

AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, EL EUROPEÍSMO ESPAÑOL *vs* EL NACIONALISMO ITALIANO: CONSIDERACIONES ACERCA DE UN PRINCIPIO GENERAL Y DERECHO FUNDAMENTAL

GIULIO ADINOLFI

I.1. UNA FORMA DE ACERCARSE A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO.—I.2. EL PRINCIPIO DE AUTO-DETERMINACIÓN INFORMATIVA. ELEMENTOS PARA UN ORIGEN.—I.3. CATEGORÍAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DE LAS TUTELAS DE LA INFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO.—II.1. UN INTENTO DE COMPARACIÓN: EL DERECHO ESPAÑOL...—II.2. ... Y EL DERECHO ITALIANO.—III. *AEQUAT QUADRATA ROTUNDIS*: ELEMENTOS PARA UNA CONCLUSIÓN.

I.1. UNA FORMA DE ACERCARSE A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO

Para enfrentarse al tema, objeto de este trabajo, es necesario exponer algunos elementos acerca de los principios del derecho. En 1983 un conocido estudio italiano escribió: «*los principios generales no constituyen una categoría simple y unitaria: al contrario, con esta expresión nos referimos a menudo a algo que es bastante diferente el uno con el otro, aunque no siempre nos damos cuenta*» (1).

En la doctrina actual y contemporánea esta consideración es particularmente aceptada. Actualmente según los postulados de la filosofía analítica se han elaborado seis categorías en el que se puede hablar de principios generales: 1) principios que son tales porque son normas o disposiciones dotadas de un alto grado de generalidad; 2) principios que son tales porque reflejan normas o disposiciones vagas en su contenido y en su aplicación; 3) principios que son tales porque son normas de contenido programático; 4) principios que son tales porque son normas que tienen una particular ubicación en la jerarquía de las fuentes; 5) principios que son tales porque son normas o disposi-

(1) Vid. BOBBIO (1996: 893).

ciones fundamentales (de importancia) en el sistema jurídico o en un subsistema; 6) principios que son tales porque desarrollan su función en la aplicación del derecho (2). Como se puede observar estas no son categorías autónomas sino intercambiables: un principio puede ser general y vago y tiene una particular posición en la jerarquía de las fuentes como las normas constitucionales. Para distinguir un principio es necesario hacer referencia a la función que éste pueda desarrollar en el ámbito del sistema, de una materia, de un instituto o de una particular aplicación concreta. «[E]l vocablo principio tiene pues, según su función, un diferente Sinn, significado, sin embargo esto no supone que sea diferente también cada vez, su Bedeutung» (3). Los principios pueden ser expresos o inexpressos, y en combinación, explícitos o implícitos. Un principio expreso es fruto de una actividad interpretativa de las disposiciones efectivamente formuladas y emanadas por la autoridad legislativa. Un principio inexpresso es un fruto de integración del derecho a través de una actividad creativa de normas. Un principio es explícito si ya existe en el lenguaje legislativo una disposición que constituya su formulación adecuada. Un principio es implícito si puede ser deductivo de una pluralidad de disposiciones o, en determinados casos, de una única disposición (4).

Esta sintética introducción a la materia nos muestra que, tal vez, es difícil diferenciar un principio de una simple norma, por eso se tiene que determinar la función del principio que siempre es: a) la interpretación de una disposición legislativa; b) la interpretación de una situación porque se encuentra privada de disposición legislativa y como tal nos encontramos con una laguna del derecho; c) la interpretación y determinación de la norma aplicable en una situación de pluralidad de normas incompatibles (los casos de antinomias del derecho) (5).

(2) Cfr. GUASTINI (1986: 602). El autor sigue, aunque acentúa el enfoque analítico, la tradición de pensamiento de ZAGREBELSKY (1992: 23).

(3) Vid. GUASTINI (1986: 605); y cfr. A. PECZENIK (1971: 43). Este autor en particular reflexiona sobre el asunto del *sentido* del principio que a pesar de sus mutaciones no pierde su *entidad* de principio, según los postulados de una teoría analítico-lingüística de la cual se ha formado y construido la teoría de la argumentación jurídica. Este autor exalta la importancia de la forma respecto al contenido, y sostiene que es el único elemento determinante para fundamentar o anclar normativamente un principio; sin embargo el principio es reconocido tal en virtud de su contenido. Esta aparente antinomia es resuelta por el autor considerando que forma y contenido constituyen lo que aristotélicamente era y es la sustancia de las ideas y/o conceptos. Y eso es lo determinante.

(4) «Este es el caso en el cual la disposición constituye el significado de una ulterior norma no expresada. Esta última norma en una norma teleológica o ratio legis». Vid. GUASTINI (1986: 613); cfr. ZAGREBELSKY (1984: 49 y 229). Para una panorámica completa y los efectos en los problemas jurídico y de teoría y dogmática del derecho cfr. GUASTINI (1985: 3).

(5) Vid. GUASTINI (1986: 619).

En el principio que iremos a examinar se presenta un ulterior problema: la diferencia entre principio general y derecho fundamental. Antes de todo, aclararemos que no existe ninguna incompatibilidad en esta posibilidad porque es diferente la fundamentación de ambos: el principio tiene su sustrato en el carácter teleológico y desarrolla su función en una lógica histórica-interpretativa, mientras un derecho fundamental se construye sobre una base dogmática de referencia y requiere como centro de relación no las normas o disposiciones sino las personas o, mejor dicho, los sujetos de derecho (6).

Dicho esto, el principio de autodeterminación informativa en un principio regulador de una materia: la tutela de los datos personales. Una materia que, dada la importancia que tiene hoy la información en la sociedad de la información, está ampliando progresivamente su ámbito de aplicación y de referencia. Es un sub-principio de los principios de la libertad de la voluntad, y/o de la libertad de disponer de sus posesiones y propiedades y/o de tutela de la personalidad o en particular según la jurisprudencia española de la intimidad de la persona. Ese sub-principio del sistema es implícito en la materia de los datos personales porque se deduce de una o más disposiciones legislativas, también en combinación con los principios superiores y es un principio expreso, cuando se configura como una base de la actividad interpretativa que regula las disposiciones de los datos personales y un principio inexpreso cuando, especialmente por la función nomofilática de la Corte suprema y de la función del Tribunal Constitucional se crean nuevos ámbitos de aplicación integrando disposiciones y así creando nuevas normas inderogables.

I.2. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, ELEMENTOS PARA UN ORIGEN

El principio de autodeterminación informativa es un típico principio de reciente revelación, en el panorama normativo, y de construcción conceptual y jurídica. Éste ha encontrado en Alemania su origen o más bien su autonomía respecto a otro principio de origen angloamericano, es decir, el llamado derecho a la vida privada (Right to privacy).

