

EL PAPEL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PLANIFICACIÓN DE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LA MANIPULACIÓN DE DATOS PERSONALES

LEYSSER L. LEÓN HILARIO

Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor Honorario de la Universidad Particular de Chiclayo.

Doctorado en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia).

Diplomado en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Complutense de Madrid (España).

Visiting researcher en la Universität Hamburg y en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (mayo-octubre 2005).

SUMARIO:

I. Orden de la exposición. - II. El control de la información personal como problema jurídico. Algunos modelos de construcción teórica: su posible inserción en el derecho a la intimidad, su concepción como aspecto del derecho general de la personalidad o como nuevo derecho de la personalidad. - III. El lugar aparentemente secundario de la protección resarcitoria del control de la información personal en el cuadro de los remedios a disposición de los interesados. La natural preferencia por la solución preventiva. La insuficiencia del procedimiento de *habeas data*. - IV. La "autodeterminación informativa". Su accidentado arribo al ordenamiento jurídico peruano. Distorsiones de la doctrina y jurisprudencia españolas difusoras de la "informationelle Selbstbestimmungs" alemana. Reseña sobre algunas desafortunadas intervenciones de nuestro Tribunal Constitucional. - V. Responsabilidad civil y el tratamiento de datos personales. El modelo estadounidense y el modelo italiano. Consideraciones sobre la posibilidad de crear un sistema de protección resarcitoria a partir de las normas del Código Civil. El tratamiento de datos personales como "actividad riesgosa o peligrosa". El daño moral. Breves referencias acerca de dos recientes sentencias italianas sobre el punto. - VI. Responsabilidad civil y tratamiento de datos personales: el camino hacia la legislación especial. - VII. Consideración final.

I. ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

El tema del que me ocuparé en estas páginas es de viva actualidad en el campo de la responsabilidad civil.

Se trata del supuesto en que los daños son ocasionados por efecto de la manipulación de datos personales, es decir, por toda actividad de carácter privado o público que tenga como materia informaciones referida a sujetos de derecho. Ejemplos de tales actividades son la adquisición o recogida de los datos, su procesamiento, con o sin la asistencia de programas informáticos, conservación, utilización, divulgación, distribución, publicación, actualización, modificación o cancelación.

Como se entiende, ninguna hipótesis de responsabilidad civil puede estudiarse sin antes tener en claro qué es lo que se pretende proteger con el resarcimiento.

Las consideraciones y análisis preliminares que se efectuarán respecto de este punto fundamental, además de servir como recordatorios de la antigua hermandad de la responsabilidad civil con la responsabilidad penal –en cuyo ámbito, en cambio, los estudiosos no acostumbran prescindir de brindar referencias sobre los "bienes" en juego–, resultan también inevitables, por más que la antesala de la cuestión central se termine dilatando.

Tampoco puede omitirse efectuar, mucho menos entre nosotros, una reflexión en torno de la intervención –hasta el momento mal encaminada, como se verá– del Tribunal Constitucional, en lo que atañe a la elaboración de directrices para la protección de los ciudadanos ante la manipulación de datos personales; así como de tendencias y directrices que, por encima de todo, se puedan considerar válidas y atendibles por ser coherentes, por no ofender al sentido común

y, desde luego, por demostrar conocimiento del problema abordado (o sea, que ostenten verdadera e intachable legitimidad), y no por la pura letra de disposiciones legales dispersas que mueven a algunos a considerar sus fallos como "jurisprudencia de observancia obligatoria".

En tal sentido, se apreciará cómo la importación de la idea alemana de "derecho a la autodeterminación informativa", por parte de nuestro Tribunal Constitucional, persistente en su nociva tendencia a poner en circulación, de manera distorsionada, cada vez más y más "derechos fundamentales" que han echado raíces en otras experiencias, se ha realizado sin que se sepa nada acerca de su consistencia e implicancias y, peor aún, sin que haya mediado la necesaria reflexión sobre si los elementos del ordenamiento jurídico peruano permitan su firme postulación y desarrollo entre nosotros. Con ello, habrá ocasión de constatar, igualmente, la deplorable falta de comunicación y retroalimentación cultural que reina, sin visos de solución, entre los operadores del derecho público y del derecho privado en el Perú.

Como último punto, y sin abandonar la perspectiva de la comparación jurídica, que ha dado muestra, por todos lados, de ser esencial para el estudio de la temática de la sociedad de la información, rendiré cuenta sobre los posibles espacios de aplicación de la responsabilidad civil en esta sede y expondré, procurando no abandonar la óptica de esta institución, por qué estoy a favor de la planificación de una normativa especial de protección frente a la manipulación de datos.

El fundamento de mi parecer no será, naturalmente, la necesidad de un automático o mecánico *update* de la legislación peruana, que hace tiempo tiene como voceros a internautas-legisladores e internautas-columnistas jurídicos del medio, sino una fundada convicción acerca de la conveniencia de dotar a los posibles agraviados de remedios legales concretos.

II. EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN PERSONAL COMO PROBLEMA JURÍDICO. ALGUNOS MODELOS DE CONSTRUCCIÓN TEÓRICA: SU POSIBLE INSERCIÓN EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD, SU CONCEPCIÓN COMO ASPECTO DEL DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD O COMO NUEVO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Por testimonios de amigos, sé que no he sido el único que ha recibido la llamada telefónica de un importante periódico de la capital, interesado en "actualizar" mis datos personales.

Al igual que muchos, entonces, también me he preguntado cómo es que una tan anónima cuanto educadísima interlocutora, y la empresa para la que trabaja, poseen, para comenzar, el número de teléfono de la casa donde resido.

Pero esa no ha sido la única sorpresa: "del otro lado" conocen también mi domicilio y profesión, mi dirección de correo electrónico; lo que les interesaba saber, según manifestaban, y como si ya no supieran "demasiado", es mi edad, el número de componentes de mi grupo familiar, mis intereses culturales y comerciales¹, etc.

¹ Aquí es de recordar, por ejemplo, un episodio que involucró a dos empresas de *software* en Estados Unidos: la Equifax Inc. y la Lotus Development Corporation a inicios de la década pasada. Ellas disponían de información acerca de 129 millones de consumidores (nombres, direcciones, indicadores de ingresos, referencias sobre intereses personales). Refiere RODOTÁ, Stefano, *Privacy e coesistenza della sfera privata. Ipotesi e prospettive*. En: *Politica del diritto*, Año XXII, 1991, pp. 527-538, *qso.*, si bien "no se ejerció ninguna crítica frente a tan abundante concentración de informaciones personales en los manos de las dos sociedades, si se determinó una violenta reacción cuando ambas anunciaron su intención de vender a empresas menores un disco que registraba las informaciones personales que habían recogido. La ulterior dissemination de las informaciones y la imposibilidad de ejercer el derecho de ser excluidos de las listas hicieron percibir dicha operación comercial como un grave atentado contra la *privacy*". Posteriormente, se comunicó que aquel proyecto quedaba en suspenso.

El problema de las llamadas *database sales of data* es bien ejemplificado por COMANDÉ, Giovanni, *Baseche di dati personali e privacy*. En: *Le banche di dati personali*, al cuidado de Di CROMBO, Francesco, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 99-100, con la referencia al caso de Image Data LLC, una empresa estadounidense dedicada a la elaboración de fotografías digitales para licencias

Aquí lo que ha tenido lugar es un desplazamiento del poder de control, en sentido lato, de la información personal: esta deja de recaer en manos exclusivas del propio sujeto al cual concierne, y pasa a ser coadministrada o "manipulada" —en los términos que señalaba al comienzo— por extraños, con los más variados propósitos.

El fenómeno no es nuevo. Hace décadas se comenzó a advertir que "por efecto de la acumulación de datos destinados a documentar identidades, características, situación patrimonial, orientación sexual, valores ideológicos, opiniones políticas, ambiciones (y todo otro rasgo "saliente") de las personas, toda zona de reserva, secreto o *privacy devolve* (...) territorio de conquista para una burocracia y un sistema empresarial que (...) terminan por dar consistencia real a la imagen del individuo, el cual se ve reducido a síntesis de características que se graban de manera cuidadosa e ímpia".²

A partir de entonces, se ha venido generalizando la alarma ante la preocupante constatación de que no hay comportamiento susceptible de ser documentado que no pueda, a su vez, ser objeto de una captación de información.³ Hoy en día, muchas empresas invierten enormes sumas en *software* que les haga fácil el acceso y adquisición de información sobre los consumidores⁴, y ha surgido la fundada sospecha de que prácticamente toda conexión a la Internet representa una "fuente inagotable de informaciones personales. Los datos que se obtienen son reunidos para crear perfiles personalizados, mediante un procedimiento que, en los hechos, transforma la esfera privada de los ciudadanos en privilegiada mercadería de intercambio comercial. Además, la sociedad telemática ha desarrollado un mercado en el cual los bienes adquieren valor según su nivel de vinculación con las necesidades inmateriales de la persona: la utilización de los datos se realiza con fines económicos y la entera existencia del individuo resulta ser objeto de operaciones comerciales, al igual que las demás mercaderías".⁵

y tarjetas de crédito, que vendió, solo en South Carolina, tres millones y medio de fotos por cinco mil dólares. A fines de la década pasada, el periódico "Washington Post" denunció que dicha empresa era financiada por el servicio secreto, y que con aquellas fotos se podía estar creando una *anti-fraud database*, una base de datos nacional a ser utilizada en la prevención del terrorismo y de la inmigración clandestina.

² Tal era el visionario enfoque de SIMITIS, Spiros, *Chancen und Gefahren der elektronischen Datenerhebung-Zur Problematik des "Datenschutzes"*, En: *Neue juristische Wochenschrift*, Año 26, No. 16, 1971, pp. 673 y ss., según la síntesis de BESSONE, Mario, *Politica dell'informazione e strategie di "Datenschutz"*. En: *Politica del diritto*, Año V, 1974, p. 109, también seguida por ALPA, Guido, *Privacy e status dell'informazione*. En: *Rivista di diritto civile*, Año XXV, Parte I, 1979, p. 69.

³ MIRABELLI, Giuseppe, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 315.

⁴ Tal como lo destaca SCHWARTZ, Paul M., *Property, Privacy and Personal data*. En: *Harvard Law Review*, Volumen 117, 2004, pp. 2056-2057.

⁵ D'AGATA, Clizia, "Self" e "Strict" Regulation: *Il trattamento via Internet dei dati personali nell'approccio "pluridisciplinare" di tutela introdotto dal Codice della Privacy*. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, pp. 883-884. Por su parte, SCHWARTZ, Op. Cit., p. 2057, advierte que "a strong conception of personal data as a commodity is emerging in the United States, and individual Americans are already participating in the commodification of their personal data".

Para que no queden dudas al respecto, basta leer lo que se contempla expresamente en la *privacy policy* de una de las empresas procederas de correo electrónico gratuito más importantes del mundo: "Yahoo! collects personally identifying information when you register for a Yahoo! account, when you use certain Yahoo! products or services, when you visit Yahoo! pages, and when you enter promotions or sweepstakes. When you register with Yahoo!, we ask for your name, email address, birth date, gender, post code, occupation, industry, and personal interests. Once you register with Yahoo! and sign in to our services, you are not anonymous to us"; y, a renglón seguido, que: "Yahoo! uses information for three general purposes: to customize the advertising and content you see, based on the details given by you at registration and your activity at Yahoo!, to fulfill your requests for certain products and services, and to contact you about specials, new products and for customer feedback".

Que aquí los datos personales dejan de ser administrados por su propio titular es claro, aunque la compañía exprese luego que se compromete a "not sell or rent to anyone" la "personally identifiable information" del usuario.

Esto, desde luego, es como una invitación a autoprotegerse, como hacen muchos, mediante la consignación de información falsa al momento de inscribirse para disponer de una cuenta de correo electrónico. Como señala COMANDE, Op. Cit., p. 125, la Internet "modifica nuestra percepción de lo que debe permanecer en privado", y puesto que cada vez nos esperamos "menos *privacy* por lo que posemos en la red", ello bien podría imponer una actual "abrigada a mantener en secreto (a no insertar en las bases de datos ni hacer conocible, de ningún modo) las informaciones que se quisiera conservar como reservadas".

Con todos estos elementos se plasma una situación desconcertante: la creciente comercialización de datos personales hace que se intensifique el proceso de transformación de los individuos en mercaderías, si se tiene en cuenta que se les pasa a considerar como "la suma de diversas informaciones que pueden reagruparse o dividirse de acuerdo con el uso comercial que se les quiera dar".⁵

En dicho contexto, un jurista de extraordinaria agudeza efectúa la siguiente reflexión: la condena es inmediata respecto de la venta de partes del "cuerpo humano", porque esta operación es vista como violación de la dignidad de la persona; en cambio, la venta de partes del "cuerpo electrónico" se acepta, a pesar de los efectos, particularmente graves, que puede ocasionar. "La venta de un riñón se prohíbe para proteger la dignidad, aunque no tiene incidencia en la funcionalidad del cuerpo humano, como lo demuestra la admisibilidad de la donación inter vivos de tal órgano. Hay que esforzarse, por el contrario, si se pretende comprender el enorme potencial de riesgo que encierra la cesión de informaciones sobre la salud o de datos genéticos, cuya libre circulación en el espacio informativo global y, más aún, su utilización por sujetos como las compañías de seguros o los empleadores, pueden determinar pesarasas discriminaciones o estigmatizaciones sociales".⁶

La protección de la aparentemente incontrastable aspiración de los sujetos a mantener en reserva, si no es que a tener injerencia efectiva en la manipulación de su propia información personal, ha dado pie a distintas construcciones teóricas y a trascendentes debates en el plano de la política del Derecho.

Uno de los caminos seguidos es el de apreciar en dicha reserva o control el ejercicio de una titularidad jurídica similar a la propiedad. De tal forma, aquel al que los datos personales se refieren estaría en condición de excluir a todos los demás de la intromisión en su esfera de gestión de algo que le "pertenece".

Sin embargo, lo anterior implica dar un primer paso, a saber, el de elevar la información personal a la categoría de bien susceptible de apropiación y disposición, y la doctrina no parece encontrarse de acuerdo al respecto.⁶

Más adelante, indicaré un ejemplo de *privacy policies* señaladas por una empresa peruana. Véase: *infra*, nota (103).

⁵ SIMETIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, trad. de Valentina Grippo y Laila Perciballi. En: *Rivista critica del diritto privato*, Año XV, 1997, p. 575.

⁶ RODOTÁ, *Diritto, diritti, globalizzazione*. En: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Parte I, 2000, p. 768. El autor realiza esta reflexión en: *Proprietà, privacy e pornografia: le tre "P" di Internet*. En: *Problemi dell'informazione*, Año XXVI, 2001, p. 240: "cuando se les propone un servicio gratuito a cambio de sus datos, ustedes ceden (...) una parte de su cuerpo electrónico. En cambio, si alguien les propusiera ceder a cambio de dinero una parte de su cuerpo, lo harían solamente si fueran uno de los tantos que viven en países azotados por la pobreza, y que se ven compelidos a vender un riñón. Los efectos, ciertamente, no son de inmediata los mismos, pero hay existe una amplia coincidencia, analítica y pesarosa, sobre las discriminaciones que se han producido para personas que habían cedido sus datos personales, a causa de la circulación de esos".

Con relación a las bases de datos jurídicas, COMANDÉ, *Op. Cit.*, p. 123, anota algo que también es de incuestionable validez para nuestro medio: que "el interés del público en conocer una serie de informaciones en masa pública (especialmente respecto de las actividades de la Administración) se contraponen al interés de las individuos en no tener datos sensibles o embarazosos que puedan difundirse entre el público. La difusión de tales informaciones podría dañar la reputación, o conducir a discriminaciones o estigmatizaciones sociales (como el padecer de sida o el tener antecedentes penales)".

⁷ En la doctrina italiana, este punto ha dado lugar a importantes contribuciones. Me tengo que limitar a citar las posiciones, discrepantes de PERLINGIERI, Pietro, *L'informazione come bene giuridico*. En: *Rassegna di diritto civile*, 1990, pp. 325 y ss.; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *vaz. Informazioni (profilo civilistico)*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Volumen IV, Utet, Turin, 1989, pp. 420 y ss.; ID., *Sull'informazione come "bene" (e sul modo del dibattito giuridico)*. En: *Rivista critica del diritto privato*, Año XVII, 1999, pp. 485 y ss.; y MESSINETTI, Davide, *Circulazione dei dati personali e dispositivi di regolamentazione del potere individuali*. En: *Rivista critica del diritto privato*, Año XVI, 1998, pp. 339 y ss. Más recientemente, la cuestión ha sido estudiada por OLIVO, Francesco, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*. En: *Giurista civile*, Volumen LII, Parte II, 2002, pp. 157 y ss., quien intenta —con opinables, pero meritorios— resultados, formular una lectura de este tema de nuestros días con el soporte conceptual de las siempre fructíferas páginas de PUGLIATTI, Salvatore, *vaz. Beni (finanza generale)*, en: *Enciclopedia del diritto*, Volumen V, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 164 y ss.

Otra vía, mucho más ardua, a pesar de la falaz impresión que suscitan semi-elaborados y repetitivos discursos que están a la orden del día, incluso entre nosotros, es el de desenvolver el análisis en el campo de los derechos de la personalidad.

En este, más bien, delicado ámbito, el rumbo termina siendo incierto: o se ensanchan el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad personal, que ya cuentan con reconocimiento jurídico, a fin de que comprendan dentro de su espectro el control de la información individual; o bien se proclama un nuevo aspecto del derecho general de la personalidad; o bien se crea un nuevo derecho de la personalidad.

Estas tres últimas soluciones se encuentran igualmente en pugna en otras experiencias, algunas de las cuales han tenido, desde siempre, ascendencia en la nuestra.

Intentaré exponer la triple alternativa, sin perder de vista los elementos de juicio que suministra el ordenamiento nacional.

Por lo menos en nuestro medio, sostener que el control de los datos personales forma parte del derecho a la intimidad, de modo absoluto, resulta inaceptable.

Con una afirmación semejante se daría prueba verosímil de ignorar que el derecho a la intimidad representa una conquista de la jurisprudencia y doctrina foránea —la estadounidense y la italiana, por ejemplo— que se ha incorporado a la legislación peruana, como ha ocurrido con tantos productos jurídicos elaborados en el exterior. Un producto normativo que, si bien consagrado formalmente entre las numerosas voces decorativas que contienen nuestra Constitución y Código Civil, no tiene en el Perú, ni por asomo, el mismo valor que se le reconoce en sus experiencias de procedencia.

La consecuencia de esta recepción puramente formal es la ausencia del efecto social de rechazo que sería de esperar frente a episodios en los cuales la intimidad, ni más ni menos, es cotidianamente vulnerada.

Indicios seguros acerca de lo que acabo de señalar nos los brindan, cotidianamente, los programas de televisión en los que se infringe impunemente la esfera privada de ciertos sujetos, sobre la base de la errada y condenable premisa de que los llamados "personajes públicos" carecen de intimidad.⁹

PARDOLESI, Roberto, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*. En: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, al cuidado del mismo autor, Volumen II, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 54-55, rinde cuenta sobre la tendencia, surgida en el Derecho de Estados Unidos, a reconocer a los individuos un *property right* sobre las informaciones que se refieren a ellos. A favor de esta tendencia —expone— está la idea de que los individuos tendrían así la posibilidad de negociar con las empresas los aspectos relativos a la utilización de sus datos y, además, obtener una compensación adecuada en la operación. De igual forma, los que usan los datos tendrían incentivos, no solo para evaluar las ventajas de su decisión de operar con estos bienes (sea lo que se daría un impulso a iniciativas económicas justificadas), sino también para incrementar la calidad de la recogida de los datos, porque la vía contractual permitiría que la adquisición fuera genuina, sin reticencias por parte de los titulares de los datos. A esta visión, el autor italiano opone cuatro argumentos, tal vez irrefutables, inspirados por la propia doctrina estadounidense: (i) la incondicional libertad de disponer de los datos es incompatible con los intereses de la persona que, luego, quiera reivindicar el control de estos; (ii) los datos personales no parecen ser recursos escasos; lo que escasea, a la vista de lo que sucede hoy, es más bien su confidencialidad y por ello no existe la base para pensar en una asignación óptima de recursos, que es el sustento de los *property rights*; (iii) no se pueden efectuar analogías con la propiedad intelectual, porque en relación con los datos personales no son necesarios incentivos para su creación y difusión, accediendo a que ellos ya existen *in rerum natura*; y, (iv) la barrera ética a la reducción del valor de la persona a la condición de mercancía. En suma, hay motivos para no admitir "una aproximación que privilegia el tener, donde la personalidad debe reconocerse al ser".

⁹ Bien advierte FERRI, Giovanni Battista, *Privacy, libertà di stampa e diritto*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 154-156, que la idea de "notoriedad" aparece muy a menudo, en el imaginario colectivo, como "un área que de por sí es expresión de la presencia de un interés público y que, como tal, hace legítima la intrusión en la vida privada. Es como si la simple notoriedad de una persona fuera suficiente de relevancia pública de ésta y permitiera, entonces, rebajar el umbral de protección de su vida privada". A renglón seguido, hace ver que la notoriedad es más bien "una condición común de diversas individuos y que tiene

Otra prueba concreta de desinterés es la falta de conciencia de los ciudadanos frente a sucesos que se consideran de poca importancia, o sencillamente irrelevantes¹⁰, como el que he relatado al comienzo, a pesar de que las recientes especulaciones que se han formulado acerca de la utilización de bases de datos de clubes y de registros de ciudadanos de Municipalidades de la capital por parte del partido político liderado por Alejandro Toledo¹¹, con miras a su inscripción en el registro electoral y su participación en los últimos comicios presidenciales, deberían poner en alerta a la colectividad sobre el valor de la información personal.¹²

En tal sentido, no hay cómo discrepar de cuanto se señala en la Exposición de Motivos del reciente Anteproyecto de enmienda al Código Civil de 1984:

*"¿Quién en alguna transacción no ha dado datos sobre su persona? En efecto, cuando nos adherimos a un contrato con cláusulas predispuestas, como el de tarjeta de crédito (o débito), o para adquirir una línea para telefonía celular, o cuando ingresamos a la universidad, damos una serie de datos a nuestros co-contratantes, sin tener conciencia del destino que se les puede dar. Ello adquiere mayor relevancia, por cuanto existen empresas que se dedican a informar sobre la reputación económica de las personas y, en algunos casos, se pueden generar situaciones en las que, al proporcionar datos falsos o inexactos (por desactualizados), se pueden generar daños".*¹³

Lamentablemente, la visión que coliga de manera automática el control de los datos personales con el derecho a la intimidad se ha transformado en moneda común entre nosotros, debido a la intermediación equívoca, una vez más, de la doctrina¹⁴ y legislación españolas que se

*origenes distintos: existe la notoriedad del astro deportivo, del divo cinematográfico o televisivo y, finalmente, la notoriedad de otros sujetos, como, por ejemplo, los hombres políticos o aquellos que, de una u otra forma, cumplen funciones públicas". Y concluye, educativamente, que "la intimidad, virtuosa o viciosa de un divo cinematográfico o deportivo, no menos que sus ideas o ideologías no tienen relevancia de interés público, sino que pertenecen a la dimensión de su privacy: como tales, merecen completa (o normal, diría yo) protección y tutela", mientras que si pueden conocerse y difundirse "noticias sobre el patrimonio, y tendencialmente (siempre con mayor cautela), incluso sobre la salud de las personas llamadas a administrar intereses públicos, así como a toda información que permita a los ciudadanos ponderar si son hábiles, competentes, rectos o, en breve, hábiles moralmente y técnico-profesionalmente para cumplir las funciones que les han sido asignadas". Del mismo parecer es CALVO, Roberto, *El derecho a la noticia dopo la legge n. 675 del 1996*. En: *Contratto e impresa/Europa*, Año III, 1998, p. 422.*

¹⁰ Hace ya tres décadas, RODOTÀ, *La "Privacy" tra individuo e collettività*. En: *Política del derecho*, Año V, 1974, p. 558, alertaba que solo en raras ocasiones el ciudadano individual "está en condición de captar el sentido que la recogida de determinadas informaciones puede cobrar en organizaciones complejas y dotadas de medios sofisticados para el tratamiento de datos, por lo cual puede pasar por alto, para ellos, el grado mismo de peligrosidad del empleo de tales datos por parte de aquellas organizaciones".

