



# EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS. SU CONTENIDO ESENCIAL

**M<sup>a</sup> Mercedes Serrano Pérez**

Profesora Asociada Derecho Constitucional  
Universidad Castilla-La Mancha



Este estudio está dedicado a mis hijos Mercedes y Francisco

## sumario

- 1 ■ INTRODUCCIÓN
- 2 ■ LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS
- 3 ■ EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ART. 18.4 DE LA CE
  - 3.1. La relación con el honor
  - 3.2. La relación con la intimidad en general
- 4 ■ EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 18.4.
  - 4.1. El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial.
- 5 ■ EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL TRATAMIENTO DE DATOS
- 6 ■ EL DERECHO DE ACCESO COMO INICIO DEL MECANISMO DE CONTROL DE LOS DATOS
- 7 ■ EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN
- 8 ■ EL DERECHO DE OPOSICIÓN

## resumen

En consonancia con otros textos constitucionales de nuestro entorno cultural y jurídico, la Constitución de 1978 encomienda al legislador limitar 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 (art. 18.4). Sobre esta base, se ha ido construyendo, jurisprudencial y doctrinalmente, el llamado derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Un derecho, en cualquier caso, sometido a límites jurídicos más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo. El derecho a la autodeterminación informativa no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que debe conciliarse con otros derechos, bienes y valores de relevancia constitucional. Ello implica, en suma, delimitar su contenido esencial y a esta tarea se orienta el presente trabajo.

## 1 ■ INTRODUCCIÓN

Nuestro país ha sido pionero en el reconocimiento a nivel constitucional de la necesidad de limitar la informática para proteger los derechos de los ciudadanos<sup>1</sup>. Es en estos contornos tan generales en los que se reconoce el problema de la informática en la Constitución de 1978, cosa por otra parte lógica en el tiempo de redacción de nuestro Texto. Con los conocimientos de hoy podemos afirmar que queda muy alejado el tenor literal de éste y su significado real. Ya ha sido criticada y comentada la poca concreción del art. 18.4 CE en relación con el objeto de protección de los tratamientos informáticos<sup>2</sup>. Si bien el momento tecnológico del 78 acaba aceptando una redacción confusa y reveladora del desconocimiento del tema, esto no es obstáculo para extraer de ahí, aún a falta de desarrollo legislativo, un contenido claro y preciso del sentido del precepto, en consonancia con los textos sobre la materia ya elaborados y que han sido la pauta interpretativa para nuestro ordenamiento, en concreto para el art. 18.4 CE el Convenio 108 del Consejo de Europa<sup>3</sup>. La aplicación del Convenio en nuestro ordenamiento, dando contenido al artículo citado, inició un camino en el terreno de la protección de datos que ha tenido su última plasmación, hasta el momento, en el texto de la Constitución Europea firmado en Roma el 29 de octubre de 2004<sup>4</sup>.

Entre nosotros el art. 18.4 dice que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Hagamos algunas precisiones al respecto. En primer lugar debe entenderse el verbo limitar no en un sentido literal de restringir las potencialidades de la informática. Esa limitación pudo estar en un principio en la idea de los estudiosos de la materia, pero, además de poder

acarrear perjuicios para las personas, resulta hoy por hoy insostenible en un mundo cada vez más dependiente de la tecnología, esto último, a todos los niveles. Lo pretendido no es, por lo tanto, recortar el dinamismo de la informática y con ello las incuestionables ventajas que aporta a la vida cotidiana, sino de compaginarla de manera equilibrada con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y al resto de derechos fundamentales, tal y como reza el precepto constitucional. Es la regularización del uso de la informática lo que se procura, de forma que no suponga una amenaza para la vida de las personas y para su libertad siendo, al mismo tiempo, el instrumento que permita en la sociedad de la información satisfacer las necesidades de un mundo que trabaja con datos, con informaciones de las personas y que actúa y resuelve sus actividades más primordiales y, a la vez, más básicas en función de lo revelado por ellas. Porque en este terreno nos movemos en el art. 18.4 de la CE, en lo que relaciona en un mismo conjunto los datos personales, su tratamiento y la protección de los titulares de aquéllos y todo ello manteniendo un equilibrio respetuoso. La alusión a la informática y su agresividad para con los derechos de las personas se está refiriendo, en el fondo del asunto, a los tratamientos de datos de carácter personal, es decir, a todas las operaciones a que pueden ser sometidos los datos. No es esta la única amenaza que se imputa a los medios informáticos, pero sí la que la enfrenta al disfrute de los derechos de los ciudadanos, a su libertad y a su dignidad. De los datos se deduce la salud, depende el trabajo, facilita el ocio, en definitiva organizan una forma de vida que no debe sufrir amenazas en su ejercicio, que debe desarrollarse en libertad y gozar de la protección necesaria para ello. Hay que advertir desde este momento que aunque el precepto constitucional alude expresamente a la informática en la actualidad la protección alcanza también a los tratamientos manuales<sup>5</sup>. Si bien esto no deja resquicios a la protección de los individuos no impide señalar que la potencialidad lesiva de los medios informáticos

supera las posibilidades manuales, al menos en tiempo, en rapidez y en alcance, por lo que resulta adecuado que algunos preceptos se dirijan especialmente a los tratamientos informáticos, aunque no los derechos y principios esenciales que son comunes para ambos. La segunda precisión se refiere al objeto de protección del art. 18.4 CE, es decir, al bien jurídico que hay que proteger frente al uso de la informática para mantener el equilibrio mencionado. Ya se ha argumentado sobre el tema abundantemente, lo cual a veces no es razón suficiente para ignorar un comentario al respecto por lo que no nos vamos a privar de hacerlo. El debate se ha centrado, a mi juicio, esencialmente sobre dos aspectos. El primero de ellos referido al núcleo de protección del art. 18.4. El segundo de ellos relativo al término apropiado para denominarlo. La discusión no es baladí ni en un sentido ni en otro. De lo primero dependerá la seguridad de las personas al delimitar exactamente el bien amenazado. De lo segundo su divulgación y su conocimiento, no tanto desde el punto de vista científico como desde el punto de vista común, de comprensión para el ciudadano normal, cuestión que en el tema tratado está resultando de vital importancia para acercar el derecho a la sociedad y potenciar su asentamiento. En definitiva, para conseguir que el derecho y la sociedad no caminen desacompañados y tomemos conciencia de un derecho en el que, por ser ciudadanos de una sociedad tecnológica, estamos implicados<sup>6</sup>.

Todo ello ha de aclararse y valorarse dentro de las coordenadas marcadas por la Constitución, esto es, cualquiera que sea el valor o bien protegido por el art. 18.4 CE se encuentra incluido en la sección de los derechos fundamentales, en concreto en el artículo referente a la intimidad y a su entorno, lo cual, además, ha condicionado parte del debate y será también objeto de análisis por nuestra parte al analizar el contenido esencial del derecho a la protección de datos, denominación que ya adelantamos nos parece la que se ciñe mejor al sentido del precepto.

## 2 ■ LA LEGISLACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS

Ya hemos señalado cómo nuestra Constitución recoge en el art 18.4 la limitación de la informática para garantizar los derechos de los ciudadanos y lo hace enviando un mandato al legislador para elaborar la ley que lo regule. Este último ha dado cumplimiento tardíamente al mandamiento constitucional con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal<sup>7</sup> (LORTAD), derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>8</sup> (LOPD). La primera ley tenía como inspirador más inmediato el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal considerado como el primer texto que proclama los principios y derechos sobre protección de datos que han constituido la referencia para los textos posteriores. La segunda norma respondía a la necesidad de adaptar la normativa española existente a las prescripciones europeas recogidas en la Directiva 95/46 sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de sus Datos Personales y a la Libre Circulación de éstos<sup>9</sup>. La Directiva europea retoma los principios ya proclamados por el Convenio aunque amplía la protección contenida en aquél. Su objetivo es armonizar las legislaciones de los Estados miembros y encontrar un espacio adecuado para la libre circulación de los datos. La regulación europea se completa con la Directiva 97/66 del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de datos y a la protección de la intimidad en las telecomunicaciones, y la Directiva 58/2002 del Consejo, de 12 de julio de 2002 sobre datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>10</sup>.

