

Consideraciones sobre los derechos de acceso y rectificación en el proyecto de Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal

GUILLERMO OROZCO PARDO

Licenciado en Derecho
Profesor Titular del dpto. de Derecho Civil de la
Univ. de Granada
(ESPAÑA)

El presente trabajo tiene los límites y limitaciones que una comunicación entraña; la materia es extensa, complicada y, sobre todo, muy interesante ya que plantea múltiples problemas y demanda, a veces, soluciones que en técnica jurídica son «arriesgadas». Por ello, abordamos sólo algunas de ellas y, en otros casos, sugerimos posibles puntos de estudio, en la certeza de que la doctrina los estudiará.

I. INTRODUCCION

Las repercusiones sociales de la informática han sido, y serán, de tal magnitud que el Derecho, en cuanto coordinación ética de las relaciones sociales y como técnica de resolución de conflictos, se ha visto compelido a regular y resolver todos aquellos supuestos en los que el uso y abuso de los medios informáticos, ha originado lesiones de distinto orden a los bienes y derechos de las personas. Problemas tales como propiedad del «software», «virus informáticos», delitos perpetrados mediante la informática, etc... son realidades que hoy preocupan a la sociedad y, por tanto, al Derecho. Ello

comporta que el jurista, en sus distintos campos, doctrinal, jurisprudencial y práctico, se vea forzado a tener que dar una respuesta a dichas cuestiones. Como afirma KAISER, el desarrollo de la informática ha suscitado, a la vez que la esperanza de una sociedad mejor informada, más próspera y más libre, serios temores por el mantenimiento del equilibrio de los poderes en las sociedades democráticas, así como por los derechos del hombre y las libertades públicas, se trata de un delicado problema: conciliar el poder estatal, el interés público, con los derechos inviolables de la persona, en base a un espíritu democrático y al Estado de Derecho⁽¹⁾. Es por ello que nos unimos a las palabras de FROSINI: «Se puede, por consiguiente, comprobar una progresiva “computerización” de la vida privada, no sólo en cuanto se refiere a la cantidad numérica de los individuos fichados, sino también respecto a la particularidad, siempre más detallada y precisa de las informaciones que les conciernen»⁽²⁾.

El tratamiento legal de la cuestión puede abordarse según distintas técnicas legislativas:

1.^a A través de un enfoque de ámbito constitucional, tal y como sucede en Portugal, Austria o España.

2.^a Los que dispensan un tratamiento globalizador, mediante una Ley General de Protección de Datos, así Francia, Alemania o Suecia.

3.^a Mediante un enfoque de carácter sectorial, dictando normas diferentes para el sector público y el privado, o bien sólo para uno de ellos, como sucede en Estados Unidos o en Dinamarca.

4.^a Por último, un tratamiento específico para temas y actividades concretos, así la Ley Sueca de Información crediticia de 1973.

Es de destacar igualmente el Convenio de Protección de Datos del Consejo de Europa de 28 de Enero de 1981, ratificado por España en 1984, inspirado en las recomendaciones de la OCDE de 1981; así como las dos Propuestas de Directivas de la CEE sobre la materia de 1990.⁽³⁾ El problema reside en que la solución legal debe evitar la creación de una normativa tan rígida y formalista que impida la existencia y funcionamiento de los bancos de datos, tan útiles en muchos casos. De otro lado, las normas no han de ser

⁽¹⁾ Vid. KAISER, P.: «*La protezione de la vie privee*». Ed. Economica, París, 1984, pág. 288. Así mismo, PÉREZ LUÑO, A. E.: «*Nuevas tecnologías, Sociedad y Derecho*». FUNDESCO, Madrid, 1987; ORLANDO CASCIO, D.: «*Sulla tutela della riservatezza*». En: «*Banche dati e diritti della persona*». Ed. Giuffré, Milano, 1986, págs. 247 y ss y FROSINI, V.: «*Human rights in the computer age*». En *Rv. Informática e Diritto*, 1989, págs. 7 y ss.