¹¹ Véase la nota de MANCO, Antonio y TORRES, Juan Luis, y el parecer del congresista Rafael Rey, en la edición on-line del diario "Correo" de Lima, del 30 de abril del 2005: <http://www.correo.pe>.

Recientemente, ha generado alerta el caso de la empresa estadounidense Choice Point, dedicada a la compra de bases de datos, incluso de registros electorales de países de América Latina, que los cuales, según se ha llegado a saber, son revendidas, por ejemplo, a las agencias federales de Estados Unidos, interesadas en adquirirlos para fines de seguridad interna. Al respecto, pueden verse, entre otras interesantes notas: *¿El fin de la privacidad?*. En: <http://weblogs.cfire.org.es/blog/archivos/00066.php>; *El muy peligroso robo de identidad*. En: <http://www.clarin.com/suplementos/informatica/2005/05/04/00811.htm>; y *Choice Point, empresa peligrosa*. En: <http://www.sipar-par.org>.

¹² No debe creerse que este problema de desinformación es propio de los países en vía de desarrollo. En los países de la Unión Europea, donde existen, por mandato comunitario, instituciones públicas específicamente encargadas de proteger los derechos de los ciudadanos frente a la manipulación de datos personales ("agencias de protecciones de datos", como se llaman en España), una de las misiones encomendadas a ellas es, justamente, la de formar una "conciencia colectiva" acerca de estas temáticas. "El fin es la adquisición, por parte de los particulares, de una conciencia plena sobre el deber de protección de sus datos personales": D'AGATA, Op. Cit., p. 393. Entre los autores italianos, hay quien considera, inclusive, que "el valor de la intimidad no parece tan afianzado en la conciencia común", si se efectúa, por ejemplo, una comparación con lo que sucede en los países del common law: CLARICH, Marcella, *Privacy informatica: prime osservazioni*. En: *Danno e responsabilità*, 1997, No. 2, p. 139.

¹³ El Anteproyecto puede consultarse en: <http://www.mijnus.gob.pe>. Más adelante, exponeré amplias consideraciones sobre este documento. Véase: *ibídem*, § VI.

¹⁴ Doctrina a la que, para comenzar, se debe el error de traducir como "derecho a la intimidad" el "right of privacy" estadounidense, a partir de una muy mala edición en castellano del artículo de WARREN, Samuel D. y D. BRANDEIS, Louis, *The Right to Privacy*.

han divulgado en el Perú en los últimos años, así como a las confusiones creadas por el mediocre periodismo que continúa imperando, mal disfrazado de científicidad, en el estudio de los temas jurídicos relativos a las nuevas tecnologías (informática, bioética, telecomunicaciones, propiedad intelectual, etc.).¹⁵

En el fondo, sin embargo, y en oposición a lo que se podría suponer, prevenirse contra tan erróneas perspectivas se ha vuelto muy sencillo, si se echa mano a la exclusiva fuente de conocimiento de los periodistas jurídicos: la Internet, un instrumento que en definitiva resulta riesgoso, porque por más que facilite el "download", la "descarga", de cosas dichas en otros lugares, que luego se pretenden hacer pasar por originales, obliga también, aunque sea moralmente, a los importadores-copistas de ideas foráneas –y de leyes, como se ha revelado (y ya era tiempo, porque este "método" de trabajo de los congresistas no era desconocido para nadie) en relación con una propuesta parlamentaria¹⁶– a ser doblemente prudentes, para no ser descubiertos.

Es suficiente, como venía anotando, informarse someramente acerca del trasfondo histórico-social y del desarrollo a través de los años del derecho a la intimidad fuera del Perú para saber que en Estados Unidos e Italia, solo por citar dos casos, la "privacy" y la "riservatezza" han podido ser modeladas o configuradas con plena discreción por los autores y jueces con la libertad creativa permitida por su "existencia" más allá de toda normativa.

Por lo tanto, la lectura de la doctrina y jurisprudencia de tales países no puede ser equivalente para un intérprete nacional, porque en la Constitución peruana en vigor sí se hace explícita referencia a la "intimidad". En ella se reconocen el derecho "a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar" (artículo 2, numeral 6) y el derecho "al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz e imagen propias" (artículo 2, numeral 7, primer párrafo).

A la "intimidad personal y familiar" ya se hacía referencia, por imitación de la Constitución española de 1978¹⁷, en la Constitución peruana de 1979. En esta se reconocía el derecho "al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas y agravada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley" (artículo 5, numeral 2).

En: *Harvard Law Review*, Volumen 4, 1890-1891, pp. 193 y ss. La versión a la que me refiero, a cargo de BASELGA, Pilar, lleva por título *El derecho a la intimidad* y fue publicada por la editorial Civitas, de Madrid, en 1995.

Con la opción de traducir "privacy" con "intimidad" como/a, entre otros, mi apreciado amigo Emilio SUÑE LLINÁS, *Tratado de derecho informático*, Volumen I, *Introducción y protección de datos personales*, Segunda Edición, actualizada por ALMUZARA ALMAIDA, Cristina, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2002, p. 38.

Contra el desacierto de traducir "privacy", ya formulaba advertencias Francesco CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata (Contributo alla teoria della libertà di stampa)*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Año V, 1955, p. 5. El excelso jurista italiano prefería la expresión "derecho a la vida privada", que luego iba a suer propio el legislador francés en 1970, en la reforma del *Code Napoléon*, cuyo artículo 9 fue modificado para reconocer, en su primer párrafo, el derecho de cada cual "au respect de sa vie privée". De protección de la vida privada habla también CATAUDELLA, Antonino, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 4-5. Ahora, la expresión se lee también en el encabezado de la ley chilena en la materia. Véase: *ibid.*, nota (39).

¹⁵ El "periodismo" jurídico, que a veces ni siquiera llega a ser tal, impera también en áreas como las del arbitraje, la protección de los consumidores, el derecho de la empresa y, cómo no, los derechos fundamentales.

¹⁶ Véase la excelente nota de HUILCA, Flor, en la edición *on-line* del diario "La República", del 14 de mayo del 2005, <http://www.larepublica.com.pe>, en relación con el vergonzante plagio de la Ley Orgánica española 4/2001 "reguladora del derecho de petición", por parte de los congresistas José Barba Caballero y Hildebrando Tupia.

¹⁷ En la Constitución española se lee, en efecto, que "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (artículo 18, numeral 1) y que "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 los derechos".

La irreflexiva decisión de los autores de nuestra Constitución anterior ha de haber influido en el trabajo de los artífices del Código Civil de 1984, los cuales, renunciando a su bien encaminada perspectiva italiana del régimen de protección jurídica de la persona –con la cual, probablemente, se habría podido incorporar a nuestro ordenamiento la intimidad en “estado puro”, por decirlo así-, dispusieron también que “*la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésti ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden*” (artículo 14).

Para quien conozca la materia, no debería existir ninguna duda sobre la imposibilidad de asimilar esta relativamente antigua imitación de la Constitución española, que es la inconvenientemente adjetivada “intimidad personal y familiar”¹⁸, de la que hablan nuestros constituyentes, con aquel derecho a la “intimidad” a secas, que se ha elaborado con ejemplar denuedo más allá de nuestras fronteras.¹⁹

En un marco como el descrito, una asociación conceptual entre el control de datos personales y la intimidad, rectamente entendida, no puede ser acriticamente deducida de una doctrina no menos imitadora de otras modelos (o sea, la española): dicha asociación solo sería concebible en nuestro país si, como primer paso, se replanteara sustancialmente la noción de “intimidad”.

El antecedente de dicha disposición fue, con seguridad, el artículo 26, subtítulo “Otros Derechos Personales”, numeral 1 de la Constitución portuguesa de 1976, donde “*se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación*”. Hay referencias al respecto en los artículos de PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El derecho a la intimidad en la Constitución*. En: “Anuario de derecho civil”, Tomo XXXIII, Fasc. IV, 1980, p. 915; y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho a la intimidad*. En: *Tratado de intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 28; así como en el muy mediocre libro de REBOLLO DELGADO, Lucecita, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 101.

La fuente de inspiración de ambas Constituciones, la portuguesa y la española, bien pudo haber sido el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma (1950), en cuyo artículo 8 se establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [...]*”. Hoy por hoy, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 reconoce en su artículo 7, subtítulo “Respeto de la Vida Privada y Familiar”, que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

No es de extrañar, con todo, que haya sido en el Derecho portugués, ni más ni menos, donde se habló por vez primera, en el nivel constitucional, del “derecho a la intimidad”, porque en Portugal, precisamente, se tradujo la primera edición del famoso volumen del civilista romano Adriano DE CUPIS dedicado a los derechos de la personalidad (véase *infra*, nota 25), la cual se remonta a 1950. La versión portuguesa, al cuidado de Adriano Vera Jardim y António Miguel Caires, fue publicada por Ineditonal La casa Moais de Lisboa, en 1981, con el título *Os direitos da personalidade*. A esta base doctrinal, hay que sumar la antigua ascendencia de la cultura jurídica germana (y, por lo tanto, de la teoría del derecho general de la personalidad) en el Derecho Civil lusitano.

¹⁸ Mala adjetivación y recorte que se aprecian, inclusive, en el diccionario de la Real Academia Española, donde el significado reconocido a la “intimidad” es, según la vigésima segunda edición de dicha obra, el de “*cosa especialísima y reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia*”.

¹⁹ El *diritto alla riservatezza* debe considerarse, sin duda, como “*construcción de la doctrina y de la jurisprudencia*”, en palabras de MIRABELLI, Op. Cit., p. 317. También lo subraya GIACOBBI, Giovanni, *La riservatezza diritto alla*. En: *Enciclopedia del diritto*, Volumen XI, Giuffrè, Milán, 1989, p. 1244. La contribución de la magistratura, sobre todo la de primera instancia, en su elaboración es algo indiseñable en Italia y así consta en reseñas como las de BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato; y NATOLI, Ugo, *Diritto civile*, I-I, Utet, Turín, 1987, pp. 173 y ss.; TAMBURRINO, Giuseppe, *Le persone fisiche*. En: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e consociate fondata da Walter Bigazzi*, Utet, Turín, 1990, pp. 193 y ss.; RUFFINI GANDOLFI, Mario Letizia, *La riservatezza*. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Volumen V, Utet, Turín, 1990, pp. 71 y ss.; COSSU, Ciriaco, *Dal caso Soraja alla nuova legge sulla tutela della riservatezza*. En: *Contratto e inqerent*, Año XIV, 1998, pp. 49 y ss.; ALFA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 423 y ss.; GIUFFRIDA, Antonio, *Il diritto alla riservatezza*. En: *Le persone*, Volumen III, *Diritto alla personalità*. En: *Il diritto privato nella giurisprudenza*, al cuidado de Paolo CENDON, Utet, Turín, 2009, pp. 291 y ss.; y PARDOLESI, Op. Cit., pp. 14 y ss., quien habla, gráficamente, de la “*lega marchia*” de la *privacy* en el ordenamiento italiano.

Un *make* como el anterior es menos necesario respecto del Derecho estadounidense, cuya formación jurisprudencial nadie desconoce; lo destacable en esta experiencia sería, más bien, la contribución de la doctrina, a partir del citado artículo de WARREN y BRANDEIS, que PROSSER, William L. *Privacy*. En: *California Law Review*, Volumen 48, 1960, p. 383, califica como “*the outstanding example of the influence of legal periodicals upon the American law*”. Por su parte, MICHALI, James, *Privacy and*

En relación con este punto, la doctrina es unánime al subrayar dos momentos en la evolución del derecho a la intimidad. En el primero²⁰, se reconoce a la persona la protección absoluta de un espacio dentro del cual puede desenvolverse con exclusión del conocimiento de los demás o respecto del cual el conocimiento exterior es regulado de manera exclusiva por el interesado. En el segundo, el espacio concedido no es ya puramente de reserva o secreto, sino de influencia del interesado en la circulación de la información que a él se refiere: el titular "puede exigir formas de "circulación controlada" y no solo interrumpir el flujo de las informaciones que le conciernen".²¹ La protección urge, no por la posibilidad de que la conozca otro, sino por el uso que otro puede hacer a la información personal ajena: la intimidad deja de identificarse con la ausencia de informaciones sobre un sujeto (contenido negativo); ahora la palabra clave es el "control" de tales informaciones (contenido positivo).²²

Entendido, entonces, como "poder exclusivo de disfrute de la propia esfera privada", el derecho a la intimidad se presenta "inadecuado frente a los peligros para los derechos de la persona vinculados con la actividad de recogida y elaboración de las informaciones: esta última, en efecto, no puede ser prohibida tout court, pero necesita ser regulada, a fin de que no resulte lesiva de los derechos de la persona".²³

Así pues, aun contando con una renovada noción de intimidad –redefinición que, en la experiencia italiana, parece estar simbolizada por el reemplazo, en el lenguaje jurídico, de la palabra "riservatezza" por el término "privacy"–, una solución satisfactoria al problema aquí estudiado no estaría garantizada.

En efecto, como ha hecho ver un autor, por más amplia que fuera la noción de "intimidad",

Human Rights, Dartmouth-Aldershot y UNESCO-Paris, 1994, p. 82, habla de dos niveles judiciales en el desarrollo de la privacy en Estados Unidos: el del "Derecho común", donde se ubican los remedios aplicados por los jueces frente a las particulares "invasions of privacy" y el del Derecho Constitucional, donde los tribunales federales han evaluado intereses opuestos al derecho, constitucionalmente reconocido, a la privacy.

²⁰ El referido proceso es ilustrado en estos términos por AULETTA, Tommaso Amadeo, *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milán, 1978, pp. 30-31. En opinión de PARDOLISI, Op. Cit., p. 18: "el paso de la aspiración burguesa de seclusion (expresada por el right to be let alone) a la lógica de la reglamentación y de la distribución de los derechos sobre el flujo de informaciones concernientes a la persona afecta todas las esferas tradicionales y, como es obvio, aún no puede considerarse metabolizado por el sistema".

A la misma visión evolutiva arriba la doctrina estadounidense, a partir, por ejemplo, de FRIED, Charles, *Privacy*. En: *Yale Law Journal*, Volumen 77, 1967-1968, pp. 475 y ss. Una perspectiva histórico-social de este proceso es brindada por BEZANSON, Randall P., *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News and Social Change 1890-1990*. En: *California Law Review*, Volumen 80, 1992, p. 1133 y ss., y, desde la óptica del análisis económico del derecho, por POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, Segunda Edición, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) y Londres, 1983, pp. 268 y ss. En el campo de la comparación jurídica: RIGAUX, François, *L'élaboration d'un "right of privacy" par la jurisprudence américaine*. En: *Revue internationale de droit comparé*, Volumen 32, 1980, pp. 701 y ss.; y, aunque su enfoque es más bien global, SIMTIS, *Restoring Privacy in an Information Society*. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 135, 1987, pp. 707 y ss., especialmente, pp. 729 y ss.

²¹ RODOTÀ, *Privacy e contrazione della sfera privata. Apoteosi e prospettive*, Op. Cit., p. 522, a cuyas impresiones adhiere COMANDÉ, *Comentario sub art. 18*. En: *Tutela della Privacy* (7.31 diciembre 1996, n. 673). A su vez en: *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 479.

²² Así lo destaca COLONNA, Vincenzo, *Il sistema della responsabilità civile da trattamento dei dati personali*. En: *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, al cuidado de PARDOLISI, Op. Cit., Volumen II, p. 40. Más antes, COMANDÉ, Op. Cit., p. 479, había hecho ver que "la protección de la privacy no implica autonomía de informaciones, sino márgenes de control sobre las informaciones; los cuales comportan no poder actuar, no sólo defensivo, del individuo, y valen para "corrigir", por decirlo así, la calidad de la información involucrada en los procesos de decisión relativos al propio individuo".

A juicio de LOSANO, Mario G., *Un progetto di legge sulla protezione dei dati personali*. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1987, p. 468, la tarea de una ley sobre la intimidad, con especial referencia a este punto, consistiría, justamente, "no ya en limitar la circulación de los datos personales, sino en hacer transparente su circulación, evitando todo abuso. Sus normas, por lo tanto, deben balancear y armonizar la protección de los derechos fundamentales del individuo, por un lado, y las exigencias de una economía informatizada y egresionada, por otro".

²³ MONTINARO, Roberta, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo "Codice in materia di protezione dei dati personali"*. En: *Giustizia Civile*, Volumen LIV, 2004, Parte II, p. 251.

la protección jurídica que el ordenamiento concede a este derecho es de carácter represivo, sancionador y posterior a su contravención; en cambio, el interés a la protección frente a la manipulación de datos personales requiere, preeminentemente, una acción preventiva que apunte a evitar todo atentado posible.²⁴

Circunscribiendo el fenómeno del tratamiento de datos personales a un problema de intimidad, además, se propone una visión reducida de las cosas, porque igualmente involucrado, si no es que más, se encuentra el derecho a la identidad, otra de las instituciones que han llegado a nuestra cultura jurídica proveniente de Italia²⁵, y que hoy goza de reconocimiento en la Constitución (artículo 2, numeral 1).

La doctrina de su ordenamiento de origen ha contribuido a hacer de la "intimidad" y la "identidad" dos nociones perfectamente distinguibles.

Como se ha indicado, la intimidad responde, en principio, a la necesidad de que la persona disponga de un propio espacio individual, "reservado" y protegido frente a la indiscreción ajena o, como también se acostumbra decir -traduciendo una expresión proveniente del Derecho estadounidense-, la necesidad de toda persona "de ser dejada en paz" (*to be let alone*)²⁶ o, con mayor sutileza, "el derecho de estar con los demás bajo nuestras propias condiciones (siempre que estas no comporten la violación de los valores fundamentales del ordenamiento)".²⁷

La identidad, en cambio, responde a la exigencia que tiene la persona de ser reconocida por los demás, con arreglo a su propio patrimonio ideológico y cultural.²⁸

En relación con el control de la información personal se plantea, precisamente, la cuestión de dilucidar si lo susceptible de ser agredido es solamente la identidad.

Hay quien opina que es así: como es el derecho a la identidad personal el que protege al sujeto contra representaciones que no sean conformes a su propio patrimonio "ideal", lo razonable es asumir que este es el derecho que tiene la función de inhibir el acopio y divulgación de informaciones relativas a un sujeto, en tanto y en cuanto tal actividad pueda incidir en la imagen ideológica y cultural del afectado.²⁹

²⁴ MIRABELLÉ, Op. Cit., pp. 317-318.

²⁵ La paternidad de la expresión "identidad personal" (*identità personale*) corresponde, ni más ni menos, a DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Segunda Edición. En: *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Merlino*, continuato da Luigi Mangoni, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 399 y ss. Así lo reconoce, entre otras, ZENO-ZENCOVICI, Vincenzo, *voe Identità personale*. En: *Digesto della disciplina privatistica, Sezione civile*, Volumen IX, Utet, Turín, 1993, p. 295.

²⁶ Expresión acuñada por el juez Cooley, hacia 1888, según refiere PROSSER, Op. Cit., p. 389, y nota (59), ahora también en PROSSER, William L. y KEETON, W. Page, *On the Law of Torts*, 5ta. ed., West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1984, p. 849, nota (3). Jira también es la definición de "privacy" que figura en la voz *Right of Privacy and Publicity*, del *Corpus Juris Secundum*, Volumen LXXVII, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1994, p. 481: "The right of 'privacy' may be defined as the right of an individual to be let alone". En Italia, fue adoptada literalmente, en un primer momento, por RESCIGNO, Pietro, *Il diritto di essere lasciati soli*. En: *Sintesi di Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Jovene, Nápoles, 1964, pp. 494 y ss., quien habría de setonar el tema en: *Il diritto all'intimità della vita privata*, en *Scritti in onore di Francesco Sottoro-Passarelli*, Jovene, Nápoles, 1972, pp. 121 y ss.; y, más brevemente, en la voz *Diritti della personalità*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*, volumen XXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, p. 7 (de la separata). En nuestros días, RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, Op. Cit., p. 526, en relación con los momentos del derecho a la intimidad, a los que hago referencia en el texto, ha identificado una tendencia a pasar "del derecho a ser dejado en paz, al derecho de mantener el control de las informaciones que le concierren a uno".

²⁷ FERRI, *Persona e Privacy*. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Año LXXX, Parte I, 1982, p. 115.

²⁸ SCALISI, Antonino, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 151.

²⁹ SCALISI, Op. Cit., pp. 152-153.

A mi juicio, sin embargo, la apreciación anterior ofrece otra panorámica incompleta del fenómeno, porque está a la vista de todos que la manipulación de datos personales suele tener como protagonistas de excepción a los medios de comunicación, y donde se encuentra la libertad de expresión surge el conflicto de oponerle el límite, justamente, de la intimidad.

Por ello, comparto la idea de quien considera que los llamados daños "por información" pueden presentarse, sea cuando exista un interés en que la información se mantenga en secreto o revista "carácter reservado" (campo de la intimidad), sea cuando se divulguen informaciones falsas o parciales o datos verdaderos "fuera de su contexto" (campo de la identidad).³⁰

En cuanto a la otra perspectiva, que aborda la cuestión del control de los datos personales desde la óptica de los derechos de la personalidad, en general, los problemas que se presentan para el estudioso peruano son, principalmente, dos.

En primer lugar, el prácticamente nulo conocimiento, entre nosotros, de la teoría de los bienes jurídicos, de la teoría de los derechos de la personalidad (teoría pluralista) y de la teoría del derecho general de la personalidad (teoría unitaria o monista)³¹; conocimiento que sería saludable, sin duda, en tiempos de "Americanization" jurídica, en los cuales se han hecho necesarios, más que nunca, diques conceptuales y culturales que atenúen el colonialismo legal: en este caso, que ayuden a evitar que cobre arraigo verticalmente y sin mayor análisis, como ya ha ocurrido con otras nociones, el discurso estadounidense en torno del *right of privacy*.³²

En segundo lugar, lo inaceptable que resulta el tan peligroso cuanto acostumbrado y cómodo recurso a la creación conceptual y a la formalización normativa (en la Constitución o en el Código Civil) de nuevos derechos, por la posibilidad de que así se termine brindando sustento a pretensiones resarcitorias que, previamente, deberían ser objeto de la más atenta ponderación.

³⁰ Aquí tomo como base las consideraciones de CARUSI, Donato, *La responsabilità, ex: La disciplina del trattamento dei dati personali*, al cuidado de Vincenzo CLIFFARO y Vincenzo RICCIUTO, Giappichelli, Turin, 1997, pp. 359-360.

Respecto de la legislación italiana en materia, CAPPELLI, Amaria, *Il diritto all'identità personale*, en: *Vita notariale*, Año LII, 2004, p. 1159, expresa: "Il bene ha ratio de base de esta normativa affide, sobre todo a la intimidad, entendida como derecho a no ver arbitrariamente divulgadas informaciones relativas a la esfera personal propia, ello presenta aspectos tales que permiten su aplicación en el área de la identidad personal. En efecto, el valor que se da al consentimiento del interesado parece ser instrumental para la protección del interés de todos a que no se falsee la propia personalidad a través de la divulgación de falsas representaciones en orden a aspectos inherentes a ella. En otras palabras, se debe dar el interés de la posibilidad de ejercer un control sobre los datos personales que le conciernen, incluidos en las bases de datos informáticas, y así divulgados a la comunidad de los usuarios".

Demuestra desazonar el significado de "intimidad" y de "identidad", REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 117, quien afirma que la intimidad es un derecho subjetivo "en la medida que es la autoconciencia de ser y querer ser alguien diferente, distinto a los demás".

