

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Isabel Palomino Diez

Doctora en Derecho

Profesora Adjunta de la Universidad Europea Miguel de Cervantes

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre; LOPD, en adelante)¹, que entró en vigor el 14 de enero del año 2000, reviste, en cuanto Ley que forma parte del ordenamiento jurídico interno, tres caracteres importantes que han de ser puestos de manifiesto antes de continuar con el estudio de la misma.

Por un lado, esta Ley incorpora, como no podía ser de otro modo, *la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos* (DO L 281, de 23 de noviembre)², si bien esta incorporación a nuestro Derecho se hizo fuera de plazo si atendemos a lo dispuesto en las Disposiciones Finales de la mentada Directiva³.

Por otro lado, no debemos olvidar el carácter de Ley Orgánica que acompaña a la norma en estudio, consecuencia de que su objeto, en orden a obtener su garantía y protección, se vincula directamente, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, con las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, siendo especialmente –que no únicamente⁴– desarrollo del derecho al honor⁵ y a la intimidad

¹ La Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículo 79) dispuso que las referencias hechas en la LOPD a la Agencia de Protección de Datos debían entenderse realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos. No son éstas las únicas modificaciones a las que se ha visto sometida la Ley por la norma de referencia (artículo 82), que añadió los arts. 37.2 y 48.3.. En cualquier caso, hemos de decir que las modificaciones o añadidos a la LOPD desde su promulgación han sido muy escasos, quizá por la aprobación de una enorme variedad de normas que han ido haciendo frente a distintos aspectos también relacionados con la protección de datos, pero en otros ámbitos más específicos, por ejemplo, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (vid. artículo 19, de remisión a la norma que nos ocupa) (BOE núm.187, de 12 de julio); Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (vid. artículo 17, ídem) (BOE núm.304, de 20 de diciembre); Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (vid. artículo 34, ídem) (BOE núm.264, de 4 de noviembre). A ello se suma que, recientemente, ha entrado en vigor (el 19 de abril del año en curso, tres meses después de su íntegra publicación en el BOE) el tan esperado Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (BOE núm.017, de 19 de enero de 2008). En otro orden de cosas, no podemos olvidar que la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (TOL 2772), declaró inconstitucionales y nulos algunos incisos del apartado primero de los arts. 21 y 24 LOPD, además del apartado segundo del precepto últimamente mencionado. Vid. el comentario de esta sentencia en CALVO ROJAS, 2005.

² Tampoco podemos olvidar, si bien ello requeriría un tratamiento más profundo y extenso del tema, que no resulta posible en este trabajo, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

³ El artículo 32 de la mentada Directiva fijaba a los Estados miembros de la UE como plazo para dar cumplimiento a lo en ella establecido, *a más tardar al final de un periodo de tres años a partir de su adopción*.

⁴ El artículo 7.1 LOPD hace referencia al artículo 16.2 CE, particularmente al derecho de que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

tanto personal como familiar⁶ (artículo 18 Constitución; CE en adelante)⁷. Más concretamente, la propia CE en su artículo 18.4 dispone que *la Ley* (se trata precisamente de la LOPD) *limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*. En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio de 1993⁸, que declaró, con relación al artículo mencionado (18.4), que *nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona (...). En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, (...)* (f.j. 6.º). *(...) la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático ("habeas data")* (f.j. 7.º).

Realmente, el *derecho a la protección de datos de carácter personal o derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática* (PÉREZ LUÑO en LOSANO, PÉREZ LUÑO y GUERRERO MATEUS, 1990, págs.139-141, utiliza como sinónimos los términos *libertad informática* y *derecho a la autodeterminación informativa* atendiendo a que doctrina y jurisprudencia hacen coincidir a este segundo derecho *con el alcance de la libertad informática en cuanto se concreta en la garantía de acceso y de control de la información por parte de las personas concernidas*; este autor, sin embargo, los diferencia de la expresión “protección de datos personales” en la medida que *la libertad informática* constituye un derecho fundamental mientras que la expresión apuntada se refiere al conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados) es el que se configura como un **derecho fundamental** que, sin dejar de formar parte o ser desarrollo de otro derecho fundamental de la persona: el derecho a la

⁵ El artículo 1 de la Directiva 95/46/CE, relativo al objeto de la misma, pese a su enorme similitud con el artículo 1 de la LOPD, no hace mención alguna del derecho al honor de las personas físicas.

⁶ El derecho a la protección de datos personales es mucho más amplio que el derecho a la intimidad, ya que aquél alcanza a datos que no tienen que ser necesariamente privados, sino también públicos. La diferencia entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad, que ya había sido apuntada por la doctrina, fue confirmada, salvo contadas excepciones, por la doctrina del Tribunal Constitucional: SSTC 254/1993, de 20 de julio; 11/1998, de 13 de enero; 94/1998, de 2 de mayo; 202/1999, de 8 de noviembre; 290/2000, de 30 de noviembre; y 292/2000, de 30 de noviembre. Recientemente, la S AP de Barcelona, de 11 de octubre de 2006 (TOL1.081.317) afirma textualmente que *la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad*.

⁷ En este orden de cosas, no podemos olvidar que la sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I, de la Constitución española, rubricada como “Derechos fundamentales y libertades públicas”, recoge aquellos derechos que, por ser de la máxima importancia social y política, gozan del mayor nivel de garantías constitucionales dirigidas a la salvaguarda y defensa de la integridad de su valor normativo (artículo 53 CE), entre las que se encuentra el que los mismos han de ser desarrollados necesariamente, como ocurre en el presente caso, por Ley Orgánica (artículo 81.1 CE). Sin embargo, dentro de la propia LOPD hay preceptos con carácter de Ley Ordinaria: los Títulos IV (Disposiciones Sectoriales), VI (AEPD) excepto el último inciso del párrafo 4 del artículo 36, y VII (Infracciones y sanciones).

⁸ EDJ 1993/7394.

privacidad como expresión de la libertad y la identidad personal⁹, no cabe duda ya de su consideración, tanto por la mayoría de la doctrina (LOSANO, PÉREZ LUÑO y GUERRERO MATEUS, 1990, págs. 137 y ss; GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2004, pág. 23; y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1990, pág. 156) como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰, como **un derecho fundamental autónomo** reconocido en el artículo 18.4 CE, que consiste esencialmente en la facultad de la persona de controlar y disponer sobre las informaciones a él referentes de carácter personal.

Finalmente, la LOPD se remite en numerosas ocasiones a un desarrollo reglamentario de la misma. De hecho, la DT 3.ª LOPD disponía que: *Hasta tanto se lleven a efecto las previsiones de la disposición final primera de esta Ley –habilitación para el desarrollo reglamentario-, continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes y, en especial, los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo (por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos; BOE núm. 106, de 4 de mayo)¹¹, 1332/1994, de 20 de junio (por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; aspectos relativos a la transferencia internacional de datos, la notificación e inscripción de ficheros, el ejercicio y tutela de los derechos del afectado y el procedimiento sancionador; BOE núm.147, de 21 de junio), y 994/1999, de 11 de junio (dedicado a la implantación y aplicación de las medidas de seguridad para ficheros automatizados; BOE núm.151, de 25 de junio)¹², en cuanto no se opongan a la presente Ley. Ello implicaba que la nueva Ley Orgánica en materia de protección de datos personales se completaba, para su aplicación práctica, con Reglamentos que realmente eran desarrollo de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (conocida como LORTAD; BOE núm.262, de 31 de octubre), a la que aquélla deroga, pese a recoger muchas de sus ideas. También la Agencia Española para la Protección de Datos llevó a cabo una importante labor, a través de sus Informes*

⁹ La privacidad puede ser de distintos tipos: referida al cuerpo, a las comunicaciones, territorial (de la casa), pero también de las informaciones (de créditos, de informes médicos, información que las Administraciones Públicas tienen de los particulares, etc.).

¹⁰ Vid. conjuntamente los arts. 18.1 y 4 CE, así como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ratificado por España, en el que se reconoce *la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos*. Sobre la aplicación directa del citado Convenio en nuestro país, encontramos la STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (EDJ 1993/7394). Por su parte, la STC 11/1998, de 13 de enero de 1998 (EDJ 1998/11) señala que: (...). *Este (artículo 18.4 CE) no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, (...), sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad, según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos-, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno goce de sus derechos (f.j. 5.º).*

¹¹ Este RD fue modificado por el RD 156/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos para designar a la misma como representante español en el grupo de protección de personas previsto en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre (BOE núm.37, de 12 de febrero).

¹² Este Reglamento de Medidas de Seguridad resultaba, en gran medida, inadecuado, sobre todo porque está redactado para ser aplicado a ficheros automatizados, con una difícil aplicación analógica a los que no lo son. Precisamente, una de las novedades del Reglamento de desarrollo de la LOPD es la extensa regulación que contiene sobre las medidas de seguridad a adoptar en los distintos tratamientos de datos personales, incluyendo entre ellos lo que había sido objeto de olvido por la anterior normativa, el tratamiento de datos en soporte papel (nóminas, curriculum vitae, etc.).

Jurídicos, Instrucciones y Resoluciones¹³, de integración de las distintas lagunas legales. Finalmente, aparece publicado (BOE núm.017, de 19 de enero de 2008) el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el (tan ansiado y esperado largo tiempo) Reglamento de desarrollo de la LOPD, que supone la derogación, a partir de su entrada en vigor, de los Reales Decretos antes mencionados, desarrollo de la LORTAD, con la única excepción del primeramente enumerado.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 LOPD, *la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado* –la Directiva 95/46/CE es más explícita en este sentido al referirse textualmente al *tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado*...-.

II.A) ÁMBITO OBJETIVO:

Para precisar aún más este ámbito, esto es, qué trata realmente de proteger y garantizar la norma, hemos de descomponer el enunciado legal del artículo 2 LOPD y ayudarnos en esta labor con las definiciones que, con el fin de aclarar la generalidad de los conceptos empleados y a los efectos de la aplicación certera de la Ley, se contienen en el artículo 3 de la misma.

La LOPD será de aplicación a:

.- **Datos personales.** No cabe duda de la amplitud del ámbito objetivo que se deriva del hecho de que la definición de *datos de carácter personal* se haga equivalente, en un primer momento, a *cualquier información*. La restricción la encontramos, acto seguido y siguiendo a la Directiva 95/46/CE, en la necesidad de que estos datos o información vengan referidos exclusivamente a personas físicas, con una clara exclusión de las personas jurídicas¹⁴, a las que, sin embargo, no se ha negado en nuestro país la

¹³ Estas Resoluciones pueden verse publicadas en la página Web de la Agencia, en el plazo de un mes a contar desde que hayan sido notificadas a los interesados. Esto es así desde el 1 de enero de 2004 por mandato de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que añadió un segundo apartado al artículo 37 LOPD, y de acuerdo con la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus resoluciones (BOE núm.186, de 5 de enero).

¹⁴ Mientras hay autores que entienden que, sin negar la legitimidad del derecho de las personas jurídicas a mantener reservados datos determinados, probablemente, sea más correcto y adecuado confiar la tutela de los datos de las personas jurídicas a las normas particulares, sectoriales o especiales, que les sean de aplicación (derecho de sociedades; propiedad intelectual e industrial; secreto comercial...) (así lo entiende ORTÍ VALLEJO, 1994, al que sigue en este punto VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 48); otro sector de la doctrina, con el que nos mostramos más conformes, opina que *si los datos referidos a una persona jurídica o a un sujeto de hecho pudieran ser atribuidos a una concreta persona física, identificada o identificable, aunque fueran tratados como datos de una persona jurídica o de un sujeto de hecho, tendrían la consideración de datos personales puesto que se referirían al mismo tiempo a una persona física* (GRIMALT SERVERA, 1999). En cualquier caso, el reciente Reglamento de desarrollo de la LOPD deja muy claro en su artículo 2.2 que *no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas* (entidades privadas o administraciones o entidades públicas), *consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales*. Es más, en su apartado 3, el Reglamento parece responder a una de las críticas que se venían haciendo a la LOPD en el sentido de la

titularidad del derecho al honor y a la intimidad¹⁵; personas físicas, en último término, que han de estar *identificadas* o ser *identificables*. Nuevamente la Ley, en un alarde por extender su campo de acción, no exige que las personas físicas se hallen total y absolutamente, actual y concretamente identificadas con su nombre y apellidos, sino que basta con que, de acuerdo a la conjunción de otros datos, algunos de ellos especificados en la Directiva de referencia, puedan resultar identificadas¹⁶ *por cualquiera de los medios actuales y, previsiblemente futuros (...); el concepto de dato personal se integra, pues, de dos elementos que están indisolublemente unidos. El dato en sí que es la información (...) susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión y la relación del dato con la persona física (“concerniente a”) entendida dicha relación no como necesaria identificación actual sino como una posibilidad real*

desigual protección que recibían en esta materia las empresas individuales –personas físicas- y las formas societarias –personas jurídicas- al aplicarse la LOPD únicamente a las primeras; así, en relación con éstas, dispone que *los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal*. No deja de suscitar alguna duda el hecho de que el Reglamento, que es desarrollo de la LOPD, preeminente de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, haya “innovado”, más que desarrollado, en lo que se refiere a los ficheros excepcionados de la protección que dispensa la citada Ley.

¹⁵ Por lo que se refiere a la inclusión de las personas jurídicas en el sistema de protección de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, las posturas iniciales del TS y del TC fueron contrarias a esta posibilidad. Sin embargo, el criterio de la protección del honor de las personas jurídicas ha sido mantenido por la STC 139/1995, de 26 de septiembre de 1995 (EDJ 1995/4895). La sentencia admite que, aunque el derecho al honor y a la intimidad se encuentran en íntima conexión originaria con la persona física, no es posible excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas, que también pueden ver lesionado su honor cuando se las difame o se las haga desmerecer en la consideración ajena. Hemos de señalar que el Convenio Europeo de 28 de enero de 1981 contemplaba la posibilidad de proteger las informaciones relativas a personas jurídicas.

¹⁶ Para el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. El Considerando 26 de la citada Directiva advierte que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento, o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona. En parecido sentido, el artículo 5.o) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, si bien éste añade lo siguiente: *Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados*, lo que, a nuestro juicio, introduce un importante margen de indeterminación, ya que lo que se debe considerar como *desproporcionado* o no habrá de ser determinado caso por caso y, en último término, su determinación quedará en manos de los Jueces y Tribunales aplicadores de la norma. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en respuesta a diversas consultas, entendió que el procesado de los datos biométricos (el aspecto del iris del ojo, la modulación de la voz, las huellas digitales, de la palma de la mano, la huella plantar, el ADN) permite la identificación de las personas físicas por lo que, caso de procederse a su tratamiento, éste deberá ajustarse a la Ley. Asimismo, para la AEPD, las direcciones de correo electrónico, contengan o no información acerca del titular de la cuenta, se encuentran amparadas por el régimen de la Ley. Idéntica valoración (consideración de dato personal) tuvo la grabación efectuada por quien, junto al conocimiento del número de teléfono de los particulares a quienes llamaba con la finalidad de crear un programa de software de reconocimiento de voz, lo tenía también, directo o indirecto, de quien era la persona cuya voz está siendo objeto de grabación, estando, consecuentemente, su tratamiento sometido a la normativa de protección de datos. El Reglamento de desarrollo de la LOPD ha venido a clarificar definitivamente la cuestión en su artículo 5 dedicado a las definiciones: f) **Datos de carácter personal**: *Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables*; y g) **Datos de carácter personal relacionados con la salud**: *Las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética*.

de identificación (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs.71-72). Así, la vinculación de los datos personales con la persona puede hacerse de distintas formas, bien de manera directa, mediante un nombre, o bien de manera indirecta, mediante un determinado número (pasaporte, Seguridad Social...), a través de un conjunto de rasgos distintivos que permitan aislar a la persona en un grupo determinado (edad, puesto de trabajo...), o por la imagen o la voz, las huellas digitales y las características genéticas (HEREDERO HIGUERAS, 1997, pág. 74). Son precisamente estas personas físicas titulares de datos que son objeto de tratamiento en la forma que a continuación expondremos las que tienen para esta LOPD la condición de *afectado o interesado* en la medida, entendemos, que son titulares de los derechos que la propia Ley recoge y que pueden reclamar la protección que ésta dispensa en el caso de que aquéllos se vean vulnerados.

.- Estos datos necesariamente han de estar **registrados en un soporte físico**, ya que de esta forma, explícita la norma, pueden ser susceptibles de tratamiento y de cualquier otra modalidad de uso posterior de los mismos por los sectores público y privado.

Si bien el artículo 2 LOPD habla de soporte físico (la LOPD *afecta, no sólo a los datos registrados en soportes automatizados* (como ocurría en la LORTAD), *sino también a los que sean objeto de registro manual o convencional, siempre y cuando los mismos se encuentren incorporados a ficheros y sean susceptibles de tratamiento* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.57))¹⁷, las definiciones contenidas en el artículo 3 LOPD, el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, y el artículo 5.k) del Reglamento de desarrollo de aquélla, hacen referencia al concepto de **fichero**, al que tanto unas como otro caracterizan como *todo conjunto organizado* (con un grado mayor o menor de complejidad o de sencillez, basta que exista una cierta ordenación)¹⁸- *estructurado*, puntualiza la Directiva- *de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*¹⁹.