La historia de estos dos principios de sub-sistema sería demasiado larga para la aspiración de esta modesta contribución, por lo cual se proporcionarán aquí algunas consideraciones. La necesaria presencia en el elemento humano de dos ánimas o fibras, psicológica y física, subjetiva y objetiva, hizo que los

(6) Cfr. ALEXY ROBERT (1987: 47 y sigs.) y PALOMBELLA (1999: 544).

derechos del sujeto jurídico no se detuvieran únicamente en el daño material sino también en el inmaterial, *id est*, no visible pero de tangible relevancia. El derecho a la vida privada se presenta como un dique ante las invasiones de agentes exógenos o intrusivos respecto a la vida de la persona. Este principio recoge diferentes institutos, como por ejemplo, la tutela del domicilio, de la imagen (el mismo derecho de autor es un corolario), la violencia psicológica de los demás (el llamado *mobbing*), etc.

El derecho a la autodeterminación informativa es un típico corolario de la sociedad moderna en la cual las informaciones pueden dañar de la misma manera que la violencia física; sin embargo el elemento caracterizador de este derecho es la autonomía del consentimiento, la posibilidad de autorizar, de bloquear, de oponerse, de ratificar, de quedarse indiferente respecto a las circulaciones de voces, *rectius* informaciones, acerca de la persona misma.

La analogía entre los dos derechos que se pueden conceptualizar perfectamente en una relación de género a especie; esto resulta mucho más evidente si nos aproximamos con algunas reflexiones sobre la difusión de las fotografías y de las imágenes del individuo: por ejemplo, con las actuales tecnologías la posibilidad de captar gráficamente a una persona y la consiguiente posibilidad de difundir la relativa imagen, es un problema semejante al que se produce con la gestión y organización de las informaciones y de los datos personales del individuo, obtenidos en un determinado momento y para un determinado fin. Así como la fotografía resulta ser la expresión del individuo, las informaciones resultan expresiones de diferentes posturas del mismo.

La relevancia actual de la especie de autodeterminación informativa respecto al género del derecho a la vida privada, no ha sido tan rápida como el ejemplo que ha podido mostrarnos, al contrario, la evolución y el desarrollo se ha enfrentado a problemas y matrices de naturaleza conceptual.

En la doctrina estadounidense el derecho a la vida privada encontraba cabida dentro del principio de la tutela de la personalidad: el *animo et corpore* era así tutelado por factores y agentes exógenos que destruyen los muros de «respeto» entre las personas. Sin embargo, la tutela de la personalidad puede poner el acento en *a)* la identidad personal y la tutela de la intimidad, o *b)* en la tutela de propiedad y en la capacidad de disponer con el consentimiento. El derecho a la personalidad se componía, según el modelo estadounidense, de un aspecto pasivo, la posibilidad de disponer con su acto de sus elementos y/o composiciones personales; un aspecto activo, la libertad de poder decidir elecciones personales e íntimas con autonomía sin peligro de ser influenciado por críticas y reproches por el ambiente del entorno. Este principio como fundamento de determinadas relaciones sociales tenía rele-

vancia interpretativa y podía influenciar también sobre la construcción de otras normas (7).

I.3. CATEGORÍAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DE LAS TUTELAS DE LA INFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO

Como bien se sabe, los principios del derecho poseen una vida autónoma, están referidos al derecho en general, así como resulta de las comparaciones de las categorías doctrinales y jurisprudenciales, pero tienen necesariamente que reflejar la dogmática del derecho nacional y el desarrollo histórico de los problemas concretos que pretenden delimitar y con tendencia, eliminar. Por eso la diferencia entre los países continentales (actualmente todos condensados en la Unión Europea) ha determinado una diferente connotación del principio a la libre autodeterminación informativa. El motor y la fragua central de este impulso ha sido antes de todo, el Convenio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y la consiguiente interpretación de la Corte Suprema de Estrasburgo.

El Art. 8 del Convenio se expresa así:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

La formulación de la norma subraya más el aspecto relativo a la propiedad del individuo, en concreto, la propiedad de la propia intimidad (8). Se exalta

(7) Vid. BOBBIO (1966: 897).

(8) Las palabras de Irti son muy explícitas «todas las normas son síntesis y creación de la voluntad. La disposición de bienes es la voluntad de disponer de sus libertades. La libertad ha forjado la comunidad civil como instrumentos al servicio de una misión altamente digna y esencial: librarse como si fuera de sí mismo: la voluntad como expresión y libertad». vid. IRTI (1990: 6). Las palabras de Irti son peculiares y representativas de una visión extremadamente liberal al considerar el derecho y la sociedad; sin embargo, aciertan en lo que afecta a la libertad de disposición que es la libertad o facultad de la voluntad para disponer o no. La equivalencia entre propiedad y tutela de la intimidad ha representado el momento central del origen del principio que aquí se está tratando.

de esta manera el derecho a la libre disposición —así como «Caio puede vender sus bienes, entonces de la misma forma puede dar a otras personas la posibilidad de disponer de sus datos personales—. Retorna aquí la idea de la voluntad según la Ilustración: el hombre es, ante todo, manifestación y expresión de su actos con lo cual puede crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas (9). En la autodeterminación informativa como principio general se encapsula la consideración de que esto es además un derecho fundamental de la persona y eso ha sido reconocido por el mismo Tribunal de Justicia Europeo. «*La violación de la vida privada ex Art. 8 del convenio referido a los abusos de la utilización de los datos personales, pretende forjar una la tutela de la esfera personal privada del individuo en las relaciones sociales. El principio está íntimamente ligado al actuar colectivo, y como tal de no exclusiva pertenencia del sujeto individual*» (10).

Especialmente por efecto del Convenio y de la actuación nomofilática de la jurisprudencia comunitaria se difunde la aceptación que se está hablando además, de un derecho fundamental del dominio de las propias informaciones personales y en consecuencia, el reconocimiento al derecho absoluto y exclusivo de la creación de la propia identidad personal. Esto sobre la base de que en la sociedad moderna el flujo continuo de datos y de informaciones pueden moverse mucho más veloces que antes y a través de las vías telemáticas pueden ver reducida la distancia entre los sujetos relacionados.