³¹ Toda esta terminología procede de Alemania, donde Otto von GUERKE hubo de definir los "derechos de la personalidad" como aquellos "que garantizan al sujeto el señorio sobre una parte esencial de su propia personalidad", y el "derecho general de la personalidad" como aquel que consiste en la "juntación, universal además, de existir y de actuar como sujeto de derecho, garantizada por el ordenamiento jurídico". Así lo refiere DEGNI, Francesco, *La persona fisica e i diritti della personalità. En: Trattato di diritto civile italiano relativo de diversi giuristi sotto la direzione di Filippo Fazzoli*, Vol. II, T. I, Utet, Turin, 1939, pp. 161-162, quien aclara, a tenor de las expresiones del jurista alemán, que la "personalidad", más que un "derecho subjetivo", es una "calidad jurídica".

Entre nosotros, es de consultar el artículo de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Propuesta para un reordenamiento del denominado derecho general de la personalidad*. En: *Derecho-Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 52, 1998-1999, pp. 271 y ss.

³² Lo que conllevaría acabar con la distinción entre derecho a la intimidad y derecho a la identidad personal, porque en la experiencia jurídica estadounidense, ambos conceptos se fusionan, prácticamente, en la "privacy".

En efecto, mientras que con el citado artículo de WARREN y BRANDEIS el núcleo de la "privacy" se identifica la protección del individuo frente a agencias externas (la prensa, para ser precisos), con la posterior y decisiva contribución de PROSSER, *Privacy*, Op. Cit., pp. 383 y ss., a los de PROSSER y KEETON, *On the Law of Torts*, Op. Cit., pp. 849 y ss., la doctrina estadounidense llega a derivar un "test *of false light*", en el cual se comprende un "test *of false light*", vinculado con aquella que para nosotros

La solución de todos los problemas identificados no puede perfilarse con rigor en el presente estudio; habría sido imperdonable, sin embargo, omitir señalar una cuestión tan importante como la relativa a la individualización de las situaciones protegidas, que muchas veces se comete el error de dar por sobreentendidas al momento emprender el análisis de las hipótesis de responsabilidad civil que han cobrado interés en los últimos tiempos.^{30a}

III. EL LUGAR APARENTEMENTE SECUNDARIO DE LA PROTECCIÓN RESARCITORIA DEL CONTROL DE LA INFORMACIÓN PERSONAL EN EL CUADRO DE LOS REMEDIOS A DISPOSICIÓN DE LOS INTERESADOS. LA NATURAL PREFERENCIA POR LA SOLUCIÓN PREVENTIVA. LA INSUFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS DATA

Una peculiaridad de los temas vinculados con la protección jurídica de las situaciones que carecen de punto de referencia material y externo, como los derechos de la personalidad, cuyo objeto no puede ser apreciado fuera de la esfera del titular (como sí ocurre con la propiedad, por ejemplo) es su vocación por el remedio inhibitorio³¹, es decir, por la necesidad, no de reprimir los daños, sino de ponerles freno y, con ello, desincentivarlos.³²

En otras palabras, los derechos de la personalidad no pueden considerarse protegidos de manera efectiva con la concesión de una suma en dinero, que es, en definitiva, en lo que se concreta la responsabilidad civil. Lo que debe perseguirse, cuando se trata de agresiones a la esfera personal es, ante todo, neutralizar los daños y evitar, simultáneamente, que cobre arraigo la idea de que con dinero es dado restaurar situaciones que son, por naturaleza, irresarcibles.

es más bien la "identidad personal", y que sigue formando parte de la "privacy". De todo ello informa ELDER, David A., *The Law of Privacy*, CBC, Nueva York, 1991, pp. 261 y s., especialmente, p. 264.

Para tener una idea de lo que significa la "privacy" en Estados Unidos difícilmente podría hallarse una síntesis mejor que la de POSNER, voz "Privacy", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, al cuidado de Peter NEWMAN, Volumen 3, Macmillan-Londres, y Stacks Press-Nueva York, 1998, p. 103: "la palabra "privacy" abarca un enorme ámbito en el derecho, del abuso a la violación de la correspondencia, de la videovigilancia a la protección del carácter confidencial de las informaciones médicas y personales, del derecho de las celebridades a controlar el uso de sus nombres e imágenes en la publicidad y el derecho de los usuarios a ser protegidos del correo electrónico no deseado a ciertos privilegios legales en el derecho de pruebas, como aquel que deriva de la relación abogado-cliente".

¿Habrá, ante tan variado elenco, quien pueda sostener, sin fallar a la razón, que la "privacy" puede ser equiparada al puro "derecho a la intimidad"?

^{30a} Este grave defecto analítico es reconocible en casi todos los trabajos que se han dedicado entre nosotros, por ejemplo, a la responsabilidad por daños al medio ambiente, a la responsabilidad por productos defectuosos, a la responsabilidad por abuso del derecho y al daño moral.

³¹ Como ilustra MESSINETTI, voz *Personalità (diritti della)*, en: *Enciclopedia del diritto*, volumen XXXIII, Giuffrè, Milán, 1983, p. 389, la inhibitoria "representa la reacción automática y natural contra la anti-juridicidad de un comportamiento. El valor jurídico, protegido a través del deber de abstenición ajena, explica de por sí la necesidad de que se hagan cesar los comportamientos que lo transgreden. La inhibitoria, por lo tanto, es el medio adherente a esta fundamental necesidad propia del valor jurídico. La cual se articula en dos aspectos, distintos, pero lógicamente homogéneos: como eliminación de las condiciones de hecho que impiden la realización prevista de una situación subjetiva sobre un bien (propiedad u otra situación real) o como represión de los comportamientos que representan la negación de un valor jurídico que se identifica de por sí en una norma" (el resultado es similar). Para el autor, la persona es, justamente, un valor jurídico, y elemento esencial del sistema normativo (Ibid., p. 371).

La eficacia de la inhibitoria, en lo concerniente a la protección de los derechos de la personalidad, en general, es destacada, de igual forma, por DOGLIOTTI, Massimo, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*. En: *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 676.

En relación con la intimidad, PARDOLISI, Op. Cit., pp. 27-28, afirma tajantemente, que "ser la ilustre confiar al resarcimiento del daño las esperanzas de protección de la privacy. (...) La verdadera protección de la privacy pasa a través del remedio inhibitorio, sólo así el sujeto consigue que los datos que le conciernen no sean accesibles al público".

³² Respecto del tema que se viene estudiando, GIACOBBE, *La responsabilità civile per la gestione di banche dati*, en: *Le banche dati in Italia*, al cuidado de Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, Jovene, Nápoles, pp. 92-93, expresa que "el instrumento técnico del resarcimiento del daño por equivalente representa sólo la extrema ratio, a la cual se puede recurrir en ausencia de medidas de protección preventivas, que sean idóneas para impedir la verificación del daño". En idéntico sentido: COMANDÉ, *Privacy informatica: prospettive e problemi*. En: *Danno e responsabilità*, No. 3, 1997, p. 146-147.

La mejor doctrina enseña, justamente, que la *inibitoria* resulta "absolutamente necesaria cuando el perjuicio que el sujeto lamenta no está en un agravio ya producido (y cuyas consecuencias materiales no puedan ser fácilmente eliminadas), sino en el peligro de que dicho agravio se vaya a verificar, o se perpetúe, en el futuro inmediato. Aquí lo que preocupa es el futuro, no el pasado".²⁸

Consecuencia de lo anterior es, asimismo, que el juicio de responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad se concentre preeminentemente en el rubro de los daños morales.²⁹

Resulta incongruente, por ello, que las personas que lamentan agravios contra su intimidad pretendan, continuamente, exageradas sumas a título de "reparación civil", de la mano con sendas denuncias penales. Con el otorgamiento de dichos montos no se resolvería nada. Lo único que se conseguiría es hacer que el resarcimiento recobrara exclusivamente la función sancionadora que se le reconocía en épocas remotas, si no es también el cariz vindicativo que las penas de carácter pecuniario poseían en los albores de la sociedad civil.

Pues bien, si el remedio *inibitorio* es el que parece más apropiado, en la experiencia extranjera, creadora de la figura que aquí se analiza, para garantizar una protección adecuada a los derechos de la personalidad, en el ordenamiento jurídico peruano se presentan ulteriores elementos que oscurecen la vía hacia una solución coherente del problema de la violación del control de los datos personales.

Tal es el caso de los procesos constitucionales, cuya finalidad es "proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo" (Código Procesal Constitucional, artículo 1).

Ya la propia acción de amparo, a la que puede recurrirse en caso de agresión a la intimidad familiar y personal, resulta prácticamente ineficaz en lo que atañe a este derecho.

En nuestra doctrina constitucional se advierte, certeramente, que "la vulneración del derecho a la intimidad y a la vida privada se produce automáticamente, con la sola injerencia externa o divulgación no autorizada de aspectos que pertenecen a este ámbito reservado, cuyo titular desea mantener fuera de conocimiento de los demás, una vez que los terceros toman conocimiento de los hechos de carácter íntimo o privado ya no hay forma de recuperar la reserva quebrantada y la agresión devendrá en irreparable desde el punto de vista estrictamente constitucional, por lo que resultaría eficaz la acción de amparo". Por tal razón, la "procedencia y eficacia del amparo quedarán (...) circunscritas únicamente a dos posibilidades: un uso preventivo de interponerse ante la amenaza de intromisión o divulgación de aspectos propios de la intimidad, para impedir que la agresión se consuma; es decir, anticiparse a que esta se produzca y evitar que

Por su parte, BUSNELLI, Francesco Donato, *Spunti per un inquadramento sistematico*. En: *Tutela della Privacy* (1. 31 dicembre 1996, n. 675), a su vez en: *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 230, enseña que "la recuperación de la responsabilidad se explica también -y se justifica, siempre en tribute al principio fundamental de respeto a la dignidad de la persona humana- cuando la protección de la *privacy*, destinada a la salvaguarda de valores fuertes, resulta intransigente. Aquí la protección resarcitoria brinda un resultado de segundo grado para todas las hipótesis en las cuales los instrumentos de protección preventiva no han valido para evitar la producción de un daño o, simplemente, no han sido utilizados".

²⁸ DE MAJO, Adolfo, voz *Tutela (ámbito personal)*. En: *Enciclopedia del derecho*, Vol. XLV, Giuffrè, Milán, 1992, p. 388.

La acción de la acción *inibitoria* como orientada a "prevenir, para el futuro, la repetición de actos o la continuación de una actividad contra las, es decir, *lesivas*, en ciertos casos, de los derechos que se reconocen a un sujeto", ya había sido propuesta por FRIGNANI, Aldo, voz *Inibitoria (acción)*. En: *Enciclopedia del derecho*, Vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, p. 560. Según este autor, "la acción *inibitoria* tiene una función eminentemente preventiva, dado que tiende a bloquear el ilícito o, mejor aún, a no permitir su repetición o continuación. Por ello, la *inibitoria*, si bien se basa en el pasado pues debe examinarse atentamente los elementos, para poder deducir si existe el peligro y la probabilidad de la repetición o de la reiteración del ilícito, apunta hacia el futuro, en tanto impone a un sujeto un determinado comportamiento para el futuro" (Ibid., p. 573).

²⁹ Véase: *ibid.*, § 5.

los hechos salgan de la esfera reservada; o una finalidad correctiva, cuando la vulneración ya se produjo y la acción pretende evitar que esta situación continúe produciéndose o que se reitere la difusión de los hechos".²⁷

La situación no varía respecto de la garantía constitucional expresamente prevista en relación con la violación de la intimidad personal y familiar por "servicios informáticos": la acción de *habeas data*.²⁸

El *habeas data* ha pasado años de virtual inaplicación, lo cual no es de extrañar, pues es el inexorable paradero de las figuras que se insertan en un ordenamiento sin una previa evaluación del medio en que van a aplicarse.

El estado de cosas es de lamentar, sobre todo si se tiene en cuenta que la expresión "del *habeas corpus* al *habeas data*" representa, desde hace tiempo, una verdadera consigna de los estudiosos europeos de los temas de intimidad y, ahora, de la "privacy informática".²⁹

Según lo señalado en la Constitución peruana de 1993 (artículo 200, numeral 3), el *habeas data* procede contra todo hecho u omisión, por parte de toda autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace el derecho a solicitar y obtener, sin expresión de causa, información de entidades públicas, o contra el suministro, por parte de servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, de informaciones que puedan lesionar la intimidad personal y familiar.

A fin de dar vida a una institución tan negligentemente trasplantada, si no es que nacida muerta, aquel singular producto legislativo que es el citado Código Procesal Constitucional –irreparable y deplorable prueba de que en el Perú impera la literalidad y de que son necesarias reglas jurídicas detalladas y claras, incluso para los integrantes del políticamente compuesto Tribunal Constitucional, que deberían ser los mejor capacitados y dispuestos para practicar la interpretación–, incluye una serie de disposiciones que apuntan a clarificar, en alguna medida, el panorama.

Se dispone que al proceso de *habeas data* se puede acudir para "acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obre en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material" (artículo 61, numeral 1), y –esto es lo que interesa– para "conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o

²⁷ EGURIGUREN PRAELI, Francisco, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*, Palestra, Lima, 2004, pp. 134-135.

Es motivo de extrañeza que en la regulación del proceso de amparo, en el Código Procesal Constitucional, no se haga referencia a la "intimidad personal y familiar", sino solamente a la "intimidad" (artículo 37, numeral 8).

²⁸ En tal sentido, ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, *Algunas notas sobre la protección del derecho a la autodeterminación informativa en América Latina, con especial referencia a lo previsto en el caso peruano*. En: *Normas legales-Legislación, jurisprudencia y doctrina*, Año LIX, T. 291, Agosto de 2000, p. A-136, opina: "resulta evidente, por ejemplo que el carácter de mecanismo a ejercerse en sede con fisonomía jurisdiccional, tan propio del *habeas data*, parece recordar sus posibilidades de empleo en tareas de control de tipo perentorio. Esto entraña consecuencias de significativa relevancia, si nos damos cuenta que aquí estamos frente a un derecho como es el de la autodeterminación informativa o libertad informática, derecho en el cual la inmediatez con la que se puede efectuar comportamientos abusivos merece hacer que la labor a cargo de la judicatura en estos casos pueda circunscribirse a un pronunciamiento completamente estereotipado; en rigor, poco útil para resarcir los perjuicios ocasionados a las víctimas de esos comportamientos abusivos".

²⁹ Por ejemplo: FERRI, *Persona e privacy*, Op. Cit., p. 77.

La expresión "del *habeas corpus* al *habeas data*" figura, inclusive, en el Informe anual de 2001, de Stefano RODOTÁ, quien ejerció el cargo de presidente de autoridad pública italiana para la protección de la *privacy* (Garante per la Protezione dei Dati Personali), publicado en: <http://www.garanteprivacy.it>. El autor ha vuelto a subrayar el punto en su conferencia *Tecnología y derechos fundamentales*, dictada el 16 de febrero del 2004, con ocasión de la inauguración de la Agencia Catalana de Protección de Datos, ahora publicada en: http://www.apdcat.net/en_gla/articles/TecnologiaDerechos.htm.

registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales" (artículo 61, numeral 2).

Este último enunciado es importante, porque los artífices del Código han "interpretado", discutiblemente, lo que ellos entienden por el derecho señalado en el antes referido artículo 2, numeral 7, segundo párrafo de la Constitución.

Es evidente que se ha sacado provecho del momento de la elaboración del Código para llenar de contenido una disposición que, cierto es, dejaba mucho que desear. Me pregunto, sin embargo, si el camino seguido habrá sido el mejor, porque no cabe duda que con esta intromisión de los artífices del Código Procesal Constitucional se complica un panorama que parecía ser propicio para comenzar a trabajar en una regulación especial en materia de protección de datos personales, teniendo en cuenta la tendencia que se viene siguiendo en países vecinos, como Chile³⁹, Argentina⁴⁰, Paraguay⁴¹ y, más recientemente, Uruguay.⁴²

Ahora, quien quiera retomar o hacer suya una nueva iniciativa para dotar al Perú de una normativa de protección frente al tratamiento de datos personales⁴³, no tendrá que ceñirse solamente a la Constitución, como era de auspiciar, sino que tendrá que atenerse, además, a lo señalado en el Código Procesal Constitucional.

Como quiera que sea, por la puerta falsa del Código Procesal Constitucional se ha terminado formalizando un contenido mínimo de la situación protegida: lo que la Constitución de 1993 ha querido decir –según nos dicen los hacedores de este caótico Código– es que el titular de los datos tiene derecho a conocer, actualizar, incluir (?) y suprimir o rectificar la información que le concierne, así como a hacer suprimir o impedir que se provean datos o informaciones "de carácter sensible o privado" en condición de agredir derechos constitucionales.

No es nada difícil apreciar que lo propio del *habeas data* era únicamente lo último, es decir, su valor inhibitorio, para la supresión o impedimento del suministro de datos; no era

³⁹ Ley 19.628 de 1999, Ley sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, y su modificatoria, Ley 19.812 del 2002, sobre la cual véase: JIJENA, Renato Javier, *Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la Ley 19.628, de agosto de 1999*. En: *Revista electrónica de derecho informático*, No. 39, 2001, a su vez en: <http://premium.vlex.com>.

⁴⁰ Ley 25.236 de 2000, Ley de protección de los datos personales, sobre la cual, véase: PALAZZI, Pablo A., *Principios para la protección de datos en la nueva ley de habeas data argentina*. En: http://www.ulpiano.com/ponencia_yenziela.pdf. En este documento, causa gracia que el autor (nota 2) escriba, jactanciosamente, que la norma argentina sea "la primera ley en América Latina que sigue al pie de la letra los principios comúnmente aceptados en materia de protección de datos en Europa. Incluyó la ley en algunos supuestos es más restrictiva que su modelo europeo. Esto la diferencia ampliamente de sus pares de Chile y Paraguay". Quienquiera que apele al sentido común está en condición de advertir que las normas se deben estructurar a partir de la propia realidad del país donde se aplicarán, y no a través de puras imitaciones literales, o con algunos añadidos.

⁴¹ Ley 1.682 de 2001, que reglamenta la información de carácter privado, modificada, en varios de sus artículos, por la Ley 1.969 de 2002.

⁴² Ley 17.838 de 2004, sobre la cual véase: SANCHEZ VILLJA, Diana, *La Ley uruguaya de protección de datos personales de 24 de septiembre de 2004*, en: *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, a su vez en: <http://www.datospersonales.org>.

⁴³ Véase, respecto del citado Proyecto del Ministerio de Justicia, lo que señalo *infra*, § 6.

En dicho Proyecto, se comete el mismo error que en las legislaciones de Argentina y Uruguay, al hacer referencia a la protección "de los datos", cuando, como es claro, la protección recae sobre las personas y demás sujetos frente al tratamiento o manipulación de sus datos. Contra la equívoca terminología, atribuible a la traducción del inglés "data protection", y que también se detecta en algunas leyes europeas, previene EHMANN, Hans, *I principi del diritto italiano in materia di trattamento dei dati personali con riguardo alla direttiva comunitaria del 24 ottobre 1995*, trad. de Valentina Maglio, en: *Contratto e impresa/Europa*, Año III, 1998, p. 803. CASTRONOVO, Carlo, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, p. 658.

previsible, ni recomendable, que el ámbito de esta garantía constitucional fuera extendido a las demás atribuciones del titular de los datos.⁴⁴

Por la misma puerta falsa, el legislador hace referencia a los "datos sensibles". Este es un término técnico⁴⁵ con el cual se identifican, por oposición a los "datos neutros", aquellos datos que contienen información referida a los aspectos más íntimos de la persona, como su estado de salud, que, de llegar a conocimiento de terceros, pueden generar el riesgo de que se cometan actos discriminatorios.

Conveniente y prudentemente, en el Código Procesal Constitucional no se brinda una definición acerca de los datos sensibles, tal vez para dejar la vía libre para ello a una futura legislación especial, o quizás al Tribunal Constitucional, siempre tan solícito a la hora de importar y maniobrar conceptos tomados de precarios manuales españoles de derechos fundamentales, cuyo sentido y valor desconoce totalmente. Solo que se comete el error de añadir una adjetivación que no tiene razón de ser. ¿O acaso no son los datos "sensibles" datos "de carácter privado"?⁴⁶

Lo oportuno de evitar una definición o enumeración de los datos "sensibles" salta a la vista si se tienen en cuenta los problemas de interpretación que ha generado el opuesto modo de proceder en otros países.

En el reciente Código italiano en materia de protección de datos personales, Decreto Legislativo 193 del 2003, por ejemplo, se consideran "datos sensibles" aquellos que son "idóneos para revelar el origen racial y étnico, las convicciones religiosas, filosóficas o de otro género, las opiniones políticas, la adhesión a partidos, sindicatos, asociaciones u organizaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical, así como los datos personales idóneos para revelar el estado de salud y la vida sexual" (artículo 4.1.d).

Ya a la luz de la normativa italiana anterior, la Ley 675 del 31 de diciembre de 1996, de

⁴⁴ Demostrado mayor sentido común, el legislador uruguayo reconoce, sí, el derecho de toda persona a "establecer una acción efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de error, falsedad o discriminación, a exigir su rectificación, supresión o la que entienda correspondiente" (artículo 12, primer párrafo); pero la "acción de prosecución de datos personales o *habeas data*" procede, correctamente, cuando el titular "quiera conocer sus datos personales que se encuentran registrados en una base de datos o similar y dicha información no le hubiese sido proporcionada por el responsable de la base de datos (...) o "cuando haya solicitado al responsable de la base de datos su rectificación, actualización, eliminación o supresión, y éste no hubiese procedido a ello o dado razones suficientes por las que no corresponde lo solicitado, en el plazo previsto al efecto en la ley".

La razón de esta ampliación del espectro del *habeas data* puede obedecer a la conciencia adquirida sobre la necesidad de contar, a como se lugar, con un remedio frente a la manipulación de los datos personales. En dicha urgencia había insistido ESPINOSA-SALDAÑA, Op. Cit., p. A-135: "el carácter de un mecanismo destinado específicamente a la protección de aquel derecho que uno llamaría 'autodeterminación informática', y otros 'libertad informática', pareciera ser algo manifiestamente inconveniente, pues dicha carencia sólo acentuaría una situación de indigestión ciudadana frente a una cada vez más dinámica e incontrolable concentración de poder, circunstancia sumamente nociva para la subsistencia de cualquier Estado democrático".

⁴⁵ Esta terminología se remonta a la *Datalog* sueca (Ley 279) del 11 de mayo de 1973, según informa LAITANZI, Roberto, *Dati sensibili: una categoria problematica nell'orizzonte europeo*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, p. 726, nota (42).

La *Datalog* es considerada como la primera norma de carácter nacional destinada a proteger la "privacy" informática de los individuos en relación con el procesamiento automático de los datos personales: ÖMAN, Sören, *The EC Directive on Data Protection and Swedish Law - An Introduction*. En: KILIAN, Wolfgang (editor), *EC Data Protection Directive - Interpretation/ Application/Transportation*, STMV, Darmstadt, 1997, p. 147.

Una versión en inglés de la *Datalog* se puede consultar, con las reformas introducidas hasta 1989, en el *website* del Bulgarian Institute for Legal Development: <http://www.bild.net/datapen.htm>.

⁴⁶ Siempre es la novedosa legislación uruguayua se habla, ni más ni menos, de "datos sensibles sobre la privacidad de las personas, entendidos por éstos, aquellos datos referentes al origen racial y étnico de las personas, así como sus preferencias políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a su salud física o a su sexualidad y toda otra zona reservada a la libertad individual" (artículo 2, primer párrafo, *in fine*).

