar la ilegitimidad de leyes internas que resulten contrarias a los principios de derecho elaborados por el Tribunal Europeo. Es fácil comprender, entonces, que las directrices de los jueces de Estrasburgo en materia de privacidad, tratamiento de datos y vida privada sean hoy susceptibles de imponer verdaderos límites a los procesos normativos que de algún modo, incluso indirectamente, conciernen al tema de la privacidad o al tratamiento de los datos.

La nueva orientación del Tribunal Constitucional se inicia en el año 2007, con dos controvertidas sentencias relativas al tema de la expropiación por razón de utilidad pública. Son las sentencias núm. 348 y 349, con las que el Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad de algunas disposiciones legales relativas a la determinación de la cantidad debida como indemnización por expropiación⁽²⁾.

(2) Por completud de la información, podríamos ahora recordar que en Italia la determinación de la indemnización por expropiación del suelo edificable preveía el criterio del cálculo basado en la media entre el valor de los bienes y la renta dominical revalorizada. La disposición objeto de censura constitucional se encontraba ya en la base de algunas condenas del Estado italiano por violación de las normas de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (Sentencias de 29 de julio de 2004 y de 29 de marzo de 2006, Scordino c. Italia). En particular, con la Sentencia de 2006 el Tribunal de Justicia Europeo destacaba la violación «estructural y sistemática por el legislador italiano, del art. 1 del Primer Protocolo de la Convención Europea, señalando que la cuantificación ha determinado, de hecho, una situación estructural de violación de los derechos humanos». Frente a esta situación el plano internacional se contraponía una actitud diferente de la Justicia interna, que no había detectado en la norma interna ningún aspecto de ilegitimidad constitucional. Veremos, sin embargo, que el enfoque diferente adoptado por el Tribunal Constitucional en 2007, que reconoció la inconstitucionalidad de las leyes en materia

No es tanto la decisión relativa al *quantum* de la indemnización por expropiación —que la Asesoría ha considerado ilegítimo cuando no es proporcionada al valor venal del bien— lo que nos interesa ahora, sino los motivos que se encuentran en la base de la declaración de ilegitimidad.

Entre dichos motivos también se ha afirmado un principio particularmente importante en materia de privacidad o de tratamiento de los datos personales, cual es que las normas de la Convención no pueden ser contradichas por el ordenamiento interno y que tienen naturaleza de fuerza superiores a las leyes: aquellas constituyen un parámetro de constitucionalidad de la normativa nacional.

El paso adelante, en el ámbito de la teoría de las fuentes, es notable. Como se quiere evidenciar que la Convención no es solo una «guía» para la actividad exegética del intérprete. La Convención, una vez ratificada por la Ley nacional, no será considerada únicamente una simple fuente ordinaria dotada de particular eficacia pasiva, y por lo tanto de una particular resistencia a su derogación por parte de leyes ordinarias subsiguientes. Al contrario, según la nueva orientación del Tribunal Constitucional italiano, la violación de la Convención provoca no solo la responsabilidad internacional del Estado, sino también la ilegitimidad constitucional de todas las disposiciones normativas que el legislador italiano adopte contrarias a ella.

Pero, por su novedad e importancia a nivel de consecuencias, si lo analizamos detenidamente, tampoco es esta la afirmación más contundente efectuada por el Tribunal Constitucional italiano en las sentencias del 2007. La Convención tiene el rango de fuente internacional. Tiene naturaleza de acto normativo pactado que contiene normas y principios que los Estados han acordado libremente y se han comprometido a respetar: ellos, desde la perspectiva de la política del derecho y de la teoría de la soberanía estatal, justifica su predominio sobre las leyes nacionales. Sin embargo, como veremos en breve, la reciente modificación del art. 117 de la Constitución italiana también afirma tal predominio desde el punto de vista técnico y

de expropiación contrarias a la Convención, fue ocasionado por una nueva disposición constitucional.

jurídico, permitiendo anular las leyes internas que violen el texto de la Convención.

La afirmación verdaderamente importante, sin embargo, es que son las sentencias del TEDH las que asumen valor imperativo para el legislador italiano y que, por lo tanto, la anulación de leyes estatales se producirá por contravenir lo establecido en las sentencias de la Corte internacional.

Para comprender mejor de qué manera el Tribunal Constitucional italiano no ha llegado a estas conclusiones debemos retroceder en el tiempo.

En el año 2001, la reforma del Título V de la Parte II de la Constitución efectuada por la Ley núm. 3 incidió intensamente en el sistema de las fuentes. El nuevo art. 117 de la Constitución prevé que «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, además de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales». Con esta disposición se previó expresamente la posposición jerárquica de las fuentes de derecho interno no solo a la Constitución republicana, sino también al ordenamiento internacional y al comunitario. De este modo, se superaron las dudas y los problemas relativos a la concreción de la disposición constitucional que imponía, hasta ahora, a las fuentes del derecho interno la conformidad con los principios y con las normas de derecho internacional y comunitario.

Esta incisiva previsión ha tenido también un reflejo inevitable en el mecanismo operativo y en el valor que las normas de la Convención de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950 tienen en el ordenamiento interno.

Hasta hace tan solo pocos años, la mejor doctrina civilística italiana advirtió que la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales había tenido una influencia escasa sobre el Derecho privado⁽³⁾. Una de las razones de tal incidencia marginal se concretaba en

(3) Es lo que advertía P. Rescigno, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà lavoro)», in *Rivista di diritto civile*, 2002, pág. 325: «il civilista deve confessare che ha ben poco da dire, e deve anzi manifestare la ragionevole impressione che un documento così importante nel panorama della cultura giuridica — anzi nel panorama della cultura, senza aggettivi — abbia avuto un'influenza scarsa sul diritto privato. Questo giudizio nasce da un esame condotto sulla giurisprudenza sia della Corte

el hecho de que los jueces nacionales a menudo siguieran considerando que los enunciados contenidos en la Convención no tenían carácter preventivo, sino meramente programático⁽⁴⁾. Es cierto, no obstante, que esta actitud desconfiada hacia el valor de la Convención en el ordenamiento italiano, al menos parcialmente, cambió pronto. Testimonio de ello es lo que de forma reiterada ha afirmado el Tribunal de casación civil, según el cual «no es exacta la afirmación según la cual las normas de la citada Convención y del citado protocolo adicional tendrían "eficacia meramente programática". Tales normas, en efecto, imponen a los Estados contratantes verdaderas y propias obligaciones jurídicas inmediatamente vinculantes y, una vez incorporadas al ordenamiento estatal interno, son fuente de derechos y obligaciones para todos los sujetos»⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ *dell'uomo sia della Corte di giustizia delle Comunità europee, sia (...) sulla giurisprudenza interna: Corte costituzionale, giurisprudenza di legittimità, giudici di merito. Casi in cui questi giudici hanno menzionato, nelle loro decisioni, disposizioni della Convenzione, non mancano: ma si ha la sensazione che lo abbiano fatto solo per dimostrare — come pure era opportuno — la loro conoscenza di certi dati normativi e momenti dell'esperienza che si aggiungevano a quelli consueti della loro educazione».*

⁽⁵⁾ *base, por ejemplo, lo que se dice en la Cass. Pen. n. 10693 de 1989: «non sono dubbi come motivi di ricorso in cassazione le violazioni delle norme della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in quanto non sono applicabili ai rapporti giuridici interni, avendo efficacia vincolante solo per le parti contraenti e non per i singoli».*

⁽⁶⁾ *Así, textualmente, Cass. n. 3372 de 1998, en Giurisprudenza italiana, 1999, pág. 1314 y ss. Cfr. también Cass. n. 6978 de 1981: «le norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo — salvo, ovviamente, quelle Disposizioni il cui contenuto, pur utilizzando gli usuali metodi interpretativi, sia da considerarsi si generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate — sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più amplio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano». Véase también Cass. n. 558 de 2006 y Cass. n. 7923 de 2005, en Giustizia Civile, 2005, págs. 2322 y ss. donde se afirma textualmente que: «deve pertanto escludersi, in via generale, che le norme della Convenzione abbiano efficacia puramente "programmatica" e che, per trovare applicazione quali fonte di diritti e di obblighi una volta recepite nell'ordinamento interno mediante la legge di ratifica, esse abbiano bisogno di successive specificazioni, a meno que tale necessità non debba desumersi dal contenuto della propia norma della Convenzione che faccia esplicito rinvio a (o comunque implicitamente presuponga una) regolamentazione integrativa e di dettaglio da parte delle legislazioni dei singoli Stati nazionali. Le norme della Convenzione richiamate dai ricorrenti a fondamento delle proprie doglianze e, precisamente, l'art. 5, paragrafi 1 (sulla necessità di formato plausibili per la detenzione preventiva), 2 (sul diritto dell'arrestato ad essere informado dei motivi della detenzione preventiva), 3 (sul diritto dell'arrestato di compare*

La Convención, ratificada por Italia con la Ley núm. 848, de agosto de 1955, quizá fue concebida por los jueces nacionales no solo como fuente de obligaciones para los contratantes, y por tanto para los Estados, sino como fuente de posiciones jurídicas para todos los participantes.

La idea de que las normas contenidas en el texto internacional hubieran innovado directamente el sistema privado italiano, en cambio, no se ha afirmado de manera unánime en la jurisprudencia e incluso ha sido negada por la doctrina. Realmente, más que como normas de Derecho privado destinadas a regular directamente actividades o relaciones de los participantes y a reconocerles situaciones jurídicas, han sido entendidas, generalmente, como normas de Derecho público, destinadas a regular la actividad normativa o ejecutiva del Estado también en materia de relaciones privadas).

Las razones de una menor permeabilidad del Derecho privado nacional a la Convención son debidas a muchos factores.

Por un lado, ciertamente puede haber pesado la repetida, y hoy ya superada, consideración de que las normas de la Convención no tienen rango y naturaleza constitucional. Sobre la base de dicho principio, se ha considerado que el tema de la eficacia directa de la Convención en las relaciones entre particulares no se pueda plantear, ni se pueda solucionar, en términos análogos al problema de la *driftwirkung*⁽⁶⁾. Pero también puede haber pesado el hecho de que el mismo Derecho privado se ha abierto a

al più presto davanti al giudice), 4 (sul diritto dell'arrestato ad un sollecito riesame dei provvedimenti restrittivi); l'art. 6 sul diritto di ogni persona ad un processo equo, e l'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo, costituiscono indubbiamente, nel senso indicato, norme precettive».