De la base normativa y jurisprudencial común se creó el espacio necesario para la formación de otro convenio más específico sobre el tema y que ahora puede ser considerado fundamental para todas las normativas de los Estados Europeos: Convenio de Estrasburgo núm. 108, de 28 enero 1981, sobre la protección de las personas respecto al tratamiento de los datos de carácter personal. Este convenio adoptó el sistema definido por el orden de ejecución, o sea, se obligaban a los diferentes Estados miembros a adoptar los principios del convenio en el ámbito estatal. El convenio edificó un sistema relativo a la elaboración y conservación de los datos a través de distintos filones generales sobre la base del principio de la libre autodeterminación informativa. Esta dirección ha sido renovada con más vigor por la Directiva

(9) PALLARO (2002: 12).

(10) Esto es una interpretación generalmente aceptada, para que se vea y confronte con más datos en: *Nold* del 14/5/1974, causa 4/73; *Hauder* del 13/12/1979, causa 44/79; *National Panasonic UK/ Commission* del 26/giugno 1980, causa 136/79; *Dubois e figli/Consiglio* del 29/1/1998, causa T-113/96; *Mannesmannrohren/ Commission* del 20/2/2002, causa T-112/98 sentencia *Kopp/Suiza* del 25/3/1998 en *Riv. int. dei dir. uomo*, 1998. sentencia *Halford/ britania* del 25/6/1997, en *Riv. int. dei dir. uomo*, 1997, 611

95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Elementos peculiares de la normativa europea son:

— El principio de lealtad y buena fe en la licitud y corrección de la gestión y elaboración automática de los datos.

— El principio de legalidad en la legitimidad y determinación anticipada de las finalidades, motivos y causas de la inscripción de los datos.

— La utilización de los datos gestionados y elaborados en conformidad con las finalidades predeterminadas.

— Posibilidad de los interesados de modificar, extinguir y actualizar los datos y que sean conformes a la realidad.

— La conservación de los datos durante un tiempo suficiente para lograr las finalidades para las cuales han sido registrados y elaborados.

a) A pesar de la normativa particularmente cuidada al respecto, se presentaron algunos problemas relevantes concretos. El primero relacionado con el titular de los datos personales. ¿Podía ser considerado titular de este derecho una persona jurídica? Hasta ahora la Corte no ha reconocido este derecho a las personas jurídicas: ha incluido dentro de la normativa las comunicaciones en ámbitos profesionales o comercial, pero siempre ha hecho referencia a personas físicas (11).

b) Otro caso con el cual la jurisprudencia ha tenido que enfrentarse es el procedimiento de recogida secreta de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas. La Corte ha determinado que la reglamentación de este asunto tan delicado tiene que respetar algunos principios básicos: el principio de legalidad, todas las hipótesis tienen que ser determinadas por leyes en los tiempos y modalidades; el principio de la responsabilidad, deben existir instituciones idóneas para el control de licitud de los instrumentos y de la correcta utilización de los mismos, el principio del control, la posibilidad de que las personas interceptadas puedan oponerse y que el sistema jurisdiccional se declare sobre la legitimidad o menos, el principio de la transparencia, todo el material tiene

(11) Sentencia Ludi/Suiza del 15/6/1992, en *Raccolta Serie A*, n. 238. En esta sentencia la Corte se pronuncia reconociendo que el derecho a la autodeterminación informativa es un principio y también un derecho. Como principio puede ser aplicado a todas las personas, físicas y jurídicas, a empresas reconocidas y no reconocidas, «porque tutela los secretos del patrimonio económico organizativo y comercial, en sustancia de los seres que se mueven en la sociedad y que vienen en relación con la colectividad económica y social. Mientras como derecho es un bien del sujeto y como tal inalienable». Porque el sujeto es la piedra de todas las organizaciones y de todas las funciones. El sujeto como fundamento del sistema puede lamentar la violación de este derecho que es un corolario de la persona misma.

que ser organizado diligentemente en registros y mostrado a cualquier control o a petición del sujeto, el principio de tutela del tercero, el tercero debe ser garantizado mediante los mismos derechos de la persona interceptada (12).

c) Otro caso emblemático es la tutela del secreto profesional especialmente como valor fundamental y completo en la relación entre médico y paciente. En estos casos la Corte ha determinado una obligación perpetua de silencio y de tutela de las informaciones, ya sea por los médicos que por todo el personal que entre en contacto con el paciente y además por el personal sanitario que termine el servicio (13).

II.1. UN INTENTO DE COMPARACIÓN: EL DERECHO ESPAÑOL...

Después de este sintético análisis de la situación en la Unión Europea se pueden descifrar mejor las posiciones de dos Estados, España e Italia respecto a la tutela, interpretación y problemas del principio a la autodeterminación informativa.

En España, según doctrina y jurisprudencia, existe una norma constitucional concreta en la cual la protección de los datos personales encuentra su momento de inicio y desarrollo.

El Art. 18.4: *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos* (14).

La previsión constitucional de la tutela de los derechos frente al uso de la informática se proyecta sobre los datos personales e implica, por un lado, derechos y garantías para los titulares de esos datos de carácter personal, por el otro, supone para quienes los recogen, tratan, transmiten, ceden o conservan,

(12) En Gloje/Alemania del 4/7/1982. Para profundizar se aconseja también sentencia Klass/Alemania del 6/9/1978 (en tema de terrorismo y contramedidas); sentencia Leander/Suecia del 26 marzo 1987 (en tema de recogida y archivación secreta de información y control democrático sobre la misma); Rotaru/Rumania del 4/3/2000 (en tema de recogida y archivación secreta de opiniones políticas); sentencia Friedl/Alemania del 31/5/1995 (en tema de recogida y archivación de huellas digitales dispuesta por ley y límites de empleo y utilización).

(13) Sentencia Vomaldin/Francia 1252/1996.

(14) Es útil aquí recordar que todo el art. 18 de la Constitución Española se refiere a la protección de la inviolabilidad de la persona: *1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

una serie de obligaciones en lo que se refiere a la calidad y a la seguridad de la información de esa naturaleza que manejan y las condiciones en que pueden utilizarla, almacenarla, facilitarla o cederla.

El poder legislativo explicitando el espíritu constitucional se ha preocupado de fijar reglas objetivas sobre el tratamiento de estos datos, ha previsto procedimientos específicos de garantía para sus titulares y ha creado una institución pública, la Agencia de Protección de Datos, cuya razón de ser no es otra que la de velar por el cumplimiento de las normas que integran este nuevo sector del ordenamiento jurídico.