Protección de las Personas y de Otros Sujetos respecto del Tratamiento de Datos Personales, se había destacado que el listado de datos sensibles no satisface elementales pretensiones de "universalidad" y "exclusividad", es decir, que, a pesar de su detallada mención, pueden mantenerse aspectos no expresamente considerados, en condiciones de afectar a las personas y servir para fines discriminatorios.⁴⁷

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de resultar criticable la abrupta inserción en nuestro lenguaje normativo de los "datos sensibles", atendiendo a que tal paso debió subseguir, racionalmente, a la instauración de un idóneo régimen de protección jurídica frente a la manipulación de tales informaciones.

La experiencia europea es ejemplar en este aspecto. En el Convenio del Consejo de Europa No. 108 de 1981, Sobre Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, o Convenio de Estrasburgo, se prescribe que "los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno provea garantías apropiadas" (artículo 6).

Esta línea de acción ha tenido enorme relevancia, porque en la posterior y decisiva Directiva 95/46/CE, 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, el legislador comunitario prevé que los Estados miembros dispongan de "una o más autoridades públicas", encargadas de velar por la aplicación de esta normativa comunitaria (artículo 28); autoridades a las que se puede investir, como se ha hecho en Italia, de la facultad de "autorizar", incluso cuando ya se cuente con el consentimiento del interesado, el tratamiento de los "datos sensibles" (artículo 26, numeral 1, del Código en materia de protección de datos personales).

Un caso italiano en el que se ha aplicado esta forma de protección "parajurisdiccional" de los datos sensibles, con la asistencia de la autoridad pública, es decir, del *Garante per la protezione dei dati personali*, se presentó hace pocos años, cuando una dama solicitó autorización para el acceso de sus médicos a las historias clínicas de su padre, las cuales se conservaban en un hospital.

La solicitante padecía de glaucoma bilateral, al igual que su progenitor, quien incluso había perdido la vista por dicha causa, y estaba interesada en saber, a través de un examen médico, si existía el riesgo de que ella transmitiera la enfermedad, a su vez, en caso de maternidad.

Este recurso obedecía, además, a que el padre de la solicitante no había mostrado ninguna disponibilidad a dar su consentimiento para la consulta de los mencionados documentos.

En su resolución⁴⁸, el *Garante* expresó que el conocimiento anticipado, o durante el embarazo, del riesgo probabilístico de surgimiento de patologías, incluso de tipo genético, en la gestante o en el concebido era legítimo, sobre la base del artículo 32 de la Constitución italiana, que reconoce el derecho a la salud. En consecuencia, el acceso a algunos datos de salud del padre de la paciente representaba, incluso más allá del consentimiento del titular de la información y del propio secreto profesional, "un presupuesto esencial para la determinación de las modalidades de transmisión de la enfermedad, para la evaluación del riesgo de procreación y para la ejecución de eventuales tests genéticos. (...) El acceso a los datos de salud del padre de la solicitante resulta justificado por la exigencia de proteger el

⁴⁷ LATTANZI, Op. Cit., p. 729, quien cita, como ejemplo de la deficiente enumeración, el caso de los "datos genéticos", que, en principio, no pueden reducirse a "informaciones relativas a la salud", y que, por lo tanto, no estarían incluidos en el ámbito de los "datos sensibles".

⁴⁸ Resolución del 24 de mayo de 1999, publicada en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Año XV, parte I, 1999, pp. 829 y ss., con comentario de CATALLOZZI, Marina, *Dati sanitari e dati genetici: una frontiera aperta?* (Ibid., pp. 831 y ss.).

bienestar psicofísico de ella, y dicho interés puede, en las circunstancias presentadas, comportar un razonable sacrificio del derecho a la intimidad del interesado".

IV. LA "AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA". SU ACCIDENTADO ARRIBO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. DISTORSIONES DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS DIFUSORAS DE LA "INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG" ALEMANA. RESEÑA SOBRE ALGUNAS DESAFORTUNADAS INTERVENCIONES DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ejemplo ulterior del empleo de una terminología cuyos alcances se desconoce, por parte del Tribunal Constitucional peruano, es el llamado derecho a la "autodeterminación informativa".⁴⁹

Así es como se traduce la expresión "informationelle Selbstbestimmung", acuñada por el *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal Constitucional de la antigua República Federal Alemana, en un famoso fallo de hace más de veinte años⁵⁰, respecto de una ley de censo popular (el *Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung*, del 25 de marzo de 1982) en la que se había previsto la posibilidad de utilizar, para actualizar y corregir registros anagráficos, y de transmitir a diversas instituciones, los importantes datos que iban a obtenerse de los censados: sus nombres y apellidos, dirección, número telefónico, fecha de nacimiento, composición de la familia, pertenencia a asociación religiosa y nacionalidad; el uso de la casa-habitación como primera o segunda vivienda; la procedencia de las fuentes de sustento; la actividad de trabajo, doméstica y de estudio; el tipo y duración de la formación profesional; el centro de trabajo, el modo de obtención del puesto de trabajo y otras particularidades sobre la actividad laboral concreta.

Aquella ley del censo fue suspendida y luego declarada inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht*, en la parte relativa a la eventual transmisión de los datos recogidos, por considerarse como una ilícita vulneración del derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) que, de acuerdo con consolidada doctrina y jurisprudencia de Alemania, se deduce de lo dispuesto, conjuntamente, en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*), según los cuales, respectivamente: la dignidad del ser humano es inviolable y debe ser respetada y protegida frente a los poderes públicos; y, todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de la propia personalidad.⁵¹

⁴⁹ Bien resguardado por sus lecturas germanas, CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, *Autodeterminación informativa y estado de derecho en la sociedad tecnológica*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (Conamaj), Costa Rica, 1997, p. 32, hace ver que "la acepción del vocablo 'autodeterminación informativa' tiene una serie de consecuencias de orden constitucional, y por supuesto, significa una toma de posición sobre el bien jurídico tutelado".

⁵⁰ *Bundesverfassungsgericht*, sentencia del 15 de diciembre de 1983, en: *Neue juristische Wochenschrift*, Año 37, No. 8, 1984, pp. 419 y ss. Una versión en nuestro idioma de esta sentencia, a partir de la traducción realizada por Manuel Daranas en 1984, se pueden consultar en el website de la Asociación de Informática y Derecho de Chile: <http://www.adi.cl/admin/articulos/179-conv83.pdf>. De aquí provienen, con mis eventuales integraciones, todas las citas que efectúo.

⁵¹ Este importante capítulo de la jurisprudencia constitucional alemana es relatado en estos términos por SOMMA, Alessandro, *Aspetti in tema dei dati personali nell'ordinamento tedesco*. En: *Rivista critica del diritto privato*, Año XIV, 1996, pp. 16-17. Otra síntesis es dada por SCHWARTZ, *The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen 37, 1989, pp. 687 y ss. En la bibliografía alemana reviste el mayor interés, para la perspectiva crítica que propongo, que cuestiona la admisión acrítica y viciada de ignorancia de la "autodeterminación informativa" como derecho fundamental, el volumen de VOGELGESANG, Klaus, *Grausbruch auf informationelle Selbstbestimmung?*, Nomos, Baden-Baden, 1987, especialmente, pp. 51 y ss.

Como refiere ROPPO, Vincenzo, *I diritti della personalità*, en *Banche dati. Meletrica e diritti della persona*, al cuidado de ALPA, Guido y BESSONE, Mario, Cedam, Padua, 1984, p. 74, en Alemania, el "concepto civilístico (y la correspondiente protección civil) del *allgemeines Persönlichkeitsrecht* deriva directamente de la interpretación de la norma constitucional, de modo que el *Grundrecht* y el derecho subjetivo accionable en las relaciones entre particulares tienen el mismo contenido, y son casi como *lato in uno*". Por su parte, SOMMA, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Volumen I, 1996, pp. 310, hace saber que en Alemania se reconoce que "el derecho a desenvolver libremente la propia personalidad coincide en todo 'activo'—concientemente

Lo que señaló el *Bundesverfassungsgericht* fue lo siguiente:

"En la clave de bóveda del ordenamiento del Grundgesetz se encuentra el valor y la dignidad de la persona, la cual actúa con libre autodeterminación, como miembro de una sociedad libre. A su protección se encamina, precisamente, y fuera de garantías de libertades especiales, el derecho general de la personalidad, garantizado por el artículo 2, primer párrafo, concordado con el artículo 1, primer párrafo, del Grundgesetz, derecho que teniendo en cuenta, justamente, la evolución moderna y las nuevas amenazas que ella lleva aparejadas para la personalidad, cobra significación especial (...). Las delimitaciones jurisdiccionales trazadas hasta la fecha no acaban, sin embargo, de definir el contenido del derecho de la personalidad. Este abraza también (...) la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida (...). Pues bien, esta facultad requiere, en las condiciones actuales y futuras de la elaboración automática de datos, una medida especial de protección. Aparece amenazada, ante todo, por el hecho de que los procesos de decisión ya no se pueden retrotraer, como antaño, a registros y documentos compilados manualmente; hoy en día, por el contrario, gracias a la ayuda de la elaboración automática de datos, la información individual sobre circunstancias personales u objetivas de una persona determinada o, en su caso, determinable (...) son técnicamente hablando acumulables sin límite alguno y se pueden recabar en cuestión de segundos, en todo momento, sin que importe la distancia. Es más, esa información puede —especialmente con el montaje de sistema de integrados de información— fusionarse con otras colecciones de datos, en un perfil de personalidad parcial o ampliamente definido, sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. De este modo, se han ensanchado en una medida hasta ahora desconocida las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, cuando menos por la presión psicológica que supone el interés del público en aquella. Ahora bien, la autodeterminación del individuo presupone —también en las condiciones de las técnicas modernas de tratamiento de la información— que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuenta con la decisión adoptada. Aquel que no pueda percibir con seguridad suficiente cuáles informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social, y aquel no sea capaz de aquilatar, de alguna manera, lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes, pueden verse sustancialmente cohibidos en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación. No serían compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico (...) donde el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él. Aquel que se sienta inseguro acerca de sí en todo momento se registran cualesquiera comportamientos divergentes y se catalogan, utilizan o transmiten permanentemente a título de información, procurará no llamar la atención con esta clase de comportamiento. Aquel que sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o en una iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades, y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo, renunciará, presumiblemente, a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales (...). Esto no solo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos. De lo que antecede se deduce lo siguiente: la libre eclosión de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona. Esta protección se enmarca,

en la facultad de obrar en el sentido que mejormente responde a las necesidades e inclinaciones individuales —y un lado 'pasivo', entendido como derecho a retirarse en su propia esfera privada, y a excluir de ella a los terceros, así como a seleccionar las formas de eventuales comunicaciones con el exterior".

También en el artículo 26, numeral 1, de la antes citada Constitución portuguesa se hace referencia al derecho al "desarrollo de la personalidad". Véase, *ibidem*, nota (17).

por lo tanto, en el ámbito del derecho fundamental del artículo 2, primer párrafo, concordado con el artículo 1, primer párrafo, del Grundgesetz. Tal derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales²².

Lo que subsiguó, históricamente, fue una actualización de la Ley de Protección de Datos Personales (el *Bundesdatenschutzgesetz*) que se encontraba vigente en la República Federal Alemana desde 1977 y, luego, en coincidencia con la Reunificación germana, la promulgación de una nueva norma en la materia, en vigor desde el 1 de junio de 1991, que ha servido de inspiración directa para las prescripciones de la citada Directiva 95/46/EC.

En el texto actual del *Bundesdatenschutzgesetz*, luego de algunas integraciones, se lee que su finalidad es proteger al individuo, para que su derecho de la personalidad no resulte perjudicado mediante el tratamiento de sus datos personales (§ 1.1).

Pese a toda la evolución referida, que parte de la creación jurisprudencial y tiene sus frutos en la adecuación de la normativa del sector, es importante señalar que con el derecho a la autodeterminación informativa no se ha pretendido crear un poder de control sobre los datos personales, ni mucho menos una especie de propiedad respecto de la información. Lo que se ha hecho es imponer al Estado la tarea de organizar el tratamiento de datos, de una forma que asegure el respeto de la autonomía de los interesados.²³

Las referencias anteriores me servirán para poner en evidencia las falencias de algunos fallos del Tribunal Constitucional, más allá de sus buenas intenciones.

Todo comienza en España.

Imitando a la citada jurisprudencia alemana, y a la doctrina formada a partir de entonces, los autores españoles hacen suya, muchas veces sin nada de fidelidad, la noción de "autodeterminación informativa".²⁴

Con ello –hay que saberlo–, se produce una mezcla de influencias culturales en el ordenamiento ibérico, desde siempre inclinado a la importación jurídica, sobre todo en el campo constitucional, teniendo en cuenta que su historia, en dicha rama, es mucho más joven que la de los demás países europeos, porque en España el Derecho Constitucional existe, no solo como lo conocemos hoy sino en cuanto tal, recién a partir del fin del régimen franquista.

Pues bien, en la doctrina española ya se hablaba, por influencia de otras culturas, de múltiples "derechos de la personalidad"^{25(a)} (a la intimidad²⁶, a la propia imagen, por ejemplo), y existía

²² SCHWARTZ, *The Computer in German and American Constitutional Law*, Op. Cit., p. 690.

²³ Cito, entre otras, la vaga, además de equívoca, definición de GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 22: "se trata de un derecho fundamental directamente ligado a la dignidad humana, caracterizado por un eminente contenido negativo para salvaguardar del conocimiento ajeno una parte de nuestra vida –la más íntima– personal y familiar". La "autodeterminación informativa" no apunta tanto a la salvaguarda ni tiene contenido negativo, sino, en superación de la idea clásica de intimidad, al control de la información.

^{24(a)} Esta influencia de otras culturas, predominantemente de la italiana, es clara ya desde el trabajo de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*. En: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año C, segunda época, T. XXIV (192 de la colección), julio-agosto 1952, pp. 5 y ss., en especial, pp. 23 y ss., donde el autor hace un recuento de las teorías de Francesco Ferrara sr., Adriano De Cupis y Calogero Gangi.

²⁵ Puede recordarse, sobre lo que aquí interesa, la sentencia del Tribunal Constitucional español No. 110 de 1984: "el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del amparo del domicilio como espacio físico en que normalmente se desarrolla la intimidad y el respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarca las intenciones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad". El fragmento figura en el volumen

incluso la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen³⁵, en el momento en que se plantea el nuevo injerto de algo que –léase bien– no es un “derecho de la personalidad” en Alemania, sino un “componente”, una “concretización”³⁶ o una “subdivisión”³⁷ del “derecho general de la personalidad”; en todo caso, es algo que tiene como verdadero fundamento, según la jurisprudencia constitucional germana, al derecho general de la personalidad.³⁸

Como si ello no bastara, en España se hace de la *informationelle Selbstbestimmung*, con el soporte de otra categoría copiada de la doctrina germana, un “derecho fundamental” (*Grundrecht*)³⁹, años antes de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o Carta de Niza de 2000, suministrara un sustento inequívoco para semejante etiquetado, al disponer, en su artículo 8, subtítulo “Protección de Datos de Carácter Personal”, que “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo lícito, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.⁴⁰

Pero hay que saber también que en Alemania se ha denunciado que, al hacerse de la “autodeterminación informativa” un “derecho fundamental”, se ha recortado la no menos importante “libertad de información”.

En tal sentido, la doctrina más veraz aclara que “la restricción de la libertad de información,

Libertades de expresión e información y medios de comunicación (Fructuario de jurisprudencia constitucional) 1981-1998, editado por BASTIDA FREDERO, Francisco J. e Iguaico; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ariasodi, Pamplona, 1998, pp. 139-140.

³⁵ Atendiendo a esta norma, el trato que se da al honor, intimidad e imagen es unitario (es un solo derecho). Contra ella, han dirigido algunas severas críticas: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo*. En: *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, Fasc. III, 1983, pp. 1243 y ss.; y, sobre todo, por ROJO AJURIA, Luis, *La tutela del derecho civil a la intimidad*, en: *Anuario de derecho civil*, T. XXXIX, Fasc. I, 1986, pp. 133 y ss., quien hubo de escribir que la citada Ley Orgánica “evidencia, en su totalidad, una escasa protección del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico”.

³⁶ Estos son los términos utilizados por LARENZ, Karl y WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Novena Edición, Beck, Munich, 2004, p. 137.

³⁷ Tal es el vocablo empleado, respecto del “derecho de autodeterminación” en general, por SCHWARTZ, Op. Cit., p. 687.

³⁸ VOGELGESANG, Op. Cit., pp. 127 y ss.

³⁹ REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 103, llega a hablar de “derechos fundamentales de la personalidad” (¡!). Por su parte, HERRÁN ORTEZ, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 15, afirma que “constituye una necesidad incontestable el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales, cuyo contenido reposaría sobre la atribución y reconocimiento de la persona de un haz de facultades de disposición respecto a la información que le concierne, y que agota el contenido esencial del tradicional derecho a la intimidad”.

La misma autora (*ibid.*, p. 17) recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional español No. 11 de 1998, según la cual, el artículo 18.4 de la Constitución de su país “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso tortuoso de la tecnología informática (...), sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona (...) pertenecientes o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos propicie comportamientos discriminatorios”.

⁴⁰ Sobre la base de lo consagrado en la Carta de Niza, específicamente de la distinción que en esta se realiza entre el “derecho al respeto de la vida privada y familiar” (artículo 7) y el “derecho a la protección de los datos personales” (artículo 8), RODOTÁ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della norma: il nuovo Codice civile privato*, en: *Europeo diritto privato*, 2004, p. 2, apoya, justificadamente, la configuración de un “derecho fundamental nuevo y autónomo”. En el derecho al respeto a la vida privada y familiar “se manifiesta, sobre todo, el momento individualista, el poder su propio, sustancialmente, en la exclusión de interferencias ajenas: la protección es estática, negativa. La protección de los datos, en cambio, fija reglas sobre las modalidades del tratamiento de los datos, y se concretiza en poderes de intervención: la protección es dinámica, sigue a los datos en su circulación” (*ibid.*, pp. 2-3).

*difícilmente o nada compatible con los demás derechos fundamentales, ha sido provocada, sobre todo, por la elevación del derecho a la autodeterminación informativa al rango de derecho fundamental constitucionalmente garantizado, que ha traído consigo una reserva de ley formal; ello significa que el Estado, en todas sus formas, puede imponer restricciones a este nuevo (e inventado) derecho fundamental, solo sobre la base de una ley (...). Por este motivo, ha sido necesario emanar con procedimientos de urgencia miles de nuevas leyes, y habrá que seguir emitiendo instrumentos legislativos, a fin de realizar el llamado derecho fundamental a la autodeterminación informativa, creado por el Bundesverfassungsgerichtshof sobre la base de premisas ideológicas, sin prestar ninguna atención a las posibles consecuencias".*⁶⁰

Y, por otro lado, por más que la "autodeterminación informativa" haya generado una interpretación firme en Alemania, no ha ocurrido lo mismo en Europa, donde, en realidad, "no parece haber una aceptación de este concepto, cuando, por ejemplo, se prefiere hablar de un "droit a la vie privée" o de un "right of privacy", que tienen una mayor orientación a la tutela de la vida privada".⁶¹

A pesar de todo, es la autodeterminación informativa distorsionada, "a la española", la que malamente se introduce en nuestro ordenamiento, donde preexistían, igualmente, el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad, etc. Y es aquella versión la que informa, sin duda, a nuestro Tribunal Constitucional.

Pero la llegada apresurada de una etiqueta no conlleva necesariamente el arribo de su cultura de respaldo, ni de su coherencia y lógica internas.

Resolviendo el Expediente No. 1797-2002-HD/TC, por ejemplo, el Tribunal Constitucional reproduce varios de los lugares comunes españoles acerca de la autodeterminación informativa:

*"El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2 de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa (1) y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2 de la Constitución. Ello se debe a que mientras que éste protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intrusiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen. Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2 de la Constitución, que protege básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad. Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad. En ese sentido, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, *prima facie* y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales".*⁶²

⁶⁰ EHMANN, Op. Cit., pp. 900-901.

⁶¹ CEBRINO SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 32.

⁶² Me parece pertinente referir que en la sentencia No. 290 de 2000 del Tribunal Constitucional español, se lee, entre los confusos y contradictorios argumentos del Defensor del Pueblo, en su recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la derogada Ley

En este punto, discrepo cortésmente de quien considera "positivas estas breves precisiones establecidas por el Tribunal Constitucional pues, a pesar de no tratarse de procesos donde se discutía como tema de fondo el derecho a la autodeterminación informativa, han permitido dar una denominación específica al derecho mencionado en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución. Asimismo, le confieren el contenido y alcances que corresponden a su auténtica naturaleza y se inscriben en un sentido similar a nuestro planteamiento, superando el tratamiento restringido e inadecuado que le otorga el texto literal del precepto constitucional".⁶³

Es evidente, por el contrario, que con la sentencia citada, entre sus muchos defectos conceptuales, el derecho a la intimidad, ya inconvenientemente adjetivado como "personal y familiar", se vuelve aún más diminuto, hasta convertirse en la pura intimidad "familiar". Aunque se reconoce que hay una "intimidad" más amplia que la "intimidad personal y familiar", con lo decidido por el Tribunal Constitucional se crea una ilógica contraposición entre la autodeterminación informativa, por un lado, el derecho a la imagen, a la intimidad y a la identidad, por otro.

En síntesis, aquí pueden formularse hasta cuatro críticas, algunas de las cuales he anticipado líneas atrás:

(i) El desconocimiento de que la autodeterminación informativa ha comenzado a diseminarse en la doctrina española, no solo por la antes revelada imitación de lo que se dice en Alemania, sino, sobre todo, a partir de la legislación comunitaria⁶⁴, antes que sobre la pura base de la Constitución de 1978: de modo que es completamente falso que el derecho recogido en el artículo 2, numeral 6, de nuestra Constitución de 1993 sea, así de simple, la autodeterminación informativa.⁶⁵

¿Cómo -me pregunto- un derecho recogido en la Constitución española de 1978, importado a nuestro ordenamiento jurídico desde 1993, va a ser el mismo derecho reconocido por el Tribunal Constitucional alemán solo en 1983?

(ii) La inaceptable y apriorística renuncia a identificar, o por lo menos hacer el intento de identificar, la situación protegida, respecto de la manipulación de la información personal, sobre la base de los ya existentes derechos a la intimidad e identidad. La escapatoria representada por la "autodeterminación informativa" es demostrativa, en el fondo, de la incapacidad de los magistrados para analizar sistemática y globalmente el ordenamiento jurídico.

(iii) La imperdonable muestra de ignorancia de las nociones más elementales de la parte

Organiza 5/1992 De Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que el derecho a consentir al tratamiento de los datos es un "aspecto" del derecho a la intimidad "en su manifestación de derecho a la autodeterminación informativa".

Hay rigo en España la Ley Orgánica 15/1999 De Protección de Datos de Carácter Personal, a la cual me refero ampliamente en el texto.

⁶³ EGUIGUREN, Op. Cit., p. 197.

⁶⁴ El Convenio No. 108 de 1981 y la Directiva 95/46/EC, anteriormente citados. El explícito objeto de esta última es, léase bien, que los Estados miembros garanticen "la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales".

⁶⁵ En el derecho español, hay quienes vean en el artículo 18.4 de la Constitución de 1978, la consagración, más bien, de la llamada "libertad informética", definida como el "derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático ("habeas data")", que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención". ALVAREZ-CIENPUEGOS SUÁREZ, José María, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 20. La terminología también es preferida por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*, En: *Ciudadanos y debates*, No. 21, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 137 y ss., especialmente, pp. 135 y ss., donde la convierte, disonantemente, en sinónimo de la "autodeterminación informativa" alemana.

general del Derecho Civil. En nuestro Tribunal Constitucional, para ser claros, no tienen ideas claras, o tal vez ninguna idea, sobre lo que es el "derecho a la intimidad" ni, peor aún, sobre lo que es un "derecho subjetivo".⁶⁶ De lo contrario, se habría podido evitar, o afinar, en todo caso, la pésima definición "al paso" que se ha efectuado de los derechos a la imagen, a la intimidad y a la identidad personal.