⁽⁶⁾ *No se ha considerado la posibilidad de extender a la Convención el éxito del debate sobre el problema de la driftwirkung, esto es, la eficacia inmediata de las normas constitucionales para los participantes, cuestión que ha sido resuelta positivamente en Italia a favor de la tesis que reconoce la inmediata preceptividad de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares. Sobre este punto, véanse las consideraciones de RISSANO, P., op. cit., pág. 326. Oportunamente, por tanto, se consideraba que no solo la Convención (y, por lo tanto, con mayor razón, las sentencias de la Corte) no se considerase derecho directamente aplicable en las relaciones entre particulares: sino que la misma, permaneciendo en el plano del derecho internacional, tan solo podía ser utilizada como parámetro para la evaluación de la propia legitimidad constitucional de las leyes nacionales desviadas de los principios contenidos en la Convención y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.*

los problemas de la persona y la tutela del hombre objeto de la Convención) tan solo en épocas más recientes, reemplazando la visión meramente patrimonialista de las relaciones entre los participantes por una visión más compleja en la que también adquieren relevancia las condiciones humanas y sociales⁷⁷.

Por estas razones, salvo raras excepciones, nuestra jurisprudencia ha considerado que la Convención no contenía prescripciones dirigidas directamente a los particulares, sino que se dirigían única y exclusivamente al Estado. A él se dirige la prohibición de actuar en contra de la Convención («obligaciones negativas»); a él se impone la obligación de actuar conforme a la Convención y para la realización de las libertades y los derechos en ella previstos («obligaciones positivas»)⁷⁸.

En el plano del ordenamiento interior, no obstante, las violaciones de aquellas obligaciones internacionales no habían determinado, hasta ahora, la ilicitud de la Ley contraventora; frente a la violación de la Convención por obra del legislador, los jueces nacionales no podían reaccionar decla-

(7) Hay quien ha sintetizado esta apertura del derecho privado imaginando un paso, cultural y técnico, «dal soggetto alla persona»: MARINI, G., «La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità», en *Rivista di diritto civile*, 2006, pág. 396.

(8) Si la naturaleza de fuente del derecho internacional del documento (que es, como se ha dicho, la fuente principal de la garantía de los derechos de la condición humana) hace seguramente pacífico su carácter vinculante para el Estado, en cambio, ha sido necesario un notable esfuerzo interpretativo por parte de nuestros Tribunales para poder considerarla preceptiva también en sentido horizontal (esto es, en las relaciones entre particulares). En el primer caso, la violación de la obligación es imputable al Estado, es reconducible a este aspecto. La violación de los derechos de la persona y de la personalidad la normativa internacional, naturalmente, la agresión a los derechos tutelados por la acción, denominada también «obligaciones negativas»), como por consecuencia de una omisión ilícita del Estado (y, por lo tanto, por no haber realizado las actuaciones necesarias para ofrecer una tutela efectiva a los derechos garantizados por la Convención, o como suele decirse, no cumpliendo las «obligaciones positivas»). Ejemplo del primer tipo de violación son los casos en los que el Estado legisla o actúa de forma contraria a los principios de la Convención. Ejemplo del segundo caso pueden ser todas aquellas situaciones en las que el Estado «tolera», sin corregirlas, violaciones de derechos de la persona por parte de terceros.

rando su ilegitimidad⁷⁹. Las citadas sentencias del Tribunal Constitucional, haciendo referencia al nuevo texto del art. 117, han revisado esta posición, estableciendo que «el nuevo texto del art. 117, primer inciso, de la Const., si por una parte hace irrefutable la mayor fuerza de resistencia de las normas CEDU con respecto a las leyes ordinarias sucesivas, por otra atrae las mismas a la esfera de competencia de este Tribunal, ya que las eventuales contravenciones no engendran problemas de sucesión de las leyes en el tiempo o valoraciones sobre la correspondiente ubicación jerárquica de las normas en litigio, sino cuestiones de legitimidad constitucional. El juez ordinario no tiene, pues, la facultad de no aplicar la norma legislativa ordinaria considerada contraventora de una norma CEDU, ya que la incompatibilidad entre ambas se presenta como una cuestión de legitimidad constitucional, por la eventual violación del art. 117, primer inciso, Const., de exclusiva competencia del juez constitucional»⁸⁰.

A la luz del nuevo texto del art. 117 Const., la solución adoptada parece obvia si se refiere a las disposiciones de la Convención.

El Tribunal Constitucional, en cambio, extiende la operatividad del principio de predominio y atribuye naturaleza de «normas constitucionales impuestas» también a los principios expresados por el TEDH en su papel de intérprete de la Convención.

El juez constitucional ha adoptado esta solución en consideración al hecho que «la CEDU presenta, con respecto a los demás tratados internacionales, la característica peculiar de haber previsto la competencia de un órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la

(9) Tal situación de incertidumbre había impulsado a algunos jueces a no aplicar directamente la norma legislativa contraventora de la Convención (CEDU), interpretada por el TEDH. Haciendo referencia a los criterios normales de composición del sistema de fuentes del derecho, algunos jueces y, quizá, también el Tribunal Constitucional, han considerado que la norma interna sucesiva, modificativa o derogatoria de una norma producida por las fuentes internacionales de rango superior (la Convención), debía ser ineficaz. El motivo se hallaba en la presunta mayor fuerza pasiva de la Convención, y por tanto, una particular «resistencia» de la misma a modificaciones o derogaciones provocadas por leyes ordinarias. La ineficacia sufrida por la Ley Ordinaria disconforme con los principios expresados por el Tribunal de Estrasburgo era, entonces, el motivo técnico de su falta de aplicación por parte del juez ordinario.

(10) Tribunal Constitucional, núm. 338 de 2007.

Corte europea por los derechos al hombre, al cual se ha confiado la función de interpretar las normas de la Convención misma (...). Dado que las normas jurídicas viven en la interpretación que realizan los operadores del derecho, los jueces en primer lugar, la consecuencia natural que se deriva (...) es que entre las obligaciones internacionales asumidas por Italia con la firma y la ratificación de la CEDU, se encuentra la de adecuar la propia legislación a las normas de dicho tratado, en el significado atribuido por el Tribunal específicamente instituido para dar dicha interpretación y aplicación. No se puede hablar, por lo tanto, de una competencia jurisdiccional que se agrega a la de los órganos judiciales del Estado italiano, sino de una función interpretativa prevalente que los Estados contrayentes han reconocido al Tribunal europeo, contribuyendo con ello a precisar sus obligaciones internacionales en la materia específica».

La atribución del rango de normas constitucionales interpuestas también a las «creadas» por el TEDH, y contenida en sus sentencias, provoca un cambio constitucional importante en materia de privacidad y tratamiento de datos personales porque, en esta materia, deben tenerse presentes las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Estrasburgo más que la propia letra de la Convención.

En el texto de la Convención, en efecto, no se habla de privacidad ni de tratamiento de datos. El art. 8 de la Convención habla, genéricamente, de «vida privada», reconociendo que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» y establece las condiciones en las que tal derecho puede ser sacrificado: «no puede darse injerencia en las que tal derecho puede ser sacrificado: derecho salvo que tal injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la defensa del orden y para la prevención de los crímenes, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y las libertades ajenas».

II. LA «VIDA PRIVADA» EN LA INTERPRETACIÓN DEL TEDH

La noción de «vida privada» que emerge de la interpretación jurisprudencial del texto del art. 8 de la Convención es extremadamente amplia y no se corresponde con una noción igualmente amplia en el derecho interno.

La propia vaguedad de la disposición ha permitido al TEDH interpretar el texto en un sentido evolutivo, con el resultado de ampliar el catálogo de los derechos contenidos en la Convención.

Es en este recorrido de sustancial integración jurisprudencial de la Convención que han hecho su aparición entre los derechos humanos, derechos no codificados, como el derecho a la integridad psicológica, el derecho al nombre y a la orientación sexual, el derecho al desarrollo personal y al derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior, el derecho personal a la propia imagen. Y, además, es en este contexto que el Tribunal ha afrontado el tema del tratamiento de datos personales.

Sin limitarse a una aplicación formal y servil del catálogo de los derechos expresados en la Convención, el Tribunal ha actuado prácticamente como un verdadero legislador, a veces llevando al límite la actividad interpretativa hasta atribuir al principio de vida privada el valor de aglutinador de todos los derechos y las libertades que le pertenecen al hombre en cuanto ser humano⁽¹¹⁾.

No sorprende que el texto de 1950 haya sido objeto de esta interpretación «creadora» del Tribunal. La distancia entre el texto codificado y la realidad social y económica (comprendidas sus siempre nuevas exigencias de formación) es típica del Derecho. En materia de los derechos de la persona-individuo, este hiato es particularmente evidente, porque a la vez que la sociedad se desarrolla, que las costumbres cambian y que la técnica encuentra nuevos modos e instrumentos de intervenir en los actos humanos, se advierte la necesidad de garantizar al individuo una esfera íntima y reservada de agresiones o simples injerencias externas. El objetivo pasa a ser el de preparar la tutela de aspectos del ser humano hasta entonces no aparecidos o culturalmente no percibidos como necesitados de garantía. Y

(11) Por otra parte, la historia del derecho a la «vida privada» no es más que uno de los ejemplos de la actividad creadora del Tribunal. Este, por otra parte, siempre ha precisado que su función va más allá de la mera aplicación de los principios ya codificados. En muchas ocasiones ha subrayado que sus pronunciamientos «siven no solo para decidir el caso concreto, sino también para aclarar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención y para contribuir al respeto de los compromisos establecidos por los Estados contrayentes» (Sentencia Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, serie A, núm. 25).

cuando este objetivo no es alcanzado con la legislación positiva, se persigue mediante la ampliación jurisprudencial de los derechos de la persona.

Así, la exigencia de una aproximación evolutiva al texto de la Convención ha permitido reconocer existencia positiva a derechos y libertades del individuo todavía no codificados en un texto, pero que poco a poco se han ido manifestando como necesitados de tutela al desarrollarse la sociedad.