Cuando por fin las Cortes Generales decidieron afrontar el desarrollo legislativo del artículo 18.4 del texto fundamental, tampoco tuvieron que inventar una normativa. Por el contrario, se beneficiaron de las enseñanzas del ya abundante derecho comparado sobre la cuestión y, sobre todo, tuvieron en cuenta las previsiones del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. La doctrina española sobre la base de este Convenio solucionó los problemas internos y se fue elaborando el valor de la autonomía informativa como principio inspirador de la ley que iba a emanar. «*Bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen —o pueden tener sin excesivo esfuerzo— conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños*» (15). Sobre esta necesidad es preciso que el individuo recupere o mantenga el poder de control y disposición sobre las informaciones. Ese poder será mucho más fuerte cuando las informaciones puedan afectar al reducto más íntimo de la personalidad. Ésto es el connotado del derecho y principio a la autodeterminación informativa. Sobre este principio se pueden eludir y contrastar diferentes factores problemáticos: 1) la reducción del volumen de información que se maneja; 2) evitar que mediante el tratamiento de datos se produzcan nuevos elementos informativos que nos afecten; 3) evitar que los procedimientos de manejo de nuevos datos informativos repercutan en aspectos de nuestra vida que más que ser personales merecen el calificativo de íntimos; 4) evitar la construcción de perfiles de nuestra personalidad, en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas (16); 5) evitar e impedir la comercialización de estos resultados.

El principio de autodeterminación informativa, o sea la exigencia del

(15) MURILLO DE LA CUEVA (1990: 107).

(16) Por ejemplo para comprar una casa, conseguir una vivienda en alquiler, obtener un crédito bancario o aspirar a un puesto de trabajo.

consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a cualquier tratamiento de datos, es argumentado por la doctrina española como un verdadero derecho a la intimidad, inalienable y básico (17). Este principio en España se presenta básicamente como norma de carácter general respecto a las que no han sido complementadas por otras de alcance sectorial. Por eso no se han previsto soluciones para muchos problemas que afloran en la realidad. Eso determina una mayor relevancia de las Cortes, en particular de Tribunal Constitucional, para colmar el déficit normativo con un *exploit* interpretativo.

El derecho español de la protección de los datos personales está contenido, principalmente, en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) y en sus reglamentos de desarrollo: el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos —puesta en marcha en 1994—, y el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992. Además el nuevo código penal español de 1995 ha tipificado, por vez primera, supuestos delictivos que se refieren a lesiones particularmente graves de la autodeterminación informativa o de la intimidad (artículos 197 y siguientes). En 1999 fue emanada otra Ley Orgánica, la n. 15, de 13 diciembre, con la cual se aportaron modificaciones a la ley anterior por efecto de la evolución normativa y jurisprudencial comunitaria.

La situación inicial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se presenta particularmente simple, porque en casi todas las situaciones refleja las decisiones de la jurisprudencia comunitaria (18). Sin embargo, en el desa-

(17) SÁNCHEZ BRAVO (1998:43). Este mismo autor explica que la diferencia entre la Constitución Española y la Ley Orgánica 5/1992 que habla de privacidad o la Directiva Europea 95/46 que prefiere el término derecho a la intimidad, «no cabe largo a dudas que son lo mismo y como tal van puestos sobre la misma consideración». Se vea *infra* de cómo sobre eso en realidad no exista un consenso paradigmático porque en Italia se ha construido toda una teórica autonómica sobre el derecho a la privacidad respecto al llamado derecho a la intimidad, basándolo fundamentalmente en la representación de la personalidad y del poder de la voluntad.

(18) Ejemplo emblemático y peculiar la STC 254/1993. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional estima un recurso de amparo interpuesto contra la denegación del acceso por parte del afectado a sus datos personales obrantes en los ficheros de las Administraciones Públicas, e interpreta el precepto a la luz del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa. En particular, entendió que las facultades que, según este Convenio, los Estados han de reconocer a los particulares y los límites que de ellas han de derivar para quienes manejen informáticamente datos personales, debían erigirse en derechos subjetivos mediante la conexión interpretativa que impone el artículo 10.2 de la Constitución Española en materia de derechos y libertades. La relevancia de este fallo es haber combinado los artículos 18.4 y 10.2. El art. 10.2 de la Constitución así

rollo de la temática se presentan soluciones originales y en el espíritu de todo el sistema jurídico español. La intervención del Tribunal Constitucional ha determinado sucesivas soluciones a problemas concretos y ha reconocido el valor de derecho fundamental a la autodeterminación informativa (19). Además otras sentencias han determinado la relevancia del criterio de la libre autodeterminación como elemento determinante para averiguar si el flujo de informaciones que concierne a una persona es lícito o menos (20). Estas sentencias son receptivas a las posiciones que reclaman el *status* de *habeas data* como presupuesto desde el que organizar la protección de los datos personales. Las sentencias subrayan la relevancia de otros principios como por ejemplo la necesidad que tiene la finalidad para que se recojan los datos (21).

se exprime: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*. Se vea además, IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ: «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41/1994, págs. 187 y sigs.

(19) La STC 254/1993 en su Fundamentos Jurídicos 6.º, aunque refiriéndose más bien a la contracción actual o informática del derecho a la intimidad se exprime de esta forma «(...) *nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática*».

(20) Seguramente aquí es donde mejor se manifiesta el carácter interpretativo del principio *de quo*. Cfr. las SSTC 11, 33, 35 y 94/1998. Se refieren a varios casos en los que una empresa pública —RENFE— utilizó su fichero de datos sobre afiliación sindical para confeccionar una relación de trabajadores, pertenecientes al sindicato que había convocado una huelga, a los efectos de detraerles la parte proporcional del salario correspondiente al período de duración de aquélla. En los supuestos contemplados por estas sentencias se dio, además, la circunstancia de que esos trabajadores recurrentes no secundaron la convocatoria, mejor dicho, no tuvieron ocasión de hacerlo pues tuvo lugar fuera de su jornada laboral.

(21) Sobre estas ideas véase la STC 94/1998, pues remarca el principio cardinal de la protección de los datos personales consistente en la congruencia y la racionalidad que han de presidir su utilización. Estas exigencias, consignadas en la LORTAD y derivadas del recto entendimiento del artículo 18.4 de la Constitución, requieren que medie «una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades de las que motivaron su recogida (...)» (FJ. 4.º). Sobre esta sentencia y sobre la STC 35/1998, véase el comentario de SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «La informática y su potencialidad lesiva frente al derecho de libertad sindical», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 30, febrero de 1999, págs. 10 y sigs.

El Tribunal Supremo también ha aportado contribuciones de gran relevancia sobre esta construcción dogmática e interpretativa del principio de autodeterminación informativa. En particular en una histórica sentencia se ha referido al poder de la administración de la justicia de disponer de los datos personales sensibles de la persona en los datos recogidos y cuáles son las limitaciones que tiene que respetar en la distribución de estos datos: en síntesis, a quiénes reconoce el legislador el interés para acceder al contenido de las resoluciones judiciales que constan en los libros, registros y archivos judiciales (22). A través de esta sentencia se marcan claramente los elementos subjetivos (los interesados) y los elementos objetivos (que no tengan juicios pendientes) y necesidades fisiológicas de la tutela judicial (23).