.- Finalmente, la LOPD será de aplicación a **todo tratamiento** de datos personales. La cuestión que se plantea entonces es la siguiente: ¿qué debemos entender por tratamiento de datos de carácter personal? La definición del artículo 3.c) LOPD se apresta a identificarlo como *operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación,*

¹⁷ Como hemos apuntado, la vigente LOPD amplía su ámbito de aplicación en aras a la adecuada trasposición de la Directiva 95/46/CE; al respecto, el Considerando 27 de la Directiva establece que *la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como a su tratamiento manual; que el alcance de esta protección no debe depender, en efecto, de las técnicas utilizadas, pues, lo contrario, daría lugar a riesgos graves de elusión*. Vid. asimismo DA 1.ª LOPD acerca de la adecuación a la misma de los ficheros y tratamiento no automatizados.

¹⁸ El Considerando 27 insiste, no obstante, *por lo que respecta al tratamiento manual*, que la Directiva *sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas* (o expedientes) *que no estén estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, (...); que las carpetas y conjuntos de carpetas, así como sus portadas, que no estén estructuradas conforme a criterios específicos no están comprendidas en ningún caso en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*. Visto el anterior enunciado y la definición de fichero, no cabe duda, y en ello la Directiva es clara y tajante (más que la propia LOPD), de que los datos personales, para contar con la protección que les dispensa la LOPD, han de estar mínimamente organizados o estructurados, bien en un fichero de tratamiento automatizado o manual.

¹⁹ La tan citada Directiva, en otros términos, pero con idéntica finalidad, considera que estos ficheros, para ser considerados como tales, han de ser *accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica*. Esta misma precisión es introducida por el artículo 5.k) del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

No cabe duda que la anterior definición dada por la LOPD se corresponde con un concepto muy amplio de tratamiento de datos²⁰. Podemos decir que prácticamente todo lo relacionado con procedimientos que atañan a datos personales puede ser entendido como tal, pero, muy especialmente, debemos destacar que la mera obtención de datos de carácter personal también es considerada tratamiento de los mismos, cuando, obviamente, la recogida de datos personales es previa a la creación del fichero y a las posteriores operaciones de tratamiento en sentido estricto; del mismo modo se incluye en el concepto de tratamiento la cancelación que, como su propio nombre indica, supone la desaparición y destrucción de los datos tratados²¹. Pese a que el tratamiento, automatizado o no, de datos de carácter personal exige ineludiblemente que éstos sean recogidos con anterioridad, la LOPD considera, en la norma en estudio, a esta *recogida* como uno de los procedimientos que integran propiamente el tratamiento de datos, lo que no deja de arrojar cierta confusión. *La Ley* (más adelante, en los arts. 5 y 6) *establece una cierta distinción entre recogida y tratamiento (...) la recogida plantea, no tanto un problema de consentimiento del afectado (...) sino un problema de información previa de una serie de elementos (...). En cambio, el tratamiento bascula sobre el concreto consentimiento del afectado (...). En consecuencia, la recogida y el tratamiento son conceptos distintos que actúan en momentos diferentes (...)* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.78). Más adelante, en el apartado dedicado a los derechos de las personas, veremos como tanto la recogida de datos como las cesiones de los mismos, pese a ser procedimientos incluidos en una consideración general del término “tratamiento de datos”, cuentan con una regulación propia e independiente, particularmente en lo que a consentimiento del afectado se refiere, dentro del marco normativo de la LOPD.

Sin embargo, el régimen jurídico de protección de datos personales que se establece en la LOPD cuenta con importantes excepciones, algunas de las cuales han cobrado mayor trascendencia debido al cada vez mayor flujo de datos y a una cada vez mayor intromisión en la intimidad de las personas en aras a garantizar un más elevado nivel de seguridad pública nacional e internacional.

Nos referimos en concreto a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en un intento legislativo por suavizar la, a nuestro juicio, “peligrosa” excepción, el artículo 2.2.c) LOPD impone, en relación a los ficheros referidos, que el *responsable del fichero*²² comunique previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

La excepción referida en el párrafo anterior es una de las tres en las que la LOPD no será de aplicación, ni siquiera con carácter subsidiario; nota, la de la subsidiariedad de la normativa incluida en la LOPD, que parece marcar la diferencia entre las excepciones

²⁰ Más amplia aún, pero también algo más confusa, es la definición de tratamiento de datos personales contenida en el artículo 2.b) de la Directiva 95/46/CE.

²¹ Cfr. arts. 4, 5 y 6 LOPD.

²² De acuerdo con la definición contenida en el artículo 3.c) LOPD, *persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido (qué datos personales se van a incluir en el fichero) y uso del tratamiento* (cómo van a ser tratados).

contenidas en el artículo 2.2 y las enumeradas en el punto 3 del citado artículo de la Ley. Entre las primeras, completan el trío *los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas* –excepción de parecido tenor a la ya referida- y *los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*²³ –exclusión casi literalmente tomada de la Directiva-.

En el segundo grupo de excepciones encontramos una amplia lista de ficheros para el tratamiento de datos personales que se registrarán, en primer término, por sus disposiciones específicas y, *en su caso* –entendemos, en su defecto, o para lo no expresamente regulado en éstas- por *lo especialmente previsto*²⁴ por la LOPD. Así, a) los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral; b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos; c) Los que almacenan los datos contenidos en los informes personales de calificación del personal de las Fuerzas Armadas; d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes²⁵; e) Los de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

II.B) AMBITO ESPACIAL:

En este punto, interesa determinar si la LOPD es aplicable únicamente a los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo en territorio nacional, o, si es posible que su ámbito de aplicación se pueda extender fuera de las fronteras de nuestro país. En este sentido, podemos diferenciar dos supuestos genéricos (artículo 2.1)²⁶:

- Cuando el tratamiento de los datos sea *efectuado* en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento propio del responsable de aquél²⁷, o bien cuando, pese a que este responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea, utilice para el mismo *medios situados* en territorio español, con la única excepción de que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito. En este segundo caso, el responsable debe designar un representante en España.
- Cuando, no estando el responsable del tratamiento establecido en territorio español, le sea aplicable la legislación española en virtud de las normas de Derecho Internacional Público.

²³ En este punto, el artículo 4 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aclara que: “*Sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares*”.

²⁴ El término *especialmente* lleva a pensar en el carácter de norma especial de la LOPD frente a la generalidad de las disposiciones específicas, lo que, sin embargo, no se corresponde con la propia especificidad de las normas que regulan cada uno de los tratamientos de datos personales que enumera el artículo 3 LOPD; razón por la cual el término citado nos parece que induce más que a otra cosa a confusión y que podría haberse omitido.

²⁵ Vid. al respecto de la vinculación de este Registro con la preceptiva protección de la intimidad, STC 144/1999, de 22 de julio de 1999 (EDJ 1999/19196), en la que textualmente se afirma que: “*Este Registro, que se rige por su propia y diversa normativa, (...), no deja por ello de estar sometido al límite de la debida garantía de la intimidad de las personas en lo que al acceso a sus asientos se refiere*”.

²⁶ Este precepto fue introducido, con una defectuosa redacción en la letra c) (parece referirse a “tratamiento de datos medios”), a través de una enmienda en el Senado que estimaba la conveniencia de completar el ámbito de aplicación de la norma mediante la adaptación del artículo 4 de la Directiva 95/46.

²⁷ Puede ocurrir que un responsable esté establecido, además de en España, en varios Estados miembros de la UE; en este caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.a) de la Directiva 95/46, se le aplicará la legislación española en relación al establecimiento en nuestro país, como se le aplicarán las legislaciones de otros Estados miembros en los respectivos establecimientos.

III. PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

A) **PRINCIPIO DE CALIDAD DE LOS DATOS** (artículo 4 LOPD y artículos 8 a 11 del Reglamento de desarrollo): Afecta el criterio de la calidad tanto a la recogida, como al tratamiento, almacenamiento y cancelación de los datos de carácter personal. Cualquiera de estas actividades está estrecha e íntimamente ligada a la finalidad por la que se recaban dichos datos que, como determina el artículo 3 LOPD, es una cuestión que compete decidir al responsable del tratamiento.

Tanto es así que los datos personales sólo se podrán obtener y tratar²⁸ cuando sean *adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades* para las que se hayan recabado, las cuales, a su vez, han de ser *determinadas, explícitas y legítimas*. El principio de finalidad limita la obtención de información, de tal forma que solamente podrán ser recabados datos *estrictamente necesarios en ese momento, aunque fuesen susceptibles de serlo para cumplir objetivos futuros* (GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2000, pág. 306). Consecuencia lógica de lo dicho es que tales datos *no podrán usarse para finalidades incompatibles* con aquellas que determinaron su recogida²⁹. Debemos tener presente que el texto legal impide el uso, no para fines distintos, sino para los que se entiendan incompatibles con los previamente determinados por el responsable del tratamiento. No tiene la consideración de incompatible el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, si bien aquí la ley, no exenta de cierta indefinición en cuanto a cuáles son estos concretos fines, quién y cómo ha de decidirse sobre esta excepción, dejó a un posterior desarrollo reglamentario la determinación del procedimiento por el que, atendidos los valores citados, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos³⁰.

Asimismo, siguiendo la línea apuntada de necesaria correlación entre el tratamiento de los datos de carácter personal y las finalidades establecidas para su obtención, aquéllos serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recabados o registrados, a salvo la excepción apuntada en el párrafo anterior (por ejemplo, los datos revelados por el potencial asegurado a la compañía aseguradora, bien a través de un cuestionario, bien mediante un

²⁸ El apartado 7 del artículo 3 LOPD prohíbe cualquier recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. El artículo 8.1 del Reglamento de desarrollo añade que *los datos de carácter personal deberán ser tratados de forma leal y lícita*.

²⁹ Si bien se refiere a la Ley derogada (LORTAD), resulta de interés la STC 11/1998, de 13 de enero de 1998 (EDJ 1998/11) que, en referencia a un dato sensible como es la afiliación sindical, entiende que nos encontramos ante un uso indebido de un dato personal; en concreto, la afiliación del recurrente se desveló *con la única y exclusiva finalidad lícita de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al sindicato (...)*. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: *retener la parte proporcional del salario relativa al periodo de huelga* (en la que, además, el trabajador no había participado). Por tanto, estamos ante una decisión unilateral del empresario que supone un trato peyorativo para el trabajador por razón de su adhesión a un sindicato, y sin que sirva de justificación las dificultades de la empresa para determinar con exactitud quien secundó la huelga.

³⁰ En este punto, vid. artículo 9 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que, entre otras cuestiones, aclara que será la AEPD o, en su caso, las autoridades de control de las CCAA, las que tendrán la facultad de acordar, previa solicitud del responsable del tratamiento, el mantenimiento íntegro de los datos para fines estadísticos, históricos o científicos, que serán determinados conforme a las normas que se explicitan en el propio Reglamento. Por su parte, los arts. 157 y 158 del citado Reglamento regulan el procedimiento para la autorización de conservación de datos para los referidos fines.

reconocimiento médico, si el contrato de seguro para el que se recabaron los datos de salud no llega a formalizarse).

La calidad en el tratamiento de los datos personales registrados lleva a la LOPD a exigir que estos sean exactos y respondan con veracidad a la situación actual del afectado –*Si los datos fueran recogidos directamente del afectado, se considerarán exactos los facilitados por éste* (artículo 8.5 del Reglamento de desarrollo). De no ser así, se impone la cancelación y sustitución de oficio de los mismos por los que correspondan rectificadas o completadas –*en el plazo de diez días desde que se tuviese conocimiento de la inexactitud, salvo que la legislación aplicable al fichero establezca un procedimiento o un plazo específico para ello* (artículo 8.5 del Reglamento de desarrollo), todo ello sin perjuicio del derecho de rectificación y cancelación que se reconoce a los afectados. Esta actualización de los datos no requiere de comunicación alguna al interesado.

Recopilando, se pueden considerar principios de calidad de los datos en sentido estricto: el principio de pertinencia, el de finalidad, el de veracidad y exactitud, el de lealtad y el de seguridad de los datos de carácter personal (Vid. GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2004, págs. 78 y ss). La aplicación de estos principios, en especial el de finalidad, será de mucha utilidad para detectar en la práctica recogidas o tratamientos ilícitos de datos personales.

B) INFORMACIÓN PREVIA A LA RECOGIDA DE DATOS POR PARTE DEL RESPONSABLE DEL FICHERO O SU REPRESENTANTE (artículo 5 LOPD y artículos 18 y 19 del Reglamento de desarrollo): No aparece en la Ley una exigencia de consentimiento expreso por parte del afectado para la recogida de sus datos personales, sino que dicha conformidad se presume, con carácter general, derivándola del hecho de que el interesado los comunica al responsable del fichero. Lo que sí viene a exigir la Ley es que este consentimiento *tácito* o *implícito* en la comunicación de datos pueda calificarse también de libre y voluntario, lo que conlleva que el particular no sólo tenga capacidad para entender y querer, sino también que tenga un conocimiento adecuado y suficiente de aquello que debe entender y querer; con esta finalidad se establece la exigencia de información, de que el consentimiento, para que sea válido, sea informado: Los interesados deberán ser previamente informados cualquiera que sea la forma que se emplee para la obtención de sus datos personales, ya se les soliciten directamente, ya se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida. Esta información ha de reunir tres características esenciales, aparte de su carácter previo: 1) Expresa; 2) Precisa; 3) Inequívoca. A ellas cabría añadir que, si la información consta por escrito, ha de aparecer en forma claramente legible³¹.

La LOPD establece taxativamente cuál ha de ser el contenido de la información de obligado suministro al interesado³². Así, se le debe informar: a) De la existencia de un

³¹ En este punto, el artículo 18 del Reglamento de desarrollo de la LOPD añade: “*El deber de información, (...), deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado*”. La carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar, obviamente, corresponde al obligado (responsable del tratamiento).

³² Recoger datos de los propios afectados sin proporcionarles esta información se considera por el artículo 44.2 LOPD una infracción leve. En cambio, el artículo 24 LOPD excepciona este deber de información a los interesados en la recogida de datos en determinados supuestos, fundamentalmente vinculados a la defensa nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales.

fichero, de la finalidad de la recogida de datos y de los destinatarios de la información; b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta; c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante³³. Por tanto, quien obtiene datos está obligado a informar al afectado, en los términos legalmente previstos, de las consecuencias de su consentimiento, puesto que sólo así el interesado *podrá ejercer su derecho a la autodeterminación informativa con pleno conocimiento del alcance de sus actos* (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1993, pág. 56).

Encontramos en el artículo 5.3 LOPD una excepción al carácter expreso de la información exigido por el mismo artículo en su apartado primero al no entender necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del citado apartado si el contenido de ella *se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban*. Si bien es cierto que la información a la que se refieren las letras a) (carácter facultativo u obligatorio de los datos) y b) (consecuencia de la negativa a suministrarlos) es deducible en algunos casos (que entiendo deben ser los menos; dejarlo todo a la deducción puede ser “peligroso” para el afectado), sin necesidad de una referencia expresa, del propio contexto (por ejemplo, si queremos celebrar un contrato de suministro de gas, sabemos que para ello será imprescindible la aportación de determinados datos personales, sin embargo, considero que es muy posible que sobre otros se nos planteen dudas si no nos informan previamente de su carácter). Lo que no resulta tan claro, y aquí la excepción atenta contra los derechos de los ciudadanos reconocidos en la LOPD y a la protección que a los mismos se pretende dispensar diluyéndose de forma importante el rigor y efectividad con que esta información previa a la recogida de datos parece presentarse, es cómo la información a la que hace mención la letra c) (la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición) puede deducirse, añadiendo, además, el plus de la claridad, de la naturaleza de los datos o de las circunstancias en las que se procede a la recogida. La falta de información expresa sobre este punto muy posiblemente llevará, salvo raras excepciones, a que el particular desconozca la facultad, que le asiste y le protege, de ejercicio de estos derechos.

La Ley trata como un supuesto especial lo que viene siendo algo muy habitual en los tiempos que corren, teniendo en cuenta el importante tráfico comercial de ficheros que contienen datos de carácter personal: El que los datos personales no hayan sido recabados del interesado por el responsable del fichero en que aquéllos constan, que los adquiere, por ejemplo, de un tercero. En esta hipótesis, el deber de información subsiste con casi idénticos caracteres e idénticos obligados, si bien cambia en algo el contenido de la misma -a lo dispuesto en las letras a), d) y e) antes vistas se añade el contenido del tratamiento y la procedencia de los datos-, y el momento, puesto que la información no

³³ De acuerdo con el artículo 19 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, en la modificación del responsable del fichero como consecuencia de cualquier operación de reestructuración societaria no se producirá cesión de datos, pero el responsable habrá de cumplir el deber de información a que se refiere el artículo 5 LOPD. Por otra parte, en el caso de tratamiento de datos de menores de edad y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de desarrollo, la información previa dirigida a los mismos *deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo*. De este modo, y atendido el contenido del apartado 2 del artículo últimamente citado, al menor se le debe informar sobre la prohibición de pedirles que suministren datos sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo.

podrá ser sino posterior a la obtención de los datos³⁴. Precisamente, se otorga al responsable del fichero donde constan los datos que él no ha pedido al interesado o, en su caso, a su representante, un plazo de tres meses contados desde el momento siguiente al del registro de los datos, salvo que el interesado ya hubiera sido informado con anterioridad de estos extremos por quien recabó de él originariamente los datos, para el cumplimiento de su deber de información. De notable amplitud es la excepción al deber de informar en la hipótesis que nos ocupa. Sin pretender citar aquí el gran número de supuestos que constituyen una excepción a la “pretendida” regla general³⁵, baste con decir, para poner de manifiesto ese carácter amplio y, más aún, abierto de la excepción, que lo expuesto acerca del deber de información no será de aplicación cuando *expresamente una Ley* -no la LOPD-, que parece no tiene por qué ser orgánica, *lo prevea*.