En lo que atañe a la jurisprudencia del TEDH, junto a los derechos ya vistos, otros han sido reconocidos como integrados en la garantía de la vida privada. En tema de tratamiento de los datos personales, por ejemplo, se hizo famoso el caso *Leander contra Suecia*, en 1987, en el cual los jueces de Estrasburgo, juzgando sobre un caso de recolección, almacenamiento y comunicación de informaciones sobre un individuo por parte de la autoridad pública, reconoció el derecho de la persona a tener acceso a las informaciones que lo concierne para poderlas refutar y, por lo tanto, para poder preservar su propia reputación⁽¹²⁾. Del mismo modo, un derecho similar ha sido reconocido en los casos en que el TEDH se ha referido a un «derecho al conocimiento de los propios orígenes», con respecto a aquellas situaciones en las que un individuo se dirige a las autoridades públicas para conocer informaciones sobre su propio pasado y sobre su propio nacimiento y, por lo tanto, solicite el acceso a las informaciones contenidas en su expediente personal elaborado por los servicios sociales. Los casos

(12) *Leander contra Suecia*, 26 de marzo de 1987, serie A, núm. 116. Leander, que en el pasado había sido simpatizante de un grupo de ideas subversivas, había sido fichado por la policía como individuo peligroso para la seguridad. Las informaciones contenidas en su expediente habían sido comunicadas a su empresa en el marco de un control del personal. Él trabajaba, en efecto, en una zona delicada, próxima a una base naval militar, sujeta a restricciones y estratégica para la seguridad. Sobre la base de las informaciones (que habían permanecido en secreto) comunicadas por la policía, Leander fue despedidamente. Como indica el Tribunal, punto 48: «el expediente secreto de la policía contenía, indudablemente, datos relativos a la vida privada del Sr. Leander. Tanto su almacenamiento refutario, como su comunicación, asociadas a la negativa de permitir al Sr. Leander la facultad de recurrir, perjudicaron su derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el art. 8 párr. 1». Leander se personó ante el Tribunal invocando, entre otros, el art. 8 de la Convención y lamentándose del hecho de no haber podido ocupar un empleo permanente a causa de informaciones secretas que lo habrían presentado como un sujeto peligroso para la seguridad y sosteniendo que este hecho constituía una lesión de su honor. En el caso que nos ocupa, sin embargo, el Tribunal reconoció que la injerencia en la vida privada fue justificada sobre la base del art. 8.

de este tipo abordados por el TEDH han sido diversos. Por la relevancia de la decisión, recordaremos el de una ciudadana francesa, *Pascale Odievre*, que abandonada desde su nacimiento por la madre que solicitó no ser identificada, una vez adulta, recibió respuesta negativa a la instancia de acceso al expediente personal elaborado por los servicios sociales⁽¹³⁾. Las informaciones solicitadas por la mujer, necesarias para el efectivo desarrollo de su propia identidad personal, eran consideradas secretas en virtud de la explícita solicitud de otra persona (la madre), que quiso excluir la posibilidad de divulgar informaciones relativas a la propia identidad. En este caso, por tanto, se contrapusieron el derecho a la identidad personal (hecho retomar a la noción de vida privada) de una hija y el derecho a la identidad personal de una madre. «A juicio del Tribunal, todos «tienen un interés fundamental protegido por la Convención a recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación» (...). La expresión «toda persona» contenida en el art. 8 de la Convención se aplica tanto al niño como a la madre. Por un lado, está el derecho al conocimiento de los propios orígenes que encuentra fundamento en la interpretación extensiva del ámbito de operatividad de la noción de vida privada (...) por otro lado, no se puede negar el interés de una mujer a conservar el anonimato para salvaguardar su salud, dando a luz en condiciones sanitarias adecuadas»⁽¹⁴⁾.

(13) Sentencia de 13 de febrero de 2003, *Odievre contra Francia*. Como se lee en los puntos 24 y 25 «la recurrente se lamenta de no poder obtener la comunicación de elementos identificativos de su familia natural y de la consiguiente imposibilidad de conocer su propia historia personal (...). La recurrente sostiene que su instancia de solicitud de informaciones sobre aspectos eminentemente personales de su propia historia y de su propia infancia entra de lleno en la aplicación del art. 8 de la Convención. La investigación de su identidad es parte integrante de su «vida privada» (...). «El Tribunal», prosigue en el punto 29, «recuerda al respecto que «el art. 8 protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal y el derecho de tener y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (...). La salvaguardia de la estabilidad mental constituye un previo ineluctable para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada (...). A tal desarrollo contribuye el conocimiento de los detalles de la propia identidad como ser humano y el interés vital, tutelado por la Convención, a obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de la propia identidad personal, por ejemplo, la identidad de los propios progenitores». Sobre este tema, véase también la Sentencia de 7 de julio de 1989, *Caskin contra Reino Unido*, serie A, núm. 160.

(14) Sentencia de 13 de febrero de 2003, *Odievre contra Francia*, puntos 42 y 44. El Tribunal, en este caso, reconoció (punto 49) que «la legislación francesa intenta (...) lograr un

Además del reconocimiento de un «derecho al conocimiento de los propios orígenes» y, por lo tanto, de acceso a las informaciones personales, el hecho es importante porque los jueces de Estrasburgo se han encontrado con la necesidad de valorar la idoneidad de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar el respeto de la «vida privada» también en las relaciones interindividuales. Como veremos, en efecto, el alcance del art. 8 es doble: por un lado, reconoce un derecho al ser humano, del otro lo garantiza respecto de lesiones imputables al Estado (sea bajo forma de acciones públicas directa e injustificadamente para el derecho, sea bajo forma de omisiones y, por lo tanto, por falta de adopción de medidas legislativas o administrativas que tutelén tales derechos también en las relaciones entre particulares).

De cualquier modo, incluso en la imprecisión de algunas definiciones y en la indudable opacidad de los vínculos entre los diversos derechos e intereses que el Tribunal hace recaer bajo la única garantía de la «vida privada», no se puede negar que sus jueces no hayan reconocido protección a situaciones subjetivas que, en nuestro ordenamiento, son reconocidas tradicionalmente por disposiciones legales individuales (por ejemplo el derecho a la imagen, previsto por el art. 10 del Código Civil) o que tan solo en épocas recientes han recibido un reconocimiento expreso en un texto legal (es el caso del derecho a la identidad personal, reconocido primero por nuestra jurisprudencia y, luego, por la Ley de 31 de diciembre de 1996 núm. 675).

Es cierto que un enfoque evolutivo del texto de una disposición no es prerrogativa exclusiva del TEDH. La propia necesidad de adaptación a los tiempos y a los cambios de la sociedad ha sido a la base de la interpretación evolutiva de la Constitución por obra del Tribunal Constitucional. En realidad, con el mismo objetivo, tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han hecho referencia a datos textuales en parte diferentes.

equilibrio y una proporcionalidad entre los intereses en juego (...). Observa al respecto que los Estados deben poder escoger los instrumentos que consideren más idóneos con la finalidad del alcanzar el equilibrio buscado», desde el momento que «el sistema establecido en Francia recientemente, si bien conserva el principio de admisión del parto de persona no identificada, refuerza la posibilidad de revocar el secreto sobre la identidad que era permanente antes de la adopción de la Ley de 22 de enero de 2002. La nueva Ley facilitará la investigación de los orígenes biológicos (...).

En la Constitución italiana, en efecto, la disposición de referencia en la materia es el art. 2, según el cual «la república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad». Esta disposición elástica y general ha permitido ampliar el catálogo de los derechos de la persona y de la personalidad ya previstos en la misma Constitución y en el Código Civil. La Constitución, sobre todo, ha permitido integrar en la categoría, aspectos del derecho de la personalidad ligados a las exigencias e instancias de desarrollo de la subjetividad individual⁽¹¹⁵⁾.

Se observa, en primer lugar, como el constituyente italiano ha previsto en el art. 2 Const., la categoría general de los derechos del hombre, conexos con el desarrollo de la personalidad. El debate doctrinal y jurisprudencial subsiguiente, por lo tanto, ha podido contar con una disposición normativa de carácter general relativa a todos los derechos de la persona humana y de la personalidad. La discusión, a lo sumo, se ha articulado sobre el valor normativo o simplemente descriptivo y sinóptico de dicha categoría general. La ampliación del número de los derechos reconducibles a

(115) Léase lo que claramente expone la Cass. Civile en la Sentencia núm. 6507 de 2001, con respecto al derecho al honor personal: «en materia de derechos de la personalidad humana, existe un verdadero y propio derecho subjetivo perfecto al honor personal incluso fuera de las hipótesis expresamente previstas por la Ley Ordinaria, que se enmarca en el sistema de tutela constitucional de la persona humana, teniendo en la Constitución su fundamento normativo (Tribunal Constitucional 18/4/1986, 479/1987), en particular en el art. 2 (además de en el art. 3, que hace referencia a la dignidad social) y en el reconocimiento de los derechos inviolables de la persona. El art. 2, al afirmar la relevancia constitucional de la persona humana en todos sus aspectos, comporta que el intérprete, en la búsqueda de los espacios de tutela de la persona, esté legitimado para construir todas las posiciones subjetivas idóneas para dar garantía, sobre el terreno del ordenamiento positivo, a toda proyección de la persona en la realidad social, dentro de los límites en los que se sitúe como consecuencia de la tutela de los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad. La referencia expresa a la persona como individuo representa ciertamente un fundamento normativo válido para dar consistencia de derecho al honor del sujeto, en relación también al objetivo primario de tutela «del pleno desarrollo de la persona humana», del cual se ocupa el art. 3 Const. (implícitamente sobre este punto Tribunal Const. 3 de febrero de 1994, núm. 13). En efecto, en el ámbito de los derechos de la personalidad humana, con fundamento constitucional, el derecho a la imagen, al nombre, al honor, a la privacidad no son más que aspectos singulares de la relevancia constitucional que la persona, en su unidad, ha adquirido en el sistema de la Constitución. Se trata, por tanto, de derechos homogéneos, siendo único el bien protegido».

los derechos de la persona y de la personalidad pasa por la afirmación de la teoría monística, con base en la cual la categoría general prevista por el art. 2 Const. no es cerrada, sino abierta a todos aquellos aspectos, a todas aquellas situaciones subjetivas, incluso atípicas, reconducibles e instrumentales del «desarrollo» de la persona.

En la Constitución italiana, además, la categoría general de los derechos de la persona y de la personalidad tiene una connotación expresa, en el contenido, en sentido «dinámico».

Cuando se habla de derechos de la persona se suele recalcar la evolución en fases o «generaciones», testigo cada una de ellas de una creciente sensibilidad hacia aspectos del ser-individuo, primero marginales o no autónomamente considerados. La primera fase, la fase estática, es un paradigma propietario: prevalece el aspecto de la exclusión del resto de la sociedad de la esfera de dominio exclusivo de la persona. La exigencia es garantizar tal esfera íntima y, por lo tanto, tutelar el domicilio, la correspondencia y, generalmente, todo lo que sirve para distinguir al hombre en la sociedad, para localizarlo, para hacerlo un individuo (el ejemplo más destacado es el derecho al nombre).