⁽²⁾ Vid. FROSINI, V.: «*Cibernética, Derecho y Sociedad*». Trad. SALGUERO TALAVERA y SORIANO DÍAZ, Técno, Madrid, 1982, pág. 179. Sobre la multitud de fuentes de recogida de datos, véase Lindon, R. «*Dictionaire juridique: les droits de la personnalité*». DALLOZ, París, 1983, pág. 123.

⁽³⁾ Vid. BENAVIDES DEL REY, J. L.: «*Aspectos jurídicos de la protección de datos*». *Rv. Fundesco*, n.º 38 de 1984. En el mismo número, véase SANTODOMINGO GARACHANA, A.: «*Una reflexión sobre el anteproyecto de Ley para la Protección de Datos*», pág. 5 y ss.

tan flexibles e inconcretas que impidan su plena eficacia y aplicación. No se trata, por tanto, de un enfrentamiento o restricción de la informática en cuanto avance esencial de nuestra época, sino de controlar su utilización y sus fines. En definitiva, se trata de disciplinar el fenómeno bajo la perspectiva del control social y democrático de la informática, y de garantizar a la persona su capacidad de decisión y control sobre la existencia, contenido, utilización y fines de los ficheros y bancos que le afectan⁽⁴⁾.

De otro lado, nuestra Constitución como otras de su entorno, ya preveía los posibles abusos y peligros que la informática podía generar, por lo que en su artículo 18.4 vincula este fenómeno a contenidos tan elevados como los del Título Primero: los derechos y deberes fundamentales. En concreto, en su Capítulo 2.º, de los derechos y libertades, al ocuparse de derechos fundamentales tan esenciales a la persona como el honor y la intimidad, entre otros, establece en el párrafo 4.º del artículo 18 como una «garantía» de la esfera privada de libertad del individuo y de sus bienes jurídicos tan esenciales como los antes mencionados. A tenor de dicho precepto, «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». Este precepto implica un mandato ineludible al legislador para que establezca los mecanismos legales precisos a fin de crear las condiciones necesarias para que tales garantías resulten real y efectivamente aplicables. Castell, al comentar este artículo afirma: «En la mente y en la intención de los autores del 18.4, se denotaba la voluntad, no del todo explícita, de embridar una potente innovación tecnológica, que explotaba por doquier con creciente fuerza», sin embargo, crítica la redacción y alcance del precepto: «La pretensión de establecer garantías de control de los controladores, encubría la falta de alcance de la fórmula adoptada finalmente»⁽⁵⁾. El precepto liga así la limitación informática al campo individual representado por la «privacy», dejando a un lado afrontarla desde el plano social e institucional, tal y como ha señalado la doctrina, con lo que el tema de la protección de datos no se aborda desde ambos planos cruciales. Sin embargo, existen normas como el artículo 1-b de la Proposición de Ley de Colombia sobre la protección de la «privacy», en la que expresamente se fija como uno de los objetos de la misma «democratizar el poder informático»⁽⁶⁾. Con su ubicación en el artículo 18 se vincula el fenómeno de la informática al campo de los derechos fundamentales de la persona, lo cual tiene como primera consecuencia que la legislación desarrolladora del precepto antes citado habrá de ser por fuerza una Ley Orgánica,

⁽⁴⁾ Vid. CLARIZIA, R.: «*La proposta del progetto Mirabelli per la tutela della riservatezza*». En: «*Banchi di Datti e Diritti della Persona*», CEDAM, Padova, 1985, págs. 128 y ss.

⁽⁵⁾ Vid. CASTELL ARTECHE, J. M.: «*La limitación informática*». En: «*Estudios sobre la Constitución Española*». H.º a GARCÍA DE ENTERRÍA, coordinador MARTÍN RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1991.