La contracción del principio a la libre autodeterminación informativa es emblemática por el derecho español y por eso se han presentado conflictos ideales que no siempre han encontrado correspondencia en el derecho de otros estados. En *prima facie* se puede notar que el principio *de quo* nunca ha sido puesto en discusión sobre su validez, como ya se ha subrayado, siendo derivación del principio de tutela de la intimidad, tiene que ser automáticamente reconocido. Surgen problemas en lo referente a su interpretación aplicativa, como principio, y a los límites que puede encontrar en relación a otros principios (casos de antinomias del derecho); además como derecho fundamental puede encontrar limitaciones según el principio de balanceamientos de los

(22) Sala Tercera, de 3 de marzo de 1998. Se trata de una decisión que, razonando desde la perspectiva del derecho a la intimidad, confirma la interpretación llevada a cabo por el Consejo General del Poder Judicial del concepto de interesados al que se refieren los artículos 235 y 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Véase más en «Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/2292».

(23) «El interés legítimo que es exigible en el caso, sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos “*prima facie*”, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso—y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del Ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional» (Fundamento 5.º).

intereses (*Grundsatz der Interessenabwägung*) a favor de derechos considerados superiores. En la última sentencia considerada es natural que la administración de la justicia conserve los datos de una persona juzgada pero, ¿hasta qué punto puede utilizarlos y distribuirlos?

Otras veces en la jurisprudencia española no emerge el sutil confín con el principio de derecho a la intimidad como por ejemplo las cortes penales que han considerado los dos principios iguales y sin ninguna diferencia (24). También esta equiparación *tout court* es peculiar porque en síntesis nos infiere el hecho de que los dos principios han nacido juntos y son inseparables. Los límites de uno no siempre encuentran líneas de confines con el territorio del otro. En derecho español casi nunca se habla de una derivación de género a especie, sino al contrario de una compatibilidad entre los dos. Resultados claros de esta afirmación son las interpretaciones de un reciente sentencia del Tribunal Constitucional que anulando diferentes artículos de la Ley de datos personales ancla la compatibilidad entre el derecho a la intimidad (18.1) y el derecho a la tutela de los datos (18.4). Problemas de este tipo han habido especialmente *adversos* actos de la administración pública y problemas entre transparencia y tutela del particular y de la colectividad. Es natural que problemas que ya han sido solucionados en el ámbito de la jurisdicción administrativa vuelvan de otra forma y planteen otras soluciones (25) en diferentes materias.

(24) Del último y más importante la Sala Segunda en su Sentencia de 18 de febrero de 1999 en la que, con motivo de un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia absolutoria de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria por un delito de revelación de secretos, el Tribunal Supremo se ocupa de precisar la interpretación que merece el artículo 197, en sus apartados 2, 3 y 5 del Código Penal. Los hechos juzgados consistían en el proceder de un periodista que dio la noticia, publicada en el *Diario de Las Palmas*, de que dos reclusos enfermos de SIDA, cuyos nombres y apellidos desvelaba, trabajaban en las cocinas de la prisión provincial de El Salto del Negro. El autor había conseguido identificar a esas dos personas a través del cruce de dos listados extraídos de registros informatizados: uno de ellos contenía la relación de reclusos de ese centro penitenciario aquejados de esa enfermedad; el otro incluía los nombres de los que trabajaban en las cocinas. Sólo los dos mencionados en el periódico figuraban en ambas listas. El informador apelaba a las autoridades de la prisión para que, de confirmarse los datos que él ofrecía, tomaran medidas urgentes que evitaran posibles contagios.

(25) La sentencia del Tribunal Constitucional de 30/11/2000 por el recurso de inconstitucionalidad núm. 1.463-2000 ha anulado varios artículos de la Ley de Protección de Datos por limitar el poder del paciente sobre su propia historia clínica, y así se ha expresado: «*La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ. 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección*

Estas diversas soluciones son un efecto de la interpretación del principio a la autodeterminación informativa que ha determinado otro tenor del principio de transparencia no únicamente limitado a la tutela de la colectividad —podemos recordar la conocida frase del público como un palacio de cristal— sino a la tutela del particular en relación con la administración pública:

«garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin» (26).

Es útil destacar la importancia de este principio especialmente en la relación entre médico y paciente a través del cual este último es *«como titular del derecho quien debe decidir sobre los riesgos que está dispuesto a sufrir en áreas de su bienestar» (27).*

II.2. ... Y EL DERECHO ITALIANO

El en derecho italiano el principio encuentra su formulación en la Ley 675/1996 llamada popularmente Ley de tutela de la privacy. Recientemente, en 2003, ha emanado un Texto Único que recopila todas las normativas en tutela de los datos personales e, impropriamente llamado código de tutela de los datos personales. También en el derecho italiano el principio de autodeterminación informativa es inexpreso, sin embargo, éste se puede extrapolar de distintas disposiciones legislativas como por ejemplo el artículo 7.4 de la Ley 675/96 que determina la posibilidad del interesado de oponerse al tratamiento de los datos personales por motivos legítimos; y el sucesivo art. 13 que pone a cargo del titular del tratamiento la necesidad de emanar una información

de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ. 5; 144/1999, FJ. 8; 98/2000, de 10 de abril, FJ. 5; 115/2000, de 10 de mayo, FJ. 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida».

(26) Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30/11/2000.

(27) Véase GAY FUENTES (1995: 34).

para obtener el consentimiento si la naturaleza de la recogida de los datos es facultativa, o con valor de simple comunicación si la naturaleza de la elaboración es obligatoria. También ha sido creado un organismo la *Autorità Garante per la protezione dei dati personali* que emana pareceres y reglamentos originados por exámenes de situaciones controvertidas.

En el ordenamiento jurídico italiano no existe una norma como en la Constitución Española y, por tanto, antes de la normativa del 1996 con respecto al Convenio del 1981 se originaba el problema de reconocimiento constitucional de este derecho. Antes el derecho a la tutela de los datos era diferente respecto a la autodeterminación informativa. El primero no era reconocido a nivel constitucional sino como un connotado del derecho a la imagen.

Mientras el segundo ya había encontrado su formulación «*como derecho absoluto de la personalidad, entendido, cual derecho erga omnes a la libre autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como particular (...) y como tal se funda en el Art. 2 de la Constitución*» (28). Mejor es exprimida otra sentencia menos lejana que habla de una constelación de derechos relacionadas con la autodeterminación informativa que sitúa su base sobre el derecho a la identidad personal (29). Entonces antes de la ley ya era reconocido este derecho, pero era un derecho de la libertad del consenso generalmente reconocido y íntimamente ligado a la voluntad de disponer relacionada en el *an* y el *quomodo*.