Para saber que la autodeterminación informativa no es un derecho subjetivo inmediatamente asimilable, por ejemplo, a la propiedad, habría bastado conocer la citada sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, donde se lee bien claro que:

"Este derecho a la autodeterminación informativa no está, sin embargo, garantizado sin límites. El individuo no tiene ningún derecho sobre sus datos en el sentido de una soberanía absoluta y que no pueda sujetarse a restricción, sino que es más bien una personalidad que se desenvuelve dentro de la comunidad social y que está llamada a comunicarse. La información, incluso en la medida en que se refiera a la persona como tal, ofrece un retrato de la realidad social que no cabe asignar exclusivamente al interesado. El Grundgesetz ha resuelto la tensión individuo-comunidad en el sentido de la referencia y vinculación comunitaria de la persona, como ya ha puesto varias veces de relieve en la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (...). El individuo tiene, pues, que aceptar en principio determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad".

Solo conociendo estos antecedentes se puede evitar el error de entender la autodeterminación informativa, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, como "la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen". Esto es concebir la relación entre el sujeto y las informaciones como una relación de exclusividad, como una relación de carácter "propietario". Como nos previene un autor, este equívoco es un riesgo inherente a los discursos en términos de "autodeterminación informativa".⁶⁷

Por otro lado, consciente de las consecuencias que acarrea la cuestionable asimilación entre intimidad y derecho subjetivo, la doctrina enseña que la "ubicación de la esfera íntima (de la persona)

La "libertad informática" también es resultado de un trasplante doctrinario; para ser precisos, de los ideas de un jurista italiano particularmente influyente en los autores españoles: FROSINI, Vittorio, *I diritti umani nella società tecnologica*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Año XXXI, 1981, p. 1164: "La libertad informática consiste en el derecho de poder disponer de los datos propios de información personal, y por ello, de consentir o negarse a su uso por parte de las agencias de información que administran los bases de datos electrónicos; de controlar la veracidad de los datos, el derecho de acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga para fines de carácter social, económico, político. La libertad informática representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal; ella no sólo consiste en la libertad negativa del right to privacy, de custodiar celosamente una reserva propia de vida, que es condición de privilegio, y que puede hacerse intangible en la sociedad moderna (...). Ella consiste también en la libertad de informarse, es decir, de ejercer un control autónomo de los datos informativos que le pertenecen a uno, sobre la propia identidad informática, tal cual existe el derecho a la protección de la propia integridad física y moral".

Repárese que FROSINI señalaba todo esto dos años antes de la citada sentencia del *Bundesverfassungsgericht*. Igualmente precedente es su trabajo *Bancos de datos y tutela de la persona*, en: *Revista de ciencias políticas*, No. 30, 1982, pp. 21 y ss., donde el lema clave es del right to privacy a la libertad informática".

⁶⁶ Aquí habría podido servir de advertencia las indicaciones que se brindan, igualmente por imitación, en la propia doctrina española, donde se considera que la protección de los derechos de los que se está tratando "no aparece sino cuando estos son violados, momento en el que el se concreta un auténtico derecho subjetivo, el de exigir la reparación de aquel daño que tiene lugar cuando se quebranta ese deber de respeto que obliga a todos". FUENTE MUÑOZ, Op. Cit., p. 918. De parecer contrario, aunque ya escrito sobre la base de la Ley Orgánica 1/1982, es CLAVERÍA GOSÁLBIZ, Op. Cit., p. 1259, quien sostiene: "si sólo existe derecho subjetivo cuando el ordenamiento jurídico sanciona el interés de los particulares mediante la técnica consistente en atribuirles un poder concreto, compuesto por un conjunto de facultades reales o potenciales, cuyo ejercicio se deja a su libre decisión, estos bienes de la personalidad, así como algunos otros son efectivamente derechos subjetivos". A favor de considerar los derechos de la personalidad como derechos subjetivos ya se manifestaba, por lo demás, CASTÁN TOBEÑAS, Op. Cit., pp. 20-21.

En Italia, entre los autores menos recientes, DEONI, Op. Cit., p. 162, señalaba que los derechos de la personalidad eran "derechos subjetivos particulares", con fundamento en la personalidad, y que apuntaban a "garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad".

⁶⁷ CARUSI, Op. Cit., p. 362.

en el esquema del derecho subjetivo no puede ser exhaustiva, e implica siempre la necesidad de un cotejo con las categorías de situaciones jurídicas definidas por la experiencia jurídica.⁶⁸ Es más, cuando se ha tentado de uniformar, no solo la intimidad, sino los derechos de la personalidad en general, al esquema del derecho subjetivo, se ha tenido que proponer una superación de la noción tradicional, individualista, de esta figura, para pasar a apreciarla como un poder que, si bien es ejercido por una voluntad autónoma, se encuentra al servicio de intereses de carácter social.⁶⁹

Aunque en nuestra época se ha intensificado la "constitucionalización" de los derechos de la personalidad, el verdadero sentido de esta evolución también es pasado por alto, como es obvio, cuando se usan burdamente las categorías.

En otros países, la transformación de la autodeterminación informativa en derecho fundamental es encuadrada en una "tendencia a la atribución del rango de derechos fundamentales a una serie de posiciones individuales y colectivas relevantes en el ámbito de la información".⁷⁰ Con la ampliación de los derechos expresamente nominados se concede a la protección de la persona frente a la manipulación de sus datos "un alcance con seguridad mayor que el que sería posible con una limitada precisión en términos de intimidad; y el hecho de que ello se produzca a través de la formalización legislativa del derecho a la identidad personal, ya identificado por la jurisprudencia, no constituye un factor de pulverisation du droit en droits subjectifs; lo que ocurre, en realidad, es una manifestación del proceso de especificación de los derechos fundamentales de la persona. (...) Esta dilatación de los horizontes (...) no es efecto de un forzamiento del legislador, sino de una sintonía con una evolución cultural cada vez más marcada, que ha modificado profundamente la percepción social de la privacy, así como su consideración jurídica. La noción original, en efecto, ha venido cambiando de finalidad y estructura, con una acentuación del elemento de la libre decisión individual, lo que ha expandido las fronteras de la privacy hasta comprender en ella el conjunto de las reglas sobre la circulación de las informaciones personales, con lo que se refuerza la relevancia constitucional de tal derecho".⁷¹

Más aún, se sostiene que solo cuando se llegue a comprender la relación entre tratamiento de información y democracia, será completamente claro que la protección frente a la manipulación de datos personales es el precio a pagar para asegurar a los sujetos posibilidades concretas de comunicación y participación en la sociedad.⁷²

Entre nosotros, en cambio, todo procede por una imitación de terminologías.

(iv) El implícito, inequívoco y deplorable reconocimiento de que sin el auxilio de elementos literales, por más remotos, inapropiados o inútiles que sean para estos propósitos, ni siquiera los magistrados de un Tribunal Constitucional, denominados "jueces de las leyes", están en capacidad de identificar cabalmente derechos, intereses, bienes a proteger, a pesar de que el subestimado o ignorado primer artículo de su herramienta de trabajo, la Constitución, al hacer de la "defensa de la persona humana" y del "respeto de su dignidad" el "fin supremo de la sociedad y del Estado", porta consigo el reconocimiento de que tal "defensa" y tal "respeto" pueden ampliarse a

⁶⁸ TOMMASINI, Raffaele, *Osservazioni in tema di diritto alla privacy. In: Il diritto di famiglia e delle persone*, Año V, 1976, p. 302.

⁶⁹ KAYSER, Pierre, *Les droits de la personnalité-Aspects historiques et pratiques*. En: *Revue trimestrielle de droit civil*, T. LXIX, 1971, p. 454. Un inmediato comentario crítico de este ensayo fue realizado, en Italia, por BESSONE, *Diritto soggettivo e "droits de la personnalité" (a proposito di un recente saggio)*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Año XXVIII, 1973, pp. 1175 y ss.

⁷⁰ RODOTÀ, *Privacy e contorni della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, Op. Cit., p. 525.

⁷¹ RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime usate sperimentate sulla protezione dei dati personali*, en: *Rivista critica del diritto privato*, Año XV, 1997, pp. 584-588. La expresión "pulverisation du droit en droits subjectifs" es de CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la 1^{re} République*, Flammarion, París, 1998, pp. 121 y ss.

⁷² SIMITIS, *Renewing Privacy in an Information Society*, Op. Cit., p. 746.

medida que se hagan necesarios nuevos "espacios de protección, más amplios que los ya cristalizados en las propias normas jurídicas".⁷⁵

El Tribunal Constitucional ha vuelto a pronunciarse "al paso" sobre la intimidad en el Expediente No. 0004-2004-AI/TC y acumulados⁷⁶, y en esta ocasión se efectúan afirmaciones no menos inaceptables.

Se dice que "el derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (ej. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución".⁷⁶ Solo que así se olvida que en la sentencia anteriormente citada, el mismo Tribunal había dicho que lo segundo ya no tiene que ver con la "intimidad", sino, siendo coherentes, con una excepción a la "autodeterminación informativa".

También se expresa que "debe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto estas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido "no esencial)". Esto es copia, de segunda o de tercera mano, naturalmente, de otra doctrina germana que es usada, tal vez, con más imprudencia que la autodeterminación informativa.

Por último, para justificar la exclusión del secreto bancario del derecho a la intimidad se señala, desarregladamente, que "determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad".

Esta, que duda cabe, no es la sede apropiada para pronunciarse sobre cuál sería el modo correcto de postular la "autodeterminación informativa" en nuestro ordenamiento. A mi parecer –y solo señalaré esto–, todo aquel que reflexione al respecto debería partir de la autodeterminación en sentido lato, es decir, del convencimiento de que "los valores más altos de la vida humana se expresan en la facultad de autodeterminación, sin las interferencias de factores externos: que el pertenecer a los demás, el condicionamiento derivado de la continua transformación de los hechos de la vida íntima en mercaderías, es contrario a la idea misma de libertad".⁷⁸ Y habría que prestar atención, en segunda instancia, a aquello que un agudo autor ha cifrado como el derecho de cada cual a construir su "propia esfera privada"⁷⁷, que bien puede ser visto, desde una óptica que muchos

⁷⁵ GIACOBBE, *La persona umana nell'ordinamento giuridico*. En: *Le persone*, Op. Cit., Vol. III, p. 3.

⁷⁶ En este fallo existe un voto singular de Delia Revimdo Marcano, donde se propone una insostenible distinción entre "intimidad" y "privacidad". Según la citada magistrada, el secreto bancario formaría parte de la segunda noción.

⁷⁷ No puede hacerse referencia de manera tan superficial, como en esta sentencia, al caso de la información sobre el estado de salud de las personas, mucho menos sobre que a través del Código Procesal Constitucional ha llegado a nosotros –como ya señalé– el concepto de "datos sensibles". Bien se ha escrito que "la disponibilidad a someterse a tests genéticos o a tratamientos para determinadas enfermedades (como el sida) está siempre ligada a la existencia de garantías sobre la reserva de los datos personales, sobre todo en lo que atañe a su eventual utilización para finalidades diversas de la protección de la salud (selección de personal, celebración de contratos de seguro)". RODOTÁ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, en: *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, actas del Congreso celebrado en Pisa del 22 al 24 de mayo del 2003, al cuidado de COMANDÉ, Giovanni y Giulio PONZANELLI, Giuppichelli, Turin, 2004, p. 407.

⁷⁸ TOMMASINI, Op. Cit., p. 245.

⁷⁹ RODOTÁ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, Op. Cit., especialmente, pp. 324 y ss.

comparten⁷⁸, como tercera "generación" de derechos: "la primera, estática, principalmente fundada en una visión propietaria; la segunda, dinámica, que apunta, en cambio, al pleno desarrollo de la personalidad, realizada a través de la construcción de relaciones sociales constitutivas de la propia identidad. Con ellos (...), la más reciente generación, la tercera, forma un sedimento complejo, en el cual los tres estadios no sólo deben ser considerados como momentos cronológicamente sucesivos, en el cual uno toma el lugar del otro y lo sustituye, porque a menudo ellos pueden encontrarse y operar juntos. (...) La característica fundamental de estos derechos de tercera generación está representada por el poder de autodeterminación subjetiva (...). En este tercer estadio, los derechos de la persona son animados por una lógica diversa, a saber, la de la autonomía y la posibilidad del individuo para autodefinirse".⁷⁹

A nadie le pasaría por la mente regar que el Derecho Constitucional está en condiciones de influenciar en el Derecho Civil, especialmente, en el campo de la responsabilidad extracontractual. La doctrina y experiencia alemanas enseñan, magníficamente, que la Constitución puede "dar forma, con un peso particular, a determinados bienes jurídicos"⁸⁰ e influenciar en el régimen del resarcimiento, transformándolo, para así perfeccionar el derecho que el legislador aún no hubiere desarrollado.

En nuestro país con mayor razón, porque el camino del proceso constitucional se encuentra cerrado u oscurecido por tan desatinadas y repetidas intervenciones del Tribunal Constitucional y del legislador⁸¹, la explicación del remedio resarcitorio termina convirtiéndose en esencial para la protección jurídica de la decisión de las personas en torno de las informaciones que les atañen.⁸²

Aquí, como se ha escrito, se manifiesta la aptitud de la responsabilidad extracontractual para "servir de instrumento de eficiente equilibrio entre valores económicos/comerciales, certeza del derecho y protección de los miembros más débiles de la sociedad (...). [E]l mercado, a menudo, a pesar de la existencia de reglas contractuales, no consigue maximizar el bienestar colectivo sin penalizar valores irrenunciables, (...) las sanciones penales y administrativas se revelan, en muchos casos, inaplicables o ineficientes; en cambio, el sistema aquiliano ha mostrado una facilidad natural para proteger, en el actual contexto socioeconómico, intereses primarios, que de lo contrario terminarían indefensos e indefendibles".⁸³

El análisis rigurosamente civilístico se transforma, por lo tanto, en un instrumento del que no se debe prescindir si se pretende devolver la coherencia perdida en el estudio de una cuestión tan relevante como la potencialmente dañosa manipulación de datos personales.

⁷⁸ En España, este espíritu es adoptado por PÉREZ LUÑO, Op. Cit., pp. 142 y ss.

⁷⁹ MARINI, Giovanni, *La giustificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità* (2005). En: <http://www.jus.unim.it/cardoza/Review/tome.html>, p. 5 (del documento pdf).

⁸⁰ JOHLOCH, Gerhard, *Gli ultimi sviluppi in materia di risarcimento del danno extracontrattuale nel diritto italiano e tedesco*, en: *Rivista di diritto civile*, Año XXXII, parte I, 1986, p. 515.

⁸¹ Intervenciones que mueven a considerar, con la mayor seriedad, lo que sostiene RESCIGNO, *I diritti della personalità e la loro rilevanza costituzionale (a proposito di un recente libro)*. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Año II, 1986, pp. 336-337: "que la lesión de prerrogativas dotadas de dignidad constitucional de lugar también a la protección civil aquiliana, siempre que se presenten los presupuestos de la responsabilidad por delito, es irrefutable; pero es fácil admitir que para la protección civil puede ser suficiente la relevancia del interés a tomar de los comunes principios dictados para las relaciones interpersonales".

⁸² BUSNELLI, Op. Cit., p. 210, opina, con carácter más general, que la distinción "relativa" de los modelos aplicables a estos problemas, "al posar un balance de los intereses en conflicto, implica una valoración ex post del conflicto, y por lo tanto, una aproximación 'emidial'. Con ello se explica la necesidad de recuperar los remedios brindados por la responsabilidad civil: una responsabilidad dicil en sus reglas (-), pero a la vez firme en sus criterios informadores".

⁸³ DI CIOMMO, Francesco, *Verchio e nuovo in materia di danno non patrimoniale sul trattamento dei dati personali*. En: *Danno e responsabilità*, 2004, Nos. 8-9, p. 818. Esta premisa también puede servir para justificar la legislación especial, ya que cuando se reconoce que "el mercado no está en condiciones de poner remedio, con sus propias fuerzas, a las distorsiones, hay que admitir la necesidad de proveer para una intervención desde el exterior, en forma de reglamentación". En: PARDOLESI, Op. Cit., p. 46.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. EL MODELO ESTADOUNIDENSE Y EL MODELO ITALIANO. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE CREAR UN SISTEMA DE PROTECCIÓN RESARCITORIA A PARTIR DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES COMO "ACTIVIDAD RIESGOSA O PELIGROSA". EL DAÑO MORAL. BREVES REFERENCIAS ACERCA DE DOS RECIENTES SENTENCIAS ITALIANAS SOBRE EL PUNTO

En el terreno analizado, como en tantos otros, no cabe duda que las consideraciones serán más atendibles si uno se asiste del análisis de los ordenamientos jurídicos extranjeros en los cuales estos problemas, simplemente, ya se resolvieron.⁸⁴

Limitaré mis referencias a dos modelos, sin ninguna intención de contraponerlos ni de presentarlos como irreconciliables. Plantear el discurso en términos de una alternativa semejante podría, además, ser infundado, porque en las dos experiencias que se examinarán se ha visto por conveniente, de una u otra manera, y en distintos momentos, el recurso a la legislación especial. Las analizaré, sencillamente, porque reconozco, respecto del primer modelo, una importancia vinculada, fuera de su indiscutible valor desde la perspectiva comparatística, con su influencia en nuestro ordenamiento, como consecuencia del antes recordado proceso de globalización jurídica; respecto del segundo, me anima la impresión de que se trata del modelo que bien podría seguirse en nuestro país, pero no a través de la importación de un concepto cuyo significado se desconoce, como la "autodeterminación informativa", sino con los elementos que, ya imitados y regulados en nuestra experiencia, suministra la propia normativa peruana.

El primero es el modelo estadounidense.⁸⁵

Conocido es el muy amplio espectro de aplicación del concepto de "privacy" en el Derecho de Estados Unidos. Su magnitud es tal que una aguda doctrina comparatística ha indicado como su más cercano paralelo el "allgemeines Persönlichkeitsrecht" presente en el ordenamiento alemán.⁸⁶

⁸⁴ Tal cual hace notar, respecto de la responsabilidad del fabricante, BESSONE, Mario, *La responsabilità del produttore*. En: *Responsabilità civile e prescrizione*, Volumen XLII, Año 1977, p. 201.

⁸⁵ No puede hablarse de un sistema de protección frente a la manipulación de datos personales que sea referible al *common law* en general. En Inglaterra sí se dispone de una idónea normativa aplicable en este campo: el *Data Protection Act*, de 1998, que reemplazó al precedente, de 1984. Y hay, en dicho texto legal, expresas previsiones sobre la *compensation*. Según lo que constan JAY, Rosemary y HAMILTON, Angus, *Data protection-Law and Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 223, "under the new Act an individual will have a remedy for compensation for any contravention which causes damage to him".

⁸⁶ En la doctrina germana existe un trabajo específico acerca de este paralelo: KAMLAH, Rapprecht, *Right of Privacy: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im amerikanischen Licht unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen*, Carl Heymann, Colonia-Berlin-Bonn-Mánich, 1969, especialmente, pp. 37 y ss. Entre los autores italianos, ROPPO, *I diritti della personalità*, Op. Cit., p. 62, hace ver, con su agudeza habitual, que una traducción de "privacy" como "derecho general de la personalidad" sería más apropiada que la de "derecho a la intimidad".

La influencia del derecho alemán en la *privacy* estadounidense parece ser segura. WARRÉN y BRANDEIS, Op. Cit., p. 207, señalan, expresamente, que el "right to privacy" debe ser visto como "a part of the more general right to the intimacy of the person-the right to one's personality". En el párrafo ha insistido, no hace mucho, POST, Robert C., *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort, with California Law Review*, Volumen 77, 1989, p. 958.

El caso parece obedecer a la circunstancia histórica —también ignorada por los autores españoles— de que Brandeis realizó estudios en Leipzig, y no hay que desvirtuar que lo haya sido conocida la doctrina del "derecho al secreto de la vida privada", expuesta por KOHLER, Josef, *Das Anwartschaftsrecht: eine zivilrechtliche Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Eigentum, vom Mitgesamtwesen, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*. En: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Vol. XVIII, 1889, pp. 129 y ss., además, de la terminología germana. Así lo han hecho notar EHMANN, "Informationsrecht und Informationsverarbeitel", En: *Archiv für die zivilistische Praxis*, Vol. 188, 1988, p. 233; ID., *I principi del diritto tedesco in materia di trattamento dei dati personali*, Op. Cit., p. 487, nota (12); y en Italia, BESSONE, *Davanti i giudizi e norme di diritto prelesione. L'esperienza francese del diritto all'intimità della vita privata*. En ID., *Nuovi saggi di diritto civile*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 169; y BARDOLESI, Op. Cit., pp. 4-5, y nota (4).

En este acápite, recordaré, nada más, que en la referida experiencia, el "tort law of privacy" abarca, clásicamente, cuatro ramas, cada cual correspondiente a un tipo de *invasion of privacy*: (i) el derecho al uso exclusivo del propio nombre y fotografía en la publicidad; (ii) el derecho a no ser expuesto públicamente de manera infiel a la realidad (*false light in the public eye*); (iii) el derecho a no ser molestado mediante vigilancia agresiva; y, (iv) el derecho a no ser afectado por intrusiones domiciliarias no autorizadas y a no ser sometido a injustificada investigación o confiscación.⁸⁷

Por otro lado, los remedios que los tribunales estadounidenses pueden aplicar en las causas promovidas por atentados contra la *privacy* han sido identificados, tradicionalmente, con el "resarcimiento" (*damages*), las medidas inhibitorias para la prevención de daños (*orders or injunctions to prevent harms*) y la aplicación de sanciones penales al infractor (*criminal penalties*).⁸⁸

De las ramas previamente indicadas, hay un específico *tort* que quien atisba la experiencia estadounidense podría incautamente relacionar, sin escapar del ámbito de la *privacy*, con los objetivos de protección de los afectados por la circulación de informaciones personales: el *tort of false light*⁸⁹, que puede ser visto más o menos como equivalente a la protección resarcitoria de la identidad personal.⁹⁰

Pero ello no ha ocurrido, y aun en el supuesto contrario, si la asociación fuera acertada, la situación no sería distinta, porque para el resto del ámbito de la protección frente a la manipulación de datos –el de la "intimidad" como nosotros la conocemos– el Derecho estadounidense no está en condiciones de aportar directrices unívocas.

En tal ordenamiento, la protección constitucional de los *individual rights* se viabiliza a través de la imposición de límites al poder estatal.⁹¹ Muchas han sido las ocasiones en las que ha entrado a tallar, en tal sentido, la Cuarta Enmienda de la Constitución, donde se establece que "el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas". De aquí que se sostenga, fundadamente, que los derechos constitucionales en Estados Unidos son, ante todo, "derechos de defensa" y que, en consecuencia, no existen derechos constitucionales implicados en el caso de empresas privadas que manipulan datos personales.

Es más, existe el *precedent* de la causa *Whalen v. Roe* de 1977, nacida de la controversia en torno de la creación, por parte del Estado de Nueva York, de un archivo informático con los nombres y direcciones de todas las personas que habían adquirido cierto medicamento, en el

⁸⁷ El esquema es de POSNER, voz *Privacy*, p. 163, quien reivindica para el "economic analysis of the the law of privacy", como área prominentemente de interés, aquella vinculada con los aspectos "del control, por parte de sus individuos, de la circulación de información que les concierne" (Ibid., p. 104).

La causalización del "tort law of privacy" se remonta al citado artículo de PROSSER, *Privacy*, Op. Cit., pp. 389 y ss., y ha sido recogida en el *Restatement of the Law of Torts*, de 1976, elaborado por el American Law Institute (§ 652A). Así consta en la voz *Right of Privacy and Publicity*, del *Corpus Juris Secundum*, Op. Cit., p. 488.

Hay referencias sobre estos aspectos de la *privacy* estadounidense en el artículo de MORALES GODO, Juan, *El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado*. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 49, 1995, pp. 169 y ss., especialmente, pp. 175 y ss.