C) NECESARIO CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (artículo 6 LOPD y artículos 12 a 17 del Reglamento de desarrollo)³⁶: La definición legal que de *consentimiento del interesado* da el artículo 3 h) LOPD, y que sirve de complemento a lo manifestado en el artículo 6 de la propia Ley, lo considera como *toda manifestación de voluntad, libre* (ausencia de vicios del consentimiento de los que se regulan en el Código civil), *inequívoca* (exigencia común del artículo 3 h) y del artículo 6 LOPD en el sentido de que no resulta admisible *el consentimiento presunto*, sin una previa declaración del responsable del fichero que permita que el afectado consienta de forma inequívoca), *específica* (referida a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada) e *informada* (el afectado ha de conocer la existencia del tratamiento y las finalidades para las que el mismo se produce), *mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan* –Se trata, por tanto, de una declaración de voluntad que otorga el titular de los datos *asintiendo o consintiendo que el que recoge los datos los pueda tratar de acuerdo con la información presentada previamente* (RUIZ CARRILLO, 2001, pág. 40)-³⁷.

No aclara la LOPD si el consentimiento ha de ser previo al tratamiento, o puede ser prestado, en algún caso, *a posteriori*; el artículo 10 del Reglamento de desarrollo parece exigir que el consentimiento para el tratamiento, no sólo para la cesión, tenga carácter *previo*. Tampoco se dice si debe ser expreso y por escrito; rasgos estos dos últimos que sí ha de revestir el consentimiento cuando se trata de datos especialmente protegidos (artículo 7.2 y 3). El silencio al respecto del artículo 3 h) y la explícita exigencia del artículo 7 puede llevarnos a admitir el consentimiento tácito cuando no se trate de esos datos de especial tuición siempre que aquél se derive de hechos rotunda y claramente

³⁴ Incumplir en esta hipótesis el deber de información es considerado por el artículo 44.3 LOPD una infracción grave.

³⁵ Vid. apartado 5 del artículo 5 LOPD y, también, el artículo 30.2 LOPD, que reitera lo dicho en el segundo párrafo del precepto primeramente citado.

³⁶ Vid. en particular el artículo 14 del Reglamento de desarrollo, relativo a la forma de recabar el consentimiento, en el que se establece que el responsable ha de conceder un plazo de 30 días (hábiles) al afectado para que manifieste su negativa al tratamiento de forma sencilla y gratuita, si bien el silencio del interesado, transcurrido dicho plazo, será entendido como autorización al tratamiento de sus datos.

³⁷ Se ha entendido que, con la LOPD y estudiando las sentencias del Tribunal Supremo, *se introduce un concepto nuevo para el derecho español: el contrato de otorgamiento de consentimiento para el tratamiento de datos personales; contrato por el que el solicitante se compromete a cumplir unas obligaciones a cambio de que el otorgante le preste sus datos y la autorización para que los trate con las finalidades que ambos tengan pactadas* (RUIZ CARRILLO, 2001, pág. 40).

concluyentes. Precisamente, acerca del consentimiento tácito, se ha dicho que es *igualmente válido en los casos en que se desprenda del contrato o convenio establecido entre el titular de los datos y el responsable del fichero*, ahora bien, sin que dicho consentimiento pueda estar exento del requisito de información (RUIZ CARRILLO, 2001, págs. 40-41). El problema se planteará, en todo caso, si el responsable del fichero tiene que probar, por ejemplo, ante la presunta comisión de una infracción por su parte, que el afectado ha consentido válidamente, de acuerdo con los requisitos legales, cuando el consentimiento ha sido *tácito*, o expreso, pero no prestado por escrito, razón por la que a aquél, en aras a su propio interés, le conviene poder acreditar, de forma rápida y sencilla, que el consentimiento se prestó, en su caso, con todas las garantías³⁸.

Pese a la exigencia por la LOPD de un consentimiento *libre* del interesado, que presupone en él, necesariamente, una capacidad natural de entender y querer, la Ley no hace referencia expresa al caso de los menores de edad; laguna que ha venido a ser solventada por una norma de rango inferior cual es el propio Reglamento de desarrollo de aquélla, que, en este punto concreto, estima que: *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”*³⁹. Pese a que la norma sigue la ya consolidada tendencia de considerar que la capacidad de obrar se adquiere de forma progresiva y que no es necesario esperar a los dieciocho años para presumir aquélla en la persona, al menos no para determinados tipos de actos, entendemos que la redacción es bastante deficiente porque esa necesaria asistencia de padres o tutores no se sabe bien a que se refiere, por un lado, porque la asistencia de los padres a los menores emancipados (que tienen más de 16 años) no está prevista en este caso, y por otro, porque tanto los padres como los tutores representan al menor no emancipado, no le asisten.

Este consentimiento que la Ley califica de *inequívoco* está sujeto, a nuestro modo de ver, a dos importantes restricciones: 1) Ciertamente el consentimiento al tratamiento de datos personales puede ser revocado, pero sólo *cuando exista causa justificada para ello*. Ahora bien, ¿qué debemos entender por causa justificada?, o, ¿quién ha de valorar la existencia e idoneidad de la misma?; pero, más allá, ¿es realmente precisa para poder revocar nuestro consentimiento al tratamiento de datos personales la presencia de una causa suficiente que lo avale?, ¿no debería existir para revocar la misma “libertad”, que tampoco es tal, que para consentir? (Para algún autor, no es lógica la exigencia de la causa justificada, y, vista su exigencia legal, los supuestos que en ella se amparen deben responder a una concepción *amplia y flexible* considerando el principio básico de libertad en el suministro de los datos; *la justa causa se entiende implícita en la voluntad de disponer, en forma de revocación, de los propios datos*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs.119-120; para otros, no es acertado exigir esta justa causa, pero sólo en la medida que introduce *una censurable inseguridad jurídica*, entendiéndolo que aquélla, en

³⁸ El artículo 12.3 del Reglamento de desarrollo no deja dudas sobre que corresponde al responsable del tratamiento probar la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

³⁹ El artículo 13 del Reglamento de desarrollo añade dos cuestiones de relevancia. Por un lado, que en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo. Por otro, que corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.

una interpretación en exceso restrictiva e inapropiada a los fines protectores de la LOPD, sólo puede referirse a comportamientos del responsable del fichero, o de otros intervinientes, que infrinjan lo establecido en la Ley, ORTÍ VALLEJO, 1994); 2) La revocación del consentimiento no puede tener *efectos retroactivos*⁴⁰, por tanto, no puede afectar al tratamiento de los datos que se haya llevado a cabo con anterioridad al momento en que se hace efectiva la revocación, a la que, por otra parte, tampoco se le atribuye en la Ley cauce formal o procedimental alguno. Ha sido el artículo 17 del Reglamento de desarrollo el que, junto a la exigencia añadida de sencillez y total gratuidad del medio para efectuar la revocación⁴¹, exige que el responsable del tratamiento cese en el mismo en el plazo máximo de diez días (hábiles) a contar desde el de la recepción de la revocación del consentimiento, confirmando expresamente al interesado dicho cese si éste lo hubiera solicitado, y comunicando a los cesionarios la revocación del consentimiento del interesado en el plazo máximo de diez días (hábiles) para que aquéllos también cesen en el tratamiento de los datos si aún lo mantuvieran.

La LOPD parece formular como regla general la necesidad de este consentimiento del afectado, pero acto seguido excepciona el mismo *-salvo que(...)-* para aquellos supuestos en que *la Ley disponga otra cosa*. Este precepto da a entender que, a diferencia de lo que ocurre con las excepciones al deber de informar en la hipótesis antes vista de que los datos no hayan sido recabados del interesado, que podían venir previstas en una Ley, las que se refieran al consentimiento para el tratamiento de datos parece que han de venir dispuestas, y así cabe deducirlo de la literalidad de la norma, en la propia LOPD *-salvo que la Ley...-*. Precisamente, y siguiendo la interpretación apuntada, el apartado segundo del artículo 6 LOPD enumera una serie de casos (4) en los que no será preciso el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales⁴². Esta interpretación literal de la norma en estudio ha resultado recientemente desvirtuada por lo dispuesto en el artículo 12.1 del Reglamento de desarrollo, que da a esta excepción un alcance mucho más amplio al señalar que el consentimiento del afectado será necesario *salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes*.

Por otra parte, la LOPD establece una compleja fórmula para definir el derecho de oposición del interesado, que aparece mencionado, junto al de acceso, rectificación y

⁴⁰ Entendemos que es la revocación la que no puede tener efectos retroactivos, si bien la redacción de la norma deja mucho que desear en este sentido, ya que, concretamente, dispone que *el consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos*.

⁴¹ En este sentido, el citado artículo aclara que, *en particular, se considerará ajustado al presente reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido. No se considerarán conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, los supuestos en que el responsable establezca como medio para que el interesado pueda manifestar su negativa al tratamiento el envío de cartas certificadas o envíos semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste adicional al interesado*.

⁴² Vid. comentario del mentado artículo (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs. 116-119). Más adelante, la propia LOPD establece una nueva excepción a la necesidad del consentimiento del afectado. Esto ocurre en el artículo 22.2 con la recogida y tratamiento para fines policiales de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *siempre que los mismos resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales*. Vid. también el artículo 10.3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

cancelación, en diversos preceptos, pero que carece en la LOPD de una auténtica y estructurada regulación sustantiva; al contrario, la referencia a este derecho en el apartado cuarto del artículo 6, desubicado sistemáticamente de los otros derechos, está dotada de elevadísimas dosis de indefinición (en qué plazo y forma puede ser ejercitado y debe ser atendido este derecho) y circunscrito su ejercicio a los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos personales, limitación importante para aquél, siempre que, además, *una Ley* –nuevamente, que parece no tiene por qué ser orgánica y no tiene por qué ser la LOPD- *no disponga lo contrario*; posibilidad, la referida, que una Ley elimine el derecho de oposición para un caso/s concretos, que lo deja desprovisto de seguridad jurídica. Es por ello que parece que este derecho es considerado por el legislador, al menos en lo que a su tratamiento en la LOPD, no tanto en el Reglamento de desarrollo, se refiere como un derecho de menor entidad que los de acceso, rectificación y cancelación –para GARRIGA DOMÍNGUEZ (2004, pág. 109), este derecho se configura como *un instrumento de defensa que impide el vaciamiento legal del derecho a la autodeterminación informativa en los casos en los que la ley establece criterios de legitimación distintos de la voluntad o el interés del afectado*-.

El interesado *podrá oponerse a su tratamiento* –el ejercicio del derecho de oposición no exigirá contraprestación alguna (artículo 17.2 LOPD)-, pero podrá hacerlo, como viene caracterizando a esta Ley, con grandes limitaciones, esto es, no se concibe legalmente como un derecho a negarse, sin más y en todos los supuestos, al tratamiento de sus datos personales, sino que su ejercicio se encuentra mediatizado por el cumplimiento de una serie de requisitos.

Habrà de tener, en primer lugar, un motivo; en segundo lugar, no uno cualquiera, sino uno *fundado* y *¿legítimo?*; y, finalmente, que guarde relación con *una concreta situación personal*. Cumplidos estos “apenas exigentes” requisitos, cuya presencia habrá de estimarse de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso concreto, y valorada la pertinencia de la causa, la oposición determinará que el responsable del fichero excluya al afectado del tratamiento de datos. La respuesta al enorme vacío legal sobre el ejercicio de este derecho (novedoso, por otra parte), ha venido de la mano de los artículos 34 a 36 del Reglamento de desarrollo de la LOPD⁴³. Concretamente, el artículo 35 del citado Reglamento dispone que el derecho de oposición se ejercitará mediante la correspondiente solicitud del interesado dirigida al responsable del tratamiento, quien resolverá sobre aquélla en el plazo máximo de diez días (hábiles) a contar desde la recepción de la solicitud; transcurrido este plazo sin que se responda de forma expresa a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 LOPD. En el caso de que el responsable no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo. Finalmente, el responsable del fichero deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición, o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el ya varias veces mencionado plazo de diez días (hábiles).

⁴³ Con anterioridad, la Resolución de la Agencia núm.00606/2004 estableció, acerca del procedimiento de respuesta al ejercicio del derecho de oposición, que parece que el plazo para atender el derecho de oposición deberá ser el de un mes, que coincide con el previsto para el derecho de acceso. El argumento de la Resolución citada se centra en considerar que el artículo 17 LOPD distingue entre los derechos de acceso y oposición, por una parte, y los de rectificación y cancelación, por otra (...) como se desprende de la expresión “así como” que viene a diferenciar dos bloques distintos (...).

En algunas hipótesis será difícil la operatividad de este derecho de oposición, así cuando *la excepción del consentimiento al tratamiento venga determinada por la necesidad de mantener o cumplir una determinada relación negocial, laboral o administrativa, cuya existencia haga necesario el tratamiento. En estos casos, no se aprecia cómo puede disociarse el mantenimiento de la relación y el tratamiento de los datos* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.122)⁴⁴.

D) DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (artículo 7 LOPD): Atendiendo al carácter particularmente sensible de ciertos datos –se trata de datos que hacen referencia a aspectos que están íntimamente ligados *al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana* (GARRIGA DOMÍNGUEZ, 1999, pág. 189). Además, tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgo de prácticas discriminatorias (PÉREZ LUÑO, 1993, pág. 408)-, la LOPD establece una serie de cautelas en torno a la obtención, tratamiento, cesión y creación de ficheros de los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical⁴⁵, religión, creencias, origen racial o étnico, salud⁴⁶ y vida sexual. A continuación, sintetizaremos las particularidades referidas a estos datos siguiendo el criterio de las actuaciones que se pueden llevar a cabo con ellos, si bien las precauciones adoptadas por la LOPD no son exactamente las mismas dependiendo de los concretos datos personales especialmente protegidos ante los que nos encontremos:

⁴⁴ El artículo 15 del Reglamento de desarrollo de la LOPD regula en particular el supuesto de la solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con el mantenimiento, desarrollo o control de la misma.

⁴⁵ Si bien la sentencia que apuntamos a continuación, y todas las demás de similar contenido y solución, se refieren a la derogada LORTAD, no dejan por ello de tener un evidente interés para el tema que nos ocupa: STC 11/1998, de 13 de enero de 1998 (EDJ 1998/11). Se resuelve en ella (y en las demás) idéntico supuesto de hecho que afecta directamente a uno de los datos que se consideran *sensibles*: recurso de amparo presentado por trabajador ante sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia que absolvía a la empresa de su conducta de descuento de retribuciones del trabajador. Este alega, entre otros motivos, la vulneración de su derecho a la libertad sindical por uso indebido del dato de afiliación sindical facilitado a la empresa, al habersele descontado retribuciones por huelga, pese a no haber participado en la misma, en base a su pertenencia a uno de los sindicatos convocantes. La sentencia en cuestión estima el recurso de amparo y, con el reconocimiento de que se ha lesionado el derecho del recurrente a la libertad sindical, artículo 28.1 CE en conexión con el artículo 18.4 de la misma, declara la nulidad de la sentencia impugnada. Afirma la Sala que la revelación de la afiliación sindical es un derecho personal y exclusivo del trabajador, que está obligado a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales. Similar supuesto de hecho y misma solución en las, entre otras muchas otras, SSTC 45/1998, de 24 de febrero de 1998 (1998/2924); 77/1998, de 31 de marzo de 1998 (EDJ 1998/1490); 94/1998, de 4 de mayo de 1998 (EDJ 1998/2913); 104/1998, de 18 de mayo de 1998 (EDJ 1998/3760); 123/1998, de 15 de junio de 1998 (EDJ 1998/6493); 158/1998, de 13 de julio de 1998 (EDJ 1998/10017); 198/1998, de 13 de octubre de 1998 (EDJ 1998/29812); 223/1998, de 24 de noviembre de 1998 (EDJ 1998/29788), y 44/1999, 22 de marzo de 1999 (EDJ 1999/5114), que no son sino un reflejo y consecuencia de lo afirmado por la primera de las sentencias referidas en esta nota.

⁴⁶ La AEPD, en respuesta a diversas consultas, concluyó que, a efectos de la LOPD, los *datos psicológicos* deben ser considerados como datos relativos a la salud de las personas, ya se encuentren incluidos en historiales clínico-psiquiátricos, ya se deriven de las propias manifestaciones de los interesados en formularios o encuestas. Idéntica consideración merecen para la Agencia los *datos genéticos* en la medida que puedan afectar a los datos de salud. Vid. en este punto la definición del artículo 5 g) del Reglamento de desarrollo de la LOPD sobre *Datos de carácter personal relacionados con la salud*, que sigue la línea ya marcada en este sentido por la AEPD, eso sí, añadiendo el dato sobre porcentaje de discapacidad. En la doctrina, SÁNCHEZ BRAVO, 1998, pág. 106, destaca el especial cuidado que merece la utilización de ciertos datos relativos a la salud, entre los que menciona específicamente los datos referentes a la salud mental y al consumo de drogas, por la posibilidad de elaborar “censos negros” con base en los cuales se adopten decisiones sobre las expectativas y derechos de las personas.