La segunda fase se caracteriza por el surgimiento de todos aquellos derechos instrumentales para un pleno desarrollo de la persona, comprendidos los derechos a establecer «relaciones sociales», sobre todo porque mediante estas el sujeto construye su propia identidad e individualidad. Con respecto de la fase propietaria, estática, en esta fase la persona es considerada desde una perspectiva dinámica en su desarrollo. En el centro de esta fase se encuentran los derechos de asociación y otros conexos con la dimensión «relacional» del hombre. En la denominada «tercera generación» se comprenden los derechos unidos al poder de autodeterminación, esto es, de elección sobre las modalidades y sobre la dirección del proceso de construcción de la propia identidad personal (se piensa en el derecho a la orientación y a la identidad sexual).

En el centro de todas estas fases se encuentra la regulación de la persona humana y de la dimensión individual. En cada una de estas etapas, el ser humano —objeto de regulación— es considerado de forma diversa: en un primer momento, estáticamente (quién es); en un segundo momento,

dinámicamente (cómo actúa y cómo se relaciona), y, finalmente, como autoafirmación y consciencia (cómo piensa y si piensa).

Contrariamente al art. 2 de la Constitución italiana, el texto del art. 8 de la Convención no ofrece criterios y márgenes de interpretación y se muestra mucho menos elástico que nuestra norma constitucional. Una fiel interpretación literal del texto del art. 8, en efecto, debería conducir a localizar entre los diferentes derechos que enumera una relación ordenada y no, como en cambio se ha afirmado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, una relación de *genus a species*: el de la garantía de la «vida privada» es, en la disposición, un derecho diferente y ulterior con respecto del de la «vida familiar», del «domicilio» y del «de la correspondencia».

No se escapa, entonces, que ese derecho está expresamente garantizado frente a una actividad de injerencia pública (en este aspecto la Convención recuerda el estilo de las Cartas liberales y de las Declaraciones dieciochescas de los derechos de la persona: al poder público se le *prohíbe* interferir en el ejercicio de los derechos del hombre).

Como es típico de documentos de este género, en el centro de la regulación de la Convención, por lo tanto, se encuentra el hombre en cuanto tal, el sujeto en cuanto a persona e individuo. La Convención reconoce y garantiza de las injerencias externas los derechos y las libertades fundamentales vinculadas a su condición de ser humano. Se regulan los derechos imprescindibles para que la condición humana pueda ser en efecto definida como tal; los que deberían corresponder al ser humano en cualquier contexto por el solo hecho de estar vinculados y depender de la propia naturaleza «humana». Por estas razones, a pesar de que en la Convención el hombre es tomado en consideración como ser social, esto es, integrado en un contexto de relaciones con otros individuos, el objeto de la regulación no es la relación en cuanto tal o la actividad desarrollada, sino la dimensión individual ocasionalmente interesada (y potencialmente objeto de lesión) en una relación concreta o en una concreta actividad; es a dicha dimensión individual y personal a la que la Convención se refiere y ofrece garantía.

En resumen, en la Convención los derechos son los de la persona, los del hombre en cuanto tal, los derechos «absolutos» y no los del hombre entendido como mera «parte» de un fenómeno económico o social (o sea,

entendido como simple miembro o elemento de una dimensión colectiva o relacional; en cuyo caso le corresponderían, por norma, derechos «relativos»). Prueba de ello es que el derecho a la «vida privada» no corresponde al ciudadano, al trabajador, al consumidor, al deudor, etc., sino a la «persona»: al ser humano, prescindiendo de las calificaciones que a ella se puedan referir en virtud del contexto en que la persona se sitúe.

A pesar del más limitado dato textual con respecto de la más importante disposición del derecho interno en materia de derechos de la persona y de la personalidad, el Tribunal Europeo ha hecho del art. 8 la bisagra de los derechos de la personalidad, paulatinamente convertido en núcleo con el cambio de los tiempos, comprendiendo en él incluso el derecho a la protección de los datos personales y los derechos ejercitables de forma diversa ante el fenómeno del tratamiento de los datos.

III. VIDA PRIVADA Y TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES

La centralidad sistemática adquirida por el art. 8 CEDU en materia de derechos de la personalidad ha pasado, en la actividad de los jueces de Estrasburgo, por la jerarquización de los derechos establecida por la disposición. El derecho a la «vida privada» ha asumido, en fin, valor de categoría general. Por contra, los derechos relativos al respeto de la correspondencia y del domicilio, a menudo han sido tratados solo como expresiones parciales de aquel. Al mismo tiempo, el sentido de «vida privada» se ha ampliado y enriquecido hasta llegar a comprender sentidos que en nuestro ordenamiento son de difícil ubicación entre los derechos de la persona y de la personalidad.

De todo ello tiene clara consciencia el propio Tribunal de Estrasburgo cuando manifiesta que: «la noción de vida privada es una noción amplia, no susceptible de una definición exhaustiva. Comprende la integridad física y moral de la persona. Puede comprender incluso aspectos de la identidad física y social de un individuo. Elementos como, por ejemplo, la identificación sexual, el nombre, la tendencia sexual y la vida sexual se integran en la esfera personal del art. 8. Dicha disposición además tutela el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo externo. Aunque no haya sido verificado en ninguno de los casos anteriores que el art. 8 de la Convención implica un derecho a la autodeterminación en cuanto tal, el Tribunal observa

que la noción de autonomía personal refleja un principio importante sujeto a la interpretación del art. 8»⁽¹⁶⁾.

En la óptica de nuestra dogmática en materia de derechos de la personalidad, a la cual hemos hecho una breve referencia en el párrafo anterior, es evidente a lo que el Tribunal se refiere cuando trata de la «vida privada»: sintetiza en dicha expresión la evolución histórica de los derechos de la persona y de la personalidad, comprendiendo los denominados derechos de primera generación (piénsese en el nombre o en el domicilio); los de segunda generación (podemos recordar los derechos de participación y el derecho de realizarse en las relaciones humanas); y también los de tercera (en primer lugar, los que conciernen a la autodeterminación individual, como por ejemplo, la orientación sexual, etc.).

Según esto, y en leve disonancia con la reconstrucción teórica y jurisprudencial nacional del concepto, para el TEDH «vida privada» no es un simple sinónimo de privacidad o vida privada, incluso incluyendo y sobrentendiendo el sentido de «intimidad» de los intereses clasificables como típicos de la vida privada. La privacidad, la *privacy* (entendida en el significado originario de *right to be alone*), es solo uno de los aspectos de la «vida privada», la cual parece ser, en cambio, noción más cercana al sentido de «esfera de la persona humana»: ésta es susceptible de comprender todo lo que concierne al ser humano en su momento estático, dinámico y de autodeterminación, y que es susceptible de asumir relevancia jurídica.

A diferencia de lo que podría obtenerse de la simple lectura del texto de la Convención, por lo tanto, en la jurisprudencia del TEDH, la «vida privada» no es un derecho de la personalidad, sino la expresión jurídica que indica el complejo fenómeno de exteriorización de la personalidad de la

(16) Es lo manifestado por el Tribunal Europeo en la Sentencia *Prety contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002. Las sentencias de este tenor son numerosas. Sobre la noción de «vida privada» véase también la destacada Sentencia de 24 de junio de 2004 (caso *Von Hannover c. Alemania*), punto 50, donde los jueces recuerdan que «la noción de vida privada comprende elementos que se refieren a la identidad de un individuo, tales como el nombre o el derecho a la imagen. Por otro lado, la esfera de la vida privada, tal y como es concebida por el Tribunal, incluye la integridad física y moral de un individuo; la garantía ofrecida por el art. 8 de la Convención está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada uno en las relaciones con sus congéneres».

vida privada. Con ella se hace referencia a todo lo que se puede conectar a la dimensión (privada) del ser un individuo.

La Convención garantiza que todos aquellos aspectos privados de la persona no se vean sacrificados ilícitamente por actividades que puedan violarlos. Su objetivo, por lo tanto, es obstaculizar injerencias, invasiones y contaminaciones externas de todo lo que la persona tiene interés a mantener en la esfera íntima.

La tarea del TEDH y de la Convención no es, en cambio, regular directamente aquellas actividades humanas, ya sean actividades públicas, económicas, culturales, etc. La Convención, y con ella el TEDH, define los contornos de los derechos de la persona y de la personalidad y las condiciones para que las actividades humanas, cuando en un algún modo impliquen tales derechos, puedan ser lícitas. En otras palabras, ambos actúan sobre la teórica línea de «contacto» entre la actividad humana y el derecho a la persona integrantes de la categoría general de la «vida privada». A pesar de la amplitud y de la tendencial elasticidad del concepto de «vida privada», se mantiene firme, en efecto, el hecho de que, en el ámbito del sistema de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el plano sobre el que actúan la categoría de la «vida privada» y la correlativa garantía, siempre es el de los derechos de la persona y de la personalidad y no, por mencionar solo algún ejemplo, el del mercado o el de las obligaciones, o el de los consumidores o el de los bienes, o el de la organización empresarial, etc.

La aclaración parece obvia, pero es necesaria.

Si, en efecto, nos fijamos en la construcción del concepto de «vida privada» construido por el TEDH, podemos advertir cómo un mismo fenómeno concreto puede ser considerado y regulado positivamente, en el plano internacional y en el plano interno, según puntos de vista diferentes. En uno, el tema puede ser tratado en la materia propia de los derechos a la persona, mientras que en el otro ordenamiento puede ser abordado en otra materia como es, por ejemplo, la de la propiedad o los bienes.

Me parece que el ejemplo más evidente de ello, al menos en el Derecho italiano, viene dado por la regulación de las inmisiones.