⁸⁸ MAYER, Michael F., *Rights of Privacy*, Law-Art Publishers, Nueva York, 1972, p. 203. Ya en esta época, se afirmaba que "the basic remedy for privacy invasion (...) remains payment of damages as granted by a court" (Ibid., p. 208).

⁸⁹ PROSSER y KEETON, Op. Cit., p. 863.

⁹⁰ KAMLAH, Op. Cit., pp. 82 y ss., 143 y ss.

⁹¹ SCHWARTZ, Op. Ub. Cit., pp. 678-679.

cual la Supreme Court reconoció, sí, que podía plantearse la existencia de un derecho a ser protegido contra el *improper disclosure of personal data*, pero negó, en definitiva, que los *privacy rights* de los demandantes hubiesen sido lesionados.⁸²

En Estados Unidos, el control jurídico de esta actividad solo es concebible, entonces, a través de la normativa estatal o federal.⁸³ Hay quien habla de un "*statutory privacy movement*"⁸⁴, porque hace años que se viene acumulando legislación especial, por sectores, a partir del texto, posteriormente reformado, del *Fair Credit Reporting Act* de 1970⁸⁵, en relación con la actividad de las *consumer reporting agencies*, al cual han seguido, entre otros, el *Privacy Act* de 1974⁸⁶, modificado por el *Privacy Protection Act* de 1980, la *Telephone Consumer Protection Act* de 1991⁸⁷ y el *CAN Spam Act* del 2003.⁸⁸ Existe, además, una gran cantidad de proyectos de normas que, de ser aprobadas, tendrían garantizado el protagonismo en este campo, como el *Wireless Privacy Protection Act* del 2001 y la *Online Privacy Protection Act* del 2003.

Conviene aclarar que el *Privacy Act*, inserta, con el § 552a, en el Título 5, sobre *Government Organization and Employees*, de la compilación de Leyes Federales de Estados Unidos (*United States Code Annotated* o, simplemente, U.S.C.A.), a pesar de su genérica denominación, no debe ser considerado como una excepción a la tendencia del ordenamiento de dicho país a centrar la atención en la defensa del ciudadano frente a los poderes públicos.

Efectuada dicha salvedad, se puede describir, sintéticamente, el remedio resarcitorio previsto en el *Privacy Act*, para el supuesto en que las *agencies* que conserven, recojan, usen o divulguen *records* personales (no se habla de *data*, sino de *records*, definidos como todo ítem, colección o grupo de informaciones acerca de un individuo) produzcan daños debidamente probados.

Dicho remedio procede si las *agencies*, con voluntad o intención, a ser determinadas por los tribunales, cometen falencias en la conservación diligente, segura, conveniente y plena de tales *records* o, en general, si infringen las disposiciones de la norma.

La protección resarcitoria, según lo expresamente previsto, corre por cuenta de los Estados Unidos, y se señala que el monto de los *damages* no será menor a mil dólares y que en él se comprenderán las costas del proceso y los honorarios de la defensa (§ 555a(g)(4) (A)-(B)).

Desde el primer momento, se ha observado atinadamente que el sistema de sanciones del

⁸² La referencia es de SCHWARTZ, Op. Cit., pp. 679 y ss., quien opina que en este caso los jueces estadounidenses habrían debido aplicar el derecho a la autodeterminación informativa (Ibid., p. 684). El episodio también es recordado por LOUIS, Hans Walter, *Datenschutz und Informationsrecht in den USA*, Schweitzer, Munich, 1984, p. 11, y, más recientemente, por ROCH, Michael P., *Filling the Void of Data Protection in the United States: Following the European Example*, En: *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Volumen 12, 1996, p. 89.

⁸³ SCHWARTZ, Op. Cit., p. 679, quien afirma, tajantemente, que en el derecho de Estados Unidos "*there is still no constitutional right adequate to protect the individual in the information age*" (Ibid., p. 694), e irona a que "*a right of informational self-determination must be developed in America. (...) The economy of the information society relies upon banks of personal data for the autonomy of the individual requires the law to give shape and to set limits to the information flow*" (Ibid., p. 701).

⁸⁴ POSNER, *The Economics of Justice*, Op. Cit., pp. 299 y ss.

⁸⁵ La *Fair Credit Reporting Act*, inserta como § 1681a y siguientes, del 15 Título, *Commerce and Trade*, del *United States Code Annotated* (U.S.C.A.), contiene expresas previsiones sobre la "civil liability" para los supuestos de daños por inobservancia de las disposiciones en ella previstas, ya sea de modo intencional (§ 1681a) o negligente (§ 1681e). En el primer supuesto, si lo deciden los tribunales, proceden incluso los "punitive damages".

⁸⁶ Sobre la cual brinda útiles referencias, entre nosotros EGUIGUREN, Op. Cit., pp. 144 y ss.

⁸⁷ U.S.C.A., Título 47, *Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs*, § 227.

⁸⁸ Al respecto, recurre a mi trabajo *Sponsoring y responsabilidad civil. Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado*, a publicarse en: *Thésis-Revista de Derecho*, 2005.

Privacy Act, considerado en su conjunto, es detallado, pero débil, porque las sanciones se refieren, de manera casi exclusiva, a violaciones cometidas en la fase de conservación de los datos y no en las de su adquisición y difusión. Según el mismo examen, tales sanciones son blandas y fáciles de monetizar, y la grave consecuencia es que aquellos que "quisieran disfrutar económicamente las informaciones ilícitamente adquiridas encontrarán un incentivo, en lugar de un desincentivo, en las sanciones previstas".⁹⁹

No hay en Estados Unidos, entonces, un *data protection law*, como el nacido y desarrollado en los ordenamientos europeos¹⁰⁰, ni mucho menos, obviamente, un reconocimiento, con carácter general, del derecho a ser resarcido por los daños que derivarían de dicha actividad. Con agradable ironía, un autor ha escrito que esta situación de desequilibrio, en comparación con el régimen vigente en Europa, resulta difícil de concebir en un país cuyos fundadores fueron, justamente, emigrantes que no veían reconocidas en el viejo continente sus libertades de religión, de manifestación de pensamiento y, ni más ni menos, su derecho a ser dejados en paz.¹⁰¹

Lo que se habría formado en Estados Unidos, en todo caso, y siempre con el imprescindible sostén de la obra jurisprudencial, es lo que algún estudioso denomina "right of informational privacy"¹⁰², pero que se aplicaría solo al supuesto en que la información personal es manipulada por el Gobierno.¹⁰³

Existe, asimismo, un modo de resolver las cosas al que la doctrina de otros países, según me parece, ha prestado poca atención, pero en el que se han venido adocinando, las más de las

⁹⁹ ALPA, "Privacy" e *status dell'informazione*, Op. Cit., p. 92.

Estas expresiones del ilustre profesor italiano, que se remontan a 1979, han sido premonitorias, si nos atenemos al juicio de COLLES, Todd Robert, *Does the Privacy Act of 1974 Protect your Right to Privacy? An Examination of the Routine Use Exception*, en: *The American University Law Review*, Volumen 40, 1991, p. 1001: "The Privacy Act of 1974 attempts to strike a balance between the government's need to gather and to use personal information and the individual's need to exercise control over that information. The balance, however, has never been achieved. Instead, the Privacy Act has favored the government's desire for information at the expense of individual privacy".

¹⁰⁰ ROCH, Op. Cit., p. 72, afirma: "In the United States, however, virtually no such laws exist, putting private, personal information of American citizens at risk of public disclosure and scrutiny", y (p. 88) que "unlike under the European Commission, no comprehensive regulations favoring an individual's right to privacy exist in the United States. The American law has been very slow to respond to the challenges of data protection presented by the information age".

No es cierto, entonces, lo que se consignó en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reformas al Código Civil de 1984: "en otras experiencias jurídicas como la estadounidense, la alemana, la francesa, y la italiana, entre otras, ya existe una regulación jurídica sobre el manejo de datos personales".

¹⁰¹ ROCH, Op. Cit., p. 96.

¹⁰² ALPA, Op. Cit., p. 101, brinda el siguiente cuadro de la evolución: "si se compara el concepto de privacy tradicional, elaborado por la jurisprudencia y doctrina antedichas por intenciones innovadoras, y el concepto de privacy al cual hace referencia la legislación federal (en particular, la Privacy Act), se puede advertir en toda su amplitud el significado de las nuevas tendencias y la relevancia que tiene la "informational privacy". El segundo concepto es, en efecto, muy vasto: el primero se obtiene por relación, sea porque la Privacy Act, muy apartadamente, no da una definición de privacy, sea porque, si se invoca la Primera Enmienda (de la Constitución de Estados Unidos), debe entenderse que el concepto de privacy de hoy puede recibir ampliaciones, adiciones, especificaciones, que son progresivamente requeridas por las exigencias de la nueva realidad".

¹⁰³ SCHWARTZ, Op. Cit., p. 686, es de la idea de que "the Supreme Court needs to protect not a right to make certain decisions or a right against public disclosure but a right of informational self-determination. Such a right, anchored in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, would protect human autonomy through judicial attention to the effect of governmental data use".

Según el primer párrafo de la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense, que aquí se cita: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá afectar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

veces por asimilación, muchas empresas de nuestro medio: el de las inocuas "políticas de privacidad" o "políticas de protección de datos" (traducción literal de "privacy policies").¹⁰³

El significado mismo de la expresión "data protection" ha sido considerado de manera diferente en Europa y Estados Unidos. Para los europeos –se observa– dicha expresión hace referencia al correcto tratamiento de la información acerca de los individuos; para los estadounidenses, en cambio, guarda relación con los principios de la propiedad intelectual vinculados con el derecho de autor, el secreto empresarial y las medidas de seguridad en el campo tecnológico.¹⁰⁴

De aquí también que, como lo reconoce la propia doctrina estadounidense, una de las preocupaciones para la Unión Europea, atendiendo a las recíprocas relaciones comerciales, sea la de asegurarse de que en Estados Unidos existan estándares satisfactorios de protección de las informaciones personales.¹⁰⁵ La ambigüedad que se presenta en esta área ha determinado que algunos autores sugieran mantener con firmeza un sistema de strict liability, por ejemplo, para los "exportadores de datos personales", a través de la adhesión de los agentes de tal mercado a los principios europeos en materia de información.¹⁰⁶

La experiencia estadounidense resultaría ser más valiosa, sin lugar a discusión, por ser fuente inagotable de problemas a resolver¹⁰⁷, mejor todavía si la lupa es la de estudiosos de países

¹⁰³ Los editores de la revista "Caretas", por ejemplo, a la que muchos se han suscrito para poder consultarla a través de la Internet, señala en su "Política de Protección de Datos" que: "la captación y tratamiento de los Datos Personales tiene por fin: (i) la gestión, administración, prestación, aplicación y mejora de los servicios en los que el Usuario decide suscribirse o darse de alta; (ii) la adecuación de dichos servicios a las preferencias de los Usuarios; (iii) el estudio de la utilización de los servicios por parte de los Usuarios; (iv) el envío, por medios tradicionales y electrónicos, de toda clase de información, encuestas y/o formularios acerca de productos y servicios ofrecidos por EMPRESA EDITORA MULTIMEDIA S.A.C. actualmente y en el futuro. Adicionalmente, los Usuarios del Sitio declaran conocer y aceptar que el llenado y posterior envío de los Datos Personales solicitados a través de los formularios de captación de datos personales ubicados en cualquiera de las páginas del Sitio implica la autorización expresa a EMPRESA EDITORA MULTIMEDIA S.A.C. de que esta pueda enviar a los Usuarios, por medios tradicionales y/o electrónicos, información técnica, operativa y comercial acerca de productos y servicios ofrecidos por terceros actualmente o en el futuro, así como formularios de encuestas que los usuarios no quedan obligados a contestar. EMPRESA EDITORA MULTIMEDIA S.A.C. ha adoptado los niveles de seguridad y medidas técnicas de protección de los Datos Personales que resultan más adecuados, ello con el objeto de evitar la pérdida, mal uso, alteración, acceso no autorizado y/o robo de los Datos Personales proporcionados por los Usuarios a EMPRESA EDITORA MULTIMEDIA S.A.C. Sin perjuicio de ello, el Usuario declara conocer y aceptar expresamente el hecho que las medidas de seguridad en Internet no son en modo alguno infranqueables o inexpugnables". Véase: <http://www.caretas.com.pe>.

Ni una palabra, desde luego, sobre la responsabilidad que pesaría sobre la empresa si se produjeran daños por efecto de la manipulación de los datos de los usuarios.

¹⁰⁴ SCHWARTZ, Paul y REIDENBERG, Joel R., *Data Privacy Law—A Study of United States Data Protection*, Michie Law Publishers, Charlottesville (Virginia), 1996, p. 5.

¹⁰⁵ SCHWARTZ y REIDENBERG, Op. Cit., p. 3, quienes hacen notar, asimismo, que la visión estadounidense de la regulación del uso de la información personal difiere de la europea en el sentido de que en el viejo continente los derechos individuales se protegen de manera preventiva, a través de la actividad del Estado destinada a velar para que no se produzcan daños, tanto en el sector privado cuanto en el sector público; mientras que en Estados Unidos el interés lo despiertan problemas secundarios, hay mínima participación estatal y una tendencia a contrariar –como señalo en el texto– en la actividad del Gobierno, antes que en la actividad privada (Ibid., p. 5). Pese aún: "because few rights are available in the United States with respect to the profiling of personal information, there are few legal remedies available to individuals" (Ibid., p. 338).

¹⁰⁶ SCHWARTZ y REIDENBERG, Op. Cit., pp. 397-398.

Al respecto, la Directiva 95/46/CE establece que: "los Estados miembros disponrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando (...) el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado (artículo 25, numeral 1).

A la "data embargo orders" ha dedicado otro estudio SCHWARTZ, *European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows*, en: *Iowa Law Review*, Volumen 80, 1995, pp. 471 y ss.

¹⁰⁷ Sobre todo, atendiendo a que, como razonablemente se ha especulado, "the United States probably produces more privacy case law than any other country law jurisdiction". MICHAEL, Op. Cit., p. 81. Como recuerda PARDOLESI, Op. Cit., p. 5, además,

donde ya se había atisbado el problema de la creación de bases de datos, desde la óptica del Derecho Civil.

Así ha ocurrido en Italia, donde una bien aplicada comparación jurídica ha permitido, en primer lugar, tomar conciencia acerca de la relevancia de las cuestiones vinculadas con la tecnología informática, desde la época de las primeras bases de datos y, en segundo lugar, elaborar un sistema en gran medida concordante con un armazón conceptual preexistente, por cuya armonía siempre debería velar el estudioso del Derecho.

Pero el modelo italiano de responsabilidad civil que se debe examinar no solo es el actual, recogido en la normativa específica que ya se ha citado. Aún no es el momento de ocuparse de lo atinente a la legislación especial. Ello se hará en el siguiente acápite, pero no sin echar, previamente, una breve mirada a lo que se proponía en el medio italiano cuando el, desde cierto punto de vista, afortunado silencio de la Constitución sobre estos temas, que se mantiene hasta la fecha, hacía de las categorías del Derecho Civil las herramientas esenciales de las que se servían, diestramente, quienes perfilaban soluciones a estas cuestiones.

En dicho contexto, los juristas tienen que trabajar con la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual. En el Código Civil italiano, se trata del artículo 2043, según el cual, aquel que por dolo o culpa ocasiona un daño "injusto" a otro está obligado a resarcirlo, que, salvo en lo relativo al requisito de la "injusticia", puede ser parangonado a la primera parte del artículo 1969 de nuestro Código Civil.

La hoy arraigada lectura que se propone de esta disposición es una que permite asegurar un resarcimiento, amparándose en ella, frente a todos los daños provocados en violación del deber de *neminem laedere*. Ello significa que la protección resarcitoria no se concede únicamente a los "derechos subjetivos" ni, mucho menos, a los derechos literalmente reconocidos por el Código Civil, sino a toda situación que se juzgue merecedora de ella.

El régimen legal de la responsabilidad extracontractual en Italia, como en Perú, es, por lo tanto, "atípico". El abarca "todo interés merecedor de protección según el ordenamiento jurídico. Así, no solo se va más allá de las situaciones jurídicas subjetivas: se va también más allá de las situaciones tipificadas como derechos absolutos y se puede incluir en el área de las situaciones protegidas intereses nuevos que surgen, paulatinamente, en la realidad social. En tal sentido, y respecto del argumento específico de los derechos personales del hombre, sería objeto de fundadas perplejidades una concepción tipificadora de los derechos de la personalidad, y más conforme a la realidad y a nuestro sistema jurídico, en cambio, una configuración de tales derechos como partes integrantes de una estructura abierta, dúctil y merecedora de protección en virtud de una exacta interpretación del artículo 2043 del Código Civil".⁹⁸

La importancia de salvaguardar la potencialidad del artículo citado se ha reconocido como importante porque permite que el sistema de responsabilidad civil "marche al paso con la realidad social. Esta, en efecto, es la característica fundamental de toda cláusula normativa general. El progreso tecnológico, y los profundos cambios que este comporta, constituyen, actualmente, fuentes de producción de nuevos daños (...) y con la ampliación de las posibles lesiones de la esfera jurídica ajena es que se propone el delicado problema de extender las hipótesis de daño resarcible".⁹⁹

el "fumante jurisprudencial" estadounidense ha tenido una influencia determinante en el desarrollo global de la protección de la *privacy*.

⁹⁸ GIACOBBE, *La responsabilità civile per la gestione di banche dati*, Op. Cit., p. 160.

La idoneidad del artículo 2043 para "diver la regola común a tutte las hipótesis de illecito no espressamente regoladas" es también subrayado por FRANZONI, Massimo, *Dati personali e responsabilità civile*, en: *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 902. En igual sentido: LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, En: *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 633.

⁹⁹ GIACOBBE, Op. Cit., p. 98.

Ateniéndose a esta exacta perspectiva, las cláusulas normativas generales de responsabilidad extracontractual de nuestro Código Civil (que son, además, dos: artículos 1969 y 1970) son suficientes, en teoría, para admitir el carácter resarcible de los daños ocasionados por efecto de la manipulación de datos personales.

Pero el derecho italiano nos brinda una pauta adicional. En el, a primera vista, desolador escenario de ausencia de previsión constitucional sobre el derecho a la protección frente a la manipulación de datos personales, de ausencia de regulación explícita del derecho a la intimidad y de ausencia de normativa especial sobre el punto, la doctrina del Derecho Civil enlaza la hipótesis estudiada con la responsabilidad por actividades peligrosas.

La regulación del supuesto de responsabilidad por actividades peligrosas es una novedad de la legislación italiana de la primera mitad del siglo pasado, primero recogida en la normativa sobre circulación vial, y, posteriormente, en el texto codificado de 1942, donde el artículo 2050 establece que *"aquel que ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, está obligado al resarcimiento, a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño"*.

Sin embargo, un estudioso italiano¹⁰⁸ ha juzgado dicho artículo como una desilusión, porque al admitirse la prueba de la adopción de "todas las medidas idóneas para evitar el daño" se vuelve hacer entrar en juego un elemento del que parece imprescindible prescindir a la hora de regular este supuesto de responsabilidad: el criterio de imputación subjetivo o, sencillamente, la culpa.

Uno de los aciertos casuales del Código Civil peruano de 1984 es, justamente, la estructura de la cláusula normativa general del artículo 1970: *"Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo"*. No obstante la conceptualmente inexacta mención de los "bienes riesgosos o peligrosos", esta cláusula sí puede ser identificada, al menos sin los problemas interpretativos que se han desatado en Italia, como una regla de responsabilidad objetiva "relativa".¹⁰⁹

Es en el artículo 2050 del Código Civil italiano, como estaba anotando, donde se busca el criterio-guía para solucionar el problema de los daños por manipulación de datos personales.¹¹⁰

¹⁰⁸ CASTRONOVO, *vedi Responsabilità oggettiva III Disciplina privatistica-Diritto comparato e straniero*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 4 (de la segunda).

¹⁰⁹ La única responsabilidad objetiva debería ser aquella que no admite ninguna eximente. Véase: LEÓN, Leysser L., *La responsabilidad (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)*. En: *Normas Legales*, Trujillo, 2004, pp. 27-28. Sin embargo, la doctrina ha aplicado esta denominación, tradicionalmente, a los supuestos en los que es posible liberarse de responsabilidad con la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero o el hecho de la víctima. Por ello, la doctrina clasifica la responsabilidad objetiva en "absoluta", en el primer caso, y "relativa", en el segundo. MAIORCA, Carlo, *vedi Colpa civile (teoría generale)*, en: *Enciclopedia del diritto*, Vol. VII, Giuffrè, Milán, 1966, p. 552, quien es seguido por COMPORTEI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Nápoles, 1965, p. 89.

¹¹⁰ Ha sido determinante para esta orientación el hecho de que el artículo 2050 del Código Civil italiano contenga un régimen de inversión de la carga de la prueba. *"La evolución tecnológica, al hacer extraordinariamente gravosa la carga de la prueba (...) habría hecho corresponder a un constante crecimiento de las ocasiones de daño una significativa debilitación de la protección efectivamente prestada"*. COMANDÉ, *Privacy informatica: problemi e prospettive*, Op. Cit., p. 147. Téngase presente que utilice la sola cláusula normativa general del artículo 2043, por lo menos en Italia, donde no se prevé, como sí ocurre entre nosotros, que el descargo por falta de culpa recae sobre el agente (artículo 1969 del Código Civil peruano), significaría hacer recaer la carga de la prueba en el damnificado.

Esta constatación lleva a CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, Op. Cit., p. 676, a opinar que lo mejor habría sido que el legislador italiano se hubiese limitado a *"prever una responsabilità con inversione de la carga de la prueba, quizás utilizzando la stessa formula del articolo 2050 del Código Civil, pero in riferimento a las actividades peligrosas o, mejor aun, imputando al responsable del tratamiento, para efectos de la exoneración de la obligación de resarcimiento del daño, el haber hecho todo lo posible para evitar el daño"*.

Se observa, al respecto, que ya en la aplicación de la regla de responsabilidad por actividades peligrosas, los jueces identifican el elemento del "peligro", directamente, con la posibilidad de que se produzcan daños contra la integridad física de las personas. Sobre la base de esta premisa, se facilita dar el paso sucesivo y sostener que es posible hablar de actividades peligrosas en el caso de "actividades que por su naturaleza, o por la naturaleza de los medios adoptados, representen un peligro real para los derechos de la persona autónomamente considerados".¹²⁵

Hoy, como se verá más adelante, aquellas sustentadas conjeturas¹²⁶, apoyadas en reflexiones notablemente civilísticas, han sido recogidas en la normativa italiana del sector, tanto en la derogada Ley 675 de 1996 (artículo 18), cuanto en el nuevo Código en materia de protección de datos personales italiano del 2003 (artículo 15), que efectúan remisiones al artículo 2050 del Código Civil.

Así, las interpretaciones que ahora se propondrán, ya sobre la base de las disposiciones sobre responsabilidad civil contenidas en la legislación especial que se ha introducido en Italia, señalarán que se trata "de responsabilidad *objetiva*, respecto de la cual la prueba liberatoria consiste en la demostración de que los datos han sido tratados —es decir, recogidos, registrados, organizados, conservados, elaborados, modificados, seleccionados, extraídos, cotizados, utilizados, cotizados unos con otros, bloqueados, comunicados, difundidos, cancelados o destruidos— según las técnicas más avanzadas del momento y orientadas, principalmente, a evitar que surjan eventos dañosos para el interesado".¹²⁷ O bien, siempre atendiendo a la posibilidad que se concede, de probar la adopción de medidas preventivas, de una "responsabilidad *semiojetiva*"¹²⁸ o "presunta".¹²⁹ Y no falta quien usa la expresión "responsabilidad *agravada*"¹³⁰, que porta el implícito reconocimiento de que la responsabilidad por actividades peligrosas continúa siendo subjetiva.