Los últimos textos sobre protección de datos introducen un matiz importante en el tema. No se trata ahora de incorporar principios y normas que, por otra parte, ya están convenientemente regulados. Se trata

del reconocimiento al más alto nivel que Europa permite del elemento jurídico constitucional que subyace en todos los textos anteriores. En efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000<sup>11</sup>, reconoce en el Art.8 la protección de datos de carácter personal con la siguiente redacción:

- 1 Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen
- 2 Esos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación.
- 3 El respecto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Por último, la Constitución Europea ha incorporado en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión constituyendo un catálogo de derechos semejante a las declaraciones de derechos incluidas en las Constituciones de sus estados miembros. Se trata, como señala el Preámbulo de “derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros”. La Carta de los Derechos Fundamentales carece de eficacia jurídica, pero lo importante es su incorporación a la Constitución Europea. Para nosotros el precepto europeo contiene, en primer lugar una denominación clara del derecho protegido, en segundo lugar referencias a los criterios que han de orientar el cuidado físico de los datos, en tercer lugar consagra, dentro del derecho a la protección de datos, los derechos de acceso y rectificación como parte esencial de aquél y, por último, una alusión a la existencia de autoridades independientes o autoridades de control que asuman el liderazgo en la protección de los datos personales, o lo que es lo mismo, la tutela de los individuos frente a al

informática. Algunas de esas cuestiones forman parte del contenido esencial a la protección de datos, otras no, pero todas en su conjunto constituyen básicamente los aspectos incluidos en las leyes de protección de datos y todos son necesarios para ofrecer una regulación completa y eficaz sobre el tema.

### 3 ■ EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ART. 18.4 DE LA CE

Para la concreción de ese núcleo de protección de la informática y los derechos de los ciudadanos el Convenio 108 del Consejo de Europa ha desempeñado en nuestro ordenamiento un papel esencial. Ya hemos hecho referencia al texto del art. 18.4 CE y queda ahora por desentrañar su verdadero significado partiendo de lo que tenemos y teniendo presente el objetivo perseguido: proteger los datos personales para alcanzar una protección integral del individuo.

#### 3.1 LA RELACIÓN CON EL HONOR

El bien jurídico objeto de protección del art. 18.4 CE, si nos atenemos al tenor literal del mismo es el honor, la intimidad personal y familiar y el conjunto de los derechos de los ciudadanos. Vayamos por partes. En primer lugar la referencia al honor creemos que es la menos significativa cuando se trata de afrontar la amenaza que para los datos supone la informática. Ya lo puso de manifiesto LUCAS MURILLO<sup>12</sup> al señalar la poca relevancia del derecho al honor en esta materia, lo cual no nos lleva a ignorar en absoluto su vulnerabilidad, sino apreciarla en sus justos términos, esto es, al mismo nivel que al resto de los derechos. La más grave amenaza actual que existe para el derecho al honor la constituye la posibilidad de elaborar con un conjunto de datos personales un perfil<sup>13</sup> del individuo, una fotografía moral del mismo que nos revele su personalidad y ofrezca todos los ingredientes para realizar una valoración sobre su

persona. Esta última actividad es fundamental, puesto que la informática ofrece los datos y aporta la información pero no realiza el juicio de valor, acto, este último, que requiere de una intervención humana y una apreciación subjetiva. Esta agresión contra el honor ha sido prevista por el art. 13 de la LOPD donde se reconoce el derecho del ciudadano a impugnar las decisiones que le afecten y que estén basadas solamente en un tratamiento de datos valorativo de aspectos de su personalidad. La decisión administrativa o privada en función de las informaciones aportadas por los datos es, al fin y al cabo, un juicio de valor fundamentado sobre aspectos de la personalidad, es decir, una potencial vulneración del derecho al honor. Con esto queremos señalar que la violación del derecho al honor será una de las posibilidades de agresión provocadas por el tratamiento de la información personal, pero no el núcleo principal de su protección.

#### 3.2 LA RELACIÓN CON LA INTIMIDAD

El precepto constitucional alude también a la intimidad personal y familiar, derecho que parece vertebrar todo el artículo 18. La relación entre los datos, la informática y su protección parece próxima a la salvaguarda de la intimidad, de hecho este derecho ha constituido desde el principio el acomodo constitucional más idóneo para ubicar la tutela del individuo frente a la informática. La conexión se encuentra muy unida a la evolución de la “privacy” anglosajona, figura que ha ido englobando contenidos fundamentales que van desde la dignidad de la persona hasta la protección de los datos, incluyendo un conjunto variado de situaciones jurídicas caracterizadas por representar espacios de reserva de la persona<sup>14</sup>. Sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe una categoría jurídica de dimensiones semejantes a la “privacy”, esto es, tan imprecisa y general que permita la inclusión de contenidos varios. En nuestro Texto Constitucional el art. 18 de la Constitución recoge la protección de la

intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad de domicilio, y el secreto de la correspondencia, todos ellos como derechos tendentes a proteger el núcleo más íntimo de la persona, pero reconocidos también con sustantividad propia frente a la intimidad. La intimidad o su sentido de salvaguarda de todo aquello que guarda relación con los actos más personales del individuo parece latir en el sentido de todo el precepto. Esa función de vínculo entre todo el precepto que parece desempeñar la intimidad no implica su transformación en un derecho aglutinador de todos los demás. No es la intimidad española un macro derecho de dimensiones parecidas a las que ha ido adquiriendo la “privacy”. Nuestra Constitución recoge un conjunto de derechos que bien pudieran formar parte de la “privacy” pero que, en nuestro ordenamiento, constituyen descripciones diferentes y diferenciadas en cuanto a su contenido esencial<sup>15</sup>. Ello nos lleva a afirmar que los apartados 1, 2 y 3 del artículo 18 son derechos fundamentales independientes, aunque la relación subyacente entre todos ellos sea la intimidad y, en ocasiones, actúen como garantías constitucionales al servicio de ésta<sup>16</sup>. En esa misma línea enmarcamos la relación entre protección de datos e intimidad, confirmando que no existe un solapamiento entre los objetos de tutela de ambos, aunque es cierto que la relación existe<sup>17</sup> y la intimidad es también objeto de protección a través de la tutela de los datos personales. La propia redacción del artículo 18 de la Constitución con distintos apartados refuerza esta idea de autonomía. No obstante, la distinción constitucional entre la intimidad y la protección de datos personales no constituye una opinión unánimemente compartida, argumentando en contra de ella la existencia de un concepto amplio de intimidad que incluye la posibilidad del individuo de controlar sus informaciones personales, añadiendo este aspecto a su contenido tradicional de evitar intromisiones ilegítimas en la esfera más reservada del individuo. Los argumentos que defiende esta tesis rechazan la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos, por encontrar la protección adecuada frente al tratamiento de la información

dentro de la intimidad en versión amplia<sup>18</sup>, incorporándole todos los mecanismos necesarios para llevar a cabo el control sobre aquélla. En este sentido la intimidad equivaldría a una autodeterminación informativa<sup>19</sup>, entendida esta última como facultad de decidir el destino y la función de las informaciones sobre uno mismo. A nuestro juicio, esta ampliación de la intimidad está basada en su incapacidad, tal y como ha venido reconociéndose en nuestro ordenamiento, para acoger la tutela del individuo ante el tratamiento de las informaciones personales. Esta situación no revela lagunas en nuestro ordenamiento, simplemente una evolución diferente en la configuración de la intimidad y en los derechos sustantivos relacionados con ella. Sin embargo, ni siquiera con el manejo de un concepto amplio de intimidad se solucionarían todos los aspectos que incluye la materia de la protección de datos de carácter personal<sup>20</sup>, pues no solo está referida al control de las informaciones personales sino que, junto a esa facultad esencial hay que valorar también otros elementos, límites, principios, etc. Es decir, un todo coherente con capacidad jurídica para mantenerse con sustantividad propia y que gira en torno al mismo núcleo: los datos personales y la protección del individuo. Además, concebir la protección de los datos como un aspecto de la intimidad podría dificultar su relación con otros derechos fundamentales que ven también peligrar su disfrute ante la amenaza de la informática, de manera que su protección se llevaría a cabo siempre de manera indirecta, esto es, a través del valor en el que se reputa incluida, o lo que es lo mismo, siempre por el camino de la intimidad<sup>21</sup>. Por otro lado, el recurso a la ampliación del concepto de intimidad hubiera sido lo más adecuado ante la carencia de otra solución constitucional, lo cual no ocurre en nuestro ordenamiento que resuelve en el art. 18.4 de la Constitución la relación entre la protección de datos y la informática y, por lo que estamos analizando, con un contenido esencial propio y distinto de la intimidad, con el que guarda relación pero al que supera y amplía.