La relevancia de la situación italiana se deduce de esta interpretación. Antes de la Ley del 1996 se había reconocido este principio como tutela de un derecho fundamental y como tal una tutela de la personalidad. Y no se había observado la otra corriente que pedía sobre una relevancia del principio fundado en el Art. 15 Const. que tutela de la intimidad y secreto de las comunicaciones (30). Dicho de esta manera parece casi un contrasentido, sin embargo, esto es ligado a la autonomía de la doctrina italiana (31). Eso porque los

(28) En Cass. 20 abril 1963, n. 990 en Foro Italiano 1963, I, 1298. El art. 2 de la Constitución así recita: «*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables de la persona, ya sea como particular que en las formaciones sociales, donde se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de deberes inderogables de solidaridad política, económica y social*».

(29) «*El interés de la persona a la exacta percepción de la propia personalidad, como derecho a no ver al exterior, travesado, ofuscado, contestado, el propio patrimonio intelectual, político social religioso, ideológico y profesional*», así Cass. 22 junio 1985, n. 3769, en *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 1985, I, 647. Cfr. Corte cost. 10/12/1987, n. 479, que adopta la misma postura.

(30) Art. 15 Const... «*la libertad y secreto de las correspondencias y de cualquier forma de comunicaciones son inviolables. Sus limitaciones puede únicamente ser efecto de actos motivados de la autoridad judicial*».

(31) PINORI (2004: 34); véase además ALPA (1998: 22).

elementos que han construido esta temática no han considerado la autodeterminación informativa como un principio interpretativo, sino al contrario como un derecho fundamental y como tal tenía que ser considerado y valorado por el interés subyacente en el derecho, si era superior o inferior respecto a otros derechos.

El derecho a la autodeterminación informativa ha sido encapsulado en el derecho a la personalidad, porque es el parámetro límite y negativo del derecho a comunicar y expresar el propio pensamiento característico de la actividad periodística. Por ejemplo, un periódico puede almacenar datos pero tiene que conseguir el consentimiento porque el dato es una manifestación de la persona y no de la intimidad de la misma. «*Si una persona quiere poner su información en mundo visión puede hacerlo si quiere, aunque le afecten en el futuro*» (32). El resultado es paradigmático del derecho italiano: la tutela de la intimidad es una tutela del particular en la comunidad y puede ser limitada por algunas razones —como en particular la veracidad de la noticia— de interés común. Mientras la tutela de la personalidad es un principio básico e inalienable del particular y puede ser limitado únicamente si el titular lo quiere (33).

Con la Ley de 1996 los dos principios, tutela de los datos personales y autodeterminación informativa, se incorporan en una única ley. La jurisprudencia interpreta ambos principios como síntesis de la personalidad *ex* Art. 2 Const. (34). La consecuencia de esta situación es que los dos sub-principios han adquirido una fuerza interpretativa desmesurada ya que afectan a todas las relaciones entre la persona y los demás (35).

(32) Véase en G. SANTANIELLO, A. LOIODICE A (2000: 67); *cfr.* en particular Cass. 30 junio 2001, n. 8889 «*es verdad que la adquisición cultural de la información es un bien en sí mismo, sin embargo la potencial apropiación por parte de quien conserva los datos es una lesión posible de los derechos que estructuran la persona en el derecho moderno.(...). El derecho determinado por el art. 21 es otro derecho fundamental, sin embargo la interpretación de la autodeterminación ex art. 2 no conlleva ninguna incompatibilidad si se presenta el consentimiento. El consentimiento es considerado en suma como un derecho del particular y no secreto de la comunicación que es un reflejo de la pertenencia del particular en una colectividad*». Está claro que según el derecho italiano la tutela periodista (*ex* art. 21 cost.) puede ir más allá de la tutela de las comunicaciones (*ex* art. 15) en determinados casos. Pero nunca puede ir más allá de la tutela de la personalidad.

(33) Naturalmente esta afirmación sirve únicamente en estos casos. Porque claramente también la personalidad por una necesidad superior puede ser limitada, esto es obvio en la práctica jurisdiccional.

(34) Corte di Cass. 9 junio, 1998, n. 5658; Cass. 7/2/1996, n. 982.

(35) «*La personalidad en el ordenamiento italiano es el primer derecho y principio. La persona tiene que ser centro de interpretación de todas las normas id est ninguna ley o acto que tenga fuerza de ley tiene que alejarse de una interpretación en el que la persona tiene que ser*

Las Cortes han llegado a este resultado a través de algunos casos particulares. Las interceptaciones telefónicas y el clásico problema de la actividad sanitaria.

Según el primer problema se ha desarrollado el momento de contraste entre el Art. 15 y el Art. 2 que ha visto la preponderancia del segundo según un interpretación sobre el derecho viviente (36). Se repiten aquí también los elementos básicos del derecho a los que se refiere cualquier forma de comunicación escrita y oral, forma de conservación, depósito y utilización y a cualquier forma de finalidad de la misma. Resulta fundamental que en el derecho italiano el principio *de quo* nunca se ha limitado únicamente a técnicas de informática o tecnología moderna; al contrario, ha abarcado una gran cantidad de situaciones parcialmente diferentes (37).

En el caso de actividad socio-sanitaria, que no es limitada solamente al sistema sanitario público (38). La tutela de autodeterminación informativa se liga en este caso a la tutela del consenso. El paciente tiene que ser informado de modo analítico y completo para poder ejercer libremente su decisión. En caso de vicios del consenso se aplicarán las normas civilistas en tema de

favorecida. Todas las normas tienen que ser interpretadas según las valoraciones de los principios en juego a la luz de las normas constitucionales (...), esto quiere decir que el llamado derecho a la privacy antes de ser un derecho es también un principio interpretativo para determinar la justa posición de las normas respecto a la praxis de la vida y de las situaciones que ocurren habitualmente en las relaciones interpersonales (...). Por eso el sub-principio a la intimidad no tiene misma fuerza explosiva en nuestra constitución, es verdad que esto es imprescindible por un derecho moderno, sin embargo no puede aplicarse a todos los sectores del derecho, como el principio a la autodeterminación informativa que se pone en el cauce de la personalidad», Corte di Cassazione 2001/3545 en Banca Dati Juris Data.