⁽⁶⁾ Véase el análisis hecho por LOSANO, M. G.: «*Una proposta di legge sulla privacy nella Repubblica di Colombia*». R. Informática y Diritto, 1988.

con las consecuencias de tramitación y jerarquía que ello conlleva.⁽⁷⁾ No obstante, esta afirmación no es unánime en la doctrina pues existen autores como Sempere Rodríguez cuya opinión difiere pues afirma que poniendo en relación los artículos 53.1 y 81 de la CE, la reserva de ley ha de aplicarse sólo a la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, es decir, los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título 1.º. Como consecuencia de ello dice: «En tanto en cuanto el desarrollo particularizado de los derechos consagrados en el artículo 18 imponga límites al ejercicio de otros derechos, aquellos deberán ser regulados por ley orgánica, pero ello en ningún caso quiere decir que la materia en cuestión, en este supuesto el uso de la informática, deba ser regulado por ley».⁽⁸⁾ Sin embargo, el legislador ha planteado la cuestión en sus términos exactos: estamos ante una norma cuyo contenido y finalidad entran de pleno en un campo reservado a regulación por ley orgánica, tal y como expresa el artículo 1 del Proyecto: desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución y «tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos». Mal podría cumplir tales tareas una norma de otro rango, pues su posición jerárquica le obligaría a ceder en determinados conflictos con otros derechos y normas de superior rango, tal y como sería el caso de la libertad de creación, estudio de investigación, práctica médica, etc... (véase el art. 10.7-b del Proyecto). De otro lado, su misión de mecanismo de garantía del pleno ejercicio de los derechos, así como del respeto a los derechos fundamentales, hacen necesario que su rango tenga la «fuerza» suficiente y paralela a tan alta misión. Es por ello que los derechos consagrados en esta Ley pueden entrar en conflicto con las facultades dominicales del propietario de los bienes informáticos, que están limitadas ahora en su ejercicio pues no pueden transgredirse los límites de «privacidad» y fines que el Proyecto consagra. Igualmente sucede con el principio de libertad de empresa: no cabe ya utilizar bancos de datos para almacenar contenidos que puedan suponer discriminación laboral, o contener datos de posibles clientes o que estos no quieran que estén en poder de la empresa. Además, nuestra Constitución recoge la limitación de la informática en su seno como una garantía que los poderes públicos tienen que proporcionar al ciudadano, tal garantía ha de ser respetada por el Estado y los particulares. Todo ello, hace que consideremos adecuado el desarrollo legislativo por vía de la Ley Orgánica, tal y como se ha hecho en el Proyecto, pues de lo contrario poca eficacia

⁽⁷⁾ Sobre la cuestión véase la obra de PEMÁN GAVÍN, J.: «Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho». En «Estudios sobre la Constitución Española». Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA». Madrid, Civitas, 1991, Tomo I.

⁽⁸⁾ Vid. «Comentarios a las Leyes Políticas» EDESA, Madrid, 1984, Tomo II, pág. 436 y ss.

hubiese podido desplegar, además de obligar a un desarrollo fragmentado y parcial poco adecuado a la importancia del tema.⁽⁹⁾

De otro lado, es interesante resaltar dos cuestiones que la norma plantea:

La primera es la referente al hecho de que, en principio, al tratarse de derechos fundamentales la Ley se aplicará a las personas físicas ya que son estas las que, en puridad de conceptos, son titulares de los bienes jurídicos protegidos por aquellos derechos. Es decir, los datos sensibles cuyo almacenamiento y uso se pretende limitar y regular están referidos a las personas físicas, pero no a las jurídicas. No obstante, puede suceder que alguna de las conductas prohibidas por la norma afecte a personas jurídicas de distinta índole y que estas puedan verse afectadas por ello sin contar con un mecanismo defensivo adecuado a través de esta norma, si bien cabe utilizar la tutela de la acción aquiliana del artículo 1902 del Código Civil en un proceso declarativo ordinario.⁽¹⁰⁾ En atención a ello, se prevé en la Disposición Final Tercera que «el Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, podrá asimismo extender la aplicación de la presente Ley a los ficheros que contengan datos referentes a las entidades, sociedades y otras personas jurídicas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen». Esto no supone que la persona jurídica pase a adquirir la condición de sujeto titular de los derechos y facultades que consagra la norma, pues por esencia ello no es posible, pero para evitar lesiones inadmisibles por indefensión los mecanismos legales, debidamente adaptados, podrán ser extendidos para la protección de tales entidades. Contrasta la postura de la propuesta colombiana, antes reseñada, en el tema ya que el artículo 3-a) de la misma se alude a la tutela de las personas físicas y «personas jurídicas y entes naturales», teniendo estos últimos características comunes con las personas jurídicas, si bien, como señala GUERRERO MATEUS, tales entes no llegan a adquirir personalidad jurídica, pero sin que ello sea obstáculo a crear situaciones jurídicamente relevantes⁽¹¹⁾.