## 4 ■ EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 18.4 CE.

De lo señalado anteriormente se deduce que lo recogido expresamente en el art. 18.4 CE no clarifica el contenido que debe atribuirse a la relación entre los datos y la informática. Por ello habrá que hallar otro contenido al art. 18.4 que elimine los problemas de su propia redacción<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva se ha hablado de autodeterminación informativa, libertad informática o derecho fundamental a la protección de datos, según denominación acertada, a nuestro juicio, formulada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre<sup>23</sup>.

### 4.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS. SU CONTENIDO ESENCIAL

El razonamiento de ese derecho fundamental con ubicación constitucional en el art. 18.4 CE no resulta en sentido estricto de la creación de un nuevo derecho en nuestro catálogo sino de la deducción, a partir de la limitación del uso de la informática de la existencia de un conjunto de facultades y posibilidades, esto es, de un contenido esencial que solo pueden encuadrarse bajo esta nueva categoría y que rebasa los límites de la intimidad. La solución no se adopta solamente para evitar los problemas que surgirían al relacionarlo con otros derechos, si fuera absorbido en el terreno de la intimidad. Esta es una de las razones, ciertamente, pero existen otras circunstancias que avalan la autonomía de este derecho fundamental sin tener que recurrir a una argumentación en sentido negativo. Además, las facultades a las que hacemos referencia ya fueron reconocidas por el Tribunal Constitucional de la sentencia de 1993, adelantándose con ello a cualquier desarrollo legislativo del art. 18.4 CE y, tomando como referencia el Convenio 108 del Consejo de Europa. En efecto, la sentencia 254/1993<sup>24</sup> aborda el tema de la consideración del derecho del art. 18.4 como derecho desligado de la intimidad por una parte y, por otra, su

contenido esencial. Respecto de la primera cuestión el Tribunal Constitucional mantiene una postura imprecisa acerca de lo que es el art. 18.4, pues lo contempla como una figura híbrida que comparte una doble naturaleza, esto es, se trata de una garantía para otros derechos fundamentales, en especial para el honor y la intimidad y, a la vez, se caracteriza por erigirse en un instituto fundamental autónomo, es decir, en un verdadero derecho fundamental<sup>25</sup>. El Tribunal parece aceptar ambas posibilidades. Por una parte, el objeto de protección del art. 18.4, como el mismo recoge es el derecho al honor y a la intimidad. Por otra parte, el Tribunal parece entender que la sola referencia a esos derechos no satisface la demanda de tutela de los ciudadanos frente a la informática, ya que la amenaza de éstos supera el alcance de la protección ofrecida por aquéllos. En el primero de los sentidos el art. 18.4 CE es un instrumento al servicio de la intimidad, como lo son también los apartados 2 y 3 del citado artículo, y comparte con todos ellos una función de protección de la vida privada. En el segundo de los casos, el art. 18.4 de la CE tiene peculiaridades propias que le permiten mantener un objeto de tutela más amplio que el de la intimidad y que alcanza también otros derechos fundamentales, con el fin de proteger la dignidad y libertad de la persona. Con las afirmaciones que contiene la sentencia el Tribunal está limitando el contenido del art. 18.4 de la CE que, a juicio del Constitucional, encierra un derecho a la libertad frente a la informática. Pese a ello el Tribunal no mantiene una postura del todo clara en relación con las coordenadas del precepto. Tan pronto lo reputa incluido en la intimidad como alude a él como derecho fundamental con carga autónoma. El Tribunal juega, pues, en esta sentencia con la doble posibilidad todavía no vislumbrado nítidamente el auténtico sentido del precepto, pero valorando ambas posibilidades y dejando la puerta abierta para una decisión final al respecto. Lo que sí percibe con determinación es el contenido esencial que cabe inferir del art. 18.4 CE y que se concreta a la luz del Convenio 108 del Consejo de Europa, instrumento interpretativo fundamental en este caso. En concreto,



las pretensiones del recurrente en amparo coinciden básicamente con la redacción del art. 8 del Convenio, referido a la tutela del afectado en relación con sus datos personales y que son las que, en definitiva, cabe entender dentro del contenido esencial de art. 18.4 de la CE.

Con todos los elementos aportados hasta ahora podríamos intentar una definición del derecho fundamental del art. 18.4 CE, para fijar más adelante su contenido esencial de manera que pudiéramos identificarlo adecuadamente. Sin embargo, a nuestro juicio, para esto último faltaría encontrar un término adecuado, cuestión que aunque ha sido minimizada por algunos autores creemos que no debe ser en absoluto menospreciada en su importancia, puesto que a las cosas las conocemos por su nombre. La simbología que encierra el lenguaje hace que asociemos significados y contenidos a los términos, y que esa relación sirva para identificar a las cosas y darles la relevancia que deben tener. Precisamente, en esta materia que correlaciona la tutela de la persona, sus datos personales y la informática el conocimiento fuera de los estudios científicos y los manuales es una gran asignatura pendiente. Ello significa que el ciudadano, en su gran mayoría, a quien va dirigida la tutela de las normas ignora este extremo. Quizá el primer paso para tomar conciencia de ello sea atribuir una denominación a la relación entre los datos personales y su tratamiento. Para ello se han formulado diversos términos: la privacidad, la libertad informática, la autodeterminación informativa y, por último, el derecho a la protección de datos. Veamos algún aspecto de cada uno de ellos. La palabra privacidad resulta de la traducción más fidedigna del término anglosajón "privacy", aunque con su uso en nuestro ordenamiento se hace referencia sólo a las peculiaridades de la informática y los datos, pues el resto de contenidos de la "privacy" encuentran reflejo independiente entre nosotros a través de categorías constitucionales diferenciadas. Ambas denominaciones no incluyen, pues, contenidos semejantes, es más, la "privacy", en su versión más genuina, absorbería el resto de

contenidos de la intimidad, es decir, todo el art. 18 y otros artículos de la Constitución<sup>26</sup>.

La libertad informática y la autodeterminación informativa son términos más coincidentes aludiendo en ambos casos al nuevo derecho fundamental resultado de la incorporación de la informática a las sociedades contemporáneas<sup>27</sup>. La autodeterminación informativa proviene de la doctrina alemana y ha sido defendida fundamentalmente por LUCAS MURILLO quien toma como punto de partida la literalidad del Texto Constitucional para derivar, a partir del rechazo a las referencias expresas de precepto un contenido fundamental propio y diferente del que aparece a primera vista<sup>28</sup>. Respecto de la libertad informática su principal defensor ha sido PÉREZ LUÑO, quien incluye también en su argumentación la autodeterminación informativa y que la configura como un derecho fundamental a la información, al control sobre los datos y al establecimiento de los recursos necesarios para garantizar la protección de los individuos<sup>29</sup>. Por último, la denominación que se ha incorporado más tardíamente a la doctrina y a la jurisprudencia parece haber ganado la batalla. En efecto, el derecho a la protección de datos ha sido la expresión empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 292/2000, y ese puede ser quizá el primer paso para su asentamiento definitivo y para reconocer con una expresión única el contenido esencial del art. 18.4 CE. Además, esa expresión parece ser también la que comienza a recogerse en los textos supranacionales. En concreto la Carta Europea de Derechos Fundamentales denomina su art. 8 "protección de datos de carácter personal", y su incorporación a la Constitución Europea en el artículo II-8 supone, desde el punto de vista jurídico, una expresión común para designar el derecho de las personas a proteger sus informaciones personales y, desde el punto de vista político, implica la aceptación de un vocablo común para todos los estados miembros y, por lo tanto, en buen camino para extenderse y consolidarse. La denominación desplaza finalmente a los partidarios de reconocer la necesidad de proteger los datos de las personas

entendiéndolo como una extensión de la intimidad, como una reformulación de su contenido esencial añadiéndole una vertiente positiva de control sobre las informaciones personales a la ya arraigada de evitar injerencias en la esfera privada de los individuos.