1) Por lo que se refiere a la posibilidad de *recabar* y *tratar* datos que revelan la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de una persona, la LOPD exige *el consentimiento del afectado*⁴⁷, que habrá de ser *expreso y por escrito* (¿Qué diferencia existe entre otorgar un consentimiento inequívoco o prestarlo por escrito? *El consentimiento otorgado por escrito siempre será inequívoco* (RUIZ CARRILLO, 2001, pág. 44)). Previa a la obtención de este consentimiento, el interesado debe ser advertido acerca de su derecho a no prestarlo (artículo 16.2 CE) que, sin embargo, sólo se refiere a la ideología, religión o creencias, si bien la afiliación sindical, entendemos, puede estimarse como una derivación de la primera.

Sin embargo, cuando se trata de datos que hagan referencia al origen racial, a la salud⁴⁸ y a la vida sexual de las personas, las posibilidades de recabarlos y tratarlos son mucho más amplias que en el supuesto anterior, ya que es suficiente con que *una Ley*, no necesariamente orgánica, lo disponga *por razones de interés general*; concepto de enorme imprecisión, generador de dudas interpretativas y de inseguridad tanto en su determinación concreta como en la configuración del supuesto en su totalidad. Entendemos que lo que quiere decir la LOPD en este primer inciso del artículo 7.3 es que cuando una Ley dispone por razones de interés general que los datos referidos sean recabados, tratados y cedidos, no será necesario el consentimiento del interesado (la norma no lo aclara), o no expresamente, pues lo contrario dejaría vacío de contenido el siguiente inciso del precepto. Pese a que el citado artículo deja abierta esta posibilidad, ¿tendría sentido y podría encuadrarse en aquél una Ley que dispone el tratamiento de estos datos, pero previo consentimiento expreso del afectado? Creemos que no y queremos entender que esta fue también la intención del legislador. El problema, lógicamente, está en determinar el significado y, sobre todo, el alcance del concepto

⁴⁷ Se exceptúan de este consentimiento para el tratamiento de los datos (apartado 2 del artículo 7 LOPD) *los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros*. Algún autor apunta que, incluso en estos casos, la cesión o revelación a terceros de estos datos sí exigiría el consentimiento del afectado (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 126). Con mayor vehemencia se ha criticado el alcance de esta excepción por la vaguedad del precepto, que lleva a sospechar que cualquier persona física o jurídica, a través de las fundaciones y asociaciones, puede, perfectamente, acceder a los datos recogidos sin el requisito del consentimiento inequívoco, condicionando los derechos del afectado (RUIZ CARRILLO, 2001, págs. 44-46)

⁴⁸ Si bien se trata de una cuestión resuelta bajo la vigencia de la derogada LORTAD, que en su artículo 7 venía a establecer una disposición idéntica a la del actual artículo 16.1 LOPD en referencia concreta a los datos en materia de salud, reseñamos la STC 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 (EDJ 1999/33365). El TC otorga el amparo solicitado al entender que el tratamiento y conservación de diagnósticos médicos en la base de datos de una entidad bancaria denominada "absentismo con baja médica", sin consentimiento expreso de los afectados, incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales contiene el artículo 53 CE. Señala la Sala que, tratándose de datos de carácter personal que hacen referencia a la salud, su tratamiento automatizado únicamente resultaría posible si mediase el consentimiento expreso de los afectados o si, por razones de interés general, así lo dispusiera una Ley. En este sentido, a la vista del contenido del fichero, resulta forzoso convenir que su mantenimiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral, y consecuentemente la creación y actualización del mismo en los términos en que se ha llevado a efecto no puede ampararse en la existencia de un interés general, sino que la realización de dichas actividades, prescindiendo del consentimiento expreso de los afectados, ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información. Vid. el comentario de esta sentencia en VEGA LÓPEZ, 2000. Vid. también acerca de la cumplida ejecución de la sentencia anteriormente citada, la STC 153/2004, de 20 de septiembre de 2004 (EDJ 2004/135031).

jurídico indeterminado “*interés general*”. A estos efectos, SEOANE RODRÍGUEZ, 2002, pág. 162, apunta que la disposición legal debería precisar el contenido de dicho interés general, máxime si se tiene en cuenta que mediante la utilización de esta cláusula es posible introducir *interpretaciones y usos injustificados que despojen de valor e infrinjan los principios de consentimiento del titular y finalidad*. En una línea similar, SÁNCHEZ BRAVO, 2001, pág. 130, considera que la ley que permita el tratamiento de estos datos sin el consentimiento del afectado deberá precisar a qué datos se refiere, quién es el destinatario de los mismos y cuál es su finalidad, puesto que sólo en estos términos podrá permitirse una limitación de las garantías legales. Por su parte, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto en la sentencia 202/1999, de 8 de noviembre, en el sentido de que *no cualquier interés justifica la autorización por ley del tratamiento de informaciones sin necesidad de consentimiento. Dicha excepción tendrá que estar amparada en un interés suficientemente relevante que permita la excepción del consentimiento expreso* (f.j. 4.º).

Asimismo, cabe proceder a recabar y tratar estos datos cuando el afectado preste su *consentimiento* de forma expresa, sin que se requiera, como hemos subrayado en párrafos anteriores para la otra categoría de datos, que lo haga por escrito (Se ha criticado la diferencia que, en relación al tratamiento, la Ley establece entre las dos categorías de datos especialmente protegidos, los del apartado 2 y los del apartado 3 del artículo 7, hasta el punto de calificarla como inexplicable y, consecuentemente, partiendo de entender que puede obedecer a un lapsus del legislador que debe ser salvado, se aboga por exigir para ambos tipos de datos que el consentimiento sea por escrito, ORTÍ VALLEJO, 1994). Ajustándonos a la literalidad de la norma, sería válido, por tanto, un consentimiento emitido verbalmente, lo que conlleva el problema de la constancia del mismo, razón por la que muy posiblemente en la práctica el responsable del fichero, que necesita un consentimiento expreso para el tratamiento de los datos, exigirá normalmente que el mismo se preste por escrito, a menos que tenga otros medios de prueba, igualmente idóneos, para justificar que el consentimiento ha sido otorgado de forma expresa (*Verdaderamente no se entiende cómo la Ley, (...), no ha previsto el requisito de la escritura, que es razonable, justificado y de sencillísimo cumplimiento*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.128)⁴⁹.

⁴⁹ Tanto en un caso como en el otro, recabar y tratar esos datos especialmente protegidos sin cumplir los requisitos legales es considerado por el artículo 44.4 c) LOPD una infracción muy grave. Importantes dudas nos suscita el artículo 22.3 LOPD al respecto. Dice este precepto: *La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta (...)*. A diferencia del apartado segundo, no aclara aquí la norma si esta recogida y tratamiento habrá de cumplir con los requisitos legales a los que hace referencia el propio artículo 7. Si bien es cierto que, en aras a una mayor protección de los derechos de los ciudadanos, la solución habría de ser optar por la aplicación de dichos requisitos, que el artículo 22.3 LOPD no excepciona, una interpretación lógica y sistemática del precepto, particularmente en su relación con el apartado segundo, nos lleva a una distinta conclusión, en éste sí se manifiesta que la recogida y tratamiento de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para fines policiales se hará, cumplidos los presupuestos de la norma, sin el consentimiento del afectado, lo que parece ha de extenderse también a la hipótesis contemplada en el artículo 22.3 LOPD. Ahora bien, el hecho de que nos encontremos aquí con datos especialmente sensibles implica que la misma actividad, sin consentimiento del interesado, se encuentre mucho más limitada, sólo y *exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta (la expresada necesidad (...)) excede de los supuestos normales y requiere ser particularmente intensa*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 253). Ello se entiende, en todo caso, *sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponde a los órganos jurisdiccionales* (último inciso, artículo 22.3 LOPD).

Por otra parte, la exigencia del carácter expreso del consentimiento también para recabar los pertinentes datos lleva a pensar que, en este caso, no es suficiente con el consentimiento que la propia comunicación de los datos por el afectado lleva implícito (*En puridad, seguimos pensando que el suministro voluntario de los datos médicos equivale a una manifestación consistente y concluyente que tiene el mismo valor que cualquier otra forma más o menos expresa o gráfica*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.127).

No obstante, cualquiera de los datos personales a los que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores⁵⁰ pueden ser objeto de tratamiento (se entiende, aunque la Ley no lo manifiesta explícitamente –“...podrán ser objeto de tratamiento...”-) sin necesidad de sujetarse a las exigencias apuntadas -básicamente sin precisarse el consentimiento del afectado para ello- en dos supuestos, dados determinados requisitos, que tienen el carácter de concurrentes y que pasamos a referir a continuación.

Por un lado, ha de darse la circunstancia objetiva o, si se prefiere, relativa a la finalidad del tratamiento, de que éste *resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios*. Nos encontramos aquí con que el tratamiento de datos será posible para finalidades meramente internas o de gestión del servicio sanitario, lo que parece ir en contra del espíritu pretendidamente protector de la LOPD⁵¹. Junto a ella, de forma simultánea o concurrente, debe producirse la circunstancia subjetiva referida al responsable del tratamiento, que ha de ser *un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona -¿quién?* Lo único que parece claro es que no puede tratarse de un profesional sanitario, pero la indeterminación de la norma en este punto es absolutamente criticable y peligrosa- *sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto*. ¿Cuándo y cómo es posible hablar de una “obligación equivalente de secreto”? Si criticable era la anterior indeterminación, no lo es menos esta expresión que la complementa y que no sólo no la aclara, sino que se refiere a una “extraña” obligación semejante, por equiparable, pero no idéntica, a la de secreto profesional. O se tiene obligación de secreto profesional, o no, pero no se puede estar vinculado por *una obligación equivalente de secreto*, que deja la puerta abierta al posible tratamiento de estos datos, sin necesidad de consentimiento del afectado, por personas, no profesionales sanitarios, que no están sujetas por un absoluto e ineludible deber de secreto en el ejercicio de su actividad.

En la segunda hipótesis, para que no sea necesario el consentimiento del interesado, han de concurrir: 1) La circunstancia objetiva o de finalidad de que el tratamiento de los datos considerados por la LOPD como especialmente protegidos fuera *necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona*. Entendemos, en una interpretación restrictiva de la norma y protectora de los datos personales, que ha de

⁵⁰ Mientras el artículo 8 de la derogada LORTAD preveía una excepción al consentimiento expreso para el tratamiento de los datos de salud, el vigente artículo 7.6 LOPD ha extendido esta excepción a todos los datos personales especialmente protegidos.

⁵¹ Cómo encajar aquí los datos personales relativos, por ejemplo, a la afiliación sindical, esto es, hasta qué punto es necesario el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7.2 (o, incluso, el origen racial a que se refiere el apartado 3 del mismo artículo) para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria, etc., es otra cuestión cuya explicación resulta difícil de intuir. *No sería impensable que la mención del apartado 2, en el marco del epígrafe 6, respondiera a un simple error* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 130).

correr verdadero peligro la vida del interesado o la de un tercero, y que es esta urgencia la que justifica que el responsable no solicite el pertinente consentimiento al interesado. En este supuesto, que *a fortiori* podría estar incluido en el párrafo anterior del artículo 7.6 dada su ubicación en el campo relativo a la salud o asistencia sanitaria o médica, quizá hubiera sido preferible utilizar la expresión de *urgencia vital* cuyos contornos están bastante precisados en diversas resoluciones de los Tribunales (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs.131-132); 2) La circunstancia subjetiva, relativa esta vez al afectado, de que éste se encuentre *física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento*⁵².

2) En cuanto a la *cesión de los datos*, no se modifica la regla general de precisar siempre el consentimiento expreso y por escrito del afectado si estos datos se refieren a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Aunque en referencia a estos datos, la Ley hable de tratamiento en general, es obvio que en él se incluye la cesión (artículo 3.c) LOPD). Caso distinto, nuevamente, es el de los datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual (aquí la Ley sí hace referencia expresa a la cesión, junto a la recogida y tratamiento), en el que, al consentimiento expreso del afectado se une, en una “peligrosa” ampliación de posibilidades, la eventual cesión de estos datos cuando, *por razones de interés general, así lo disponga una Ley* (vid. lo expuesto anteriormente sobre las razones de interés general).

3) Finalmente, *la creación de ficheros* es vista por la LOPD con un carácter más restrictivo cuando de estos datos especialmente sensibles se trata. Así, el apartado 4 del artículo 7 prohíbe los ficheros que tengan *la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual*.

Dos puntualizaciones importantes: De una parte, la exclusión de los datos personales relativos a la salud, sobre los que, interpretando a *sensu contrario* la norma apuntada (artículo 7.4 LOPD), parece permitirse que se creen ficheros cuya finalidad exclusiva sea la de su almacenamiento⁵³. De otra parte, el que la prohibición únicamente afecte a

⁵² La deficiente redacción en este punto del precepto merece ser objeto de crítica. Por un lado, “*física o jurídicamente incapacitado*” es una expresión confusa y errónea desde una óptica de cierto rigor jurídico. Una persona *físicamente incapacitada*, o es aquella que lo ha sido judicialmente por motivos físicos, o es aquella que, sin estar incapacitada, carece de capacidad natural para entender y querer, si bien ninguna de estas posibilidades resulta convenientemente reflejada en la citada expresión. Una persona *jurídicamente incapacitada* es aquella que habrá sido judicialmente (no jurídicamente) declarada incapacitada por sentencia, tanto por causas físicas como psíquicas si reúnen los requisitos del artículo 200 C.c.. Dados los términos de la norma, no se exige con claridad la existencia de una sentencia de incapacitación; puede que, de un modo bastante deficiente, confuso y poco conocedor de esta materia, y en un intento por abarcar todas las hipótesis, el precepto haya querido referirse tanto al judicialmente incapacitado como al afectado que carezca de la capacidad natural de obrar, lo que le impide entender y querer de un modo suficiente para consentir libre y voluntariamente. Ahora bien, la no exigencia, en todo caso, de una sentencia que incapacite al interesado nos llevaría a plantearnos quién y de qué modo ha de determinar que aquél está “*físicamente incapacitado*”. Quizá lo que quiso decir la norma, y se produjo aquí un lapsus del legislador, es que *el afectado esté física o psicológicamente incapacitado*, expresión poco acertada también, pero que exigiría con más claridad una sentencia de incapacitación.

⁵³ La AEPD se planteó el problema de los ficheros, de uso interno, que, para una mejor gestión de los recursos humanos, llevan las empresas con datos referidos a la salud y formación de sus empleados. Si el trabajador no consiente expresamente que sus datos de salud sean facilitados al empresario, éste sólo podrá ser informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto, pero, en ningún caso, estará el empresario habilitado para el tratamiento de dato alguno de salud que se refiera a dichas conclusiones

los ficheros creados con el fin exclusivo y excluyente del almacenaje de tales datos, estimamos que disminuye un tanto el rigor y alcance de la prohibición. Basta añadir, y ello no reviste mucha dificultad, alguna/s finalidad/es adicional/es para que ya no sea de aplicación la prohibición comentada (en este sentido se manifiesta la doctrina científica, si bien algún autor considera que esta posibilidad se limita con un control adecuado de la AEPD, *evitando que, al socaire del requisito de la exclusividad, se intente burlar el precepto a través de formalidades* (imagino quiere decir finalidades) *artificiales o fraudulentas*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.129).

En referencia también a los ficheros, la LOPD considera como datos personales especialmente protegidos aquellos relativos a *la comisión de infracciones penales o administrativas*, que sólo podrán ser incluidos en los ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos por las respectivas normas reguladoras.

E) **COMUNICACIÓN DE DATOS** (artículo 11 LOPD)⁵⁴: Para poder válidamente comunicar a un tercero⁵⁵ los datos personales objeto de tratamiento por el responsable del mismo han de cumplirse cumulativamente dos requisitos fundamentales:

1) La comunicación de datos ha de hacerse *para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario*.

En íntima relación con la importancia dada, a la hora de comunicar los datos a un tercero, a los fines y a las funciones del cedente y del cesionario, entendemos se encuentra lo dispuesto en el apartado tercero del artículo en estudio, que hace nulo el consentimiento para dicha comunicación *cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos (...) o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar*⁵⁶.

2) El interesado habrá de consentir la comunicación de sus datos personales a un tercero (*...habida cuenta de que el afectado es el titular de los datos, no es irrazonable pensar que el consentimiento del afectado habilitaría una cesión en la que no concurriera el primer requisito. Adviértase como, en este caso, se detecta un particular interés del afectado en la referida cesión que apunta a su conveniencia explícita o implícita*, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.159). Este consentimiento reviste dos caracteres reseñables: De una parte, ha de ser *previo* al hecho mismo de la comunicación de los datos. De otra, dicho consentimiento es *revocable*, sin más, en cualquier momento, *sin que esta revocación pueda afectar, retroactivamente, a las cesiones realizadas en tanto*

⁵⁴ Recordemos que el artículo 3 LOPD encargado de las definiciones legales considera **cesión o comunicación de datos** a *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*. En parecido sentido, el artículo 5.c) del Reglamento de desarrollo. Un supuesto particular de cesión se recoge en el artículo 47 del Reglamento: *Cuando dos o más responsables (...) pretendieran constatar sin consentimiento de los afectados, con fines de promoción o comercialización de sus productos o servicios y mediante un tratamiento cruzado de sus ficheros, quiénes ostentan la condición de clientes de una u otra o de varios de ellos, el tratamiento así realizado constituirá una cesión o comunicación de datos*.