La segunda cuestión es la relativa a si dentro del ámbito subjetivo de la Ley debemos considerar incluidos, en base al término «ciudadanos», a los nacionales de nuestro país exclusivamente o, por el contrario, también a los

⁽⁹⁾ No obstante, determinados preceptos del Proyecto tienen carácter de Ley ordinaria en atención a su materia, tal y como establece la Disposición Final 5.ª.

⁽¹⁰⁾ Véase en este sentido VIDAL MARTÍNEZ, J.: «*El derecho a la intimidad en la Ley de 5 de Mayo de 1982*». Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 56 y nota 59; PÉREZ CÁNOVAS, N.: «*Las personas jurídicas y el Derecho al Honor*». R. F. Derecho de Granada, n.º 15 de 1988, pág. 93 y ss. En el ámbito laboral existe, dentro del deber de buena fe, el llamado «deber de secreto profesional» que veda al trabajador toda conducta de transmisión o difusión de datos concernientes a su empresa que se consideren privados, máxime si conllevan una competencia desleal, ello se consagra en los artículos 72 de la Ley de Contrato de Trabajo y 198 y 499 del Código Penal. Véase ALONSO OLEA, M.: «*Derecho del Trabajo*». Ed. Un. Complutense, Madrid, 12.ª edición. Lo mismo sucede con los funcionarios en los artículos 367 y 368 del Código Penal.

⁽¹¹⁾ Véase GUERRERO MATEUS, M.ª F.: «*Osservazioni sulla proposta di legge sulla "privacy" nella Repubblica di Colombia*». R. I. e Diritto, 1989, pág. 83 y ss.

extranjeros. El término ciudadano hace referencia a la idea de persona, no en cuanto sujeto individual, sino como miembro de una comunidad situado dentro de un marco de relaciones con los demás sujetos. Por ello cuando la CE utiliza el término no lo entiende como sinónimo de «nacional» cuando se está refiriendo a la titularidad de los derechos que son fundamentales en cuanto a su condición de persona, por lo que los extranjeros son también sujetos titulares de esos derechos constitucionalmente amparados.⁽¹²⁾ En base a ello, debemos considerar que toda persona física es sujeto titular de los derechos consagrados en la presente norma, estando legitimado por ello para ejercitarlo mediante los cauces que reglamentariamente se determinaran, independientemente de su nacionalidad o cualquiera otra condición (así, refugiados, transeúntes, etc....).

Por otra parte, una Ley de estas características se ha de enfrentar a distintos problemas dándole unas soluciones de diversa índole. En primer lugar, debe establecer unos mecanismos de control de los medios informáticos, en segundo lugar, se han de consagrar un conjunto de derechos, de carácter subjetivo y de máxima jerarquía, que la persona puede ejercitar en defensa de su privacidad. De otro lado, deben crearse los mecanismos necesarios para hacer efectivo y eficaz el ejercicio de los mismos, arbitrando las medidas necesarias para sancionar su violación o la obstaculización de éstos.

El problema que nos ocupa se centra en la existencia y transmisión indiscriminada de bancos de datos, públicos y privados, cuyo contenido, titularidad y fines no son conocidos en muchos casos por las personas que en ellos figuran. Datos tan «sensibles» como salud, antecedentes penales, religión, estados civiles, situación económica, filiación política, etcétera, pueden estar almacenados, ser transmitidos, incluso a título lucrativo, y ser utilizados con fines no siempre lícitos o, cuando menos, desconocidos o perjudiciales para el sujeto.⁽¹³⁾

⁽¹²⁾ Véase el razonamiento de SEMPERE RODRÍGUEZ en lo relativo a los artículos 13.2 y 23.1 CE en su op. cit.