La Constitución está protegiendo en el derecho del art. 18.4 CE la libertad del sujeto frente a un poder concreto que es la informática pues, este último, con sus posibilidades de actuación incorpora la capacidad de lesionar los derechos del individuo, pero, ¿cuáles son las posibilidades de la informática?, o desde el punto de vista del derecho, ¿qué cualidades integran su contenido esencial como derecho fundamental?. La respuesta al contenido esencial que cabe inferir del art. 18.4 de la CE ya fue manifestada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 254/1993, al trasladar al precepto constitucional los pormenores del art. 8 del Convenio 108. El Tribunal vuelve a hablar del contenido esencial del derecho del art. 18.4 en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, refiriéndose a él además, como ya hemos anunciado con anterioridad, como derecho fundamental a la protección de datos y, esta vez, de forma clara y sin ambigüedades. En concreto señala que "...el contenido del derecho a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quien posee esos datos personales y para qué pudiendo oponerse a esa posesión o uso...". El Tribunal habla de capacidad de disposición y control sobre los datos, pero se trata de una capacidad tan general que ha de proyectarse en un conjunto de principios y derechos que concreten la manera de hacer efectivo el derecho. Y esa concreción forma parte también del contenido esencial a la protección de datos, pues constituye el perfil y las características que lo definen, lo hacen reconocible y lo diferencian de los demás. Así lo señala más adelante el Tribunal Constitucional

al afirmar que "estos poderes de disposición y control sobre los datos personales que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular". De estas palabras se puede deducir una parte del contenido esencial del derecho, esto es, la necesidad de acordar y consentir las operaciones a que pueden ser sometidos los datos. Este consentimiento aparece en el momento de la recogida de los mismos y es la condición clave en cualquier momento posterior del tratamiento. Pero el derecho de la persona a consentir el conocimiento y tratamiento de los datos personales se apoya además en una estructura de derechos y garantías que lo hacen posible. Así, el consentimiento acerca de a quien se entregan los datos y qué va a hacer con ellos y los derechos que tiene el sujeto para hacerse con el control de los mismos forman parte de un mismo contenido, con una misma finalidad: la del art. 18.4 de la CE. El Tribunal lo incluye todo dentro de la protección de datos, al señalar que "...son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de los datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a oponerse a esa posesión o uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de que datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o cancele". Por lo tanto, la otra parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos la constituye un conjunto de derechos que garantizan la protección de la persona frente al manejo de datos personales, es decir,

garantizan la eficacia del consentimiento y del control. Esos derechos son: el derecho de información, de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición. Todo ello constituye el perfil y el fundamento del derecho y, por quedar elevado a la categoría de contenido esencial, se convierte en el límite de los límites para el legislador, de forma que cualquier regulación del mismo habrá de respetar su contenido esencial para no vulnerar la intención constitucional. Respecto de nuestro derecho fundamental del 18.4 de la CE, el legislador ordinario quedará vinculado por el contenido esencial cuando, dando cumplimiento al mandato incluido en el precepto constitucional, elabore la ley que limite el ejercicio de la informática y desarrolle las particularidades del conjunto de derechos y acciones que constituyen su contenido esencial. En ese sentido el legislador ha observado ya por dos veces el precepto en cuestión, como ya sabemos, estando vigente en la actualidad la Ley 15/1999, de 13 de diciembre que contiene los principios y derechos propios de la protección de datos.

A modo de recapitulación, los derechos y poderes a que hemos hecho referencia forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 de la CE y, a la vez, constituyen el objeto de desarrollo de las leyes de protección de datos. Pero junto a ello las leyes incorporan también un conjunto de reglas y principios, de obligatorio cumplimiento para el manipulador de la información y que van dirigidas a proteger al dato en sí mismo considerado, es decir, como elemento objetivo portador de información y que limitan, al tiempo, las operaciones a que los datos pueden ser sometidos. Además, y en tercer lugar, deben existir unas medidas de seguridad que garanticen los soportes y equipos técnicos utilizados en el tratamiento de la información, ya que ésta y su seguridad son susceptibles de violación. Todo este conjunto de defensa se organiza sobre la base de un sistema preventivo que actúa desde el momento en que se recaba la información. No hay que esperar a que se produzca el daño y se lesione a la persona, ya

que la falta de observancia de algunas de las reglas y principios antes citados producirá una respuesta sancionatoria de las leyes de protección de datos y, en algunos casos, se producirá la violación del derecho fundamental. Todo esto es lo que se encuentra al amparo del concepto de la protección de datos y todo ello gira en función del mismo objetivo: salvaguardar la libertad de la persona y todos sus derechos. Son los contenidos distintivos de las normas de protección de datos.

Así pues, los elementos que integran el contenido esencial del derecho a la protección de datos son: el consentimiento, el derecho de información, el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación y el derecho de oposición. A todos ellos nos referiremos a continuación, aunque limitados por la extensión del artículo solo expondremos el régimen general advirtiendo que, en la regulación de datos personales, las excepciones a los principios y derechos son tan abundantes que provocan prácticamente una duplicación del sistema. Esto último, pese a los riesgos que puede acarrear y a las críticas que sobre ello se pueden vertir, no constituye una vulneración del derecho, pues, el Tribunal Constitucional ya ha señalado el carácter relativo que acompaña a la propia calificación de un derecho como fundamental. En concreto en el tema objeto de la exposición ha afirmado que "...el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución. Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que componen el contenido fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede

hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE". Además el recorte que experimente el derecho fundamental ha de ser necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para conseguirlo y respetuoso con el contenido esencial, sin alterar sustancialmente el derecho haciendo impracticable o irreconoscible<sup>30</sup>. Por tanto, también las limitaciones forman parte del contenido esencial a la protección de datos y habrá que valorarlas desde esa perspectiva y desde la necesidad de establecerlas en una sociedad democrática, aunque no van a ser objeto de estudio en este momento.

## 5 ■ EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL TRATAMIENTO DE DATOS

Para nosotros el derecho fundamental a la protección de datos se sustenta sobre dos pilares fundamentales: el consentimiento de la persona y el conjunto de derechos que lo hacen practicable y que garantizan el control de los datos en todo momento. El primero de ellos se manifiesta como autodeterminación del individuo y conforma el espacio de libertad y dignidad de la persona, junto con el resto de derechos fundamentales. El segundo de ellos, los derechos que lo hacen practicable, determina las facultades que posibilitan el ejercicio del derecho fundamental y garantizan su protección. Ambos, ya lo hemos visto, constituyen el contenido esencial del derecho a la protección de datos siendo, por lo tanto, un límite absoluto e intocable ante la acción del legislador.

La importancia del consentimiento viene reforzada por su mención expresa tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el texto de la Constitución Europea, aludiendo en ambos artículos al tratamiento de datos "de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento o en virtud de otro fundamento legal previsto por la ley". En nuestro ordenamiento el art. 3

h)<sup>31</sup> de la Ley 15/1999 contiene la definición de lo que ha de entenderse por consentimiento en el contexto de la protección de datos siendo considerado esencial en el art. 6<sup>32</sup>, al valorarlo como elemento legitimador de un tratamiento de datos. De esta manera, el consentimiento en nuestro ordenamiento adquiere un papel central al configurarlo como fundamento de un tratamiento de datos, al contrario de lo que parece desprenderse de la Directiva que, en su art. 12, lo menciona como una condición más del tratamiento relegándolo, si se quiere, a un papel secundario. Tanto de la definición de consentimiento, que se desprende del art. 3 h) de la LOPD, como de su importancia, señalada por el art. 6.1 de la LOPD, se deduce su relación con el derecho de información, el cual forma parte también del contenido esencial del derecho.