⁵⁵ Debemos acudir a la Directiva 95/46/CE, en su artículo 2, para encontrar una definición legal de **tercero** como *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento*. En esta misma línea, se pronuncia el artículo 5.r) del Reglamento de desarrollo de la LOPD. A ello cabe añadir el contenido del apartado 5 del artículo 11 LOPD en el sentido de que este tercero, a quien se comunican los datos, se obliga, por este simple hecho, a la observancia de las disposiciones de la Ley mencionada.

⁵⁶ Vid. también artículo 27 LOPD.

la autorización estaba viva por no haberse producido la revocación (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.169). A prácticamente idéntica conclusión, pero desde una perspectiva diversa de base contractual y civilista (artículo 1.091 C.c.), se llega por quien entiende que, partiendo de la existencia de un contrato otorgado entre las partes, *el titular de los datos se compromete a cederlos para que un tercero los trate según unas condiciones pactadas y consentidas previamente, no puede luego (...) revocar un consentimiento otorgado en condiciones válidas y aceptadas, ya que ello dejaría en indefensión a la otra parte contratante* (RUIZ CARRILLO, 2001, págs. 42-43). Además, la LOPD no exige en el presente caso la presencia de una causa justificada para revocar, como sí lo hace para la revocación del consentimiento dado por el interesado para el tratamiento de los datos de carácter personal (artículo 6.3)⁵⁷.

Vista la regla general en la comunicación de datos, y como nos tiene acostumbrados ya la LOPD, aquella está plagada de excepciones que, reiteramos, desvirtúan el propio carácter general de la regla y, más aún, la finalidad pretendidamente protectora de la norma. Podemos clasificar estas excepciones en tres grupos atendiendo a lo que en concreto se exceptiona:

En el primer grupo, lo que no se viene a considerar preciso es el consentimiento del interesado para llevar a cabo la comunicación de sus datos personales a un tercero, si bien entendemos que el primero de los requisitos antes apuntados habrá de cumplirse escrupulosamente. Pese a que son muchas las excepciones enumeradas en el apartado segundo del artículo 11⁵⁸, resulta suficiente para ilustrar el amplio alcance de las mismas citar la contenida en la letra a) *Cuando la cesión está autorizada en una Ley – una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario*, matiza el artículo 10.2.a) del Reglamento de desarrollo (tanto para la cesión como para el tratamiento)-; de nuevo, cualquier Ley puede establecer que la comunicación de datos personales a un tercero no precise del previo y revocable consentimiento del afectado. Si bien se trata de una cuestión dudosa, pudiera sostenerse, en una interpretación rigorista, que cuando la LOPD establece esta excepción no le basta la ley que admita o imponga los actos de cesión de que en cada caso se trate, sino que exige una ley específicamente habilitante de la cesión sin consentimiento del afectado, esto es, no se trata sólo de autorizar la cesión, sino que, además, la ley debería precisar que cuando la cesión (autorizada por ella) lleve consigo la comunicación de datos personales no sería preciso el consentimiento del afectado (Cfr. VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs.161-163, quien considera esta interpretación en exceso rigurosa y manifiestamente literal).

No deja de resultar “curioso”, si no fuese una evidencia más de la deficiente sistemática de la LOPD, que haya que acudir al artículo 21.3 LOPD, dedicado a la comunicación de datos entre Administraciones Públicas, para comprender el alcance de la excepción contenida en el artículo 11.2 b). El precepto últimamente citado considera que no es preciso el consentimiento del afectado para la comunicación de sus datos a un tercero cuando éstos son recogidos de fuentes accesibles al público. Frente a ello, y no obstante lo establecido en el artículo citado, el artículo 21.3 LOPD nos “sorprende” afirmando que *la comunicación* (por los responsables de los ficheros públicos) *de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada*,

⁵⁷ ¿Cabría plantear, siguiendo el precedente de los EEUU donde el fichero electrónico se ha convertido en un activo económico –*propiedad sobre la información personal*-, la posibilidad de permitir a los particulares la cesión de sus datos a título oneroso?

⁵⁸ Vid. artículo 11.2 LOPD, letras b) a f) y el artículo 10.4 del Reglamento de desarrollo.

sino con el consentimiento del interesado o (esto es novedad) cuando una Ley prevea otra cosa. Esto quiere decir que la excepción del artículo 11.2 b) (no necesitar el consentimiento del interesado) es aplicable cuando se trate de cesiones de datos entre ficheros de titularidad privada, cesiones entre ficheros de titularidad pública y, finalmente, cesiones hechas por ficheros de titularidad privada a otros de titularidad pública. Ahora bien, por mandato del artículo 21.3 LOPD, cuando los datos obtenidos de fuentes accesibles al público se hayan incorporado a ficheros de titularidad pública, la cesión de esa información a ficheros privados precisará del consentimiento del afectado o de la autorización de una ley⁵⁹.

En el segundo grupo de excepciones, encontramos que lo que no será de aplicación es lo establecido en su totalidad en el artículo 11 LOPD, por tanto, no serán exigibles, para la comunicación a un tercero de los datos de carácter personal, ninguno de los dos requisitos a los que hemos hecho referencia con anterioridad. Esto ocurrirá cuando *la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación*, es decir, acudiendo a las definiciones legales del artículo 3 de la misma Ley, cuando el tratamiento de datos personales se haga de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

Finalmente, el artículo 8 LOPD y en relación con los datos relativos a la salud parece establecer otra suerte de excepción. Pese a lo deficiente de la redacción del precepto, creemos que lo que viene a decir es que el tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud se hará *de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad*, pero para ceder dichos datos deberán cumplirse las exigencias del artículo 11 LOPD (*“sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión”*). Por tanto, mientras para el tratamiento de dichos datos no será preciso el consentimiento de los pacientes, para cederlos, éste sí será exigible, salvo las excepciones previstas en el artículo 11.2 f)⁶⁰. En cualquier caso, la hipótesis se limita al tratamiento que lleven a cabo *las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes*, quienes podrán proceder al tratamiento de los datos personales relativos a la salud sólo *de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos*. Entendemos que estas dificultades de comprensión del alcance del precepto en cuestión quedan parcialmente solventadas por el artículo 10.5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, referido, en particular, a la comunicación de datos personales sobre la salud sin que sea necesario el consentimiento del interesado, *incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de*

⁵⁹ En particular, el artículo 10.2.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD ha venido a establecer que las Administraciones públicas sólo podrán comunicar al amparo de este apartado los datos recogidos de fuentes accesibles al público a responsables de ficheros de titularidad privada cuando se encuentren autorizadas para ello por una norma con rango de ley. Por otra parte, si comparamos la excepción del artículo 11.2 b), relativa a la cesión, con la del artículo 6.2, referida al tratamiento, nos encontramos con que esta última es más exigente que la primera, aun cuando ambas prescindan del consentimiento del afectado y ambas lo hagan en relación con datos obtenidos de fuentes accesibles al público. Esta diferencia de rigor no se entiende muy bien, máxime si tenemos en cuenta que, por lo general, resulta de mayor riesgo para la privacidad del interesado la cesión que el tratamiento (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs. 165-166, propone una equiparación de exigencias a partir de un examen detenido de la redacción del último inciso del artículo 6.2., en particular cuando dice “o por el del tercero a quien se comuniquen los datos”; interpretación que no deja de parecernos algo confusa y bastante dudosa).

⁶⁰ *Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos...*

las personas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

F) ACCESO A LOS DATOS POR CUENTA DE TERCEROS (artículo 12 LOPD y artículos 20 a 22 del Reglamento de desarrollo): La LOPD trata de desvincular lo que en ella aparece como comunicación de datos a terceros de lo que se puede calificar como acceso de aquéllos a los mismos. El Informe 513/2004 de la Agencia Española de Protección establece los criterios que diferencian la comunicación y el acceso. La principal diferencia radica en la finalidad de cada una de ellas: Mientras que en la comunicación o cesión de datos, el tercero los trata con una finalidad propia, es decir, para sí; en el acceso, el tercero lo hace con una finalidad ajena, para prestar un servicio a favor del responsable del fichero; éste es, en cuanto titular del fichero, la empresa que contrata un determinado servicio. Por tanto, frente a la comunicación, el acceso aparece como algo *necesario para la prestación de un servicio* –de carácter remunerado o no, de duración temporal o indefinida, matiza el artículo 20.1 del Reglamento- *al responsable del tratamiento*⁶¹. Además, aparece aquí, junto al responsable del fichero, la figura clave del *encargado del tratamiento*, que la LOPD, en su artículo 3g), define como *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*⁶².

El encontrarnos ante una prestación de servicios del tercero al responsable del tratamiento y el hecho de que, sin conocimiento ni consentimiento de los afectados, se está permitiendo un tratamiento de sus datos por parte de un tercero, son argumentos que justifican que la relación entre ambos –dice la LOPD: *La realización de tratamientos por cuenta de terceros(...)*- deba venir regulada en un contrato que vincule jurídicamente a ambas partes interesadas y que, *una vez cumplida la prestación contractual*, los datos deban ser *destruidos o devueltos al responsable del tratamiento*⁶³. Desde una perspectiva estrictamente práctica, puede plantearse que muchos contratos de prestación de servicios, como pueden ser los que celebran las empresas con las gestorías de nóminas, perduran en el tiempo y de ellos pueden resultar reclamaciones entre los contratantes; de este modo, resultaba oportuno que el futuro reglamento de desarrollo de la LOPD contemplase la necesidad de que el encargado del tratamiento conservase los datos por un periodo determinado, aún después de finalizado el contrato. Precisamente, así se ha previsto y regulado en el artículo 22 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que impone, por un lado, que no se destruyan los datos *cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación*, y, por otro, que se conserven, debidamente bloqueados, por el encargado del tratamiento, *los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento*.

⁶¹ No obstante, añade el artículo 20.1 del Reglamento, se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado.

⁶² Se trata de la contratación de un tercero para que realice un trabajo para el que está especializado, ya sea la obtención de datos, la gestión informática de los ficheros....

⁶³ *Al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto de tratamiento.*

El contrato -denominado como “Out-sourcing” y frecuentemente utilizado por las asesorías laborales y empresariales (RUIZ CARRILLO, 2001, págs. 62-68)⁶⁴- habrá de constar por escrito o en alguna otra forma que permita tener constancia y acreditar tanto su celebración como su contenido⁶⁵. En relación con aquél, la LOPD establece como contenido mínimo⁶⁶:

1) La finalidad de la cesión de los datos y las instrucciones para el tratamiento de los mismos, que da el responsable al encargado del tratamiento⁶⁷. Es tal la importancia de cumplir, por parte del encargado, la finalidad y las directrices establecidas vía contractual por el responsable del tratamiento que, de no hacerlo así, esto es, destinándose por aquél los datos a otra finalidad, comunicándolos o utilizándolos incumpliendo las estipulaciones del contrato -que, no debemos olvidar, constituye ley entre las partes-, el encargado del tratamiento será considerado como responsable del mismo a efectos de responder como tal de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente⁶⁸.

2) Las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento está obligado a implementar, que habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero (artículos 9 y 12.2 LOPD)⁶⁹.

La cuestión que surge, y se plantea la propia Agencia Española de Protección de Datos, es qué *requisitos formales* ha de tener el contrato para cumplir con el precepto legal. Para solventar estas dudas, consideramos que tiene una gran importancia la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2006⁷⁰. En el supuesto enjuiciado, en el que

⁶⁴ Se define como un contrato de arrendamiento de servicios, sinalagmático, bilateral y oneroso por el que el dueño de ficheros que contienen datos de carácter personal, o el poseedor de datos personales – “mandante”-, confía a otro –“mandatario”- la gestión y administración de sus ficheros, archivos o documentos conteniendo datos personales y de los datos contenidos en ellos (por ejemplo, hacer una nómina, confeccionar los TC, realizar los impresos de retenciones, etc.), a cambio de un precio cierto o una contraprestación definida o definible. Habida cuenta de la falta de regulación especial específica, serán de aplicación los principios reguladores de los contratos de servicios con especialidades.

⁶⁵ La sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2002 (LA LEY JURIS. 1318383/2002) dice, al respecto de esa *alguna otra forma* de constancia, que estos términos no pueden interpretarse en el sentido de que rige el principio de libertad de forma. Lo que ocurre es que existen formas de formalización que pueden ofrecer garantías similares a la forma escrita (por ejemplo, un supuesto de firma electrónica avanzada, el formato informático, caso en el que no existirá un documento escrito en sentido estricto).

⁶⁶ Vid. artículo 17.3 y 4 de la Directiva 95/46/CE, que hace una escueta referencia a la relación contractual que vincula responsable-encargado del tratamiento, centrada, sobre todo, en arbitrar las necesarias medidas de seguridad de los ficheros, aunque también hace mención de la exigencia de escritura u *otra forma equivalente*.

⁶⁷ De hecho, el artículo 12.2 LOPD dispone que en el contrato se establezca expresamente que *el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas*.

⁶⁸ El artículo 20.3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD añade en este punto que: “*No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo*”.

⁶⁹ Asimismo, el Informe 513/2004 de la Agencia Española de Protección de Datos. El artículo 20.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD atribuye al responsable del fichero la obligación de velar por que el encargado del tratamiento reúna las garantías precisas para el cumplimiento de las normas de aplicación al caso.

⁷⁰ Sintéticamente, el supuesto de hecho era el siguiente: La entidad T, responsable del fichero denominado “Clientes”, quiso adaptar su sistema informático al euro y con este objeto contrató a la empresa Q. Para la prestación de estos servicios no se firmó un contrato, sino que lo que se utilizó fueron dos documentos escritos: la oferta de Q en relación con los servicios y la aceptación de T de dicha oferta

existe una cierta documentación escrita⁷¹, lo que se debate es la suficiencia de la misma a efectos del artículo 12 LOPD⁷². La Audiencia Nacional resuelve en el sentido de que las exigencias del citado artículo *no pueden entenderse por cumplidas con una simple documentación fragmentada sino que lo necesario es un cumplimiento escrupuloso de las exigencias que se derivan de dicho artículo (...). La validez civil y mercantil de dicha documentación (...) no justifica que desde este otro punto de vista sea exigible un complemento de requisitos y que un posible incumplimiento de dichos requisitos haga que la conducta de las empresas recurrentes sea sancionable por incumplimiento de las exigencias de la Ley Orgánica 15/1999*. Con esta sentencia se da un paso más allá en el sentido de que no basta la forma escrita del contrato como venía entendiéndose hasta la fecha, tanto en la jurisprudencia como por la Agencia Española de Protección de Datos, sino que este ha de cumplir escrupulosamente los requisitos del artículo 12 LOPD para garantizar así una adecuada protección de los derechos de los afectados titulares de los datos.

Otra cuestión de trascendencia que planteó el acceso a los datos por cuenta de terceros fue la posibilidad de que el encargado del tratamiento *subcontratara* con otros la prestación de algún/os servicio/s concretos, dados los términos imperativos de la norma en el sentido de que aquél no puede comunicar los datos, ni siquiera para su conservación, a otras personas. Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos ha mantenido una línea de interpretación favorable a aquella posibilidad, siempre que en el contrato de prestación de servicios (responsable-encargado) el responsable del fichero consienta que un tercero sea subcontratado por el encargado para desempeñar determinados tratamientos, en cuyo caso la subcontratación sería válida⁷³. Este mismo criterio es el recogido ahora en el Reglamento de desarrollo de la LOPD (artículo 21), concretamente se dispone que el encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del mismo, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento⁷⁴.

G) SEGURIDAD DE LOS DATOS Y DEBER DE SECRETO (artículos 9 y 10 LOPD): Se trata, por un lado, de garantizar la seguridad de los datos evitando su

que, además de por escrito, se hizo telefónicamente, y en la cual expresamente se indicaba que sólo se debían migrar los datos de MS2 a Windows, y que sólo se debían tratar los datos con arreglo a las instrucciones recibidas (que no se concretan) sin comunicar estos datos a terceros.

⁷¹ La Audiencia Nacional, con anterioridad a la sentencia analizada en texto, había enjuiciado supuestos de contratos verbales (sentencia de 15 de noviembre de 2002 (LA LEY JURIS. 1318383/2002)) referidos a la Ley de 1992, entendiendo que la intención del legislador, ya en la Ley de 1992 (artículo 27), era la de que existiese un contrato escrito entre las partes por toda una serie de razones que expone en la propia sentencia citada.

⁷² Como indica la referida sentencia, (...) *lo que se cuestiona en este caso no es la suficiencia de la documentación cruzada entre las dos partes recurrentes para la formalización del contrato, sino que lo que se cuestiona es si dicha documentación puede considerarse contrato a los efectos y con las garantías que exige el artículo 12 LOPD*.

⁷³ Así se refleja, por ejemplo, en la Memoria de la Agencia de 2001, que dice textualmente: (...) *La Ley impone, pues, una limitación a la subcontratación que impide la celebración del contrato aquí referido. No obstante, el encargado del tratamiento podrá celebrar estos contratos siempre y cuando actúe en nombre y por cuenta del responsable del fichero*.

⁷⁴ Ahora bien, el propio artículo 21, en su apartado 2, entiende posible la subcontratación sin necesidad de autorización, siempre que se cumplan los requisitos que en él se contienen. En este caso, el subcontratista tendrá la consideración de encargado del tratamiento, de forma que quedará sujeto a la responsabilidad prevista para éste en el apartado 3 del artículo 20 del Reglamento.

alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Para ello, *el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias*⁷⁵.