⁽¹³⁾ Tal es el caso de las empresas que con fines comerciales almacenan el contenido de las resoluciones judiciales para elaborar listas en base a criterios de morosidad, sanciones penales, accidentes de tráfico, etc... que luego son vendidas a empresas y entidades bancarias y de seguros, para decidir, por ejemplo, la concesión de créditos o la contratación de trabajadores. Ello motivó que algunos jueces se negaran a facilitar el texto de sus sentencias a tales empresas, alegando el posible mal uso de su almacenamiento, lo cual contradice el esencial principio de publicidad de las mismas, tal y como declaró el Pleno del C. G. P. J. el 30 de Noviembre de 1990. Se trata de crear los mecanismos jurídicos necesarios al ciudadano para acceder y rectificar o cancelar, según el caso, el contenido de esa base de datos en lo referido a su persona. (Vid. diario «El País» de 1 de Diciembre de 1990, pág. 29). Este interesante tema es objeto de estudio por AZPARREN LUCAS, A.: «Intromisión en el honor e intimidad de las personas por medio de las Sentencias». En Actualidad y Derecho, n.º 7 de 1992 donde afirma que «con carácter general se puede, por tanto, que las sentencias se encuentran exceptuadas por el artículo 8.1 (de la Ley 5 de Mayo de 1982) no pudiendo considerarse ilegítimas las intromisiones al honor o a la intimidad divulgadas por una sentencia». En el mismo sentido interpreta el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de Junio de 1989 el artículo 120.1 C. E. pues las resoluciones judiciales se entienden públicas. No obstante, el artículo 906 de la LECrim. permite publicar las sentencias

A tenor de la Constitución, la limitación del uso de la informática pretende evitar dos posibles daños diferentes: la lesión al honor e intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de sus derechos. En lo que a nuestro trabajo se refiere, debemos atender fundamentalmente al bien jurídico de la «intimidad», para precisar inmediatamente que este concepto no es el adecuado para el campo en que nos desenvolvemos, pues hoy la doctrina y el legislador han admitido ya el concepto de «privacidad» de origen anglosajón, («privacy»)⁽¹⁴⁾.

De otro lado, se trata de la consagración a nivel legislativo de un conjunto de derechos subjetivos, referidos a la persona como individuo, como miembro del grupo familiar y como ciudadano, en el seno de los cuales el bien jurídico protegido viene referido a contenidos que afectan a distintos aspectos o esferas de su titular: antecedentes penales, situación familiar, salud, profesión, situación económica, religión, filiación política, etc... y cuyo conocimiento y difusión pueden o no interesar al sujeto o a la sociedad. Lógicamente, se antepone en ciertos casos el interés general como límite al ejercicio de estos derechos, así los datos necesarios para la Hacienda Pública o la Seguridad o Defensa Nacional. En otros supuestos, el almacenamiento de los datos se hace con fines estadísticos o de investigaciones sociológicas; o bien tales datos forman parte de la fase previa a una relación comercial: concesión de un préstamo o expedición de una tarjeta de crédito. El problema no es tanto la existencia de un banco de datos, como el conocimiento que el sujeto tenga del contenido que le afecta, de su veracidad, del grado de privacidad que comporten los datos, y del uso que de los mismos haga el titular de tales bancos.

Las medidas a adoptar, básicamente, han de ser del siguiente orden:

– Un Registro que publique la existencia y finalidad de los bancos de datos, sean públicos o privados, para que su existencia sea conocida por todos, así como su titularidad y fines.

– Unas medidas de control de las personas que pueden tener acceso a tales bancos, sobre todo los que contengan datos «sensibles».