Las emanaciones de humo, calor, ruidos o de otro género que provengan de un fundo vecino son consideradas específicamente en nuestro código

civil, como potenciales perturbaciones del derecho de propiedad. Su ubicación natural es la de la tutela de la propiedad, concepto, este último, que ya desde hace tiempo, en nuestro ordenamiento, ya no se halla vinculado a la esfera de los derechos a la persona, sino que tiene un valor conceptual autónomo y propio de corte claramente patrimonial, como categoría jurídica que preside la circulación y a la asignación de las riquezas. Las perturbaciones a tal derecho son molestias que se interponen en el goce del bien. Es para poner punto final a tales perturbaciones que el ordenamiento italiano disciplina la tutela prevista en el art. 844 CC, concediendo al propietario del fundo perturbado la posibilidad de ejercitar la acción negatoria para prohibir las inmisiones no tolerables¹⁷⁾. Es cierto que la aplicación de tal instrumento ha sido invocada, en Italia, también para la tutela de situaciones que no son reconducibles a las relaciones de vecindad y a la tutela de la propiedad, sino tan solo implicadas de forma ocasional en el mismo fenómeno (por ejemplo, el derecho a la salud o a un ambiente salubre). El art. 844 de nuestro Código Civil, en cambio, tiene un ámbito de aplicación preciso y limitado, especialmente en lo referente a los sujetos legitimados activos o pasivos de la acción. Estos últimos son, textualmente, los propietarios de los fundos (o, según la aplicación analógica de la norma que ha prevalecido en el ámbito jurisprudencial, también los sujetos que pueden jactarse de tener sobre el bien un derecho de goce «lesionado» por las inmisiones, como, por ejemplo, el arrendatario). Sin embargo, no se va más allá de estas aplicaciones analógicas. Todos aquellos que no tienen derechos particulares de goce sobre la finca perturbada (piénsese, por ejemplo, en el cónyuge del propietario o en los vecinos «ambientalistas» de la finca perturbada) y que, sin embargo, ven perjudicado un derecho propio (a la salud o al entorno), no pueden accionar la tutela del 844 CC, sino únicamente la ordinaria de resarcimiento prevista por los arts. 2043 CC y ss. (la cual, naturalmente, tiene sus propios presupuestos de aplicabilidad). La específica tutela contra las inmisiones viene detallada para regular un fenómeno diverso del «desarrollo» o de la «realización» de la personalidad

(17) Establece el artículo que «El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las emanaciones, los ruidos, las sacudidas y otras inmisiones derivadas del fundo del vecino, si no superan la tolerabilidad normal, teniendo en cuenta las condiciones de los lugares. En aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemporizar las exigencias de la producción con las facultades de la propiedad. Se pueden tomar en consideración las prioridades de un determinado uso.»

humana, esto es, las relaciones de vecindad; y por tal razón la acción no corresponde a todos, sino solo al propietario.

Según la jurisprudencia del TEDH, en cambio, la protección contra las inmisiones se integra en el ámbito de la protección de la vida privada, y por lo tanto, en general, de los derechos de la personalidad. El TEDH extrae esta garantía internacional de una noción amplia de domicilio: «el art. 8 de la Convención protege el derecho del individuo al respeto de la propia vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El domicilio es, por lo general, el lugar, el espacio físico determinado en que se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto del propio domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico, sino también al goce, en total tranquilidad, de tal espacio. Las violaciones del derecho al domicilio no alcanzan tan solo las violaciones materiales o corporales, como la entrada no autorizada en la vivienda de una persona, sino también las violaciones inmateriales o incorporales como los ruidos, las inmisiones, los olores u otras injerencias. Si las violaciones son graves pueden privar a una persona del derecho al respeto del domicilio, ya que les impiden su goce»⁽¹⁸⁾.

(18) Entre otras muchas, Sentencia *Giacomelli c. Italia*, de 2 de noviembre de 2006, punto 76. El TEDH basa el juicio sobre la admisibilidad de una actividad industrial productora de inmisiones en un fondo ajeno sobre el equilibrio entre «los intereses de la comunidad» y «el derecho del individuo al respeto del domicilio y de la vida privada». Tal equilibrio debe ser desarrollado por el Estado en sede de política legislativa o de autorización administrativa para el desarrollo de la actividad. El TEDH reconoce al Estado un margen de discrecionalidad en el desarrollo del equilibrio y en la elección de los medios para el mejor encaje de los intereses implicados (incluso en virtud de las previsiones del inciso 2 que admiten la posibilidad que, dentro de ciertos límites, los Estados puedan «invadir» la esfera privada». Esta, sin embargo, se reserva la función de comprobar tal equilibrio y, por tanto, de supervisar la actividad del Estado. El mismo fenómeno está regulado por el ordenamiento italiano al margen del tema de los derechos de la persona (y del derecho a la inviolabilidad del domicilio), de manera que el inciso 2 del art. 844 CC, al regular la licitud de las inmisiones intolerables, establece que «en la aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemporizar las exigencias de la producción con las facultades de la propiedad». La diversidad de los planos y de los objetos de regulación se refleja en la diversidad del equilibrio de los intereses implicados. En este caso, el equilibrio, función del juez nacional ante el cual se ha ejercido la acción ex art. 844 CC, no se da entre derechos del individuo en cuanto tal e intereses de la comunidad, sino entre derechos del propietario (entre la «propiedad») e intereses al desarrollo económico del área.

El caso de las inmisiones demuestra que un mismo fenómeno puede tomarse en consideración, unas veces como fenómeno económico, otras como un hecho capaz de incidir en el plano físico y moral de una persona. Si un determinado ordenamiento considera tal fenómeno como hecho económico, la regulación irá dirigida a disciplinar la actividad económica y la asignación de los recursos necesarios; si, en cambio, el ordenamiento considera el fenómeno desde el prisma de los derechos a la persona, la norma diseñará el perfil del derecho (y por lo tanto del interés) protegido y establecerá las condiciones y los límites para su sacrificio o para su satisfacción.

En otras palabras, el derecho objetivo siempre es una regulación de hechos y relaciones humanas, pero no siempre en la regulación de dichas relaciones y hechos el hombre se toma en consideración en cuanto tal. El hombre es con frecuencia considerado por el ordenamiento jurídico solo como «parte», elemento subjetivo de un fenómeno total más amplio. En estos casos, los objetos de la regulación no son el ser humano o los intereses ligados a su naturaleza, sino que el objeto es el hecho histórico en el que el sujeto es tomado en consideración no como ser humano, sino como intérprete de un «rol».

Pensemos en las relaciones obligatorias: en estos casos el hombre es tenido en cuenta como «parte» de la relación; al rol o papel de parte (acreedor o deudor) se vinculan específicos y particulares intereses que no pueden reducirse a los intereses ligados a la naturaleza humana. A la regulación del hecho obligatorio y a las posiciones que en ella asumen los sujetos, naturalmente, puede añadirse la de los derechos a la persona que, eventualmente, pueden resultar implicados en la relación. Sin embargo, incluso pudiendo cruzarse en una realidad concreta, el plano de los derechos a la persona y el de los derechos del deudor o del acreedor permanecen diferenciados. Y tal distinción también se refleja en la técnica, porque los derechos de la persona reciben una tutela de carácter absoluto; los de la parte de una relación obligatoria, una tutela de carácter relativo.

Del mismo modo, los derechos del propietario no son tales porque protejan al hombre en cuanto tal —en cuanto individuo y persona—, sino porque son reconocidos al hombre en cuanto titular de *aquel* bien según las reglas jurídicas relativas a la asignación de los recursos. Ello explica por qué, en nuestro ordenamiento, la tutela específica que dispensa el art. 844

CC contra las inmisiones se reconduzca no al ámbito de los derechos de la personalidad, sino al del derecho de propiedad y, por lo tanto, a las reglas que presiden la asignación y los fenómenos de pertenencia de las riquezas. Por el contrario, en la CEDU, el fenómeno de las inmisiones se toma en consideración en el ámbito de la tutela de la «vida privada» porque es susceptible de incidir en el estado físico y psicológico del hombre-individuo.

Una vez adquirida esta consciencia, y aclarada la siempre mayor incidencia de las definiciones y las reglas del TEDH sobre nuestro ordenamiento, se llega a la conclusión de que en la comparación entre Derecho privado nacional y jurisprudencia sobre la CEDU, hace falta evitar automatismos en la transposición de definiciones y pronunciamientos y, por lo tanto, evitar superposiciones de planos diferentes en la regulación de un mismo fenómeno.

Ello es válido tanto cuando se investiga en la jurisprudencia internacional la definición o la extensión de conceptos que en nuestro ordenamiento puedan tener otro alcance (por ejemplo el concepto de domicilio elaborado por la jurisprudencia internacional es más amplio que el de nuestra tradición civilística); o sea cuando, en ámbito internacional, se valora el fenómeno para averiguar si el estado ofrece garantías idóneas para la protección de los derechos implicados en él o no. Podemos poner el ejemplo del cónyuge del propietario de la finca perturbada. En caso de que este actúa ex art. 844 CC para obtener la tutela de su propio derecho a la salud lesionado por inmisiones provenientes de la finca vecina a la de su cónyuge, el juez italiano negaría la acción negatoria. Recurriendo ante el TEDH contra la «falta de garantía» del propio derecho a la «vida privada» contra las inmisiones, no obstante, no obtendría la razón. En efecto, el Tribunal, incluso habiendo sido requerida para valorar una situación de inmisiones lesivas, no declararía *tout court* la violación, en tales hipótesis, de la obligación positiva del Estado de adoptar medidas idóneas de protección de la vida privada del recurrente.

El incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones positivas que se derivan de la adhesión a la Convención, no ha de ser solo valorado en relación a la disciplina interna que *específicamente* y a *propósito* el Estado dedica a un fenómeno dado (potencialmente causa de lesiones de los derechos de la persona como, por ejemplo, el fenómeno de las inmisiones), sino que debe ser valorado a la luz del sistema completo de protección que

ofrece el ordenamiento. El hecho de que las medidas de protección que el Estado ha de predisponer no tengan, necesariamente, que corresponder o agotarse en aquellas previsiones establecidas por el ordenamiento como tutela específica de un fenómeno concreto, deriva precisamente de la consideración que tal regulación interna específica puede dirigirse a regular aspectos diversos del hecho y no directamente vinculables a la tutela de los derechos de la personalidad. Así, en el caso de las inmisiones, el derecho a la salud encuentra protección contra ellas no en la «sede» específica en que nuestro legislador regula las emanaciones nocivas, sino en sede de la garantía general contra los actos ilícitos (arts. 2043 CC y 700 C.p.c.)⁽¹⁹⁾. El TEDH no debería, por lo tanto, inclinarse por la falta de protección ante las agresiones a la vida privada en el caso de las inmisiones, sino proceder a valorar si la protección general ofrecida es suficiente y conforme a las exigencias del art. 8 incisos 1 y 2, en materia de vida privada.

Las reflexiones que hemos realizado son válidas también en materia de privacidad, sobre todo en conexión con la temática de los datos personales. En estos casos, la circunstancia de que el mismo fenómeno (es decir, el tratamiento de los datos) puede presentar dos exigencias diversas de regulación (por un lado la regulación de la actividad, también económica, del tratamiento y por el otro la tutela de la persona) no es tenida siempre en consideración adecuada en las discusiones sobre la materia.