El consentimiento determina especialmente el instante de la recogida de datos, pues, realizada esta operación es previsible que el paso siguiente es el tratamiento propiamente dicho, que ya goza de autorización por haber sido consentido mediante la entrega de los datos, aunque es cierto que la propia ley admite excepciones a esta posibilidad<sup>33</sup>. Es más, la definición de tratamiento es omnicompreensiva, en el sentido de contemplar todas las operaciones que pueden sufrir los datos. En esa labor descriptiva que se desprende de la enumeración está incluido, como presupuesto previo de todos los demás, el momento de la recogida de los datos. Esto nos lleva afirmar que el tratamiento de los datos comenzará con su recogida para su posterior "grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de las comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias", según consta en el art. 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999. En suma, la recogida de datos es tratamiento, en sentido estricto, con todas las consecuencias que de ello se derivan, esto es, y por lo que ahora nos interesa es la primera actividad relacionada con los datos que el interesado ha de consentir y es, a partir de esa autorización, cuando comienza el control sobre las informaciones personales que ya no

pertenecen en exclusiva a nuestro dominio. Como la recogida de datos precisa del consentimiento y éste por definición ha de ser informado habrá que establecer una relación directa entre el consentimiento del art. 6 y el derecho de información del art. 5 –ambos de la LOPD–. Según el art 5.1 de la LOPD la información ha de ser previa, expresa, precisa e inequívoca, y ha de versar sobre todas las características que ayudan a identificar el tratamiento y a su responsable<sup>34</sup>. La inobservancia de cualquiera de los requisitos recogidos en el precepto deformaría el derecho de información, que ya sabemos que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, según ha dicho el Tribunal Constitucional, y provocaría con ello una violación de aquél y por lo tanto de este último<sup>35</sup>. La configuración del derecho de información constituye un derecho para el interesado al tiempo que una obligación para la persona que en esos momentos solicita los datos personales. El resto del precepto recoge excepciones y particularidades al derecho de información general del art. 5.1 lo que permite hablar de la variedad en la observancia del mismo. Brevemente, el derecho de información ha de ser garantizado tanto cuando se utilicen cuestionarios, caso del art. 5.2, como en el supuesto de que los datos no se recojan directamente del interesado, caso del art. 5.4. Por otro lado, los arts. 5.3 y 5.5 si contemplan las excepciones del derecho de información ante circunstancias concretas que serán objeto de comentario en otro momento.

Volviendo al consentimiento informado del art. 6.1 que legitima el tratamiento de datos tampoco se trata de una relación absoluta, pues, el propio apartado prevé la existencia de una ley que disponga otra cosa, es decir, que permita un tratamiento de datos al margen del consentimiento del interesado. La existencia de una ley que permita esa posibilidad es, desde luego, la mejor garantía que puede suplir la prestación del consentimiento. Por otra parte, la inexistencia del consentimiento no exime el cumplimiento del resto de obligaciones que corresponden al responsable del tratamiento, ni restringe el ejercicio del resto de derechos del interesado tales como el derecho de

acceso, rectificación, cancelación y oposición, es decir, la ausencia de consentimiento para el tratamiento de algunos datos no significa que su tratamiento se realice de manera arbitraria, sino observando todos los pormenores contenidos en la LOPD, de manera que el control de los mismos pueda seguir en manos de su titular, con el fin de no vulnerar el derecho a la protección de datos.

El principio del consentimiento contiene otras dos reglas generales. La del art. 6.3 prevé la revocación del consentimiento, siempre que exista justa causa para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. Resulta lógico que la revocación del consentimiento solo jugará en los tratamientos basados en la autorización de su titular. Por otro lado, la justa causa para ello debe entenderse en sentido amplio, puesto que los motivos que alegue el interesado deben considerarse suficientes para revocar el consentimiento, a no ser que sea evidente la irracionalidad de los mismos. Además, así se solventa a favor del interesado la omisión en la Ley acerca de quien valora el motivo argumentado, que deberá corresponder al responsable del fichero, disponiendo de unas facultades que parecen excesivas. La última regla común se contiene en el art. 6.4 en relación con los casos que no necesitan el consentimiento y sobre los que se podrá instar el derecho de oposición, siempre que una ley no diga lo contrario. Los efectos de esta oposición al tratamiento se manifiestan en la exclusión del tratamiento de los datos relativos al afectado, lo cual resulta adecuado. Para nosotros, aunque nada dice la Ley, la revocación del consentimiento del art. 6.3 debería provocar igualmente la cancelación de los datos del interesado, con el fin de materializar su intención que, en el caso concreto, le induce a retirar el consentimiento de un tratamiento.

## 6 ■ EL DERECHO DE ACCESO COMO INICIO DEL MECANISMO DE CONTROL DE LOS DATOS

Es el derecho, en palabras de LUCAS MURILLO, que concede al interesado “la posibilidad de comprobar si

se dispone de información sobre uno mismo y conocer el origen del que procede la existente y la finalidad con que se conserva. Del mismo modo el derecho de acceso conlleva la facultad de exigir y obtener una comunicación escrita en la que consten los anteriores extremos<sup>36</sup>. La definición de LUCAS MURILLO recoge con acierto todos los aspectos incluidos en el derecho de acceso, esto es, engloba una facultad de conocimiento de la información que se almacena en un fichero, su origen y su finalidad, y, al mismo tiempo, su comunicación. Como tampoco se trata de un derecho absoluto sufre también restricciones que afectan al conocimiento de las informaciones personales incluidas en determinados ficheros, lo cual tampoco supone una violación del derecho a la protección de datos por encontrar justificación constitucional para ello.

Tanto La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión como la Constitución Europea recogen expresamente el derecho de acceso, refiriéndose a él como el derecho de toda persona “a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación”. La Ley contempla en el art. 14 un derecho de acceso general que contiene un derecho de información sobre un tratamiento, su finalidad y la identidad de su responsable, bajo la denominación de “derecho de consulta del Registro General de Datos”, dando con esto cumplimiento al principio de transparencia. El Registro General no contiene datos personales pero sí la identificación suficiente para orientar al interesado a dar el paso siguiente en el efectivo control de sus datos. El art. 15 de la LOPD<sup>37</sup> regula para nuestro ordenamiento el derecho de acceso, en la línea del art. 12 de la Directiva europea, de forma gratuita y con acceso también al origen de los datos, así como las comunicaciones realizadas o las previstas. En la regulación del derecho de acceso hay que tener en cuenta tanto el Reglamento 1332/1994<sup>38</sup>, de desarrollo de la LORTAD como también la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos<sup>39</sup> (hoy diferenciada de las autonómicas por el calificativo de Española), que ha venido a clarificar el tema y a unificar criterios, no solo respecto del derecho de acceso, sino también respecto del derecho de

rectificación y cancelación. De ambos textos se pueden extraer las características principales del derecho de acceso. Entre ellas destacamos que se trata de un derecho personalísimo, aunque además del interesado lo puede ejercer su representante legal. La solicitud realizada por el interesado se dirigirá al responsable del fichero sin limitación en cuanto al método empleado. Tendrá que constar de forma que quede identificado tanto él como la petición efectuada. El responsable si tiene limitación temporal para responder al derecho de acceso disponiendo de un mes para enviar la respuesta al interesado. Si pasado el mes no se ha obtenido respuesta expresa se entiende desestimada la petición de acceso y, por lo tanto, abierta la posibilidad de interponer la reclamación del art. 18 de la LOPD, es decir, podría ponerlo en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, del organismo equivalente en su Comunidad Autónoma, que deberá asegurarse acerca de la procedencia o improcedencia de la resolución. Si por el contrario la petición fuese estimatoria deberá comunicarse el resultado del acceso al interesado dentro de los diez días siguientes a la notificación. Esto significa que en ese plazo el interesado tendrá derecho a visualizar sus datos personales contenidos en ese fichero, o a que se le dé escrito, copia o fotocopia enviada por correo o telecopia o a tener conocimiento e información sobre sus datos por medio de cualquier otro procedimiento permitido por el fichero, sin que quepa entender la enumeración efectuada como una lista cerrada<sup>40</sup>. La elección del medio dependerá de las necesidades del sujeto y de las posibilidades técnicas del propio tratamiento, sin que el responsable tenga potestad para imponer alguna de ellas o negarse a una determinada<sup>41</sup>.

Por último, la información entregada tras el acceso y que consta en el art. 13 del Real Decreto comprenderá “los datos de base del afectado y los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para los que se almacenen los datos”.