– Un código deontológico para el profesional informático que le dicte una «lex artis» de su profesión, en cuanto imperativo ético de conducta, que

suprimiendo los nombres, lugares y circunstancias, e incluso las partes de la misma que puedan ofender a la decencia o atentar a la seguridad jurídica. Por tanto, establecer «bancos parapoliciales de conductas delectivas» de titularidad privada nos parece inadmisibles de todo punto, por lo que el archivo informatizado de sentencias habría de realizarse bajo estricto control y, desde luego, sin contener datos de identificación de los sujetos implicados en los asuntos tratados en la sentencia. Incluso el artículo 7.7 de la Ley de 1982 considera intromisión la revelación de datos privados de una persona o familia *conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien las revela*, conducta ésta que impide facilitar tales datos a profesionales, funcionarios y empresarios con destino a ficheros informatizados.

⁽¹⁴⁾ Se afirma que el origen del término está en la obra de WARREN, S. y BRANDEIS, R.: «*The Right to Privacy*» publicada en *Harvard Law Review*, en 1890. Vid. WACKS, R.: «*The Protection of Privacy*». London, Sweet & Maxwell, 1980.

consagre una «clausular de conciencia» en la que éstos puedan apoyarse en ciertos casos, así como el deber de secreto, etc...

– La prohibición absoluta de los abusos ocasionados por el «uso desviado» de los datos a fines distintos a los inicialmente previstos y constados. Ello implica la prohibición de las «listas negras» comerciales, laborales, políticas, etc... así como la transmisión comercial de los datos sin consentimiento del sujeto perjudicado.

En el campo concreto de los derechos subjetivos, se trata del reconocimiento de un conjunto formado el derecho de acceso a los ficheros y conocimiento de su contenido, el derecho a obtener la rectificación de su contenido cuando no se ajuste a la realidad, el derecho a la cancelación del contenido cuando éste afecte a datos sensibles que no puedan ser almacenados sino en ciertas circunstancias y el derecho a ser indemnizado por las lesiones que tales abusos puedan producir, para lo cual la norma se remite parcialmente a la legislación penal.

II. PRIVACIDAD E INTIMIDAD

De la lectura del texto se deduce la incorporación al campo jurídico de nuestro país de una serie de términos que, siendo fundamentales para una perfecta comprensión y aplicación de la norma, sin embargo no son fáciles de dotar de contenido exacto. En efecto, palabras como «privacidad» y «datos sensibles» son nuevas en nuestro lenguaje jurídico y, sin embargo, son relevantes a la hora de comprender la norma.

En relación con el término «privacidad», cuyos orígenes han sido comentados anteriormente, su incorporación al texto fue criticada durante el debate parlamentario por considerarse ambiguo y poco definido, ya que pareció mas adecuado mantener el de «intimidad» cuyo contenido y alcance está mas perfilado. En el Derecho Italiano, el término «riservatezza» viene a hacer referencia a la contraposición de intereses entre los sujetos y el almacenamiento y difusión de datos o noticias concernientes a la vida privada de las personas. En el fondo, se trata del interés subyacente del sujeto por conocer y controlar las informaciones que le conciernen, para evitar la difusión de aquellas que pueden ser contrarias a sus intereses, su honor, etc... «es un modo de ser que se contrapone a la publicidad», es un concepto que incluye notas psicológicas y sociales, como dice DE CUPIS es el modo de ser de la persona que consiste en la exclusión de los demás del conocimiento de cuanto hace referencia a la misma persona, es un «modo de ser negativo» de la persona con respecto a los otros sujetos, y más precisamente respecto del conocimiento de éstos. No está referida a su esfera física, sino al orden espiritual que consiste en la exigencia del aislamiento moral, a la no comunicación externa de cuanto atiende a la persona como individuo: es una cualidad