En la utilización del dato personal y en su circulación, es necesario proteger al individuo titular del dato de lesiones a su propia personalidad. Sin embargo, el fenómeno en cuestión puede ser observado y también regulado desde otro punto de vista, si únicamente se considera que el dato personal circula y tiene un valor para quien lo cede y para quien lo recibe. Es cierto que el tratamiento, por la peculiaridad de su objeto, comporta la implicación de aspectos de la persona. Esta consideración, que es incluso

(19) El art. 2043 CC. establece «cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona un daño injusto a un tercero, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño»; el art. 700 *Codice di procedura civile* dispone que «fuera de los casos regulados en las secciones precedentes de este capítulo, quien tiene un motivo fundado de temer que durante el tiempo que transcurra para hacer valer su derecho en vía ordinaria, este está amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar con recurso al juez la adopción de medidas de urgencia que parezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión judicial».

la clave de lectura predilecta de los estudios en tema de datos personales, no agota, con todo, la comprensión jurídica del fenómeno ni satisface todas las exigencias de regulación que tal fenómeno presenta. En suma, el hecho de que la actividad del tratamiento de los datos personales tenga que producirse en el respeto de los derechos de la personalidad no excluye que el tratamiento deba recibir una regulación en tanto que actividad, en primer lugar económica, y también como actividad potencialmente peligrosa para la personalidad⁽²⁰⁾.

En la misma Ley sobre la privacidad se pueden diferenciar los dos momentos. Ya el art. 1 de la Ley 675/1996 estableció que «el tratamiento de los datos personales se desarrolla en el respeto de los derechos, de las libertades fundamentales, además de de la dignidad de las personas físicas, con particular referencia a la privacidad y a la identidad personal»⁽²¹⁾. Así una sensible doctrina italiana, ha destacado que tal disposición «fa dove poneva i diritti della persona accanto al trattamento dei dati personali che, appunto, doveva svolgersi nel rispetto dei primi, non si risolveva a ben vedere in un'endiadi né poteva leggersi come solo tautologica, mentre valeva, ed in sostanza vale tuttora, ad indicare due itinerari paralleli, segnati entrambi dal rilievo che la persona assume sul piano giuridico quando (...) è assunta ad oggetto del diritto»⁽²²⁾.

(20) Igual que el fenómeno de las Inmisiones, también el tratamiento de los datos personales puede tomarse en consideración desde dos puntos de vista: como actividad organizada y fenómeno de circulación de los bienes; o como fenómeno potencialmente susceptible de lesionar la esfera personal e íntima del hombre en sus diversos aspectos, como, por ejemplo, el derecho a la identidad personal; el derecho a la autodeterminación; el derecho al secreto o privacidad de los momentos de la vida no ligados al «papel» que algunas veces un sujeto desempeña en las relaciones jurídicas.

(21) Cfr. lo que indica CURRARO, V., *Il principio di protezione dei dati*, en V. CURRARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2007, pág. 6: «Sembra infatti di poter osservare che, al di là del ricorso al termine "privacy" sovente usato come eponimo della disciplina, per effetto della legge n. 675 acquistava rilievo un'attività, individuata dall'espressione normativa "trattamento dei dati personali"; sino ad allora sostanzialmente ignota all'attenzione del legislatore e, in quanto tale, giuridicamente irrilevante se non nella misura in cui i singoli comportamenti che ex post appaiono ora alla stessa riconducibili, avessero potuto essere considerati nella diversità e sino ad allora sconosciuta prospettiva del pregiudizio arrecato ai diritti della personalità».

(22) Nuevamente CURRARO, V., *Il principio di protezione dei dati*, in CURRARO, V., D'ORAZIO, R., RICCIUTO V. (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, cit., pág. 6.

Actualmente, el Decreto Legislativo 196/2003 (Código del tratamiento de los datos personales), se abre con una disposición diferente. El art. 1 sanciona el derecho a la protección de los datos personales, disponiendo que «Todos tienen derecho a la protección de los datos personales que lo concierne». Ello no obstante, frente a un texto normativo sustancialmente inalterado con relación al precedente, se ha sostenido que tal «derecho a la protección de los datos personales» no constituye, en realidad, un nuevo derecho de la personalidad, una situación subjetiva definida de carácter absoluto. Es un principio que gobierna la regulación de la actividad de tratamiento de los datos y que, por lo tanto, aglutina todas las pretensiones del interesado a que tal actividad sea desarrollada según la regla de la co-rección. Tales pretensiones no pueden sino tener la naturaleza de derechos relativos. La máxima aproximación a la protección según el modelo propietario, típica de los derechos de la personalidad de primera generación no es factible en la sociedad actual, en la que resulta impensable impedir la actividad de tratamiento de los datos personales y excluir, por lo tanto, a «los otros» del conocimiento y del empleo de datos e informaciones que nos conciernen.

La verdadera protección viene dada por el poder de control sobre el tratamiento y sobre el empleo de tales datos e informaciones, mediante la posibilidad de conseguir algunos comportamientos del titular del trato. Como se ha dicho «secondo questa ricostruzione, i diritti in questione corrispondono a specifici strumenti di tutela che il legislatore ha ritagliato ad hoc in favore dell'interessato, per garantire una protezione effettiva delle situazioni giuridiche soggettive esposte a pregiudizio a fronte dell'attività di trattamento dei dati personali»⁽²³⁾.

El tratamiento de los datos se entiende y, por lo tanto, es regulado en nuestra legislación como un hecho susceptible de lesionar derechos de la personalidad pero, sobre todo, como actividad de intercambio, conservación, concentración y enlace, etc., de datos. Esto último es el auténtico espíritu de la normativa que, nace, no al azar, en el ámbito de la Unión Europea, y por tanto, de una institución que originariamente tiene la tarea

(23) NAVA, A., *I diritti dell'interessato*, in CURRARO, V., D'ORAZIO, R., RICCIUTO V. (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, cit., págs. 65 e 66.

de regular de manera uniforme los mercados y, en general, los fenómenos económicos²⁴⁾.

En consecuencia, en el primer caso, la Ley considera al hombre como un individuo, como punto de referencia de los derechos de la persona, del derecho a la privacidad y, en general, de valores e intereses susceptibles de *limitar y condicionar* el ejercicio de la susodicha actividad de tratamiento. En el segundo caso, el hombre es tomado en consideración no en cuanto tal, sino como sujeto agente-económico, por lo tanto como sujeto susceptible de disponer de datos, de organizarlos, de impulsar la actividad de tratamiento, de controlar y pretender del titular del tratamiento que su utilización se desarrolle según la corrección, etc.

Por estas razones, la regulación positiva del tratamiento de los datos personales aproxima el tema de los derechos absolutos, como los de la personalidad, al tema de los derechos relativos que implican el fenómeno de la circulación y la organización de esa particular forma de riqueza representada por las informaciones sobre un individuo.

La propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 distingue la privacidad del tratamiento de los datos, regulando la primera en el art. 7 y el segundo en el art. 8.

Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo se ocupa, en sus sentencias, del tratamiento de los datos personales en relación al hecho de ser una actividad con un objeto peculiar, susceptible de «interferir» en la consistencia y en la realización de la «dimensión privada» del individuo. Se mantiene extraña a ella la perspectiva del tratamiento entendido como actividad de empresa, más que como fenómeno, incluso negocial, que tiene por objeto la utilización del «bien» dato personal.

(24) «Eaminandone le previsioni, doveva infatti constatarsi la presenza di una griglia di norme relative a diversi ma concorrenti aspetti della disciplina legale dell'attività di trattamento, che di certo non consentivano di accreditare un'idea di privacy in termini di esclusiva area di esclusiva, della quale il soggetto potesse pretendere la tutela. Al contrario, il complesso di tali disposizioni valeva a delineare un modello che trovava come schema di riferimento quello del rapporto obbligatorio (...): CURRARO, V., *Il principio di protezione dei dati*, en CURRARO, V., D'ORAZIO, R., RACCOURT, V. (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, cit., pág. 6, a propósito de la Ley 675/1996.

El TEDH comenzó a ocuparse de tratamiento de los datos personales, en general, de la circulación de las informaciones relativas a un individuo, ya hacia finales de los años 70, y lo ha hecho no con respecto a la regulación de la actividad —de tratamiento— o del mercado de los datos personales, sino con respecto a la tutela de los derechos de la personalidad (primeros, entre todos, los que se amparan en la garantía del respeto de la vida privada) afectados por tales actividades.

El derecho a la «vida privada», en realidad, no es el único derecho de la Convención cuya pretendida violación ha ocasionado pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en materia de límites del tratamiento de los datos personales. Los derechos de la personalidad que también se han tomado en consideración han sido otros, como por ejemplo el de la libre manifestación del pensamiento y las creencias religiosas, si bien la «vida privada» continúa siendo el principal punto de referencia de los pronunciamientos en materia de tratamiento de datos personales. Todo ello es la ulterior demostración de cómo el fenómeno del tratamiento de los datos personales no es considerado por la jurisprudencia de Estrasburgo como un objeto específico objeto de su competencia (general), sino que se sujeta a su juicio solo en cuanto fenómeno que, de varias maneras, implica e incide sobre los derechos de la personalidad. En otras palabras, el tratamiento que ha ocasionado la lesión del derecho no está sujeto a revisión por el TEDH si no en los límites en que ello comporta una injustificable reducción de los derechos humanos.

Merece la pena recordar ahora el recurso de un ciudadano italiano ante el Tribunal de Estrasburgo que, con ocasión de la confección de su declaración de la renta, decidió destinar el ocho por mil del importe devengado como impuesto, al Estado²⁵⁾. El ordenamiento italiano, en efecto, en el momento de presentar la declaración de la renta, concede al ciudadano la posibilidad de destinar un pequeño porcentaje del impuesto a una confesión religiosa o al Estado, y prevé un mecanismo de redistribución de parte de la renta fiscal entre las confesiones religiosas y el Estado en los casos en que los ciudadanos no hayan efectuado elección alguna. El recurrente denunció ante los Jueces de Estrasburgo que semejante sistema (que se basaba en la «recogida» de declaraciones susceptibles de sugerir las creencias reli-

25) Prov. de 29 de marzo de 2007, causa Stampinato contra Italia.

gias del ciudadano) violaba, además, el art. 9 de la Convención con base en el «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; tal derecho incluye la libertad de cambiar religión o credo, así como la libertad de manifestar la propia religión o el propio credo individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los rituales (...)».