Si bien es cierto que el artículo 9, en sus apartados 2 y 3, hace en materia de seguridad de los datos una importante remisión a un posterior desarrollo por vía reglamentaria⁷⁶, también lo es que ya en el primer apartado establece los datos que han de ser tenidos en cuenta para adoptar las medidas de seguridad⁷⁷, los que también pueden ser interpretados, a nuestro juicio, como parámetros útiles para valorar si el obligado ha sido diligente, o no, en el establecimiento e implementación de las mismas, lo que, a su vez, determinará su responsabilidad en el caso de pérdida, siniestro o acción ilícita. En este sentido, habrán de tenerse en cuenta el *estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural*⁷⁸-los riesgos que pueden afectar a la seguridad de los datos dependen directamente del sector concreto en el que se desenvuelva el fichero (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, 1999, pág. 39)-. (*...su obligación de responder no tiene un carácter ilimitado en el sentido de que, en todo caso, haya de responder de cualquier atentado o anomalía (...). Su comportamiento será valorado en función de las exigencias y circunstancias de cada tratamiento, pesando sobre él la prueba de que adoptó las medidas necesarias para evitar el daño, ORTÍ VALLEJO, 1994*)⁷⁹.

Por otro lado, la LOPD establece el deber de guardar el secreto profesional acerca de los datos de carácter personal que se han tratado⁸⁰; obligación de notable amplitud tanto subjetiva, pues afecta al *responsable del fichero y quienes intervengan* (encargado, personal al servicio de uno u otro...) *en cualquier fase del tratamiento* (entendiendo aquí tratamiento en su más amplio sentido), como temporal, ya que subsiste *aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo* (la norma contempla la subsistencia de la obligación referida a quienes intervengan en cualquier fase). Más adelante, la Ley, en su artículo 35.2, insiste en este deber de guardar secreto de los datos personales de que se tenga conocimiento en el desarrollo de su función, referido en concreto al personal que integra la Agencia Española de Protección de Datos.

⁷⁵ Vid. artículo 12.2 LOPD.

⁷⁶ Reglamentariamente se determinarán las condiciones de integridad y seguridad de los ficheros, no pudiendo registrarse datos personales en aquellos que no reúnan tales condiciones, así como las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. Asimismo, por vía reglamentaria se establecerán los requisitos y condiciones tanto de los ficheros como de las personas que intervengan en el tratamiento en lo que se refiere a los datos especialmente protegidos del artículo 7 LOPD. Vid. al respecto el Título VIII. De las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal (arts. 79 a 114) del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

⁷⁷ Como apunta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2002 (f.j. 3.º), no basta con la adopción de cualquier medida, *pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto*, ni con la aprobación formal de las medidas de seguridad, *pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva*.

⁷⁸ Vid., por curiosidad, el artículo 17 de la Directiva 95/46/CE, relativo a la seguridad del tratamiento.

⁷⁹ En relación con las medidas contenidas en los arts. 15 y ss del derogado Reglamento de Medidas de Seguridad, GARCÍA ONTOSO, 2000, pág. 33, apunta que su función, además de fijar el régimen de funcionamiento y explotación de los ficheros que contengan datos personales, es la de *establecer un sistema de responsabilidad, en cuanto a la salvaguardia de la privacidad y la supervivencia de las empresas y organizaciones*.

⁸⁰ Incumplir el deber de guardar secreto sobre los datos personales es considerado por la LOPD una infracción leve (artículo 44.2 e)), grave (artículo 44.3 g)), o muy grave (artículo 44.4 g)), dependiendo del tipo de datos de carácter personal de que se trate en cada caso.

Si nos sujetamos a la literalidad del precepto, cabría pensar que las personas que intervienen en cualquier fase de un proceso de tratamiento de datos personales no pueden revelar, en ningún caso, aquellos a los que hayan tenido acceso. Sin embargo, no parece tener sentido imponer este deber a aquellos responsables de ficheros que almacenan y tratan datos con la finalidad de ofrecer servicios de información, así, por ejemplo, ficheros sobre solvencia patrimonial y de crédito.

IV. DERECHOS DE LAS PERSONAS

Con la reciente promulgación del Reglamento de desarrollo de la LOPD por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y su aún más reciente entrada en vigor, se han venido a establecer, en sus artículos 23 a 26, unas disposiciones generales de aplicación tanto a los derechos de acceso y rectificación, como a los de cancelación y oposición. Sin querer entrar en su análisis, pues muchas de ellas regulan cuestiones puramente formales, entendemos preciso apuntar algunos de sus contenidos. Así, se destaca el carácter personalísimo de estos derechos, si bien se admite, como no podía ser de otro modo, tanto la representación legal (en los casos de minoría e incapacidad) como, y esto resulta algo más contradictorio desde una perspectiva jurídica con la idea de derecho personalísimo, la representación voluntaria expresamente atribuida para el ejercicio de aquél⁸¹. Asimismo, se establecen las condiciones generales para su ejercicio cuales son la independencia entre ellos, la necesidad de un medio sencillo y gratuito para su ejercicio, que no suponga un ingreso adicional para el responsable ante el que se ejercitan; y se diseña un procedimiento para el mismo, diversificándose entre el ejercicio del derecho ante el responsable del tratamiento y ante un encargado del mismo, sin perjuicio de la aplicación de la normativa que, para determinados ficheros, regula el procedimiento especial para la rectificación o cancelación de los datos contenidos en los mismos.

A) DERECHO A LA IMPUGNACIÓN DE VALORACIONES (artículo 13 LOPD y artículo 36 del Reglamento de desarrollo, que lo ubica sistemáticamente dentro del derecho de oposición): Nos encontramos aquí con tratamientos de datos cuya finalidad es evaluar determinados aspectos de la personalidad del ciudadano⁸². El particular tiene derecho, en primer lugar y ante todo, a no verse sometido a una decisión que, teniendo efectos jurídicos y habiendo sido adoptada con base únicamente en el tratamiento referido, le afecte *de manera significativa* (concepto jurídico de notable grado de indeterminación)⁸³. Más aún, el afectado tiene derecho a impugnar tanto actos

⁸¹ En apoyo de lo apuntado en el texto, resulta oportuno recordar que la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la AEPD, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, ratificó el carácter personalísimo de estos derechos, insistiendo en la necesidad de que el afectado acreditase frente al responsable del tratamiento su identidad. Solamente, cuando el interesado fuera menor o incapacitado, podría ejercitar el derecho de acceso su representante legal (nada se decía de representante voluntario), siempre que acreditase tal condición. Es más, una de las razones por las que se podía denegar el acceso a los datos personales, según la citada Instrucción (norma segunda), era que la solicitud fuera formulada por persona distinta al interesado, *salvo en los supuestos de representación legal (no voluntaria) de menores o incapaces*.

⁸² La Directiva 95/46 menciona, a título de ejemplo, el rendimiento laboral, el crédito, la fiabilidad, la conducta, los cuales han sido recogidos en el artículo 36.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que limita la aplicación de la norma al tratamiento automatizado de datos.

⁸³ De hecho, el apartado 4 del artículo 13 LOPD dice claramente que *la valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado*.

administrativos como decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento⁸⁴; valoración cuyo único fundamento sea el referido tratamiento en el que se ofrece *una definición de sus características o personalidad*. Ahora bien, el artículo 36.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD fija dos supuestos en los cuales los afectados podrán verse sometidos a este tipo de decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad: a) La que se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato a petición del interesado, siempre que se le otorgue la posibilidad de alegar lo que estimara pertinente, a fin de defender su derecho o interés; b) La que esté autorizada por una norma con rango de Ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado

Sería el caso, por ejemplo, de un acto administrativo por el que no se admite a una persona en una determinada oposición, o de una decisión privada en virtud de la cual se despide a un particular, si el motivo de uno y otra es el manejo de una información derivada de un tratamiento de datos destinado a evaluar determinados aspectos de la personalidad. En estos casos, sería posible ejercitar el derecho a la impugnación de valoraciones, si bien, debemos añadir que, a nuestro juicio, la insistencia de la Ley en que el acto o la decisión *se base únicamente*, o que el *único fundamento sea*, resta vigor a la capacidad de oposición, ya que no resulta difícil para la otra parte argumentar que ese tratamiento de datos personales no ha sido lo único que se ha tomado en consideración para tomar la decisión, lo que será bastante frecuente si simplemente se atiende al criterio personal como otro elemento a valorar en la toma de decisiones. Entendemos que, para obviar la prohibición, lo que se ha tomado en consideración para tomar la decisión, aparte de la información obtenida del tratamiento de los datos, ha de ser de una entidad suficiente y, cuando menos, tan importante como aquélla.

B) DERECHO DE CONSULTA AL REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (artículo 14 LOPD): De esta forma, cualquier persona, a través de una consulta gratuita a este Registro público, podrá conocer *la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento*.

C) DERECHO DE ACCESO (artículo 15 LOPD y artículos 27 a 30 del Reglamento de desarrollo)⁸⁵: Este derecho, de ejercicio gratuito, a solicitar y obtener información

⁸⁴ Vid. artículo 13.3 LOPD.

⁸⁵ Ya la STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (EDJ 1993/7394), tuvo que resolver, como cuestión presentada en recurso de amparo, si la negativa a suministrar la información solicitada acerca de los datos personales del actor que la Administración del Estado poseía en ficheros automatizados, vulneraba o no los derechos fundamentales del artículo 18 CE. El TC estimó al respecto que *la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros (...), así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades*. Concluye la sentencia entendiendo que las facultades de información acerca de la existencia, los fines y los responsables de los ficheros (automatizados dependientes de una Administración pública) donde constan datos personales de un ciudadano, *forman parte del contenido del derecho a la intimidad* (f.j. 7.º). Por su parte, la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (TOL 2772), declaró la inconstitucionalidad del inciso *"impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas"* y *"o administrativas"* del artículo 24.1 LOPD, al considerar que la posibilidad de que la Administración pueda privar al interesado de información relativa al fichero y sus datos, invocando los perjuicios que semejante información pueda acarrear a la persecución de una infracción administrativa, supone una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos. Las SS TSJ de Madrid, de 17 de mayo de 2000 y de 29 de marzo de 2001, desestiman recursos

debe ser analizado desde la óptica de su contenido u objeto y desde la del plazo establecido para ejercitarlo.

Por una parte, la información que el interesado puede y debe obtener⁸⁶ viene referida a cuáles de sus datos personales están siendo sometidos a tratamiento, dónde se han obtenido o cuál es el origen de dichos datos, y cuáles han sido las comunicaciones realizadas o que se prevén realizar de los mismos⁸⁷. Debemos precisar si en esta norma el término *comunicación* ha de ser interpretado en sentido amplio, esto es, incluyendo la comunicación de datos en sentido estricto del artículo 11 y el acceso a los mismos por cuenta de terceros del artículo 12, o ha de ser entendido literalmente y referido únicamente al artículo primeramente citado. En referencia al artículo 12, no hay que olvidar que el acceso a los datos por parte de un tercero en ejecución de un servicio al responsable del fichero no constituye comunicación. Pese a ello, se ha apuntado que *parece lógico concluir que el interesado tiene derecho a conocer la existencia de tal evento* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.195). Una adhesión incondicional a este parecer resulta difícil habida cuenta de que se trata de la prestación de un servicio al titular del fichero, que es el responsable frente al interesado, y que propiamente no se considera una comunicación de datos; ahora bien, es cierto también que, desde la óptica del interés del ciudadano, la mayor extensión de este derecho le es favorable. Asimismo, se informará de las comunicaciones hechas con el consentimiento del interesado y aquellas en las que no se precisó por estar exceptuado. No parece necesario, en cambio, informar de las comunicaciones de datos que se hayan llevado a cabo previo procedimiento de disociación.

Por otra parte, este derecho de acceso *sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses*⁸⁸. El hecho de que el ciudadano tenga que esperar como mínimo un año para poder ejercitar de nuevo el derecho de acceso que le permite conocer cuáles, si los hay, de sus propios datos personales están siendo objeto de tratamiento, no

contra sanciones por impedir u obstaculizar el derecho de acceso del afectado negándose a facilitar la información solicitada.

⁸⁶ Vid. artículo 15.2 LOPD acerca de la forma en que la información puede obtenerse, desde la mera consulta de los datos por medio de su visualización hasta la indicación de los mismos mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, siempre que aquélla sea legible e inteligible. Vid. también el artículo 30.3 LOPD y el artículo 28 del Reglamento de desarrollo. El responsable resolverá sobre la solicitud de acceso en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la solicitud, incluso cuando no disponga de datos personales del solicitante. Si la solicitud es estimada y el responsable no acompaña a su comunicación la información pertinente, el acceso deberá hacerse efectivo durante los diez días (hábiles) siguientes a dicha comunicación (artículo 29 Reglamento).

⁸⁷ Por otra parte, no podemos dejar de señalar que el artículo 12 de la Directiva 95/46/CE, referido al derecho de acceso, incluye en el contenido de la información, cuya obtención debe ser garantizada a los interesados por los Estados miembros, la de los fines de los tratamientos de los datos que conciernan al particular que accede; aspecto que se echaba en falta en la LOPD y que ha sido incorporado por el artículo 27.1 del Reglamento de desarrollo -...*la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando*...-. Este Reglamento añade en el apdo. 2 la posibilidad del interesado de obtener información del responsable del tratamiento acerca de datos concretos, datos incluidos en un determinado fichero, o la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento. *No obstante, cuando razones de especial complejidad lo justifiquen, el responsable del fichero podrá solicitar del afectado la especificación de los ficheros respecto de los cuales quiera ejercitar el derecho de acceso, a cuyo efecto deberá facilitarle una relación de todos ellos.*

⁸⁸ El ejercicio del derecho de acceso sin respetar este intervalo temporal puede ser causa de denegación de la solicitud por el responsable, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto. *Podrá también denegarse el acceso en los supuestos en que así lo prevea una Ley o una norma de derecho comunitario de aplicación directa o cuando éstas impidan al responsable del tratamiento revelar a los afectados el tratamiento de los datos a los que se refiera el acceso* (artículo 30 del Reglamento de desarrollo).

sabemos si responde muy bien a la exigencia que el artículo 12 de la Directiva 95/46/CE hace a los Estados miembros de garantizar a todos los interesados el derecho de acceso *libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable (...)*⁸⁹. Para suavizar la previsión contenida en la norma en comentario, la misma establece la posibilidad de ejercitar el derecho de acceso antes de dicho intervalo de doce meses, pero para ello el afectado ha de acreditar –por tanto, no basta con alegar, habrá que probarlo de alguna forma- *un interés legítimo al efecto*. La excepción está diseñada en términos tan amplios que se corre el riesgo de convertirla en regla general dado el amplio concepto de interés legítimo establecido por el Tribunal Constitucional y el Supremo. *Por otra parte, es difícil concebir el propio derecho de acceso sin que responda a un interés legítimo*, (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág.196)

D) DERECHOS DE RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN (artículo 16 LOPD y artículos 31 a 33 del Reglamento de desarrollo)⁹⁰: Estos derechos, que consideramos de forma separada por la propia significación de los términos⁹¹ y para cuyo ejercicio tampoco se puede exigir contraprestación alguna (artículo 17.2 LOPD), aparecen regulados de forma unitaria en la LOPD, siendo común a ambos tanto el obligado por su ejercicio, el objeto, esto es, los datos que pueden ser rectificadas o cancelados, como el plazo para hacer efectiva la rectificación o la cancelación.

Comenzando por lo que aparece con mayor claridad en la norma, reproduciendo casi literalmente lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, el objeto de la rectificación, o de la cancelación, serán aquellos datos personales cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD, particularmente cuando los mismos resulten *inexactos o incompletos*⁹². Será el responsable del tratamiento el obligado a rectificar, o cancelar, los datos que se encuentren en las circunstancias apuntadas, pero no sólo él, sino también el/los tercero/s a quien se hayan comunicado los datos posteriormente rectificadas o cancelados, para lo cual el responsable del tratamiento habrá de notificar a aquél, en un plazo de diez días (hábiles), la rectificación, o la cancelación, a la que se ha procedido⁹³, y si dicho tercero/s mantiene el tratamiento de los datos comunicados deberá proceder, también en el plazo de diez días (hábiles) a contar desde la recepción de la notificación⁹⁴, dice la LOPD, *a la cancelación* –olvidando cualquier mención a la obligación del tercero de, en su caso, proceder a la rectificación, lo que ha sido solventado por los artículos 8.5 y 32 del Reglamento de desarrollo, que sí hace mención expresa de la rectificación-. No será preciso que se comunique al interesado la cancelación o rectificación llevada a cabo por el cesionario.

⁸⁹ *El sentido de la norma (...) responde tanto a la seriedad con la que se configura el derecho de acceso, cuanto a la necesidad de evitar que el responsable del fichero se vea acosado por reiteración de peticiones superficiales, caprichosas o no debidamente justificadas* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 196)

⁹⁰ La LOPD los regula como un único derecho a la rectificación y a la cancelación. En la Directiva aparece como obligación de los Estados miembros la garantía a los interesados de *la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos(...)*.

⁹¹ De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *rectificar* es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho; y *cancelar* es borrar de la memoria, abolir, derogar.

⁹² Más clarificador resulta el artículo 31 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, al referir los datos *inexactos o incompletos* al ejercicio del derecho de rectificación, y los que son *inadecuados o excesivos* al del derecho de cancelación.

⁹³ Arts. 8.5 y 32 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

⁹⁴ *Ibidem*.