moral de la misma basada en su «derecho a estar sólo».⁽¹⁵⁾ En definitiva, se trata de tener acceso, conocimiento y disposición (control) de lo que Romeo CASABONA llama «identidad informática» para controlar el uso que se realiza de tales datos. Este mismo autor afirma: «Un breve examen de la protección penal de la intimidad en nuestro Derecho revela que aquélla responde a concepciones ya superadas y parcelarias, que resulta insuficiente y, por tanto, insatisfactoria, y mucho más si la vulneración se produce por medios informáticos».⁽¹⁶⁾ De salida, nos parece decisiva la afirmación de Clarizia, en base al proyecto MIRABELLI, de que en una sociedad informatizada la misma noción de intimidad se modifica, pues resulta ya insuficiente.⁽¹⁷⁾ La idea de intimidad personal hace referencia a una esfera de la persona y de su actividad que se sustrae deliberadamente del conocimiento ajeno. Ello le vincula a otras facetas como el honor o la imagen, en cuanto se trata de un ámbito garantizado de la persona frente a intromisiones ilegítimas e inconscientes por ésta. El propio consentimiento y el ámbito que por la propia conducta se reserva cada persona, son elementos delimitadores del alcance de este derecho, de acuerdo con las normas y usos sociales, lo cual se pone plenamente en evidencia en los casos de colisión con el derecho a transmitir información, tal y como afirma el T.C. en su Sentencia de 5 de Noviembre de 1990, entre otras. En todo caso estamos ante un concepto unitario con distintas manifestaciones, basado en la dignidad de la persona frente a distintos tipos de intromisiones que de una u otra forma afectan a su vida privada, a su honor, etc....⁽¹⁸⁾ Sin embargo, es importante evitar una indeterminación del concepto lo cual ha sucedido con el término anglosajón «privacy» en cuanto se ha fragmentado su unidad pues se utiliza para hacer referencia a problemas diversos tales como tranquilidad espiritual, derecho al aislamiento, nombre comercial, integridad física o mental, secreto profesional, etcétera, tendientes a reunir toda la gama de derechos y libertades de ámbito individual.⁽¹⁹⁾ En definitiva, ello se conecta con otros términos como «reserva de vida privada», «esfera personal y familiar», que son análogos y pretenden evitar toda una

⁽¹⁵⁾ Vid. «*I Diritti della Personalità*». En «*Trattato di Diritto Civile e Commerciale*», de Cicu y Messineo. Milano, Giuffrè, Vol. 4.º, 2.ª edición, pág. 283.

⁽¹⁶⁾ Vid. ROMEO CASABONA, C. M.: «*La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información*». R. I. e Diritto, 1987, pág. 115 ss. Véanse los artículos 194, 195 y 196 del Anteproyecto de Código Penal de 1992 donde se le encuadra dentro de los delitos contra «la intimidad y el secreto de las comunicaciones».

⁽¹⁷⁾ Vid. op. cit. pág. 129; véase también LASARTE ALVAREZ, C.: «*Derecho a la Intimidad "versus" libertad informativa: la primacía constitucional de la intimidad*», en R. Tapia, n.º 64 de 1992.

⁽¹⁸⁾ No es fácil hacer una clasificación de tales intromisiones, tal y como se deduce de la obra de FARIÑAS MATONI, L.: «*El Derecho a la intimidad*». Trivium, Madrid, 1983, pág. 7; véase la sistematización que hace ORELLANA ROJAS, G.: «*Informática y derecho a la intimidad*» en las Actas del II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Ed. CREI, Guatemala, 1989, pág. 137

⁽¹⁹⁾ Vid. ROBERTSON, A.: «*Privacy and human rights*». Manchester University Press, 1973 y Belvedere, A.: «*Riservatezza e strumenti d'informazione*». En «*Dizionario del Diritto Privato*». Dir. N. Irti, Varese, 1980, Tomo 1, pág. 727.

gama de conductas lesivas contra la esfera privada personal y familiar del sujeto. Tales intromisiones varían desde la intromisión en el domicilio, escuchas telefónicas, violación de correspondencia, divulgación de noticias y cualquier otra forma de perturbación de la «paz doméstica». Se entiende que la privacidad es una necesidad básica, esencial para el desarrollo y mantenimiento de una sociedad libre, así como para la madurez y estabilidad de la personalidad individual. En consecuencia, estamos ante la base para la consagración de un derecho de toda persona frente a las agresiones contra sí mismo, su hogar, su familia, sus relaciones y comunicaciones con los demás, su propiedad y sus negocios. Así concebido, este derecho incluye la protección frente a utilizaciones no autorizadas de su imagen, de su identidad, su nombre o sus documentos personales⁽²⁰⁾.