Justo es decir que este reenvío de la legislación especial italiana al Código Civil ha generado delicados problemas de interpretación. Se discute, por ejemplo, acerca de si están en lo cierto los autores que consideran "actividad peligrosa" toda actividad de tratamiento de datos personales.¹³¹ Quienes juzgan que ello sería incorrecto, asumen que el legislador ha creado una figura autónoma de responsabilidad civil, que solo se vincularía con el artículo 2050 en lo concerniente a sus

¹²⁵ GIACOBBE, *Op. Cit.*, p. 116. De distinto parecer es CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, *Op. Cit.*, p. 675. Según este autor, el artículo 2050 del Código Civil italiano regula "el daño patrimonial derivado de la lesión de la integridad física de las personas y de la destrucción o deterioro de bienes. En el tratamiento de datos, en cambio, la integridad física no está en cuestión, y el daño patrimonial, al menos cuando el 'interesado' sea una persona física en tanto persona, parece relativamente menor relevante respecto del daño no patrimonial".

¹²⁶ Conjeturas que, a pesar de su potencial, no llegaron a tener aplicación en la jurisprudencia anterior a la legislación especial, según informa BUTTARELLI, Giovanni, *Banche dati e tutela dello riservatezza, ricomposizione*, Giuffrè, Milán, 1997, p. 350.

¹²⁷ Son expresiones de CLARIZZA, Renato, *Legge 675/96 e responsabilità civile*, en: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, p. 244. También han adoptado la perspectiva objetivista, desde el régimen normativo precedente, autores como ROPPO, *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, en: *Danno e responsabilità*, 1997, No. 6, p. 662; y FRANZONI, *Op. Cit.*, pp. 902-903.

¹²⁸ La terminología es de BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Utet, Turín, 1989, pp. 753 y 759, quienes la aplica, en general, a la responsabilidad por actividades peligrosas, según el texto del artículo 2050 del Código Civil italiano. Debido al reenvío efectuado por el legislador italiano en materia de datos personales, también se ha hablado de responsabilidad semiojetiva en este ámbito: SICA, Salvatore, *Danno morale e legge sulla privacy informatica*, en: *Danno e responsabilità*, 1997, No. 3, p. 282.

¹²⁹ BUTTARELLI, *Op. Cit.*, p. 351.

¹³⁰ La utiliza SARESELLA, Walter, *Commentario sub art. 15*. En: AA. VV., *Codice della Privacy-Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196*. T. I, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 195 y 210.

¹³¹ Tal es la opinión de ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, en: *Studiare Italia*, 1997, p. 468; BIN, Marino, *Privacy e trattamento dei dati personali: estraneo in Europa*, en: *Contratto e impresa/Europa*, Año II, 1997, p.475; y TOSI, Emilio, *voce Tutela dei dati personali on-line*. En: *Digento delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Aggiornamento, 2, T. II, Utet, Turín, 2003, p. 1284.

efectos.¹²⁰ Otros piensan que el reenvío tiene únicamente carácter parcial y que siempre será necesario utilizar de manera combinada las disposiciones de la ley especial con las demás reglas del Código Civil en materia de responsabilidad aquiliana.¹²¹

De todas maneras, el reenvío en cuestión tiene también el valor de encaminar inequívocamente hacia la responsabilidad extracontractual el régimen de los daños ocasionados en este espacio. "Aunque nadie puede dudar que, en la mayoría de los casos, los daños se producirán entre sujetos no ligados por una relación contractual, es de todas maneras posible el caso opuesto (piénsese en la violación de las reglas sobre el tratamiento de datos por parte del médico, en perjuicio del paciente, o en el perjuicio sufrido por un sujeto ligado al titular de la base de datos por un vínculo contractual, que tuviera por objeto, justamente, la comunicación de datos personales). (...) Se puede entender, entonces, que el legislador ha querido tomar posición en el debate (...) y afirmar que cuando se lesiona un derecho absoluto de la persona, el damnificado tiene acción extracontractual, independientemente del hecho de que la lesión haya provenido de un deudor o de un tercero".¹²²

El último aspecto que quiero tocar, luego de haber analizado las posibilidades de construcción de la responsabilidad civil en la manipulación de datos personales sobre la base del Código Civil, es el del daño resarcible.

No se presentan discrepancias al momento de señalar que los daños producidos por manipulación de datos personales no tendrán, en la gran mayoría de supuestos, un contenido económico, que pueda estimarse fácilmente en dinero. Por lo tanto, será necesario proveer para su mitigación a través del concepto de daño moral.¹²³

El tema se encuadra en el arduo ámbito del resarcimiento por lesión de los llamados "intereses morales".¹²⁴ Aquí, claro está, no se trata del daño moral en su aspecto de sufrimiento

¹²⁰ De este parecer es CASTRONOVO, *Situazioni soggettive a tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, Op. Cit., p. 675.

Según FRANZONI, Op. Cit., p. 902, el reenvío de la legislación especial al Código Civil se limita al aspecto probatorio. A juicio de COMMANDÈ, *Commentario sub art. 18*, Op. Cit., pp. 490-491, es dudosa la utilidad de calificar *non auri* como peligrosa la actividad de tratamiento, porque no siempre este puede considerarse como tal, en el sentido de que genere un elevado riesgo estadístico de daño o un riesgo de un daño elevado: "la rigida logica del rischio di impresa o, più in generale, di la infortunazione de los daños inevitables (y de los evitables) en el precio final, se adapta localmente a los sujetos que llevan a cabo actividades de tratamiento de datos personales de manera comercialmente profesional, o bien en el ámbito de una actividad productiva en sentido lato, capaz de internalizar enteramente al costo de los daños procurados, pero no se puede afirmar lo mismo para el tratamiento de datos para fines exclusivamente personales, o sin el recurso a medios automatizados, ni para muchos tratamientos que se dan en el ámbito público". También COLONNA, Op. Cit., p. 6, en fin, opina que se ha producido una "explícita decisión de política legislativa" y que, por lo tanto, se ha dado existencia a una nueva fisonomía de responsabilidad, concluye, del mismo modo, que el tratamiento de datos personales debe ser apreciado, en principio, como "neutro", y considerarse ilícito según cada caso, y siempre a la luz de una interpretación de la legislación especial (Ibid., p. 14).

¹²¹ SIMEOLI, Darin, *La tutela dell'interessato*, en: *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, al cuidado de ACCIALI, Riccardo, Maggioli, Rimini, 2004, pp. 327-328.

¹²² AMBROSOLI, Matteo, *La tutela dei dati personali e la responsabilità civile*, en: *Rivista di diritto privato*, 1998, pp. 310-311.

Por mi parte, ya he tenido oportunidad de expresar mi opinión sobre este delicado punto, en relación con la violación del derecho fundamental al consentimiento informado del paciente al tratamiento médico, en LEÓN, Leysser L., *El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*, ahora en ID., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Cit., pp. 309 y ss., especialmente, p. 312: "quien haga suyo el discurso del consentimiento informado como derecho fundamental del paciente, o del usuario de los servicios de salud, quien apela a la dignidad del individuo y demás derechos de la personalidad, debe reconocer, si quiere ser consecuente, que la protección jurídica de dicho derecho opera mediante la responsabilidad extracontractual, es decir, mediante la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969 de nuestro Código Civil".

¹²³ También en el "art of false light" el análisis se realiza en el tono de los daños por "emotional distress": ELDER, Op. Cit., pp. 301 y ss. Hablando de la "intimidad" en general, RESCIGNO, *Il diritto di essere lasciato soli*, Op. Cit., expresaba que respecto de ella se presentan daños "exclusivamente, o principalmente, de índole moral: daños hechos de sufrimiento, de dolor, de desasosiego, de amargura y también de irritación, por la curiosidad de lo que uno ha sido objeto".

¹²⁴ Esta expresión ("interés moral") es común entre los autores franceses, como KAYSER, Op. Cit., p. 509 y, a mi parecer, sería

o de padecimiento anímico, sino en su perfil, igualmente complicado de cuantificar, de lesión de bienes inherentes a la persona o, si se prefiere, de derechos de la personalidad.¹²⁵ Y cada vez que se verifica una lesión que no pueda valorizarse económicamente, "a través de valores comunes de mercado, resulta muy problemático trazar un área de daño jurídicamente resarcible".¹²⁶ A ningún resultado conduce una aplicación de la llamada *Differenztheorie*, la teoría de la diferencia de patrimonios¹²⁷, de raíz germana, ni tampoco el razonar en términos de "compensación", porque el daño moral jamás llega a resarcirse.

Lo anterior podría llevar a creer que este tipo de violaciones no da lugar a ninguna sanción económica para el dañador. Es más, se puede hasta pensar que concediendo una reparación en este caso se terminaría considerando como una mercadería cualquiera la propia dimensión espiritual de la persona humana.¹²⁸

Solo que en lo que concierne a la protección frente a la manipulación de datos personales, el reconocimiento del daño moral ha dado muestras de poder ser útil en el plano de la desincentivación de las conductas lesivas. Atendiendo a ello es que un autor ha sugerido que el daño moral se manifiesta en este espacio en toda su magnitud de pena privada.¹²⁹ En tal caso, se

importante profundizará, para otorgar el sentido que le corresponde al daño moral en nuestro ordenamiento jurídico.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil, Les personnes*, Tercera Edición, Sirey, París, 1976, p. 5, hablan de *éléments moraux de la personne*. Más recientemente, TALLON, Denis, voz *Personnalité (droits de la)*, en: *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, Vol. VI, Dalloz, París, 1981, p. 13 (de la separata), anota que "en tanto protegen directamente a la persona humana en sus aspectos físicos y morales, los derechos de la personalidad son fundamentalmente derechos extrapatrimoniales, no valorizables en dinero". Al explicar el derecho a la *vie privée*, MALAURIE, Philippe, *Les personnes-Les incapacités*, en MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil*, T. II, Tercera Edición, Cujas, París, 1994, p. 120, cada uno está en el derecho de toda persona *au respect de son intégrité morale*. Según CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, Primième Edición, Quadrige, Vol. 2, *Les biens-Les obligations*, Presses Universitaires de France, París, 2004, p. 2273, "la noción de daño moral encuentra su aplicación natural allí donde se presenta la lesión de uno de aquellos derechos que se califican como extrapatrimoniales o fundamentales (primordiaux): derecho al nombre, a la propia imagen, al honor, a la reputación".

¹²⁵ MARTY y RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Segunda Edición, Tomo I, *Les sources*, Sirey, París, 1988, p. 463, define el "préjudice moral", como "le dommage atteignant les intérêts extrapatrimoniaux et non économiques de la personne, en lésant ce que l'on appelle les droits de la personnalité".

En el Código Civil peruano, atendiendo al texto de las cláusulas normativas generales en materia de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y 1970), no existe ningún límite para el reconocimiento de los dos aspectos del daño moral, entendido como daño-sufrimiento y daño a los bienes inherentes a la persona, a los derechos de la personalidad o a los derechos fundamentales. Para que no queden dudas al respecto, está también el a todas luces superfluo recordatorio de que el resarcimiento debe incluir el "daño a la persona" (artículo 1983). Véase: LEÓN, Leyster L., *Equívocos doctrinales sobre el daño moral (A propósito de un reciente artículo)*, ahora en ID., *La responsabilidad civil-Lineas fundamentales y nuevas perspectivas*, Op. Cit., pp. 284 y ss.

¹²⁶ FRANZONI, *Il risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità ex Internet*. En: NIVARRA, Luca y RICCIUTTO, Vincenzo, *Internet e il diritto dei privati-Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Turín, 2002, p. 132.

¹²⁷ Anota, sobre este punto, ZENO-ZENCOVICH, voz *Personnalité (droits della)*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Volumen XII, Utet, Turín, 1995, p. 443, que "en ausencia de un valor de mercado de los diversos atributos de la personalidad, en la concreta dificultad (o no imposibilidad) de probar una ganancia frustrada, causalmente conexa con la ilícita lesión, tal diferencia termina siendo insalvable o, en la mayoría de las hipótesis, se le remite a la valoración equitativa del juez".

¹²⁸ Contra dicha apreciación previene FRANZONI, *Il risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità su Internet*, Op. Cit., p. 136.

¹²⁹ COMANDÉ, *Privacy informática: problemi e prospettive*, Op. Cit., p. 147 ID., *Comentario sub art. 18*, Op. Cit., p. 498, quien percibe que lo dispuesto por el legislador italiano en la Ley 675 de 1996 refleja una intención de "cargar de valor reparatorio, de pena privada, la hipótesis resarcitoria de la que aquí se trata". AMBROSOLI, Op. Cit., p. 323, lamenta que en la normativa en cuestión no se haya considerado "las dificultades inherentes a la necesidad que surgió para el juez de liquidar un valor fugaz como el daño no patrimonial" y que por ello tal vez habría sido conveniente, si lo que se buscaba era establecer una sanción

confirmaría la persuasiva impresión de que "los derechos de la persona constituyen el caldo de cultivo para formas punitivas de resarcimiento del daño".¹⁹⁹

Puede tener valor formativo, sobre los diversos puntos que se acaban de tocar, analizar dos recientes sentencias italianas.

En el primer caso²⁰⁰, doña Augusta Iannini demandó por daños y perjuicios a la empresa editora del famoso periódico "Il Corriere della sera", y al director de este, a causa de la publicación de una nota a página completa del diario, que llevaba como encabezado "La capital de los sospechosos", donde se informaba acerca de una investigación judicial que se venía desarrollando en la ciudad de Roma, por parte de las autoridades, y se incluía un mapa con una serie de direcciones de casas que serían pesquisadas, entre ellas, la de la demandante.

Lo que pedía la Sra. Iannini –cuya ocupación era, ni más ni menos, la de juez instructor en Roma–, era el resarcimiento que le correspondía ante el carácter difamatorio del mapa aparecido en "Il Corriere della sera", con el cual ella terminaba siendo asociada con hechos delictuosos, y ante la lesión de su intimidad, al haberse divulgado su dirección de residencia.

Los demandantes respondieron que la información consignada era veraz, en lo relativo a la conexión de la actora con aquellas investigaciones. En cuanto a la indicación de su dirección, sostuvieron que se trataba de una referencia demasiado vaga como para provocar algún agravio.

El Tribunal de Milán, ante el cual se interpuso esta demanda, la acoge globalmente. Deduce el carácter difamatorio de la publicación, firmemente, de la inexistencia de elementos atendibles para vincular a la actora con la investigación desarrollada por las autoridades. En tal sentido, expresa que "el derecho reconocido por el ordenamiento constituye e integra una onosa de justificación que desincrimina el comportamiento de los periodistas [solo] en tanto y en cuanto exista el objetivo interés de los hechos narrados para la opinión pública (principio de la pertinencia), la corrección con la cual tales hechos sean expuestos (principio de la continencia) y la correspondencia entre los hechos ocurridos y los narrados (principio de la veracidad)."

Luego se procede a analizar si se han generado perjuicios por efecto del tratamiento de datos personales, y la conclusión es en sentido positivo.

Para el Tribunal, la dirección de un individuo "debe ser incluida entre los datos personales que le conciernen, porque está comprendida entre aquellas informaciones que son útiles para permitir su identificación". Además, se asume que con la indicación de la dirección de la demandante, se ha violado el límite de la esencialidad de la información misma, en relación con hechos de interés público, sea porque la vinculación de la actora con los hechos investigados era infundada, sea porque, incluso si ella hubiese verdaderamente estado involucrada en estos, la señalación de su residencia habría sido de todas maneras injustificada, porque obrando de este modo los periodistas no estaban respondiendo a ninguna "efectiva finalidad informativa calificable como esencial, según el interés de la colectividad a conocer el curso y las conclusiones de las investigaciones efectuadas por las autoridades competentes".

En la parte resolutive, el Tribunal reconoce a la demandante únicamente el derecho a ser indemnizada por los daños "no patrimoniales sufridos", porque en el caso no se habían producido

adicionales, "realizar una cuantificación normativa de los daños a resarcir, del mismo modo que se cuantifica la pena pecuniaria en el ámbito penal".

¹⁹⁹ GRANIERI, Massimiliano, *Una proposta di riforma sulla tutela risarcitoria nella vicenda del trattamento dei dati personali*, en *Danno e responsabilità*, 1998, No. 3, p. 224, quien remite a PATTI, Salvatore, *voce Pena privata*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Volumen XIII, Utet, Turín, 1995, p. 353.

²⁰⁰ Tribunal de Milán, sentencia del 13 de abril del 2000. En: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, pp. 371 y ss. El fallo ha sido comentado por SICA, *Danno morale per lesione della privacy: domicilio ed essenzialità della notizia*, en la misma revista, 2000, pp. 469 y ss., y COLONNA, *Tirolo della privacy tra regole di mercato e poteri individuali*. En: *Danno e responsabilità*, 2001, No. 1, pp. 75 y ss.

daños con contenido económico. Es así como se concede la importante suma de treinta millones de liras (hoy, quince mil euros o sesenta mil nuevos soles, aproximadamente), a ser pagada, solidariamente, por la empresa editora y el director de "Il Corriere della sera"; monto determinado "según criterios de equidad, atendiendo a la posición profesional de la actora, a la inevitable exposición pública consiguiente, a la indebida apreciación sobre el papel de la actora en hechos de indudable relevancia social y considerando los presuntos efectos y alcance del ilícito difamatorio contra la actora. Debido a la amplia difusión del periódico en cuestión". Y todo, simplificando el análisis, por la indicación de la dirección de una persona en un periódico.

Imposible no pensar, después de la lectura de esta decisión de los jueces milaneses, qué cosa sucedería en nuestro medio si se presentara la misma situación; qué sucedería en un país donde los medios de comunicación, así como diversas instituciones públicas, como la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), en los procedimientos de ejecución coactiva que promueve, hacen uso y abuso de las fotografías y demás datos personales que los ciudadanos han sido obligados a tomarse para exclusivos fines de "identificación", al amparo de discutibles convenios con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

En el segundo caso¹², el señor Rosario Imperiali d'Affitto demandó a la empresa de suministro público de energía eléctrica (ENEL) para que, en primer lugar, rectificara su nombre en todas sus bases de datos, puesto que en los recibos de pago y documentos que llegaban a su casa él figuraba como "Imperiali d'Affitto Rosa". Ello había dado lugar a una consecuencia realmente tragicómica: que Imperiali no pudiera cobrar una devolución de dinero a su favor (de unos setecientos nuevos soles, para que la imagen sea más clara), por parte de la propia ENEL, debido a que la entidad encargada de entregarle la carta certificada que contenía su cheque –el servicio de correos– se rehusó a hacerlo, por no reconocerlo como destinatario de la correspondencia (donde decía "Rosa" y no "Rosario"). En su demanda, incluía también el rubro concerniente a los daños "no patrimoniales" irrogados, remitiéndose a la equitativa estimación cuantitativa del juez. Y se basaba, para esta última petición, en que había experimentado "sufrimientos", entre otras cosas, porque el dato errado se había difundido en una localidad pequeña, porque el episodio "había suscitado hilaridad en los terceros que tuvieron contacto con un hombre identificado con un nombre de mujer" (*sic*), por el fastidio soportado para obtener la suma que le era adeudada y por la "impotencia" sentida ante la negativa de la ENEL a atender sus reclamos.

La ENEL contestó la demanda señalando que Imperiali, al firmar el contrato de suministro, había consignado como nombre "Rosa", porque el formulario que se le hizo llegar para ello disponía de un limitado número de caracteres. En lo demás, pretendió eximirse de responsabilidad trasladándola al servicio postal. Desconocía, desde luego, la procedencia del resarcimiento de los daños "no patrimoniales".

En su sentencia, el Tribunal de Nápoles parte de la premisa de que un defectuoso tratamiento de datos personales no debe llevar, necesariamente, a concluir que "todo tratamiento realizado de manera imprecisa sea de por sí un ilícito generador de responsabilidad civil". Luego, aunque reconoce que del tratamiento defectuoso derivan, normalmente, daños de naturaleza no patrimonial, declara que no procede conceder el resarcimiento demandado, debido –nótese bien– a "falta de pruebas". Añade, al final, que los padecimientos sufridos por el actor se debieron, más bien, a la difusión que él mismo había hecho del dato errado.

Sin poner en cuestión las conclusiones de la sentencia, un autor ha destacado correctamente que no cabe admitir el referido argumento de la "falta de pruebas". Todos los que conocen la práctica

¹² Tribunale di Napoli, sentenza del 28 de abril del 2003. En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Año XX, 2004, Parte I, pp. 446 y ss., con comentario de RICCIO, Giovanni Maria, *Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali e prova del danno non patrimoniale* (*ibid.*, pp. 470 y ss.).

judicial, incluso la peruana, saben que este es "el" punto en el que terminan disolviéndose las pretensiones de los damnificados correspondientes al daño moral. ¿Cómo "probar" en estos casos?

El autor citado recuerda, oportunamente, la doctrina que identifica estos perjuicios como daños *in re ipsa*. Lo que se debe entender, entonces, es que el tratamiento inexacto de los datos –aunque la terminología utilizada resulte discutible– "es siempre fuente de responsabilidad, porque lesiona el derecho al control y a la corrección de los datos personales, derecho subjetivo pleno y reconocido por una disposición legal, del cual todos somos titulares y que da lugar (además) a la rectificación o cancelación de la información errónea, inexacta u obsoleta, como si se tratara de una reintegración en forma específica".¹²³

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES: EL CAMINO HACIA LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

La razón por la que es necesaria una legislación especial que reglamente la circulación de las informaciones personales, desde la óptica de la responsabilidad civil, está directamente vinculada con la inserción del tema ahora estudiado en el terreno de las nuevas tecnologías.

En efecto, tal cual enseña uno de los más lúcidos estudiosos de los derechos de la personalidad, "el mayor riesgo de violación, que va de la mano con las nuevas tecnologías, no incide en el plano de la protección de los valores agredidos, sino en el de los posibles comportamientos lesivos (es por ello que, en todo caso, sería este el campo en el cual se tendrían que desarrollar operaciones interpretativas y proveer a la demanda de intervenciones legislativas)".¹²⁴

Por ello, y no siendo fácil el camino para deducir un escudo legal resarcitorio con el solo auxilio de las normas existentes, es de saludar que en el ya citado Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984¹²⁵ se haya previsto la incorporación al Libro I de este texto de una disposición como la siguiente: "toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información, de rectificación o cancelación de datos inexactos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron recogidos" (artículo 16-A).

Fuera de la redacción, algo defectuosa, a la que inevitablemente conduce, otra vez, la fidelidad a los errores cometidos en la Constitución vigente, el proyecto tiene, como primer mérito, el de reivindicar la parte que le corresponde al Derecho Civil en el nacimiento de esta temática.

Para escribirlo en letras claras, sin la teoría del *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, habría faltado un elemento lógico para la creación, por parte de la jurisprudencia constitucional alemana, del derecho a la *informationelle Selbstbestimmung*. Y sin la teoría de los *diritti della personalità* o la evolución de la jurisprudencia italiana en materia de *riservatezza*, la adaptación de este

¹²³ RICCIO, Op. Cit., p. 473.

¹²⁴ MESSINETTI, *Circolarione dei dati personali e dispositivi di regolamentazione dei poteri individuali*, Op. Cit., p. 346. Por otro lado, como bien afirma SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, Op. Cit., p. 378, los cambios tecnológicos "no responden los derechos fundamentales, sino que impulsan a idear una y otra vez nuevas y adecuadas instrumentos de protección".