El Gobierno italiano opinó, en cambio, que la queja del recurrente tenía por objeto, en realidad, no el derecho a libertad religiosa sino la actividad de imposición fiscal sobre las rentas como tal, el método de cobro de tal impuesto y el destino de una parte de los fondos recogidos, materia sobre la que la Convención y sus Protocolos no se pronuncian y, por lo tanto, el TEDH no resultaba competente. Pero dicha excepción, que no acogía la distinción de los dos planos (regulación del derecho de la personalidad y regulación de la actividad lesiva) fue rechazada por el TEDH que advirtió que la demanda del recurrente «añade a la presunta obligación (...) de manifestar sus convicciones en materia religiosa en el momento de efectuar la declaración de la renta, y no al impuesto sobre la renta como tal o a la modalidad de funcionamiento y de utilización de dicho impuesto». En definitiva, la actividad completa de imposición fiscal, a pesar de no ser objeto de la competencia del TEDH, puede ser conocida por este y revisada cuando en un aspecto concreto se regula de manera que pueda lesionar derechos tutelados por la Convención, como lo es el de la libre manifestación de las creencias religiosas y de la vida privada. Así, los Jueces de Estrasburgo pueden incluso pronunciarse sobre casos en materia fiscal, a pesar de no tener competencia en tal sector, en cuanto dichos casos tengan implicaciones relevantes en el plano de los derechos de la personalidad.

Asimismo, debemos concluir que, en lo que se refiere a sus pronunciamientos que, de manera todavía más directa, deciden en materia de tratamiento de los datos personales. El TEDH no es competente para conocer de la actividad económica del tratamiento de los datos, ni de la regulación del mercado que genera, salvo en aquellos aspectos en que se produzca una intersección con las cuestiones relativas a los derechos de la personalidad: existe un área de la regulación del tratamiento de datos que no se integra en el interés de la jurisprudencia internacional (piénsese, por ejemplo, en la cuestión relativa a la posibilidad de concebir formas de «alquiler» del dato personal).

Del mismo modo que no todos los aspectos de la regulación del fenómeno de los datos personales son competencia del TEDH, sus valoraciones en cuanto a la adecuada protección de la vida privada no se limitan tan solo a las garantías previstas por el Estado con ocasión de la regulación de la actividad de tratamiento, sino que se extienden también a otros instrumentos de tutela que, en la medida en que no han sido diseñados específicamente para garantizar los derechos de la personalidad en caso de tratamiento de los datos personales, se revelan, no obstante, adecuados para salvaguardarlos. Esto confirma aún más que la regulación de la actividad no coincide con la del derecho de la personalidad y sus garantías, pero que convive y se entrecruza con él.

Ello, finalmente a reserva de la ulterior confirmación del hecho de que la disciplina de la actividad no coincide con la del derecho a la personalidad y sus garantías, sino que como mucho se entrelaza y coexiste con ella.

Según un esquema ya recurrente, las sentencias del TEDH verifican, en primer lugar, si la utilización de los datos o de las informaciones sobre un individuo que se impugna, es calificable como «interferencia», esto es, susceptible de hacer peligrar el ejercicio de derechos y libertades reconducibles a la dimensión individual del sujeto.

Resuelta positivamente esta pregunta, el TEDH pasa a valorar la legitimidad o no de tal interferencia, a la luz del art. 8 inciso 2 de la Convención. Este juicio siempre tiene por objeto una actividad pública porque, con base en el art. 8 inciso 2, es frente al Estado que la vida privada de las personas se halla tutelada por la Convención. Eso no implica, en cambio, que la relación que ha generado la injerencia se establezca necesariamente entre un sujeto público y otro privado. La actividad objeto de control podría ser, ya la actividad pública de tratamiento de los datos, ya la actividad legislativa estatal que se refiere a las hipótesis en las cuales tal tratamiento sea desahollado por particulares. Precisamente en este último caso, el objeto de la valoración de los Jueces de Estrasburgo es, en sentido estricto, la legislación interna de Derecho privado⁽²⁶⁾. En este sentido, el Estado podría ser con-

(26) Véase, entre los muchos ejemplos posibles, lo que se afirma por el TEDH en el caso *Stubbings y otros contra Reino Unido*, Sentencia de 22 de octubre de 1996: «a pesar de que el art. 8 tiene como finalidad esencial de proteger al individuo de injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a imponer a los Estados de abstenerse de tales injerencias; a dicha obligación de abstención pueden añadirse obligaciones positivas inherentes».

denado porque ha regulado positivamente las relaciones privadas de forma contraria al principio de garantía de la vida privada, o bien porque no ha adoptado las garantías suficientes para evitar —incluso en las relaciones entre particulares— que el tratamiento llegase a lesionar los derechos de la persona y, por lo tanto, a interferir en su vida privada.

Por otra parte, como ya hemos dicho, las garantías de respeto del derecho a la privacidad y el correcto tratamiento de los datos requeridos por el TEDH no son necesariamente los que prevé específicamente la regulación de la actividad de tratamiento de los datos personales, sino que también pueden encontrarse en otros sectores del ordenamiento.

A propósito de esto, podemos recordar el caso de una maestra sueca, que a causa de los frecuentes dolores a la espalda consecuencia de una lesión sufrida en el trabajo durante su embarazo, se le asignó una pensión de invalidez. La mujer descubrió que la Caja de la Seguridad Social tenía a su disposición una serie de informaciones sanitarias confidenciales que la concernían, sin que ella estuviera al corriente de ello, procedentes del servicio de ginecología en el que se visitaba durante el embarazo, del cual formaba parte el médico que la había visitado con ocasión de la caída de la que se derivó la lesión¹⁷⁷. Analizando el supuesto, el TEDH concluyó que tal intercambio de informaciones sin el consentimiento de la persona interesada constituyó una «injerencia» en la vida privada admisible únicamente

rentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. Pueden comportar la adopción de medidas dirigidas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en las relaciones interpersonales. Existen diversas vías para asegurar el respeto de la vida privada y la naturaleza de la obligación del Estado dependen del aspecto de la vida privada puesto en conflicto. Se consigue que la elección de medidas idóneas para garantizar el respeto de dicha obligación positiva se integre, en línea de principio, en el poder discrecional de los Estados contratantes.

(27) El TEDH, al que la mujer se dirigió, reconoció que «la protección de los datos de carácter personal, y en particular los datos sanitarios, reviste una importancia fundamental para el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 de la Convención. El respeto del carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las partes contratantes de la Convención. Es fundamental no solo para proteger la vida privada de los enfermos, sino también para preservar su confianza en los médicos (...). La legislación interna debe prestar las garantías apropiadas para impedir cualquier comunicación o divulgación de los datos de carácter personal relativos a la salud que no sea conforme con las garantías previstas por el art. 8 de la Convención».

se respondía a intereses de carácter público y era asistida por las medidas idóneas para garantizar que la injerencia no suponría un sacrificio más allá de los límites permitidos por el derecho a la vida privada.

En lo referente al aspecto de la correspondencia al interés público, los jueces concluyeron que tal injerencia, prevista por la Ley, era justificable porque respondía a una «necesidad legítima» de la Caja de la Seguridad Social, concretamente la de verificar las informaciones obtenidas en aquel momento y confrontarlas con las que se encontraban en poder del servicio sanitario, de conformidad con la exigencia del bienestar económico del país y, por lo tanto, de una racional y cautelosa distribución de las prestaciones sociales. Para el TEDH, en efecto, «la legislación sueca establece como condición para la comunicación de los datos en cuestión, el hecho de que la Caja haya formulado una demanda y que las informaciones sean pertinentes a los objetivos de la aplicación de la Ley sobre el seguro de la invalidez profesional». Y es precisamente esta última consideración la que llevó a los Jueces de Estrasburgo a considerar que en el sistema sueco existían las garantías idóneas del derecho a la vida privada ante semejante y justificable injerencia. «El personal del servicio de ginecología», dice el Tribunal, «habría podido incurrir en responsabilidades civiles y/o penales si no hubiera respetado los presupuestos exigidos por la Ley para la comunicación de datos sanitarios sin el consentimiento del interesado. Por su parte, en su calidad de destinataria de las informaciones, la Caja tenía una análoga obligación de respetar su privacidad, además de las reglas y garantías análogas a las que tuvo que respetar el servicio de ginecología».

La comunicación de los datos personales impugnada por la mujer, pues, se consideró asistida de «límites importantes» y «acompañada por garantías efectivas y suficientes contra los abusos». Sin embargo, mientras los límites se encontraron en la normativa específica reguladora de la actividad impugnada (la comunicación de las informaciones), las garantías contra el abuso se localizaron en la regulación general de la responsabilidad civil y penal. El TEDH consideró que dichas normativas eran de por sí suficientes para evitar abusos en el recurso al intercambio de informaciones y que, por tanto, al Estado no se le debía exigir la adopción de ulteriores formas específicas de tutela del derecho¹⁷⁸.

(28) M.S. c. Suecia, Sentencia de 27 de agosto de 1997.

Al juzgar la idoneidad de las garantías del derecho a la vida privada frente a cualquier actividad que pueda ser calificada como tratamiento de los datos personales, el Tribunal no se limita a valorar la normativa específica relativa a la actividad de tratamiento de los datos (en el caso italiano, la Ley 196/2003). En definitiva, no se ha dicho que, en materia de circulación de datos personales, la garantía idónea de los derechos de la persona sea necesariamente la contenida en la normativa relativa a la actividad de tratamiento de los datos; esta podría encontrarse en otros sectores, además del de la responsabilidad civil ordinaria o de la tutela codificada de los derechos de la personalidad.

En realidad, el TEDH ha aplicado precisamente este principio para decidir sobre el recurso de un ciudadano italiano que recibió *e-mails* de carácter obsceno procedentes de desconocidos y sostenía no haber recibido en el ámbito interno, una tutela adecuada de su derecho a la vida privada.

El recurrente se dirigió tanto al Juez penal como al Garante de la privacidad, sin recibir satisfacción ni del uno ni del otro. El Garante, en particular, no pudo ofrecer la tutela adecuada porque la Ley sobre la vida privada, 675/1996, no resultaba aplicable dado que el envío de los *e-mails* no incidía en el tratamiento ilícito de los datos personales del recurrente, dado también que no había sido posible identificar al remitente de los mensajes controvertidos, en cuanto este había ocultado su dirección de correo electrónico⁽²⁹⁾.