(36) En particular véanse las sentencias de la Corte Constitucional 23-7-1991, n. 366; 30-12-1994, n. 464. Estas sentencias interpretaron en virtud de los convenios internacionales y de la jurisprudencia comunitaria los problemas de la legitimidad y legalidad de las interceptaciones en el ámbito penal por parte de la policía. Y solucionaron según el principio 15 que «*el material recogido por un determinado procedimiento penal no podía ser empleado en otro procedimiento penal. Sin embargo si la comunicaciones no se referían a un procedimiento pasado o futuro sino a un tentativo de dañar en el momento actual otras personas, el derecho ex art. 2 de tutela de la personalidad del tercero, como momento interpretativo, tiene la ventaja respecto al otro*».

(37) El principio ya había sido empleado con la misma función en la práctica comercial del *insider trind*, el fenómeno de difusión de información comerciales. En esta situación lo que releve es el principio de personalidad. A pesar de esto es también importante la transparencia de la sociedad comercial: el poder de la sociedad de comunicar sus informaciones personales a los socios o a lo que vienen en contacto comercial con ella y el poder de no querer comunicar a los demás que no tienen ninguna relación con ella y que además puedan afectarla. *Cfr.* BUSIA SERGIO (1998: 479).

(38) Véase TROJANO (2001: 23).

consentimiento según los Art. 1427 y sigs. del cod. civ. (39). La tutela de la información además pide un control particular en la necesaria sucesión de competencia entre médicos y enfermeros y entre otras estructuras mucho o poco relacionadas. Un momento de encuentro entre este derecho y el derecho administrativo se ha presentado en lo referente al derecho de acceso a los datos poseídos por la administración pública. Al inicio, este conflicto ha sido únicamente limitado a los datos relativos a la salud o a la vida sexual de la persona, sin embargo, el problema se presenta lógicamente cada vez que a la acción del sujeto corresponde una acción de la administración (40).

III. *AEQUAT QUADRATA ROTUNDIS*: ELEMENTOS PARA UNA CONCLUSIÓN

Como hemos visto ahora se pueden elaborar algunas conclusiones en tema de comparaciones de principios y derecho entre estos dos parecidos y diferentes estados. El tema podría sintetizarse como una comparación de teorías en una perspectiva de historia de las ideas. En el derecho español se puede fijar la atención sobre distintos elementos:

- 1) Construcción del principio a la autodeterminación a través del principio a la tutela de la intimidad.
- 2) Absoluta igualdad de fines y resultados.
- 3) Problemas con la acción de la administración pública.
- 4) Problemas con la actividad sanitaria.

De la misma manera se puede trazar también a través del derecho italiano una línea parecida sinóptica:

(39) Por esta situación se vea la sentencia de la Corte di Cass. 16/6/1999, n. 5768. En tema de donación de órganos. Que ha establecido el derecho del ciudadano de manifestar su voluntad antes del evento a través de una comunicación al médico de cabecera. Por efecto de esta sentencia se ha insertado una siguiente ley que ha confirmado el tenor de la solución.

(40) En este tema ha habido también otro conflicto entre el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho de acceso a los documentos administrativos como forma de transparencia objetiva. En este sentido el Consiglio di Stato se ha pronunciado en Adunanza Plenaria y ha establecido que «*la limitaciones de acceso respecto a las limitaciones excepcionales de la autodeterminación informativa no son incompatibles. También el la exigencia de privacidad del particular tiene que subyacer respecto a intereses jurídicos superiores. La limitaciones pero tienen que consentir el acceso a la simple visión de los datos (como derecho de transparencia objetiva) y no al contrario a la posibilidad de impedir o modificar los datos guardados (derecho a la transparencia subjetiva)*» —naturalmente negativa porque tiene en consideración el sujeto y no el estado—. Vid. C. Stato Adun. Plen. 4/2/1997, n. 5.

- 1) Construcción del principio a la autodeterminación por el principio de tutela de la personalidad.
- 2) Diferencia entre fines y resultados. Además tendencia a subrayar el poder de disponer y la fuerza y validez del consentimiento.
- 3) Problemas con la acción administrativa.
- 4) Problemas con la actividad sanitaria.

La síntesis nos muestra que los problemas 3 y 4 están siempre presentes, independientemente de la diferente génesis. Estos problemas a pesar de las soluciones que en cierta medida convergen, alimentan el hecho de que los principios generales no son iguales para todos los Estados y tienen siempre que respetar el ordenamiento positivo que va a caracterizarlo.

El tenor es claro también si vamos a consultar el Art. 12, 2 del cod. Civ. Italiano. Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se observan las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece todavía dudoso, se decide según principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. No cabe duda que en el fundamento de los principios generales el estado italiano está anclado por la voluntad del legislador en el derecho positivo a diferencia del derecho natural.

El código civil español del 1889 señalaba en la redacción original en su Art. 6, párrafo segundo, que «*Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho*». El Título Preliminar del Código fue modificado por Decreto de 31 de mayo de 1974 y derogado el Art. 6.2.º por el actual Art. 1.4.º, que dispone que «*Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*». El sistema jurídico español está más ligado a una fundación natural de los principios del derecho (41).

En este trabajo no se pide tabicarse en forma alguna en estos problemas al margen entre teoría y filosofía, sin embargo, podemos trazar una línea de diferencia interpretativa.

La doctrina —es natural que lo haga— y la jurisprudencia española emplea a menudo para abastecer argumentaciones adecuadas a su interpretación un análisis comparativo de la jurisprudencia de los demás Estados. En la jurisprudencia italiana esto nunca sucede. La primera jurisprudencia española ha aplicado casi todos los postulados de la jurisprudencia europea además en su reciente Constitución ha encontrado una norma capaz de legitimar la cons-

(41) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1996: 45); *cfr.* ZAGREBELSKY 12) y el debate que originó en España en el «Hacia el estado constitucional un debate», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII 1996, 17, pág. 173, en particular forma GARCÍA AMADO (1996: 70) y GUASTINI (1996: 112).

trucción. Mientras que en el derecho italiano, respetuoso hasta la intransigencia de su teoría y dogmática, había ya acogido el principio de autodeterminación en el ordenamiento jurídico en sentencias también muy lejanas y ha intentado fundamentar las soluciones de la Corte de Justicia con su particular solución. Mientras el derecho español subraya la intimidad e identidad personal en el derecho italiano de mira a la personalidad según la hegemonía de la voluntad (42).

Estos problemas se reflejan naturalmente en las situaciones concretas y mientras el derecho a la privacidad del paciente encuentra igualdad de tutela, diferente es la situación en el momento en el cual tiene cabida el discurso la administración pública.

La función integradora del principio se manifiesta como tutela de la imagen y éstas son las limitaciones al que tiene que subyacer el derecho de acceso a los datos de la administración: que sea antes de todo respetada la privacidad de la persona.