## 7 ■ EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN

La consecuencia de acceder a los datos y tener conocimiento de su estado puede condicionar el paso siguiente. Este carácter intermedio que asume el derecho de acceso respecto de los otros derechos lo configura como el inicio del sistema de defensa que la LOPD prevé para los ciudadanos, con el fin de efectuar el control de sus datos personales. Puede ser que el estado de los datos sea correcto y su tratamiento se ajuste a las prescripciones de la ley, en cuyo caso y, hecho efectivo el derecho de acceso, el interesado ha ejercitado su derecho a la protección de datos, conociendo y controlando sus informaciones personales y el uso que de las mismas se hace. Pero puede suceder, por otra parte, que el conocimiento de los datos tras el acceso revele alguna inexactitud, carencia o incumplimiento de las obligaciones derivadas de la LOPD. En cualquiera de estos casos el derecho de rectificación o cancelación forman parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos y vienen a hacer efectivo, en este supuesto, el control sobre los mismos. Ambos derechos están recogidos en el art.16.2 de la LOPD que dice que “serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a los dispuestos en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos”. El razonamiento más lógico nos lleva a pensar que la inexactitud o carencia del dato se soluciona mediante la rectificación, que puede provocar además la cancelación del dato antiguo y su sustitución por el nuevo, mientras que la falta de cumplimiento de la Ley en cualquiera de los preceptos que atañen a los tratamientos o a los datos originaría la cancelación<sup>42</sup>. Este último derecho se convierte en una obligación para el responsable del fichero en el caso de que se observe la existencia de datos incompletos o inexactos, según el art. 4.4 de la LOPD o que dejen de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que se hubieran recabado, a tenor del art. 4.5 de la LOPD.

Pese a la relación que para nosotros existe entre el derecho de acceso y los derechos de rectificación y cancelación, la Agencia ha afirmado en la Instrucción 1/98 la independencia de los tres, negando cualquier tipo de relación entre ellos. Ciertamente al LOPD también los configura como independientes, característica que se desprende atendiendo tanto a sus objetivos como a sus resultados. Pero esta afirmación no es incompatible con la aceptación –por otra parte evidente– de ciertos aspectos comunes regulados conjuntamente por la Ley, como el procedimiento para su ejercicio, del art.17; el procedimiento para su tutela del art. 18; la calificación ante su vulneración del ar. 44.4.b), todos ellos de la LOPD. Estas cuestiones comunes parecen contradecir la afirmación contenida en la Instrucción 1/98, y nos lleva a concluir que no están absolutamente desconectados entre sí, ni desde una perspectiva legal ni desde una perspectiva instrumental. Esta última, a nuestro juicio, se sigue manifestando en la configuración del derecho de acceso como paso previo para proceder posteriormente a la rectificación o a la cancelación, según el resultado de la información conocida tras el acceso, lo cual tampoco significa que la rectificación y la cancelación no puedan tener su origen en el conocimiento de los datos siguiendo un camino distinto del ejercicio del derecho de acceso. Por ello podemos señalar que la dependencia no implica el ejercicio previo de ninguno de ellos, en el sentido de no convertirse en requisito exigido por el responsable del tratamiento<sup>43</sup>, y que justifique desde esa óptica su denegación.

Ambos derechos mantienen dos ámbitos de actuación perfectamente definidos por el art. 16.2 de la LOPD y recogidos por la Instrucción 1/98 en su norma 3.1. La rectificación ha de identificar el dato erróneo y deberá ser acompañada por la documentación que verifique la corrección del dato. La solicitud de cancelación puede incorporar la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos o la documentación justificativa en caso de datos erróneos. En el primer supuesto y de acuerdo

con el art. 6.3 “siempre que exista causa justificativa para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos”. El plazo para proceder a la rectificación o cancelación es de diez días a tenor del art. 16.1 de la LOPD.

Las consecuencias de la rectificación o cancelación son diferentes. La rectificación implica la corrección del dato, su actualización para acomodarse a la realidad de su titular, de la que debe ser fiel reflejo, independientemente de si se trata de actualizar un dato desfasado o corregir uno inexacto, puesto que en ambos casos se procederá una rectificación, aunque la ley distinga estas operaciones en los arts. 4 y 16 de la LOPD, en función de la cancelación que puede provocar también el dato inexacto. Pero, en sentido estricto, la cancelación, aunque su finalidad también es la misma, esto es, adecuarse a la realidad, su ejercicio supone la desaparición de la información, puesto que da lugar al borrado de los datos, según se desprende de la norma 3.8 de la Instrucción 1/98, que exige tras la cancelación el borrado físico del dato, sustituyendo esta operación por el bloqueo<sup>44</sup> de los mismos solamente cuando la desaparición física del dato sea imposible por razones técnicas o a causa del procedimiento o soporte utilizado. La cancelación procederá, con carecer general cuando se haya vulnerado algún precepto de la LOPD, lo cual puede incluir varios supuestos: no ser datos pertinentes, no adecuarse a la finalidad para la que fueron registrados, resultar excesivos para la misma, pertenecer a categorías de datos que no permiten su registro, haber sido recabados sin consentimiento, etc<sup>45</sup>. La solicitud de la cancelación no será obstáculo, a nuestro juicio, para iniciar la reclamación prevista en el art. 18.1 de la LOPD siempre que aquella traiga su causa de la inobservancia de los preceptos de la Ley.

## 8 ■ EL DERECHO DE OPOSICIÓN

El derecho de oposición aparece como novedad en la LOPD, cuyo art. 17 alude al procedimiento para

ejercitarlo que, a tenor del precepto, es común al del resto de los derechos mencionados. No es la única referencia existente al derecho de oposición, pues, ya se nos ha presentado en el art. 6.4 y vuelve a aparecer en el 30.4, ambos de la LOPD. Sin embargo, no existe ninguna definición del mismo, aunque los preceptos señalados nos aproximan a su significado. Tampoco aparece en las normas reglamentarias, pero sí es objeto de atención en la Directiva europea.

El derecho de oposición ha sido definido como “el derecho del interesado a negarse, por motivos legítimos, a que sus datos personales sean objeto de tratamiento<sup>46</sup>. La definición entraña ya algunos interrogantes. En primer lugar qué debe entenderse por motivos legítimos, cuestión que entronca con el verdadero sentido de este derecho, y en segundo lugar, quien los valora. Respecto de la primera cuestión entre los motivos legítimos no cabe invocar “la falta de justificación legal de un tratamiento determinado de datos personales”, pues este supuesto daría lugar a la solicitud de cancelación de los datos, según el art. 16.2 de la LOPD, y por ser una actuación contraria a la ley cabría recurso judicial o reclamación ante el órgano de control, de acuerdo con el art. 18.1 de la LOPD. Pero además, la regulación que hace la Directiva del derecho de oposición contempla, como presupuesto de hecho para ejercer el citado derecho la situación contraria, esto es, el derecho de oposición solo procede en los tratamientos legítimos<sup>47</sup>. De la legislación europea parece deducirse también la libertad de los Estados miembros para reconocerlo en sus ordenamientos o no, con lo que se rompe la homogeneidad legislativa en este aspecto. La permisibilidad de la diversidad de criterios al respecto induce a pensar en el carácter secundario del derecho de oposición en relación con el resto de derechos propios de la protección de datos: derecho de acceso, rectificación y cancelación. O se trata de una categoría inferior o bien, pese a su denominación, no estamos ante un verdadero derecho, tal y como afirma HEREDERO HIGUERAS<sup>48</sup>, refiriéndose a la regulación comunitaria. En efecto del art. 14 de la



Directiva no se deduce, según el citado autor, “un derecho general del interesado a oponerse al tratamiento de datos sino que se limita a dos supuestos o modalidades de un posible derecho general de oposición al tratamiento”<sup>49</sup>.

De los comentarios precedentes y de la propia ley española se desprende la falta de un criterio definidor del derecho de oposición. Lo cierto es que su calificativo como derecho suscita algunas dudas. Además de aparecer configurado como una posibilidad del interesado en circunstancias muy puntuales no existe en la norma ningún criterio general que le dote de un contenido más estable. No se trata de garantizar el derecho de oposición a todo interesado, como una manifestación de la autodeterminación personal en la sociedad democrática. Ya sabemos que la autodeterminación como control absoluto de los datos, en el sentido de decidir o no su entrega, no existe, es decir, no forma parte del núcleo del derecho a la protección de datos con esa rotundidad, puesto que sobre determinados datos pesa la obligación de su entrega. Ese mismo razonamiento nos lleva a afirmar que no puede existir un derecho de oposición frente a todo, ya que en los casos de tratamientos legales, necesarios y obligatorios, la oposición al mismo no se contempla, es decir, en estos casos constituye una limitación al ejercicio del derecho. En cierto sentido el derecho de oposición será más operativo en el sector privado<sup>50</sup>, por la obligación pública que rodea la entrega de algunos datos, entrega que está contemplada de forma más voluntaria en el campo privado. En realidad en el derecho de oposición no existe norma general y excepciones, sino que lo excepcional es lo único regulado, esto es, dos supuestos para los que cabe el derecho de oposición. Habrá que convenir que el derecho de oposición es una acción que corresponde al interesado en determinados supuestos previstos en la LOPD, cuando por motivos legítimos no se desee formar parte de ese tratamiento, motivos que serán los que el interesado alegue y que el responsable valorará como tales.