¹²⁵ Los méritos que aquí se destacan corren el riesgo de perderse de vista, lamentablemente, por otras propuestas contenidas en el Anteproyecto. Me limitaré a citar el inaceptable artículo 4-A, subtítulo "manipulación genética": "(1) El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves (2) Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos (3) Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley". ¿Habrá quien pueda justificar, dentro de los límites de lo racionalmente aceptable, que esto tiene que ser parte de un Código Civil? ¿Qué decir de la última parte, que parece más apropiada para la cola de una ley sectorial que para el texto normativo más importante después de la Constitución?

ordenamiento jurídico a la legislación supranacional de la Unión Europea habría tenido un radical sentido innovador que, en realidad, no se ha percibido.¹²⁶

Su segundo mérito es el de recoger el haz de atribuciones en las cuales se concretiza el reconocimiento legislativo del derecho "a la protección frente a la manipulación de los datos personales" (no es conceptualmente correcto, por las razones que en su momento indiqué, hablar de "protección de los datos personales"); acceso, rectificación o cancelación de la información y, sobre todo, el derecho de exigir que los datos se utilicen conforme a la "finalidad" para que fueron recogidos, atribución que, en otras experiencias, ha sido vista, justificadamente, como un virtual principio de esta área¹²⁷; un principio en virtud del cual hay que considerar que los datos se comparten con alguien distinto de su titular para propósitos preestablecidos, que se deben conocer de antemano, y más allá de los cuales el tratamiento deviene ilegítimo.¹²⁸

Ante una previsión como la contenida en el Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil, solo cabe preguntarse qué ocurrirá con la autodeterminación informativa "a la española" que continúa siendo desarregladamente utilizada por los componentes de nuestro Tribunal Constitucional.

El tercer y último mérito de esta propuesta tiene que ver con la coordinación que guarda con otra regla del Anteproyecto, en la cual se señala que "la amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado". Con esta previsión es justificado manifestar esperanzas para un futuro desarrollo de la protección inhibitoria entre nosotros.¹²⁹

En cuanto al Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales difundido por el Ministerio de Justicia, lo que correspondería hacer es un análisis exhaustivo. Sin embargo, ello no será posible, atendiendo a la especialidad de la temática de estas páginas.

¹²⁶ Ya respecto de la primera norma italiana sobre estos temas, la citada Ley 675 de 1996, un autor comentaba: "la nueva normativa sobre el tratamiento de los datos personales (...) no ha mostrado, en general, un alcance innovador en relación con las tendencias elaboradas por la jurisprudencia en materia de derecho a la intimidad, limitándose, sustancialmente, a revocar estas en el texto legal, sea circunscribiendo positivamente interpretaciones demasiado elásticas de algunos conceptos claves (...) sea mostrándose indiferente a válidas sugerencias provenientes de una sensible y aguda jurisprudencia minoritaria". MANTELERO, Alessandro, *Il diritto alla riservatezza nella l. n. 675 del 1996: il nuovo che viene dal passato*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Año LIV, 2000, pp. 973-974.

De distinto parecer es CLARICH, Op. Cit., p. 139, quien opina que, a la luz del *hasus* cultural de la reciente legislación del sector, "es probable que ésta sea acogida por los destinatarios principales (empresas y Administración Pública), no como una conquista civil, sino como una molestia adicional". Recuérdese que, para este autor, el valor de la intimidad no está tan amagado. Véase *retro*, nota (12) *in fine*.

¹²⁷ En las *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files*, adoptadas mediante Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990 de la ONU, se hace expresa mención del *principle of the purpose specification* (artículo 3), en virtud del cual se garantiza, entre otras cosas, que "all the personal data collected and recorded remain relevant and adequate to the purposes so specified".

¹²⁸ Según DE GIACOMO, Claudio, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 150, "la introducción de un principio de finalidad tiene el objetivo de garantizar el control, desde el exterior, de la coherencia de todos los fines del tratamiento y, por lo tanto, garantizar el control de las operaciones de quien está en posesión de los datos personales, lo cual, de otro modo, sería difícilmente realizable. (...) El principio de finalidad de los datos se explica (...) atendiendo al hecho de que éstos se consideran destinados, desde su origen, no existen, desde este punto de vista, otros motivos y objetivos que procedan de las finalidades de aquellos que los recogen y, posteriormente, los elaboran. Así, el conocimiento de las finalidades para las cuales se recogen los datos deviene uno de los elementos fundamentales de la protección individual y marca también el límite de posibilidad de utilización de estos".

¹²⁹ Es de comparir, pues, lo que se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil: "Se ha estimado conveniente ampliar la acción inhibitoria ya regulada para otorgar una protección más eficaz de los derechos de la persona".

Me debo limitar, entonces, a señalar mi desacuerdo con la idea, reconocida en la Exposición de Motivos de dicho documento, de tomar como modelo la legislación española.

Quienes asumen la tarea de proyectar o elaborar normas para el país, y no me refiero solamente a los parlamentarios, deberían ser los primeros en renunciar a la vía fácil de la copia de normas escritas en nuestro idioma, a la que se deben tantas incongruencias de nuestro ordenamiento jurídico (repárese en lo que ocurre en los campos del Derecho de Sociedades y del Derecho de la Competencia, donde la legislación importada de España, siempre de "segunda mano", tiene todas las de perder frente a un sistema que evoluciona, muchas veces sustancialmente, al compás de las directrices del Derecho estadounidense), las cuales acentúan la generación de endeble "especialidades" entre nuestros estudiosos.

Además, y esto nadie debería desconocerlo, las huellas del Derecho español son prácticamente nulas en lo que atañe al Derecho privado vigente en el Perú, incluso si nos atenemos a un análisis "norma por norma" del Código Civil de 1984. No hay cómo negar, en tal sentido, algo que ya he señalado líneas atrás: la influencia de la teoría de los derechos de la personalidad, de acuerdo con su versión italiana, en el articulado correspondiente de nuestro Código Civil.

Con la elección declarada, es seguro que la ley especial que se proyecta terminará siendo una vía para la importación de los problemas que plagan el derecho español, en lugar de servir, como sí sería posible si se toma conocimiento de otras experiencias, de instrumento para la superación, sí, "la superación" de los errores cometidos por el legislador ibérico, sin olvidar, desde luego, que *"toda ley que se proponga para este sector está destinada a ser imprecisa, incompleta y a tener que equilibrar opuestas exigencias, en lugar de dar primacía a alguna en particular; aquí toda ley sólo tendrá carácter experimental, porque no podrá ser omnicompreensiva, ni tampoco debería ser considerada como una 'panacea contra todos los males de la circulación de las informaciones'."*¹⁰⁰

Propongo un ejemplo:

En el artículo 33 del Proyecto del Ministerio de Justicia, subtítulo "Recopilación de Datos de Fuentes Privadas y Accesibles por el Público", se señala que *"para la recopilación de datos de fuentes privadas y accesibles por el público será de aplicación lo siguiente: (33.1.) Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, actividad comercial y otras actividades similares, sólo utilizarán nombres o direcciones cuando la persona lo consienta por escrito o expresamente, así como otros datos personales que figuren en fuentes accesibles por el público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos, con su consentimiento, con indicación expresa que podrán ser cedidos. (33.2) En caso que los datos procedan de fuentes accesibles por el público, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará acerca del origen de los datos personales y de la identidad del encargado del tratamiento. (33.3) La omisión en el cumplimiento de lo establecido en los numerales anteriores del presente artículo, originará la sanción correspondiente establecida en el Reglamento"*.

La propuesta reproduce, con algunas variaciones, el artículo 30 de la Ley Orgánica española 15/1999, "De Protección de Datos de Carácter Personal" (también conocida como LOPRODA). Dicha disposición, subtítulo "Tratamiento con Fines de Publicidad y de Prospección Comercial", establece, en sus dos primeros números, lo siguiente: *"1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento. 2. Cuando los datos procedan*

¹⁰⁰ ALPA, "Privacy" e *tanto dell'informazioni*, Op. Cit., p. 69.

de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5. de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad de responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten".

Pues bien, resulta que la norma que se acaba de citar, y cuya incorporación se propone para nuestro ordenamiento jurídico, se ha hecho merecedora de una grave crítica por ser contraria, ni más ni menos, al "principio de finalidad", al que antes me he referido y que está recogido en el artículo 4, números 1 y 2, de la LOPRODA.¹⁴¹

Uno de los autores españoles que mejor conoce la materia ha escrito que con una regla como la del artículo 30 de la LOPRODA, justamente, se "contradice, de manera flagrante, el principio fundamental en la protección de datos de la finalidad (...), ya que no es aceptable que informaciones recabadas y publicadas en función de intereses colectivos y sociales puedan ser incontrolada e impunemente utilizadas para fines e intereses privados comerciales y, por tanto, ajenos a aquellos que justificaron su recogida y su publicidad".¹⁴²

La anterior no es más que una de las críticas que formula aquella solitaria y atendible voz, a cuyo juicio, el articulado de la LOPRODA, en su conjunto, justifica sostener que "sus mayores aciertos residen en aquellos puntos en los que se ha limitado a transcribir garantías existentes en otras normas del Derecho comparado de la protección de datos, en particular del Convenio [de Estrasburgo] y de la Directiva 95/46. Por contra, sus aspectos más discutibles e insatisfactorios son, precisamente, aquellos en los que el texto pretende aportar soluciones originales. Entre ellas, ocupan un lugar destacado las constantes y significativas excepciones que limitan el alcance práctico del ejercicio de la libertad informática".¹⁴³

Y a quien creyera que en el plano estrictamente aplicativo sería posible poner solución, de todas maneras, a los eventuales desaciertos del legislador, el atinado observador citado responde que "hay que deplorar, en cualquier caso, que deba confiarse a nuestra cada vez más atareada e hipertrofiada magistratura la corrección de las numerosas imperfecciones técnico-legislativas y materiales de la LOPRODA. De nuevo surge la duda de si este texto va a servir para evitar litigios o, en su caso, para orientar y facilitar la actuación de los tribunales o, más bien, todo lo contrario".¹⁴⁴

¹⁴¹ El artículo citado se sustituyó "Calidad de los Datos" y señala: "1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como para someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos (...)".

¹⁴² PÉREZ LUÑO, *Sobre el arte legislativo de bibliólogo. La LOPRODA y la teoría de la libertad informática en España*. En: *Anuario de filosofía del derecho*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 344. Allí mismo, el autor citado identifica en este artículo la "peligrosa y nociva filosofía subyacente a la práctica de los ficheros Robinson". Este tipo de "ficheros" —terminología extraña a nuestra cultura, pero que se imponta en el paquete español que nos quieren vender los autores del Proyecto criticado— son aquellos en los que "deberían inscribirse aquellos ciudadanos que no quieren ver perforada su privacidad por la recepción de propaganda no deseada, quedando, de este modo, a salvo del mercado 'blanco' o 'negro' de archivos de información. En el nombre de esos ficheros denuncia parcialidad del juicio. Supone que el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consensuados de las mercaderes de publicidad. El ciudadano insólito será aquel que se abisma en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento parangonable al sufrido por Robinson en su isla solitaria. Podría objetarse a este tipo mensaje ideológico subliminal que precisamente son las sociedades tecnológicas del presente las que han dado origen al fenómeno de los 'muchachambres solitarios' de seres gregarios, espectadores inertes y manipulados por y desde mil formas de propaganda. Todavía es más importante aducir que en un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos, para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia, o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo solicitasen. Por idéntica inferencia, no deben ser los ciudadanos normales que quieren ejercer su derecho constitucional a la intimidad, sino quienes deseen hacer dejación de este derecho, los que se inscriban en listas o ficheros" (Ibid., p. 347).

¹⁴³ PÉREZ LUÑO, *Op. Cit.*, p. 366.

¹⁴⁴ PÉREZ LUÑO, *Op. Cit.*, p. 361.

Nada de lo señalado obsta para apreciar la normativa española —qué duda cabe— como una entre muchas formas de plasmación y como medio para el conocimiento, de lo decidido en su momento, por el legislador comunitario europeo.

Pero los defectos de la importación que se proyecta no terminan en este punto.

Los autores del Proyecto del Ministerio de Justicia no incluyen en su propuesta de trasplante una norma de la LOPRODA que, a mi parecer, sería más ventajosa entre nosotros que la contemplada, por ejemplo, en el Código en materia de protección de datos personales de Italia.

Aunque parezca increíble, dicho artículo es, precisamente, el que se refiere a la responsabilidad civil.

En la LOPRODA, la responsabilidad civil se regula en el artículo 19, subtítulo, "Derecho a Indemnización": "1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trata de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercerá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria".¹⁴⁵

En el Código en materia de protección de datos personales italiano, a cuyo régimen ya hice referencia en el acápite anterior, la responsabilidad es normada en el artículo 13, subtítulo "Daños Ocasionados por Efecto del Tratamiento": "1. Todo aquel que ocasiona daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales está obligado al resarcimiento según el artículo 2050 del Código Civil. 2. El daño no patrimonial también es resarcible en caso de violación del artículo 11".¹⁴⁶

Como se aprecia, lo que se tiene a la vista es, por un lado, una legislación que se dota a sí misma de protección resarcitoria y, por otro, una que se apoya en lo dispuesto en el Código Civil.

Se trata, en ambos casos, de fórmulas que recogen, cada cual a su modo, una misma

¹⁴⁵ Los autores españoles se limitan a citar esta norma, a reproducirla, sin añadir ni un solo comentario, pese a lo ambicioso y engañoso de los títulos de sus obras: TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio científico de la Ley Orgánica 15/1999*, Edinifer, Madrid, 2001, pp. 165-166; SUNE LINAS, Op. Cit., Volumen I, pp. 364-365; GARRIGA DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p. 144. El tema está virtualmente ausente en el libro de CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de información*, Tecnos, Madrid, 2000, por lo que cabe preguntarse a qué "protección" quiso hacer referencia la autora (¿o habrá confundido "regulación" con "protección jurídica"?). Mucha menos mencionaron (dos páginas y media), y por momentos exacto, es el tratamiento que da al punto HERRÁN ORTIZ, Op. Cit., pp. 72-73.

¹⁴⁶ La expresa previsión del *damno non patrimoniale* ha sido considerada beneficiosa, debido a que el artículo 2059 del Código Civil italiano era tradicionalmente, interpretado en el sentido de admitir la procedencia de la indemnización de dicho daño solo cuando la ley lo disponga: CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, Op. Cit., p. 682. En similar sentido: NAVARRETA, Emanuela, *Commentario sub art. 29, 9° paragrafo. In: Trattato della Privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*. A su vez en: *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, pp. 683-689.

Respecto de aquella arraigada y restrictiva interpretación, véase: LEÓN, Leysser L., *Funcionalidad del daño moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano*. Ahora en ID., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Op. Cit., pp. 208 y ss.

Pero la situación debería de haber cambiado luego de importantes sentencias de la Corte di Cassazione y de la Corte Costituzionale, emitidas en el 2003, a las cuales presta específica atención MASTROPETRO, Barbara, *Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro del recente orientamento in materia di danno non patrimoniale*. En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Año XX, Parte II, 2004, pp. 677 y ss. Para algunas referencias sobre esta reciente e importante jurisprudencia italiana, véase: LEÓN, Leysser L., *Espresivo doctrinale sobre el daño moral (A propósito de un reciente artículo)*, Op. Cit., p. 279, nota (76); ID., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Op. Cit., pp. 381 y ss.

encomienda de rango comunitario, la del artículo 23 de la Directiva 95/46/CE, subtítulo "Responsabilidad", donde se estipula que: "1. Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. 2. El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcialmente o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño".

En cambio, en el Proyecto del Ministerio de Justicia se señala, en su artículo 20, subtítulo "Indemnización por Daños", que: "los interesados que se vean afectados como consecuencia del incumplimiento de la presente Ley, podrán demandar al responsable del fichero y a terceros según corresponda, y solicitar la indemnización correspondiente, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico".

No es necesario un análisis profundo para notar que lo que se concede en esta defectuosa propuesta, y por partida doble, es únicamente la "acción" que podrá interponerse en caso de incumplimiento de la ley; una concesión que, desde luego, no tiene necesidad de una declaración normativa expresa que la reconozca.

En este plano, lo que realmente interesa es el reconocimiento del derecho, no a "demandar" ni "solicitar", sino a "obtener" efectivamente el resarcimiento de los daños, el "derecho a ser indemnizados" del que habla el legislador español o, para usar la terminología correcta, "el derecho a ser resarcidos", así como una pauta para dirimir la imputación de responsabilidad civil.

¿Y qué significa, por otro lado, la remisión al "ordenamiento jurídico"? Si, como parece, se tratara de una remisión al Código Civil, ¿cuál de las cláusulas normativas generales sería aplicable: la del artículo 1969 o la del artículo 1970? ¿Se trataría de una responsabilidad por dolo o culpa o de una responsabilidad objetiva relativa por ejercicio de actividad riesgosa o peligrosa?

Aquí, naturalmente, también es posible dar un paso adelante.

En la doctrina española, una autora ha "reprochado" con acierto al legislador de su país "que sean numerosos e importantes los silencios legales en materia de responsabilidad por el tratamiento de datos; así, quedan sin respuesta en la [LOPRODA] cuestiones como los perjuicios a los que se extiende la indemnización, la forma en que han de valorarse los daños y las excepciones a la responsabilidad legal".¹⁴⁷ La misma estudiosa se encarga de reclamar, por ejemplo, que la compensación por daño moral no sea excluida y que en cada caso se tenga que valorar aspectos como la naturaleza de los derechos implicados, la difusión concedida a los datos y el lucro o beneficio obtenido con el tratamiento.¹⁴⁸

La otra vía, la de la remisión al Código Civil es, naturalmente, de provecho en un sistema donde la magistratura ha dado claras y antiguas muestras de encontrarse en condiciones de efectuar integraciones de este tipo, y donde la más atenta doctrina ha saludado la decisión del legislador como oportunidad para "recuperar" una importante y sedimentada experiencia de aplicación del artículo 2050.¹⁴⁹ No me parece, sin embargo, que lo mismo pueda pronosticarse en nuestra realidad, por lo menos no con el recurso a un *renvó inserto* en una ley especial.

¹⁴⁷ HERRÁN ORTIZ, *Op. Cit.*, p. 73.

También en Italia, COMANDÉ, *Privacy Informatica: prospettive e problemi*, *Op. Cit.*, p. 148; ID., *Comentario sub art. 18*, *Op. cit.*, pp. 490-491, considera que habría sido más provechosa una previsión normativa que especificara con mayor precisión las hipótesis de responsabilidad, en lugar de efectuar solo un *renvó* al artículo 2050 del Código Civil.

¹⁴⁸ HERRÁN ORTIZ, *Op. Cit.* Integrando la disposición de la Ley Orgánica española 15/1999 con la doctrina del Derecho Civil, la autora señala también que "respecto a las causas de exención de responsabilidad, además de las señaladas, sería de aplicación las previstas en la Directiva, y también otras como la intervención exclusiva de un tercero, el ejercicio legítimo de un derecho, el estado de necesidad o el consentimiento de la víctima" (*Ibid.*, p. 74).

¹⁴⁹ BUSNELLI, *Op. Cit.*, p. 232. En el mismo sentido: COMANDÉ, *Comentario sub art. 18*, *Op. Cit.*, pp. 488 y ss.

Tratándose de una materia novedosa, opino que lo ideal es seguir el primer camino y hacer de la infracción de las reglas que contendrá la normativa la fuente y punto de referencia interpretativo del deber resarcitorio frente a los damnificados.

Desde este punto de vista, es aún más inteligente la vía seguida en la legislación pionera del sector en América del Sur.

La Ley chilena 19.628, "Sobre Protección de la Vida Privada o Protección de Datos de Carácter Personal", de 1999, contiene una norma que parece ser lo suficientemente clara como para propiciar soluciones eficaces: "La persona natural o jurídica o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal [...]. El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y los hechos" (artículo 23, primer y tercer párrafos).¹⁰⁰

Aquí, pues, es dado recurrir a la teoría alemana del "fin de la norma violada" (*Normzwecktheorie*), en virtud de la cual son resarcibles "solo aquellas consecuencias lesivas comprendidas en el ámbito de protección (*Schutzbereich*) de la norma que no es respetada; en el juicio de responsabilidad, por lo tanto, será necesario identificar la ratio de la regla infringida, los intereses que ella protege".¹⁰¹ De tal forma, "la técnica de la responsabilidad civil se libera del papel de mero instrumento de protección de categorías de sujetos participantes en el mercado de las informaciones (los directos interesados en la exactitud, licitud y corrección de estas), y es propuesta como medio para asegurar el (más general) respeto de la reglamentación del sector".¹⁰²

Recuérdese, en relación con este último punto, lo difícil que se vislumbra, especialmente en los países no desarrollados, el camino de la imposición de una obligación resarcitoria a partir de la pura violación de un derecho constitucionalmente reconocido. En realidades como la nuestra, no es posible efectuar predicciones verosímiles al respecto, porque la administración de justicia no ha dado ni la más mínima muestra, hasta la fecha, de mostrarse dispuesta a conceder pretensiones de daños y perjuicios ante agresiones de derechos fundamentales o de derechos que no han sido recogidos expresamente, en leyes especiales o en el Código Civil.

Así pues, para concluir retomando aquella experiencia que relataba al inicio de mis reflexiones, posiblemente ningún juez ampararía una demanda de responsabilidad civil que cientos de personas, entre ellas el autor de estas páginas, podrían plantear, por la violación de sus derechos fundamentales, contra la empresa que hoy está en posesión de sus datos.

Una petición semejante sería desestimada, a lo mejor, por la ausencia de pruebas de consecuencias económicas derivadas del evento dañoso, a pesar de lo ilógico que es exigir ello —como he señalado— cuando se trata de agravios contra la "invisible" esfera personal o quizás con el usual argumento de la inexistencia de una disposición legal que ampare, literalmente, la pretensión.

Pero ningún juez, ni nadie que conozca el Derecho, podría negar, tampoco, que en este episodio se ha verificado una lesión de aquella "autodeterminación informativa" que, si bien con falta de criterio, ya aparece invocada en algunos fallos del Tribunal Constitucional peruano.

¹⁰⁰ En la normativa argentina (artículo 31, primer párrafo, de la Ley 25.236 de 2000) y paraguayo (artículo 30, *in fine*, de la Ley 1.682 de 2001) se contemplan sanciones pecuniarias para la infracción de la normativa del sector y, simplemente, se deja a salvo el derecho del interesado de demandar el remedio resarcitorio. En la uruguayo, al tener por objeto precisan la regulación de la acción de habeas data, no hay ningún artículo que trate específicamente el régimen de la responsabilidad civil.

¹⁰¹ CARUSI, Op. Cit., p. 365.

¹⁰² COLONNA, *Il sistema della responsabilità civile da trattamento dei dati personali*, Op. Cit., p. 18.

VII. CONSIDERACIÓN FINAL

Al escribir estas páginas he tenido la oportunidad de verificar una curiosa situación. En España, el campo del derecho de protección frente a la manipulación de datos personales está en manos, mayoritariamente, de especialistas del Derecho Constitucional o de filósofos del Derecho interesados en temas actuales. En Italia, sin desconocer el aporte de los iusfilósofos, la óptica que se privilegia es la de los civilistas, de antaño interesados en la protección de la *riservatezza*, y que han sido, además, los que han conducido egregiamente la elaboración de la normativa del sector.¹²⁹ En Alemania, incluso en las bibliotecas, la materia parece formar parte del *öffentliches Recht*, del derecho público. En Estados Unidos, el *approach* que parece primar, además del comparatístico, es también el del derecho público.

Por ello, existe la obligación de ser aún más cuidadosos en el planteamiento de una futura legislación especial. El terreno en el que tendrán que moverse los artífices de esta será inexorablemente plural.

Si ese será el marco de trabajo, es de auspiciar, y no dudo en hacerlo ahora, que estos temas sirvan para fomentar, aunque no se consigan resultados de inmediato, un diálogo entre especialistas de los diversos sectores.

La respuesta a los problemas vinculados con la protección jurídica de la persona en la sociedad de la información podrían servir, entonces, como oportunidad para dotar a nuestro ordenamiento, acaso por primera vez, de una regulación armónica, considerada desde una saludable óptica multisectorial.

¹²⁹ La comisión encargada de elaborar el actualmente vigente Código en materia de protección de datos personales estuvo presidida por un jurista cuyo prestigio no nos es desconocido: BIANCA, Cesare Massimo, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Roma "La Sapienza".