La fijación en el Reglamento de desarrollo de la LOPD de un procedimiento para el ejercicio de los derechos que nos ocupan otorga sentido a lo dispuesto en el artículo 16.1 LOPD, esto es, el obligado (*el responsable del tratamiento*) deberá *hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días*. El establecimiento de este plazo quedaba vacío de sentido al no precisarse el momento a partir del cual debíamos empezar a computarlo y cómo debíamos hacerlo; cuestión que ha sido resuelta, al fin, en el artículo 32.2 del citado Reglamento: El responsable del fichero, incluso en el caso de que no disponga de datos personales del afectado, resolverá sobre la solicitud de rectificación o cancelación en el plazo máximo de diez días (hábiles) a contar desde la recepción de la solicitud⁹⁵. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 LOPD.

Finalmente, la LOPD (artículo 16.3) prevé las consecuencias de la cancelación de los datos personales, que no de la rectificación (quizá porque se entiende que son obvias; de derecho del afectado a que se modifiquen los datos habla el artículo 31 del Reglamento), consistentes en el bloqueo de los mismos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales a fin de depurar las correspondientes responsabilidades derivadas de un inadecuado tratamiento de los datos. Una vez hecho esto, o transcurrido el plazo de prescripción de la infracción sin que nada haya ocurrido, se procederá a la supresión de los datos inicialmente cancelados. Por tanto, la cancelación no implica una inmediata supresión de los datos, sino su bloqueo temporal para, una vez transcurridos los mentados plazos, proceder a la eliminación física y definitiva de los mismos.

Hemos de atender al enunciado del apartado 5 del artículo 16 LOPD, que dispone que *los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables* (normas mercantiles, fiscales, laborales, etc., que impongan la conservación de ciertos datos durante determinados plazos de tiempo) *o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado*⁹⁶. Este deber de conservación de los datos personales funciona como límite al derecho de cancelación de los mismos. Atendiendo a lo preceptuado en este artículo, pueden darse dos situaciones: 1) El interesado ejercita el derecho de cancelación de sus datos personales y, al tiempo, el responsable tiene el deber de conservar los mismos durante un determinado plazo porque así se lo imponen normas que le son de aplicación o la propia relación contractual con el interesado. Dadas estas circunstancias, se procederá al bloqueo de los datos, no a su eliminación (se conservan bloqueados), a fin de poder satisfacer los intereses y poder cumplir las obligaciones del afectado y del responsable del fichero, respectivamente; 2) El interesado ejercita el derecho de cancelación de sus datos personales y el responsable del fichero no está vinculado por obligación alguna de conservación de los mismos. Dadas estas

⁹⁵ El Informe Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos número 534/2003 resolvió esta cuestión (antes de la promulgación del Reglamento de desarrollo) por remisión a las normas civiles para el caso de que se tratase de un fichero de titularidad privada entendiéndose los días como naturales, y como hábiles en el supuesto de que el fichero fuera de titularidad pública por remisión a las normas administrativas.

⁹⁶ Idéntica previsión en el artículo 33.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que añade en su apartado 2: *Podrá también denegarse los derechos de rectificación o cancelación en los supuestos en que así lo prevea una ley o una norma de derecho comunitario de aplicación directa o cuando éstas impidan al responsable del tratamiento revelar a los afectados el tratamiento de los datos a los que se refiera el acceso* –entendemos a los que se refiera la rectificación o la cancelación–.

circunstancias, se procederá también a la conservación con bloqueo temporal de los datos, pero en esta ocasión a los efectos establecidos en el ya visto apartado 3 del artículo 16⁹⁷.

E) TUTELA DE LOS DERECHOS (artículo 18 LOPD): Encontramos en este precepto una “curiosa” diversificación de tratamiento jurídico. El apartado primero se refiere, con carácter general, a *las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley*, que pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia Española de Protección de Datos siguiendo el procedimiento fijado en los artículos 117 a 119 del Real Decreto 1720/2007 (hasta ahora se aplicaba supletoriamente el desarrollo reglamentario contenido en el artículo 17 del Real Decreto 1332/1994, ya derogado). En cambio, el apartado segundo parece pretender regular, específicamente y de modo algo diverso al anterior, un supuesto más concreto, el del *interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación*⁹⁸, que, en definitiva, al ser una actuación contraria a lo estipulado en la LOPD, podría, en principio, encuadrarse en el apartado primero. En esta segunda hipótesis se ofrece al afectado la posibilidad de poner el hecho en conocimiento de la Agencia o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, *que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación*⁹⁹.

Tanto para un caso como para el otro, el artículo 18 LOPD se limita a fijar en seis meses el plazo máximo para dictar la resolución expresa de tutela de derechos -a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la reclamación del afectado/s¹⁰⁰- y a señalar que contra las resoluciones de la Agencia procederá el recurso contencioso-administrativo en tanto las mismas agotan la vía administrativa¹⁰¹.

F) DERECHO A INDEMNIZACIÓN (artículo 19 LOPD): Tanto el responsable como el encargado del tratamiento, si, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD, causan un daño a los interesados, bien sea en sus bienes o en sus derechos, habrán de indemnizar el daño o lesión producida. Entendemos que nos encontramos ante una responsabilidad legal por incumplimiento de las prescripciones contenidas en la LOPD, en la que no parece exigirse, al menos explícitamente, una negligencia por parte del responsable o encargado, sino que basta con que el afectado haya sufrido un

⁹⁷ Por su parte, el artículo 22.4 LOPD dispone que *los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento*.

⁹⁸ Vid. artículo 23 LOPD acerca de las excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación vinculadas a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y atendiendo a los peligros que, del ejercicio de tales derechos, puedan derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén llevando a cabo. Estas excepciones guardan relación también con los ficheros de la Hacienda Pública en la medida que se trate de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, *en todo caso* (se denegará el ejercicio de estos derechos), *cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras*. Obviamente, ante la denegación del posible ejercicio de sus derechos, el interesado podrá actuar (artículo 23.3).

⁹⁹ Si la AEPD o el Organismo autonómico concluyen que la denegación es improcedente deberán adoptar las medidas correspondientes para que los derechos del afectado queden debidamente restaurados. Si el comportamiento del responsable es constitutivo de infracción, aquéllos han de abrir de oficio expediente sancionador, sin perjuicio de que el interesado lo solicite o lo haya solicitado ya.

¹⁰⁰ Vid. artículo 118 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que añade: “*Si en dicho plazo no se hubiese dictado y notificado resolución expresa, el afectado podrá considerar estimada su reclamación por silencio administrativo positivo*”.

¹⁰¹ Vid. artículo 48.2 y 3 LOPD.

daño o lesión en sus bienes o derechos. Tampoco ha querido establecer la Ley ni máximos ni mínimos por lo que se refiere al alcance económico de la reparación¹⁰².

V. FICHEROS DE TITULARIDAD PÚBLICA Y DE TITULARIDAD PRIVADA

.- **FICHEROS DE TITULARIDAD PÚBLICA** (artículos 20 a 24 LOPD y artículos 52 a 64 del Reglamento de desarrollo): No entendemos procedente extendernos en exceso sobre estos ficheros de las Administraciones Públicas, ya que referencias a los mismos se han hecho en otros apartados del presente trabajo. Únicamente señalar que, a tenor de lo que dispone el artículo 20 LOPD, su creación, modificación¹⁰³ o supresión¹⁰⁴ *sólo podrán hacerse por medio de disposición general –o acuerdo, añade el artículo 52.1 del Reglamento- publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente*¹⁰⁵.

Los datos personales recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas *no serán comunicados* a otras Administraciones Públicas -tanto si son diferentes, esto es, por ejemplo, de la Estatal a la Autonómica, o de ésta a la Local, como si se trata de cesiones entre órganos de la misma Administración- *para el ejercicio de competencias diferentes*

¹⁰² Podemos decir, con carácter general, que la jurisprudencia menor ha reconocido indemnizaciones, elevadas en algunos casos, llegando a incluir en ellas los resarcimientos por daño moral; quizá ello sea debido a que se han aplicado los criterios de responsabilidad de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (artículo 9). Veamos un ejemplo que pueda servirnos para clarificar esta cuestión: la SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2006 (TOL1.081.317). Muy sintéticamente los hechos debatidos son los siguientes: La Sra. Mari José presentó demanda en la que exponía que suscribió un contrato de enseñanza a distancia vinculado con otro de préstamo de la entidad Financia. Desistió del primer contrato antes de su inicio, lo que fue aceptado por la academia, pese a lo cual no quedó sin efecto el contrato vinculado y se le reclamó la deuda judicialmente. Aun obteniendo sentencia a su favor, la entidad financiera cedió los datos de carácter personal a un registro sobre solvencia patrimonial y crédito, Equifax, también demandado. La demandante solicita que se declare la vulneración del derecho al honor (y otros) y que se le han causado daños morales –vemos aquí lo que ha sido apuntado con anterioridad, la vinculación que se establece, a la hora de reclamar daños y perjuicios, entre la Ley 1/1982 y la Ley 15/1999-. En este sentido, la AP afirma que: (...) *el artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (...) no está amparando sólo el ejercicio de acciones de responsabilidad civil ordinaria (artículo 1902 C.c., por ejemplo), sino que está concretando un especial ámbito de protección de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad..* La decisión adoptada por la AP de Barcelona en la línea de la vinculación apuntada entre ambas LO es, fundamentalmente, que (...) *es claro que la inclusión de datos en un registro de morosidad, al que tienen acceso varias empresas que pueden considerar a la persona registrada como mal pagadora, incumplidora de sus obligaciones contractuales y peligrosa para la concesión de crédito comercial, sin que ello sea cierto, supone una intromisión ilegítima en su honor (...). No es preciso constatar un daño patrimonial (la pérdida, por ejemplo, de una oportunidad de contratación) sino que es suficiente con la afectación moral.* Como conclusión final cabe señalar que la jurisprudencia menor ha admitido con claridad la posibilidad de considerar infringido el derecho al honor y a la intimidad personal por la inclusión de datos erróneos en registros de morosos y ha concedido indemnizaciones por la divulgación de esos datos (SSAP Cádiz, de 21 enero 1998, RA 196; Madrid, de 12 julio 2000, RA 1447; Madrid, 13 febrero de 2003, RA 209160; Barcelona, 17 enero 2003, RA 134389; Madrid, 14 de enero de 2003, RA 127734; Barcelona, de 19 abril 2004, RA 151832; y Salamanca, de 11 noviembre de 2005, RA 28815).

¹⁰³ Vid. en el artículo 20.2 LOPD lo que deben indicar las disposiciones de creación o de modificación de ficheros.

¹⁰⁴ De acuerdo con el apartado 3 del artículo 20 LOPD: *En las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros se establecerá el destino de los mismos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.*

¹⁰⁵ Ya la STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (EDJ 1993/7394), señaló que *toda la información que las Administraciones públicas recogen y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley, (...), pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE.*

o de competencias que versen sobre materias distintas; por tanto, parece, en una interpretación a sensu contrario de la norma, que si las competencias son las mismas, o son iguales las materias sobre las que versan aquéllas, podría ser posible dicha comunicación de datos entre Administraciones Públicas (...pero ello, lógicamente, sólo puede entenderse, con naturalidad, en la órbita de una misma Administración, VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, pág. 238)¹⁰⁶.

Lo anterior será así, *salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos;* comunicación de datos entre Administraciones que no sólo es posible, sino que, además, no precisa del consentimiento del afectado (artículo 21.4 LOPD). Esta excepción a la necesidad de consentimiento no hace sino reiterar lo ya dispuesto, con ese mismo carácter excepcional, en el artículo 11.2 e) LOPD.

.- FICHEROS DE TITULARIDAD PRIVADA (artículos 25 a 32 LOPD y artículos 55 a 64 del Reglamento de desarrollo): Nos vamos a centrar en el análisis de los requisitos para su creación y en el estudio breve de algunos supuestos particulares de ficheros privados. El legislador se ha inclinado por *la regulación de un sistema abierto y permisivo en la creación de ficheros privados, siempre que responda a una finalidad legítima de su titular, con respeto a los principios y derechos establecidos en la LOPD* (COLLADO GARCÍA-LAJARA, 2000, pág. 65).

- A) Requisitos para la creación de ficheros de titularidad privada. Básicamente son cuatro los presupuestos para la legalidad del tratamiento de los datos personales:
1. La creación del fichero ha de ser *necesaria* –no conveniente, ni apropiada, ni beneficiosa– para la actividad u objeto *legítimos* de la persona, empresa o entidad titular de aquél.
 2. Notificación previa a la Agencia Española de Protección de Datos de la intención de proceder a la creación del fichero¹⁰⁷.
 3. Inscripción del fichero en el Registro General de Protección de Datos, sólo si la notificación se ajusta a los requisitos exigibles. A estos efectos, y como no podía ser de otro modo, sólo se comunican a la AEPD las características generales de

¹⁰⁶ La STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (TOL 2772), declaró la inconstitucionalidad del inciso "*cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación de fichero o por disposición de superior rango que regule su uso*" del artículo 21.1 LOPD al entender que, el permitir que una norma de rango inferior a la Ley autorice la cesión de datos entre Administraciones sin previo consentimiento del afectado, supone una restricción que sólo podría establecer una Ley, contrariando la reserva legal establecida por el artículo 53.1 CE.

¹⁰⁷ También deberán comunicarse a la Agencia los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado (¿y en el no automatizado?), en su responsable y en la dirección de su ubicación (artículo 26.3 LOPD). El artículo 19.2 de la Directiva 95/46 establece que se notificará a la autoridad de control las modificaciones que afecten a la información que, en su día, debió figurar en la notificación. Esta ha sido la línea seguida por el artículo 58.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD: *La inscripción del fichero deberá encontrarse actualizada en todo momento. Cualquier modificación que afecte al contenido de la inscripción de un fichero deberá ser previamente notificada (...), a fin de proceder a su inscripción en el registro correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.* Resulta de interés destacar lo dispuesto por el artículo 57 del Reglamento de desarrollo de la LOPD en el sentido de que *cuando se tenga previsto crear un fichero del que resulten responsables varias personas o entidades simultáneamente, cada una de ellas deberá notificar, a fin de proceder a su inscripción (...), la creación del correspondiente fichero.*

aquél (finalidad, responsable, sistema de tratamiento empleado en su organización, etc.), y nunca los concretos datos personales de los afectados¹⁰⁸.

4. El titular ha de respetar las garantías que la LOPD establece para la protección de las personas –innecesario por obvio-.

B) Supuestos particulares de ficheros de titularidad privada:

1. **Fuentes de acceso público.** Su definición aparece en el artículo 3.j) LOPD como *ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona (lógicamente), no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.* Más importante resulta qué fuentes pueden tener, conforme a la Ley, la consideración de tales, estableciéndose que *exclusivamente* lo son: a) El Censo Promocional¹⁰⁹; b) Los repertorios telefónicos -el Reglamento de desarrollo de la Ley matiza este elemento en el apartado b) de su artículo 7 dedicado a las fuentes accesibles al público al hablar de *las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica-*; c) Las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales; d) Los Diarios y Boletines Oficiales; e) Los medios de comunicación¹¹⁰.

El artículo 28 LOPD se centra en las letras a) y c), en concreto en los datos personales que pueden figurar en estos ficheros, que deberán limitarse a los *estrictamente necesarios* para cumplir la finalidad propia del listado. El artículo 3.j) LOPD, y por lo que se refiere a las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales, dispone que han de contener *únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.* A ellos el Reglamento de desarrollo ha venido a añadir, en su artículo 7.c), algunos nuevos en el sentido de que *la dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional.* Parece entonces que sólo con este exclusivo contenido tendrán estas listas la consideración de fuentes accesibles al público, para cuyo tratamiento, en principio, no será preciso el consentimiento del afectado (artículo 6.2 LOPD). Ahora bien, *la inclusión de datos adicionales por las entidades responsables,* y atendiendo a lo establecido en los artículos 3.j) LOPD y 7.c) del Reglamento, podría explicar perfectamente la necesidad del consentimiento del interesado para su tratamiento (ya no serían fuentes de acceso público tal y como se definen en los artículos de referencia); consentimiento que, además, podrá ser revocado en cualquier momento sin necesidad de acreditar justa causa¹¹¹.

Frente a estas fuentes de acceso público, el artículo 28 LOPD establece una serie de derechos de los que son titulares los interesados y que pasamos a enumerar muy brevemente: a) Derecho a que la entidad responsable *indique gratuitamente* que los datos personales de los afectados *no pueden utilizarse para fines de publicidad o*

¹⁰⁸ Vid. el artículo 60 del Reglamento acerca del contenido de la inscripción.

¹⁰⁹ Vid. la DT 2.ª LOPD.

¹¹⁰ De acuerdo con el artículo 28.3 LOPD: *Las fuentes de acceso público que se editen en forma de libro o algún otro soporte físico, perderán el carácter de fuente accesible con la nueva edición que se publique./En el caso de que se obtenga telemáticamente una copia de la lista en formato electrónico, ésta perderá el carácter de fuente de acceso público en el plazo de un año, contado desde el momento de su obtención.*

¹¹¹ Vid., de nuevo, arts. 34 y 35 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

prospección comercial. La LOPD refiere este derecho únicamente en relación con los responsables del mantenimiento de los listados de los Colegios Profesionales, cuyos integrantes no verán excluidos sus datos de la lista, sino que el Colegio tendrá la obligación de indicar simplemente que tales datos no pueden utilizarse para fines publicitarios; b) Derecho a exigir *gratuitamente* a las entidades encargadas del mantenimiento *la exclusión de la totalidad* de sus datos personales. La LOPD se refiere en concreto a los datos que consten en el Censo Promocional; c) Derecho a solicitar la exclusión de la información innecesaria.

2. Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito¹¹². La primera cuestión que nos interesa abordar es de qué forma pueden ser obtenidos los datos personales que van a ser objeto de tratamiento por estos prestadores de servicios. Básicamente son tres los supuestos a considerar¹¹³: 1) Datos personales *obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto*; 2) Datos personales *procedentes de informaciones facilitadas bien por el interesado, o bien con su consentimiento*; 3) Datos personales que se limiten al *cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias* (sólo de este tipo de obligaciones) y que han de ser suministrados bien por el *acreedor*, o bien por la persona que *actúe por su cuenta o interés*, quienes serán responsables de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubieran facilitado para incluir en el fichero -más particularizada es la regulación que la LOPD dedica a este tratamiento de datos, como también lo es en el Reglamento de desarrollo, que destina a la misma los artículos 38 a 44-.

La particularidad de este último caso, aparte de lo ya visto, reside en que a los interesados respecto de los que hayan registrado datos se les debe notificar, a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, por el responsable del fichero común y en el plazo de treinta días desde el registro, este hecho y una referencia a los datos personales que hubiesen sido incluidos, así como se les debe informar, por aquél y en idéntico plazo, de la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición -este último ha sido añadido por el artículo 40.1 del Reglamento de desarrollo-¹¹⁴.

¹¹² Vid. artículo 37 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, en particular su apartado 2, que establece ciertos criterios para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de los ficheros a los que nos referimos en el texto. Vid., asimismo, el artículo 44 del citado Reglamento, que concreta algunas reglas relativas al ejercicio del derecho de acceso (apartado 2), rectificación y cancelación (apartado 3) por parte del interesado en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 LOPD -relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias-.

¹¹³ En cualquiera de los tres supuestos, si el interesado lo solicita, *el responsable del tratamiento comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos*. Se ha planteado la cuestión de si la solicitud del interesado a la que hace referencia el presente artículo estará sujeta al límite temporal de los doce meses que, para el derecho de acceso, establece, con carácter general, el artículo 15.3. En este sentido, se ha entendido que *el artículo 29.3 no contempla excepción alguna a la limitación temporal que el artículo 15.3 impone al ejercicio del derecho* (ALONSO MARTÍNEZ, 1996). Estimamos más acertada la opinión doctrinal que aboga por una interpretación literal del artículo 29.3 (“*cuando el interesado lo solicite*”), que *conduce a pensar que en este caso no se aplica la limitación temporal del artículo 15.3* (VIZCAÍNO CALDERÓN, 2001, págs. 318- 319).

¹¹⁴ *Se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores* (artículo 40.2 del Reglamento de desarrollo). Además, es necesario, en todo caso, que el responsable del fichero pueda saber si la notificación ha sido devuelta por cualquier causa, entre las que no se considerará la simple negativa del destinatario a recibir el envío.

A lo anterior se suma, en un afán garantista de la protección de datos y haciendo hincapié, una vez más, en la importancia que tiene para el interesado el estar adecuada y suficientemente informado de sus derechos, la previsión del artículo 39 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que impone una información previa a la inclusión, que viene a completar a la notificación *a posteriori*, a la que ya se ha hecho cumplida referencia. Así, dice el citado precepto, que *el acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento (previo), que, en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos (en el artículo 38 del Reglamento), los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.*

Por lo que se refiere a las características de los datos personales que se *podrán registrar y ceder* –sólo los que reúnan aquéllas- no están, salvo una de ellas, lejos de lo que se exige, con carácter general, en la LOPD: 1) *Sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados* (recuerda al artículo 4.1 LOPD)¹¹⁵; 2) Cuando sean adversos para el interesado, no pueden referirse a más de seis años. Ha sido el Reglamento de desarrollo de la LOPD el que, frente al silencio de la Ley al respecto, ha aclarado el *dies a quo* del referido plazo, que se contará *desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación* (entendemos que una y otra frase indican lo mismo) *o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico*; 3) Respondan con *veracidad* a la situación actual de los afectados (recuerda al artículo 4.3 LOPD). En este sentido, *el pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma./En los restantes supuestos, los datos deberán ser cancelados cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.* Esto último supone establecer un “saludable” término de duración a estos ficheros.

El artículo 38 del Reglamento de desarrollo, por lo que se refiere a los requisitos para la inclusión de los datos¹¹⁶, añade, por un lado, uno que podría considerarse, hasta cierto punto, obvio, como es la *existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada*; mientras, por otro, exige tres requisitos, que estimamos limitan (y, en este sentido, resultan protectores de la “libertad informática” de los ciudadanos) los datos que pueden ser integrados en estos ficheros. Así: 1) Ha de tratarse de una deuda, *respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o, tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una*

En el supuesto de devolución de la notificación no se podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado (artículo 40.4).

¹¹⁵ De hecho, estos datos sólo podrán ser consultados por terceros cuando necesiten valorar la solvencia económica del afectado. El artículo 42 del Reglamento de desarrollo de la LOPD ha fijado tres supuestos en los que se presume que concurre esta circunstancia: 1) Que el afectado y el tercero mantengan algún tipo de relación contractual no vencida aún; 2) Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique un pago aplazado del precio, 3) Que el afectado quiera contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica. Los dos últimos casos van inexcusablemente acompañados por la obligación de informar al afectado por parte del tercero de su derecho a consultar el fichero.

¹¹⁶ El artículo 38.3 del Reglamento impone al acreedor, o a quien actúe por su cuenta o interés, otra obligación, la de conservar, a disposición del responsable del fichero común y de la AEPD, la documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos por el propio artículo.

reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero); 2) Necesidad de que se haya llevado a cabo, en relación con la deuda a incluir en el fichero, un **requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación**; 3) Imposibilidad de incluir en los ficheros de esta naturaleza **datos personales sobre los que exista un principio de prueba que, de forma indiciaria, contradiga alguno de los requisitos** (exigidos por el artículo 38 del Reglamento)¹¹⁷.

3. Tratamiento con fines de publicidad y de prospección comercial¹¹⁸. Quienes se dediquen a estas actividades (recopilación de direcciones, reparto de documentos, venta a distancia...), los datos que pueden utilizar son los nombres y direcciones u otros datos personales, bien cuando figuren en alguna de las fuentes accesibles al público¹¹⁹ y el interesado no haya manifestado su negativa a que sus datos sean tratados con esta finalidad¹²⁰ –este segundo requisito ha sido añadido por el artículo 45.1.a. del Reglamento de desarrollo de la LOPD y no podemos estar más de acuerdo con su exigencia, que representa una garantía más para la adecuada protección de los datos personales de los ciudadanos-, o bien cuando hayan sido facilitados por el interesado u obtenidos con su consentimiento, eso sí, prestado previa información sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los cuales podrá recibir información o publicidad¹²¹.

En cualquier caso, los interesados podrán oponerse al tratamiento de sus datos con esta finalidad (por ejemplo, no desean recibir más publicidad), sin necesidad de alegar motivos fundados o legítimos. Para ello, bastará su petición, sin gastos, por el cauce de una simple solicitud. La consecuencia será la cancelación de las informaciones que sobre ellos figuren en el tratamiento de datos en cuestión, en el que serán dados de baja¹²².

VI. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

¹¹⁷ Tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero (artículo 38.2, segundo inciso, del Reglamento de desarrollo).

¹¹⁸ Vid. arts. 45 a 51 del Reglamento de desarrollo de la LOPD. Vid. en el artículo 46 el caso particular del tratamiento de datos en campañas publicitarias.

¹¹⁹ Al respecto, el artículo 31.1 LOPD establece que quienes *pretendan realizar, permanente o esporádicamente*, las actividades referidas en el artículo anterior y mencionadas en el texto del trabajo *podrán solicitar del Instituto Nacional de Estadística, o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral* (los interesados podrán solicitar no aparecer en el censo promocional, artículo 31.3 LOPD). Ahora bien, no debemos olvidar que el uso de cada lista de censo promocional tiene una vigencia de un año, transcurrido el cual *la lista perderá su carácter de fuente de acceso público* con todas las consecuencias legales que ello supone a tenor de la LOPD. Por otra parte, cada tres meses se editará una lista actualizada del censo promocional (con las exclusiones de los datos de quienes así lo hayan solicitado).

¹²⁰ Vid. artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD relativo a la posibilidad de creación de ficheros comunes, generales o sectoriales, en los que tratar los datos personales que sean necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que han manifestado su negativa a recibir publicidad.

¹²¹ Artículo 45.2.b. del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

¹²² Vid., sobre este derecho de oposición, el artículo 51 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Muy brevemente, queremos hacer referencia a lo que es y para qué sirve, en términos muy genéricos, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) regulada en el Título VI de la LOPD (artículos 35 a 42)¹²³.

La AEPD es un Ente de Derecho público con personalidad jurídica propia y, lo que es más importante, que *actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones*, rigiéndose por la LOPD, Reglamento de desarrollo y por su propio Estatuto. La AEPD está dirigida y representada por quien en la Ley se denomina simplemente *el Director*¹²⁴, quien, siguiendo el espíritu que impregna a la propia AEPD como entidad, actuará *con plena independencia y objetividad*, no estando sujeto a instrucción alguna en el desempeño de sus funciones. El Director de la AEPD será nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto por un periodo de cuatro años, pero su nombramiento sólo puede recaer en alguno de los miembros que integran el Consejo Consultivo. Este Consejo, como su propio nombre indica, es el órgano encargado de asesorar al Director de la AEPD y sus integrantes pasan por ser una representación de los distintos poderes públicos y sociales –desde el poder legislativo, las distintas Administraciones Públicas, hasta los usuarios y consumidores, etc.¹²⁵-. Finalmente, el Registro General de Protección de Datos es un órgano integrado en la AEPD y en él serán objeto de inscripción, entre otros, los ficheros de titularidad pública, los de titularidad privada, los datos relativos a éstos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición, y los códigos tipo¹²⁶ (o códigos deontológicos o de buena práctica profesional), salvo, en este último caso, que el Registro deniegue la inscripción porque considere que el código tipo no se ajusta a las disposiciones vigentes sobre la materia (artículo 32.3 LOPD)¹²⁷.

Por lo que se refiere a las funciones de la AEPD, éstas son múltiples y no es el caso enumerarlas aquí¹²⁸. Apuntar simplemente que, como es lógico, le compete *velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación* así como *velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal*¹²⁹. Interesa destacar que es a la propia Agencia a quien compete ejercer *la potestad sancionadora* en los términos que fija la LOPD en su Título VII (artículos 43 a 49)¹³⁰ rubricado como infracciones y sanciones¹³¹. Son los responsables de los

¹²³ Vid. artículo 41 LOPD sobre los órganos correspondientes de las CCAA. Precisamente, la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (TOL 2772), entendió que la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos los españoles en su disfrute es la que en el presente caso justifica que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos pueda ejercer las funciones y potestades legalmente atribuidas respecto a los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada radicados en Cataluña. Acerca de los procedimientos tramitados por la AEPD, vid. arts. 115 a 158 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

¹²⁴ Vid. artículo 36 LOPD.

¹²⁵ Vid., acerca de la composición del Consejo Consultivo, el artículo 38 LOPD.

¹²⁶ Vid. artículo 32 LOPD y arts. 71 a 78 del Reglamento de desarrollo.

¹²⁷ Ahora bien, la LOPD (artículo 39.3) dejó a un posterior desarrollo reglamentario cuanto se refería a la inscripción en el Registro. Esta previsión se ha materializado en los arts. 130 a 136 del Real Decreto 1720/2007. Transitoriamente, hasta la promulgación de este Reglamento de desarrollo, se aplicaron los arts. 5 a 10 del RD 1332/1994, ya derogado.

¹²⁸ Vid. al respecto artículo 37 LOPD.

¹²⁹ (...), *a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.*

¹³⁰ Ahora bien, todo lo que se refiere al procedimiento sancionador ha de buscarse en los arts. 120 a 129 del Reglamento de desarrollo de la LOPD. Vid. también Disposición Final Única del Reglamento.

ficheros¹³² y los encargados de los tratamientos quienes pueden incurrir en las infracciones que la propia LOPD especifica y califica previamente como leves¹³³, graves¹³⁴, o muy graves¹³⁵, oscilando las sanciones entre 100.000 y 100 millones de pesetas (artículo 45)¹³⁶ –la norma no está actualizada a la moneda de uso corriente en nuestro país-, siendo bastante breves los plazos de prescripción: un año, dos o tres dependiendo de su gravedad (de menor a mayor) contados, además, *desde el día en que la infracción se hubiera cometido*, no desde que se tuviera conocimiento de ella.

.- BIBLIOGRAFÍA ORIENTATIVA:

.- ALONSO MARTÍNEZ, C.: “*Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito*”, en Actualidad Informática Aranzadi, núm. 18, julio, 1996, Págs. 1 y ss.

.- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática, Navarra: Aranzadi, 1999.

.-ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: Derechos fundamentales y protección de datos genéticos, Madrid: Dykinson, 2007.

.- ALMUZARA ALMAIDA, C. (et al.): Estudio práctico sobre protección de datos de carácter personal, Barcelona: Lex Nova, 2007.

.- APARICIO SALOM, J.: Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Navarra: Aranzadi, 2002.

.- CALVO ROJAS, E.: “*El principio del consentimiento en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal*”, en Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm.2, 2005.

.- COLLADO GARCÍA-LAJARA, E.: Protección de datos de carácter personal. Legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia, Granada: Comares, 2000.

¹³¹ Señalar que las denominadas *autoridades de control* (funcionarios de la AEPD que ejercen la inspección) tienen una importante *potestad de inspección*, presupuesto necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora, tanto de los ficheros como de los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo, incluso, a los locales donde se hallen instalados.

¹³² Cuando las infracciones son cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el artículo 46 LOPD prevé ciertas particularidades al respecto.

¹³³ Vid. artículo 44.2 LOPD.

¹³⁴ Vid. artículo 44.3 LOPD.

¹³⁵ Vid. artículo 44.4 LOPD.

¹³⁶ La cuantía de las sanciones no es progresiva de conformidad con la capacidad económica del sancionado; defecto éste denunciado tanto por la doctrina científica como por fuentes de la propia AEPD. No creemos que dicha capacidad económica sea encuadrable dentro de la referencia que el apartado 4 del artículo 45 LOPD hace, a la hora de graduar la cuantía de las sanciones, a “*cualquier otra circunstancia que sea relevante...*”, puesto que la Ley deja claro que lo sea “*para determinar el grado de antijuricidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora*”; determinación a la que nada aporta la capacidad económica del sancionado. El mercado asegurador oferta *el seguro de protección de datos* que, entre otros muchos riesgos (reclamaciones por responsabilidad civil derivada de un mal uso de los datos personales de los terceros perjudicados, etc.), cubre las sanciones impuestas por la AEPD.

.- FREIXAS GUTIÉRREZ, G.: La protección de los datos de carácter personal en el Derecho español: aspectos teóricos y prácticos, Barcelona: Bosch, 2001.

.-FREIXES SANJUÁN, J.: “*Obtención y utilización de datos personales automatizados*”, en Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos, Agencia de Protección de Datos, 1996.

.- GARCÍA ONTOSO, R.M.: “*Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999*”, en Encuentros sobre Informática y Derecho: 1999-2000 (Ponencias presentadas al XIII Encuentro de Informática y Derecho, desarrollado en el Instituto de Informática Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid), M.A. Davara Rodríguez (Coord.), Pamplona: Aranzadi, 2000.

.- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.:

- La protección de los datos personales en el Derecho español, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1999.

- “*La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales*”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm.34, 2000.

-Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, Madrid: Dykinson, 2004.

.- GÓMEZ MARTÍNEZ, C.(Director): Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

.- GRIMALT SERVERA, P.: La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de los datos personales, Granada: Comares, 1999.

.- GUICHOT, E.: Datos personales y Administración pública, Madrid: Thomson Civitas, 2005.

.- HEREDERO HIGUERAS, M.: La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal (Comentario a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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), Pamplona: Aranzadi, 1997.

.- JAÑEZ RAMOS, F.M. (et al.): La protección de datos personales en el ámbito sanitario, Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

.- LOSANO, M.G., PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO MATEUS, M.F.: Libertad informática y leyes de protección de datos personales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

.- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.:

-El derecho a la autodeterminación informativa: La protección de los datos personales frente al uso de la informática, Madrid: Tecnos, 1990.

-Informática y protección de datos personales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- .- ORTÍ VALLEJO, A.: Derecho a la intimidad e informática, Granada: Comares, 1994.
- .- PÉREZ LUÑO, A.E.: “Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales”, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm.1, 1993.
- .- RUIZ CARRILLO, A.: La protección de los datos de carácter personal, Barcelona: Bosch, 2001.
- .- SÁNCHEZ BRAVO, A.A.:
-La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1998.
-“La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal: diez consideraciones en torno a su contenido”, Revista de Estudios Políticos, núm.111, 2001.
- .- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: “De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm.17, 2002.
- .- VEGA LÓPEZ, J.: “Intimidad del trabajador y tratamiento informatizado de diagnósticos médicos”, en Diario de Jurisprudencia El Derecho, núm. 1.270, 2000.
- .- VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Madrid: Civitas, 2001.