El principio adquiere en el derecho italiano una fuerza de impulso porque para legitimar la limitación de este principio se ha tenido que construir el derecho a la transparencia subjetiva que se inserta en la actuación de la administración pública (43). El derecho de acceso a los datos de la administración ha encontrado una comprensión por efecto de esta solución. Ésto es secundario respecto a cuando se pueda ejercer el derecho a la privacidad. Y es subsidiario porque cuando no se puede influir sobre los datos de la administración pública por efecto de autodeterminación en cualquier caso se puede visionar los relativos datos para confrontar la congruencia.

Casi se están agotando las consideraciones —en el sentido de seguir con todas las implicaciones que se puedan desprender de las diferencias y semejanzas que están presentes en este trabajo llevaría al resultado opuesto a la finalidad del autor porque se formarían demasiados cables sueltos que amplia-

(42) Sobre esta situación actual véase IRTI (1990: 102), sostiene el autor que es una situación autopiética de historia del derecho y de las consecuencias por el cual el derecho ha sido creado.

(43) Véanse notas 23 y 40 sobre esta nueva función de la autodeterminación en la doctrina se sabe muy poco. En jurisprudencia se pueden trazar las siguientes notas: La administración tiene que respetar el principio de transparencia. Este principio tiene que mostrar cómo actúa y cómo funciona la administración en todo el procedimiento y también fuera de esto. Este principio puede ser positivo cuando refleja tutela para el privado. Negativo cuando por razones particulares o temporales la administración no puede mostrar sus internos. El problema es el siguiente: la administración puede guardar datos que el privado no quiere que sean guardados. La solución de esta pregunta es el contenido de la transparencia subjetiva. Que puede ser negativa cuando se condensa una limitación por el privado. Positiva cuando es reconocido al privado este derecho.

rían demasiado el discurso y se alejarían del objeto del trabajo—, sin embargo es justo destacar que se han empleado un lenguaje tal vez tosco al hablar promiscuamente de principio y de derecho. Pero se considera que el problema no está en *rerum natura* y más bien está en la actual ciencia del derecho porque no conoce el límite entre principios y normas. Por una parte, en la doctrina los principios son normas jurídicas si bien unos entienden que son normas más generales que las demás, otros que son normas base o normas directivas, normas indefinidas o normas indirectas. Por otra parte de la doctrina no son normas, criterios directivos o pautas orientadoras de normación, pero en este discurso se presentan problemas en el tema de la obligatoriedad de los principios. Sin embargo, si aceptamos una idea más amplia de norma como proposición sobre lo que debe ser no hay ninguna dificultad en incluir los principios en el concepto de norma (44).

Cerrando este círculo volvemos al comienzo del trabajo, en el cual explicando las normas se ha afirmado que muchas veces los principios son normas —punto 1, 2, 3, 4, 5—, excepto cuando se desarrollan en la aplicación del derecho —punto 6— y como tal hacen referencia a la interpretación y no a un texto, al juez y no a la ley. Hubiera sido demasiado para la finalidad del presente trabajo distinguir las distintas funciones, no cabe duda que cuando sea ha hablado, *sic et simpliciter* de principio en la mayoría de las veces se ha referido a este último punto. Esto para explicar que los principios son derechos y también los derechos son principios. Hablar de uno o de otro es hablar de las piezas de cada sistema jurídico (45).

BIBLIOGRAFIA

- ALEX, Robert (1997), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALPA, Guido (1985) , «Note a cass. 22 junio 1985, n.3769», en *Nuova Giur. Civ. Commentata*, I, págs. 647 y sigs.
- (1998) «*Note esegetiche sulla legge 31 dicembre 1996 n.675 e successive modifiche*», Roma.
- ATIENZA, Manuel (1996), *Piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Editorial Ariel, pág. 207.

(44) Claramente estos son problemas de ciencia del derecho porque en una perspectiva de metateoría normativa no se presentan estos problemas, porque allí no se habla de normas sino de proposiciones, que son resultados de un texto y de un significado, y de lenguaje prescriptivo del legislador. Vid. GUASTINI (1985: 16); *cfr.* TARELLO (1974: 11).

(45) *Cfr.* M. ATIENZA (1996: 26 y sigs.); y ATIENZA (1993: 7).

- (1993), «Tre approcci ai principi di diritto», en *Analisi e Diritto*, págs. 5 y sigs.
- BOBBIO, Norberto (1966), «Principi generali del diritto», in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino, pág. 893.
- BUSIA, Sergio (1998), voz «Diritto alla riservatezza», en *Digesto discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, pág. 476.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996), «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez?: Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», en *Hacia un Estado Constitucional: un debate, Anuario de filosofía del derecho*, vol. XIII, págs. 65-86.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1984 (reimpresión de 1996).
- GAY FUENTES, Celeste (1995), *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Editorial Complutense, Madrid.
- GUASTINI, Riccardo (1996), «Derecho dúctil, Derecho incierto», en *Hacia un Estado Constitucional: un debate, Anuario de filosofía del derecho*, vol. 13, págs. 111-124.
- (1986), «Sui principi di diritto», en *Diritto e Società*, fasc. 4, págs. 601-623.
- (1985), *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino.
- IRTI, Natalino (1990), *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino.
- MURILLO DE LA CUEVA, Lucas (1990), *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid.
- PALLARO, A. (2002), *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- PALOMBELLA, Gianluigi (1999), «Derechos fundamentales, argumentos para una teoría», en *Doxa, Cuadernos de filosofías de derechos*, Publicaciones Departamento Filosofía del Derecho, Universidad Alicante, núm. 22, págs. 525-579.
- PECZENIK, A. (1971), «Non-Equivalent Transformations and the Law», en *Rechtstheorie*, 2.
- PINORI, A. (2004), *La protezione dei dati personali: guida alla lettura delle fonti*, Giuffrè, Milano.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (1999), «La informática y su potencialidad lesiva frente al derecho de libertad sindical», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 30, febrero de 1999.
- SÁNCHEZ BRAVO (1998), *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- SANTANIELLO, G., y LOIODICE, A. (2002), «La tutela della riservatezza», en *Trattato di diritto amministrativo*, coord. por Santaniello, XXVI, Padova.
- TARELLO, Giovanni (1974), *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- TROJANO, M. (2001), *La tutela della privacy in ambito socio sanitario*, Rimini.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio (1994), «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, págs. 187 y sigs.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1984), *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET, Torino.

— (1992), *Il diritto mite, legge diritti e giustizia*, Einaudi, Milano.

Para una mayor panorámica véase las jurisprudencias citadas en las notas.