Según el art. 130 del Decreto Legislativo 196/2003, el envío de material publicitario mediante correo electrónico o de mensajes del tipo «MMS» y «SMS» está permitido previo consentimiento del interesado; en caso de violación reiterada de dicha disposición, el Garante puede imponer a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la adopción de procesos de filtrado. Es precisamente la adopción de tales medidas lo que, desde la óptica de los Jueces de Estrasburgo, representa la mejor solución técnica para la protección de la vida privada contra el *spam*. Adoptando, como ha hecho, acuerdos y normativas para promover procesos de filtrado, el Estado ha dado cumplimiento a sus eventuales obligaciones derivadas del art. 8 de la Convención, y por estas razones el TEDH no ha considerado

(29) Prov. 13/1/2007, *Muscio contra Italia*.

necesario exigir la realización de otro tipo de actuaciones. La protección ofrecida por las obligaciones de filtrado impuestas a los proveedores no es la única ni arranca, a los fines de la valoración de su idoneidad para garantizar el derecho a la privacidad, del completo sistema de tutela ofrecido por el ordenamiento jurídico a los derechos de la persona. En particular, se aproxima a las garantías ofrecidas en materia de responsabilidad civil. El sujeto que se considera dañado tiene la carga de iniciar las acciones de responsabilidad si los procesos de filtrado, en abstracto idóneos para garantizar el derecho, no han sido eficientes. «El Tribunal recuerda que los operadores de la red informática actúan en el ámbito de acuerdos con las autoridades estatales y bajo la vigilancia de estas últimas. Por tanto, si el recurrente considerara que un error debido a una falta de vigilancia y/o por la falta de instalación de sistemas eficaces de protección contra los envíos de mensajes de correo electrónico no solicitados, pudiera ser imputado al Estado o al proveedor al cual estaba abonado, habría podido iniciar ante la jurisdicción civil una acción para el resarcimiento del daño. Del relato no resulta, no obstante, que el recurrente iniciase tal vía, que hubiera podido suponer el reconocimiento de una compensación económica en caso de imposibilidad de identificar al remitente de los mensajes de correo electrónico controvertidos».

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO COMO FUENTE DEL DERECHO PRIVADO ITALIANO

El sistema que acabamos de describir es el de una jurisprudencia internacional con posibilidades, ante todo, de incidir políticamente en la elección de las normas del Estado en relación a la regulación de fenómenos con implicación en la esfera privada del individuo. Las condenas del TEDH con respecto al Estado considerado incumplidor de las tareas asumidas con la suscripción de la Convención, representan un condicionamiento de su elección normativa. Del mismo modo, las referencias a las sentencias del TEDH realizadas por los Jueces nacionales se hacen para adecuar la interpretación de las disposiciones de derecho interno a la percepción internacional de los valores del ser humano, si bien a menudo tienen el valor de mera cláusula de estilo con las que el Juez nacional «refuerza» su decisión haciendo referencia al parámetro normativo internacional próximo al de carácter interno (normalmente, el art. 2 de la Constitución).

Con el nuevo texto del art. 117 Const. y con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado al papel del TEDH, en cambio, los pronunciamientos de este último no son solo condicionamientos indirectos a la elección de las normas estatales, sino verdaderos parámetros de consuetudinalidad de las mismas. Dado que a su vez son conformes con la Constitución italiana, las sentencias del TEDH pueden provocar la anulación o la «reescritura» de cualquier regulación, incluso privada, de fenómenos susceptibles de afectar en grado diverso a los derechos del hombre y, en lo que ahora nos interesa, al derecho a la privacidad y a la vida privada.

En el año 2008 hemos experimentado esta nueva, significativa e incisiva tendencia.

El Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 39 de 2008) ha declarado la ilegitimidad de los arts. 50 y 142 de la Ley Concursal en el texto anterior a la reforma del 2006 (Regio Decreto 267/1942) en la parte en la que establecen que las incapacidades personales del concursado derivadas de la declaración de concurso persisten más allá de la finalización del procedimiento concursal», en cuanto violan «las disposiciones del art. 8 de la Convención europea (...) según tiene declarado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en numerosas decisiones».

Los precedentes jurisprudenciales de la sentencia en cuestión son una serie de decisiones en las que el TEDH ha reconocido que la inscripción automática en el registro de concursados, más allá de límites de tiempo justificables, es una forma de «injerencia» en la vida privada no justificable según la Convención, porque viola el derecho al desarrollo de la persona, impidiéndole «realizarse» en el trabajo y en las profesiones.

Esta incisiva influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el Derecho nacional podría desarrollarse ulteriormente con el cumplimiento de lo que suele denominar proceso de «comunitarización de los principios TEDH». Como consecuencia del Tratado de Maastricht y, sobre todo, del de Ámsterdam, el Derecho de la Unión Europea ha reconocido la vigencia de los principios contenidos en la Convención Europea de los Derechos del Hombre (que, hasta hoy al menos, no forma parte del ordenamiento de la Unión). El art. 6 del Tratado de Maastricht modificado por el de Ámsterdam, en el inciso 2 hace referencia al TEDH, previendo que «la Unión respeta los derechos fundamentales que están garantizados por la Convención Eu-

ropea para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales».

También en el Derecho de la Unión, dichas normas mantienen, sin embargo y a pesar de estar referidas en el Tratado, mero efecto programático, siendo necesario para ser positivamente operativas, su concreción en actos normativos comunitarios.

El Tratado de Lisboa prevé, en cambio, una incidencia más intensa del Derecho de la Convención: con base en el art. 6, en efecto, no solo la Unión Europea podrá incorporar la Convención, sino que «los derechos fundamentales, garantizados por la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión en cuanto principios generales». En definitiva, desaparecerá la contraposición entre los dos ordenamientos (Convención y Derecho de la Unión) y el derecho a la privacidad se convertirá en derecho y principio general impuesto por el Tratado de la Unión Europea. La naturaleza de derecho subjetivo prevista por las fuentes comunitarias tenderá ulterior consecuencia sobre la modalidad de aplicación de la norma que lo reconoce y protege. Como se recordará, a partir de los años sesenta del siglo pasado el TEDH ha elaborado la teoría del llamado «efecto directo» del Derecho comunitario. En base a ello, las normas de la Unión que regulan de manera suficientemente precisa los derechos subjetivos, atribuyen de forma inmediata tales derechos también en el Derecho interno, prescindiendo del tipo de fuente comunitaria que los regule. La consecuencia sería, por lo tanto, que el art. 6 podría convertirse en fuente directa de derecho a la privacidad, susceptible de crear directa y útilmente derechos y obligaciones para los particulares, sin pasar por ulteriores procedimientos legislativos estatales o comunitarios. Eso comportaría para el individuo la posibilidad de hacer valer la posición jurídica subjetiva prevista en la Convención, contra el Estado miembro, directamente ante el juez nacional.

El presupuesto para la operatividad de tal mecanismo es la precisión de los límites del derecho subjetivo de que se trate. Hemos tenido ocasión de ver, no obstante, como el de privacidad no tenía tal cualidad, y se ha llenado de significado por la actividad interpretativa del Tribunal de Estrasburgo. Por otra parte, este último no se ha limitado nunca a desarrollar el papel de

intérprete, sino que ha «creado» y ampliado el Derecho de la Convención, así que podría afirmarse la idea de que la referencia a los «los derechos fundamentales, garantizados por la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales» realizada por el art. 6, se extiende también a los derechos dibujados por el Tribunal Europeo. Si eso ocurriese, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se convertirían en fuentes (también) del Derecho europeo.

Permanece el hecho de que, según la tendencia iniciada con las sentencias de que hemos hablado al principio, las mismas son ya hoy susceptibles de prevalecer sobre las leyes nacionales y son, por lo tanto, consideradas como fuentes del derecho y, en lo que ahora interesa, del Derecho privado.

La constatación conclusiva de semejante panorama es, entonces, que en el Derecho privado, incluso en sectores como el de la privacidad y de los derechos de la persona y de la personalidad, en los que parecía que el Estado no había abdicado su propia soberanía a favor de instituciones supranacionales (como había ocurrido con las instituciones de la Comunidad Europea para la regulación de las relaciones económicas y comerciales), se asiste al nacimiento de nuevas fuentes del derecho. Algunas de ellas provienen de órganos jurisdiccionales como el Tribunal Europeo. En cuanto este adopte actitudes políticas mayores con respecto a los órganos de nuestro aparato judicial, tales instituciones no son cómodamente situables en una de las tradicionales instituciones democráticas propias de la teoría de la separación de poderes elaborada por Montesquieu. Si nos fijamos en la fase actual del derecho podemos constatar, en cambio, que es ya una evidencia que la disciplina de las relaciones —también entre particulares— nace cada vez con mayor frecuencia fuera del esquema de la separación de poderes. En el caso de las relaciones económicas ya es muy frecuente que una misma institución sea, al mismo tiempo regulador y juez de los mismos; ni el sistema de fuentes se corresponde con aquel, riguroso y ordenado, conocido hasta hace tan solo diez años.

En conclusión, en materia de tratamiento de los datos personales y de los límites que el mismo encuentra por ser susceptible de lesionar derechos de la persona, el ordenamiento italiano asigna hoy a los pronunciamientos del TEDH la categoría de fuente del derecho superior a las leyes. En dichos actos, sin embargo, encontraremos no tanto la regulación de la actividad

del tratamiento, cuanto el de sus límites. El diverso objeto de regulación y la distinta concepción del fenómeno del tratamiento de datos personales en Italia que tienen la Convención y el Código, no permiten que sean completamente aproximables e intercambiables nociones y conceptos. El concepto de «protección» de los datos personales parece coincidir, en las sentencias de la TEDH que se refieren a ello, con el de «privacidad» del dato y, por tanto, con el «derecho a la privacidad» en general. Hemos visto cómo, en cambio, la «protección» del dato personal es para nuestra Ley un principio de síntesis de las reglas que gobiernan la circulación y el tratamiento de los datos¹⁰⁰.

(100) También ante la nueva disposición del art. 1 del Decreto Legislativo 196/2003 el intérprete debe constatar que el término "protezione" non può essere inteso quale indice di appartenenza esclusiva, mentre esprime sinteticamente la situazione giuridica del soggetto rispetto ai dati che lo riguardano. Nel momento in cui si constata che tale situazione non si colloca all'interno di un modello segnato dal divieto del trattamento ma si riassume nella pretesa a che lo stesso si svolga correttamente, nel rispetto, cioè di quelle coordinate precepite che valgono a mettere a fuoco nel settore specifico la clausola generale di correttezza, deve allora convenirsi che la norma dell'art. 1 ha innanzitutto un ruolo appunto di principio giacché esprime, con formula pregnante, la ratio complessiva della legge e, ora, del Codice». CUTRARO, V., Il principio di protezione dei dati, en CUTRARO, V., D'ORAZIO, R., RICCAUTO V. (a cura di), Il Codice del trattamento dei dati personali, cit., pág. 11.