Nuestra Ley 15/1999 solo contempla dos supuestos del derecho de oposición en los arts. 6.4 y 30.4, refiriéndose este último a los tratamientos con fines de publicidad y prospección comercial. Pese a la tibieza de la LOPD en lo tocante a este derecho<sup>51</sup> conviene recordar que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos al referirse a él el Tribunal como “la facultad de oponerse a la posesión y uso de los datos personales”, es decir, como un complemento indispensable del derecho a consentir el conocimiento y tratamiento de los mismos ■

## Notas

1 La primera referencia constitucional del derecho de los ciudadanos se encuentra en el art. 35 de la Constitución de Portugal, con una redacción bastante detallada. Por otro lado, la Ley Federal de Austria de 8 de octubre de 1978, sobre la protección de datos personales (BGBl. núm. 565/1978, incluye en su art. 1 una disposición constitucional que consagra un derecho fundamental a la protección de datos. Recientemente ha sido garantizado por la Constitución de la República Checa de 1993.

2 Por ejemplo por PÉREZ LUÑO, A. E., comparándolo con el precepto portugués, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1984, Madrid 1991, pág. 338; igualmente CASTELLS ARTECHE, J. M., para quien el 18.4 es la primera ocasión perdida de intervenir desde el supremo texto legal en cuestiones cruciales de la innovación informática, tales como la protección de datos y sus cruciales aspectos institucionales y sociales, "La limitación informática", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Cívitas, Madrid 1991, pág. 915.

3 B.O.E. núm. 274, de 15 de noviembre de 1985. El Convenio 108 en *Protección de Datos. Convenio del Consejo de Europa 1981*. Documentación Informática. Serie Amarilla/Tratados Internacionales núm. 3, Servicio Central de Publicaciones. Presidencia del Gobierno, 10<sup>a</sup> ed., 1983, incluye una memoria explicativa de los objetivos del Convenio.

Sobre el Convenio se puede ver PÉREZ LUÑO, A. E., "La incorporación del Convenio europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español", ICADE, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas*, Madrid 1989; BUQUICCHIO, G., "Informatique et libertés: bilan de 15 années d'activité au sein du Conseil de l'Europe", *Les effets de l'informatique sur le droit à la vie privée*, CEDAM, Padova 1990; GARZÓN CLARIANA, G., "La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, núm. 1, enero-abril 1981, págs. 9 a 25; HEREDERO HIGUERAS, M., "Ante la ratificación del Convenio de protección de datos del Consejo de Europa", *Documentación Administrativa*, núm. 199, 1983, págs. 753 a 764; FROSINI, V., "La Convención Europea sobre protección de datos", *Informática y Derecho*, Temis,

Bogotá 1988, págs. 161 y ss.

4 Tratado sobre la Constitución Europea, Diario Oficial n<sup>o</sup> C 310 de 16 de diciembre de 2004.

5 La extensión de la protección de los datos a los tratamientos manuales es una novedad introducida por la Directiva 95/46 con buen criterio a nuestro juicio, y que protege a los datos y a la persona sin discriminación respecto del tipo de tratamiento.

6 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., señala los aspectos que interesan a la persona y advierte de los peligros que entraña el tratamiento de los datos, "La construcción del derecho a la autodeterminación informativa", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 104, abril-junio 1991, pág. 37. Igualmente en "Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58, septiembre-diciembre, Oñati 2000.

7 B.O.E. núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

8 B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

9 Diario Oficial n<sup>o</sup> L 281 de 23/11/1995. La Directiva es el resultado del estudio de tres textos presentados en relación con la protección de datos. Los trabajos del Consejo tienen su antecedente en una Recomendación de la Comisión de 29 de julio de 1981, que instaba a los Estados miembros de la Comunidad a firmar y ratificar lo antes posible el Convenio 108 del Consejo de Europa con el fin de disponer en todo el espacio europeo de una legislación común en materia de protección de datos.

Sobre la Directiva en concreto se puede ver HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva Comunitaria de Protección de Datos Personales*, Aranzadi, Pamplona 1997; SÁNCHEZ BRAVO, Á. A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

10 Directiva 97/66/CE del Parlamento Europea y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, Diario Oficial n<sup>o</sup> L 024, de 30 de enero de 1998; y 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, Diario Oficial n<sup>o</sup> L 201 de 31/07/2002. Existe también un Reglamento (CE)

nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial nº L 008 de 12/01/2001.

11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial nº C 364 de 18/12/2000

12 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, L., *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, col 43, Cuadernos y Debates, CEC, Madrid, 1999, pág. 28

13 A ese perfil del individuo aludía ya la sentencia del Tribunal Federal Alemán, de 15 de diciembre de 1983, que declaraba inconstitucionales algunos preceptos sobre la Ley del Censo, de 31 de marzo de 1982. La sentencia ha sido traducida al español por M. DARANAS, BJC, núm. 33 pags. 126 y ss. En nuestro ordenamiento la Exposición de Motivos de la derogada LORTAD aludía también a la posibilidad de vulnerar el derecho al honor mediante la elaboración de un perfil del individuo que configurara una determinada fama o reputación.

14 El “right to privacy” incluye la tutela del domicilio, y en general la esfera personal, la propiedad privada, la facultad de guardar silencio sobre opiniones, actividades, afiliaciones políticas, propias o de otros, así como el derecho de las asociaciones a no comunicar el elenco de sus miembros, el derecho absoluto de la mujer a interrumpir el embarazo dentro de los tres primeros meses, el derecho a la práctica de la sodomía entre adultos, etc.

15 HEREDERO HIGUERA, M., lo afirma categóricamente al señalar que “la Constitución española no contiene una formulación general expresa de este derecho (se refiere a la “privacy” o personalidad alemana); no obstante varios artículos lo dan por supuesto, como es el caso de los artículos 14, 15, 16, 18.1, 20.1b), 27.2, 38, 44.1. El uso incontrolado de los datos personales, recogidos o “captados” sin información ni consentimiento del interesado puede dar lugar a distorsiones importantes del derecho a la personalidad y a su libre desenvolvimiento: cabe falsear la identidad de una persona, su imagen, gravar al interesado con decisiones discriminatorias, etc. Nada de esto es propiamente la intimidad o vida privada de un individuo, a menos que

como sucede en los textos alemanes se identifique “privacy” o privacidad de una persona con personalidad”, *La Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y Textos*, Tecnos, Madrid 1996, pág. 51.

16 Lo cual no es una postura pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La doctrina se encuentra dividida entre lo que defienden la supremacía de la intimidad y la instrumentalización de todos los demás contenidos del precepto como apéndices de la intimidad. Un análisis pormenorizado de todo ello excede las pretensiones de este estudio por lo que haremos una alusión bibliográfica que no pretende ser en absoluto exhaustiva. O'CALLAGAN MUÑOZ, J., “El derecho a la intimidad”, *Homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, ; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid 1993; RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid 1995; JIMÉNEZ CAMPOS, J., “La garantía del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, núm. 20, Madrid 1997, pág. 41 y ss; HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid 1990.

REBOLLO DELGADO, L., realiza un estudio que relaciona la protección de datos y los derechos fundamentales, en especial los relacionados con la intimidad, *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, Dykinson, Madrid 2004.

Por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden citar entre otras: STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 223/1992, de 14 de diciembre (respecto del honor); STC 99/1994, de 11 de abril y STC 117/1994, de 25 de abril (respecto de la propia imagen); STC 160/1991, de 18 de julio y STC 144/1987, de 23 de septiembre (respecto de la inviolabilidad de domicilio); STC 110/1984, de 26 de noviembre (respecto del secreto de las comunicaciones).

17 Así lo afirma también LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática...*, ob., cit., pág. 29; Igualmente GONZÁLEZ MURÚA, A. R., para quien “la estrecha conexión del derecho a la intimidad con la protección de los datos personales no se puede poner en tela de juicio”, “Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y a la protección de los datos personales”, *Rev. Vasca de Administraciones Públicas*, núm. 37, septiembre-

diciembre 1993, pág. 264.

18 Recientemente MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., quien defiende la suficiencia de la intimidad en su faceta de control de las informaciones personales para proteger a la persona frente al reto informático pero concluye pese a las críticas al Tribunal Constitucional por la técnica empleada para la creación ex novo de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos que "cabe reconocer que existía y existe la necesidad de predicar la presencia en nuestro Ordenamiento constitucional de un derecho específico al control sobre la información personal", aunque advierte acerca de las limitaciones de la situación actual, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Cívitas, APDCM, Madrid 2004.

19 Como afirma RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional...*, ob., cit., pág. 81.

20 Como dice LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática...*, ob., cit., pág. 30

21 LOSANO, M., PÉREZ LUÑO, A. E., *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Cuadernos y Debates, CEC, Madrid 1989, pág. 160.

22 Como dice con acierto LUCAS MURILLO "todos los problemas desaparecen si en vez de atenderlo a la comulación textual del art. 18.4 de la Constitución, procuramos deducir a partir de su contenido, y en especial de los intereses en juego una nueva clave que ofrezca una fundamentación material constitucionalmente satisfactoria a la protección de datos. Razonando desde esta perspectiva se ha hablado de la libertad informática o autodeterminación informaría", *Informática...*, ob.cit., pág. 31.

23 B.O.E. núm. 4, de 4 de enero de 2001.

24 Sobre la importante sentencia 254/1993 se puede ver, entre otros, VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, págs. 188 y ss; GONZÁLEZ MURÚA, A. R., "Comentario a la STC 254/1993...", ob. cit., págs. 256 y ss; ARROYO YANES, L. M., "El derecho a la autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas /Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16, 1993, págs. 122 y ss.

25 En concreto el Tribunal Constitucional dice así: "...nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potencialidades agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama <<la informática>>", Sentencia 254/1993, de 20 de julio, (FJ 6), BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993.

26 Como dice ORTÍ VALLEJO, A., "la <<privacy>> es mucho más amplia que nuestra intimidad", *Derecho e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales, Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Comares Granda, 1994, pág. 35.

27 Lo son para PÉREZ LUÑO, A. E., la autodeterminación informativa se cifra "en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los bancos de datos que le conciernen". Por su parte la libertad informática supone "el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades, en particular, de su derecho a la intimidad", "Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data", *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, GARCÍA SAN MIGUEL, L., Tecnos, Madrid 1992, págs. 40 y ss.

28 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid 1990, págs. 15 y ss; Igualmente en *Informática...*, ob. cit., págs. 30 y ss.

También defiende esta denominación con fuerza y como derecho fundamental diferente de la intimidad GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004.

29 PÉREZ LUÑO, A. E., "El derecho a la autodeterminación informativa", II Jornada de Estudio sobre "Protección de datos y Derechos fundamentales",

*Anuario de Jornadas*, 1989-1990, Servicio de Estudios del IVAP, Oñate 1991, págs. 304 y ss.

La libertad informática es el término preferido por la doctrina italiana que la concibe como la denominación mejor para aludir a la protección de la "riservatezza" frente a los bancos de datos, véase al respecto FROSINI, V., "La protezione della riservatezza nelle società informatica", *Informatica e Diritto*, anno VII, núm. 1, gennaio-aprile, 1981; *Privacy e banche dei dato*, Il Mulino, Bologna 1981; recientemente FROSINI, E. T., "Nuevas Tecnologías y Constitucionalismo", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 124, abril-junio 2004, págs. 129 y ss.

30 La sentencia 292/2000, declara inconstitucionales algunos aspectos de la LOPD precisamente por no respetar las condiciones exigidas en el establecimiento de los límites al ejercicio del derecho, permitiendo que otro poder público y no el legislador establezca las limitaciones. En concreto se declaran inconstitucionales los arts. 21.1, 24.1 y 24.2 de la LOPD.

31 El art.3 h) de la LOPD dice que el consentimiento es "...toda manifestación de voluntad libre, inequívoca específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".

32 El art. 6.1 de la LOPD dice así "1 El tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa".

33 No existe por lo tanto, a nuestro juicio, dos consentimientos diferentes, uno para la recogida de datos y otro para su tratamiento posterior, opinión contraria a la mantenida por HERRÁN ORTIZ, A. I., para quien el legislador de la LORTAD "consciente de que son operaciones perfectamente diferenciables introduce con acierto la distinción en la exigencia del consentimiento en la fase de recogida de datos, y en el posterior tratamiento de datos", *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 225. No solo no compartimos la idea señalada sino que no advertimos la diferencia de consentimiento en la LORTAD, ni desde luego en la LOPD. Lo más que hace la LOPD es regular de forma separada y con algunas diferencias la prestación del consentimiento, por una parte, para el tratamiento de datos y, por otra, para la cesión. También hay que señalar que es cierto que el

consentimiento presentará peculiaridades cuando se trata de recabarlo al comienzo de un tratamiento y así permite su legitimación y cuando se trata de un tratamiento obligatorio y han de consentirse operaciones separadas.

34 El art. 5.1 de la LOPD dice así:

"1 Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

De la posibilidad de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

De la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso de su representante..."

35 Así también lo ve ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, J. M., *La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*, Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 33.

36 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, L., *El derecho...*, ob. cit., pág.187.

37 El art. 15 de la LOPD dice así:

"1 El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismo.

2 La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, cerificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos o específicos.

3 El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce

meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes”.

38 Real Decreto 1334/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan algunos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, B.O.E. núm. 147, de 21 de junio de 1994.

39 B.O.E. núm. 25, de enero de 1998.

40 HERRÁN ORTIZ, A. I., *La violación de la intimidad...*, ob. cit., pág. 283.

41 FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, BOSH, Barcelona 2001, pág. 192.

42 De la misma opinión HERRÁN ORTIZ, A. I., *La violación de la intimidad...*, ob. cit., pág. 288; FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos...*, ob. cit., pág. 197.

43 En este sentido debe entenderse la independencia que proclama la Instrucción 1/98 de la APD, tal y como lo señala PRIETO GUTIÉRREZ, J. M., “Comentario a la Instrucción 1/1998, de 19 de enero de la Agencia de Protección de Datos (Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en materia de protección de datos personales)”, *XIII Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 99.

44 El bloqueo de los datos procede cuando el borrado no sea posible tras la cancelación y equivale a la inutilización del dato para cualquier operación posterior, aunque se mantenga físicamente. Las leyes española y alemana son las únicas que han previsto en su sistema de protección de datos el bloqueo. Para nosotros es el derecho que corresponde al interesado cuando ejercitado el de cancelación, la supresión o borrado del dato resulta imposible. Se trata de un derecho y no de una elección que corresponda al responsable del fichero. En contra de esta opinión HERRÁN ORTIZ, A. I., que lo considera como una opción que se reconoce al responsable del fichero, *La violación de la intimidad...*, ob. cit., pág. 292.

45 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., señala con carácter general que “la obtención de datos en contra de las prohibiciones expresamente formuladas por la LORTAD es título suficiente para lograr su cancelación”, *Informática...*, ob. cit., pág. 79.

46 SÁNCHEZ BRAVO, A. *La protección...*, ob.cit., pág. 97

47 Esta afirmación se corrobora con una lectura del considerando 45 de la Directiva 46/95.

48 HEREDERO HIGUERAS, M. *La Directiva Comunitaria...*, ob. cit., pág. 153.

49 Según el art. 14 de la Directiva cabe oponerse al tratamiento de datos en dos supuestos. En primer lugar cuando es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o relacionada con el ejercicio del poder público y para satisfacer el interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero a quien se le comuniquen los datos, si no prevalecen los derechos del interesado, y, en segundo lugar, cuando el tratamiento se destine a la prospección o con el mismo fin se proceda a la comunicación.

50 SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho...*, ob., cit., pág. 98.

51 DAVARA RODRÍGUEZ, M A., opina que ni se encuentra bien recogido en la LOPD el derecho de oposición contemplado en la Directiva, ni está en el lugar adecuado, y puede inducir a errores”, *La nueva Ley Orgánica de Protección...*, ob. cit., pág. 24.