En todo caso, es evidente que este derecho posee múltiples matices que confieren a la persona un amplio ámbito de facultades. De un lado, una posibilidad de excluir a los demás del conocimiento de aquellos aspectos de su vida privada que considere restringidos a su esfera personal o familiar. Este sería el «modo de ser negativo» de que hablaban CARNELUTTI y DE CUPIS. De otra parte, su consentimiento expreso puede ser la razón que legitime el conocimiento o difusión de cualquiera de estos aspectos privados, sobre todo cuando la persona los facilita en el seno de una relación contractual. Sin embargo, como todo derecho posee unas limitaciones que circunscriben su ámbito y modalizan su ejercicio; el interés general representado por distintas razones que permiten unas «inmisiones o intromisiones legítimas»: la seguridad del Estado, la prevención del delito, la investigación y tratamiento sanitarios, etc...⁽²¹⁾.

Por otra parte, la jurisprudencia ha consagrado una postura que atiende a la mayor o menor relevancia pública de la actividad o cargo del sujeto, así como a sus hábitos y conducta personal, para establecer los límites de ese ámbito de exclusión del conocimiento de datos de la vida privada.

En relación con la informática, el catálogo de intromisiones podría realizarse en los términos en que lo hace ORELLANA ROJAS señalando una problemática entre informática y derechos en distintos ámbitos:

1.º Aspecto individual:

- a- Protección del derecho a la privacidad.
- b- Derecho de acceso a los datos (el «habeas data» que citan Niblett y Tchang-Benoit).
- c- Derecho de la persona a ser informada de los datos registrados sobre ella.

⁽²⁰⁾ Vid. Wacks op. cit. pág. y sig.

⁽²¹⁾ No obstante, el debate del Proyecto ha puesto de manifiesto lo «discrecional» de tales límites, sobre todo en los bancos de datos policiales y de Hacienda. Véase el diario «El País», 15 de Mayo de 1991, donde algunos juristas tratan esta limitación de anticonstitucional.

d- Derecho de la persona interesada a obtener la rectificación de los datos existentes sobre ella.

e- Derecho a que los datos se utilicen sólo para la finalidad concreta para la que fueron registrados.

f- Derecho a que se cancelen datos cuyo almacenamiento no sea consentido o carezca de legitimidad.

2.º Aspecto institucional o social:

a- Determinación de los gestores de la informática.

b- Posibilidad de informática privada.

c- Control democrático de la informática.

d- Métodos a emplear en la elaboración de las informaciones.

e- Control y Registro de los bancos de datos públicos y privados.

f- Código deontológico de los informáticos.

3.º Aspecto relativo a la protección del individuo frente a los abusos:

a- Organismo especializado de la Administración.

b- Comisario Parlamentario, Agencia de Protección de Datos, Defensor del Pueblo.

c- Catálogo de infracciones, sanciones y penas.

d- Protección jurisdiccional.

Como puede verse, las implicaciones y demandas que la materia plantea a nivel legislativo, judicial y administrativo, son múltiples e importantes. A todas ellas pretende dar satisfacción la norma que comentamos, para lo cual parte del mandato constitucional, establecido en los términos que conocemos, pero con plena conciencia de las dificultades que ello ha de solventar. La primera de ellas consiste en que el concepto de intimidad no posee el ámbito objetivo necesario para contener todos los aspectos que la norma pretende proteger. Es por ello que el legislador, en la Exposición de Motivos, aborda la cuestión y nos da las razones por las cuales utiliza ya el término privacidad.

Tras hacer alusión al mandato de nuestra Constitución, cuya modernidad hace que establezca tales garantías frente a la posible utilización «tortícera» de la informática, lo cual tiene su origen en el desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos que pone a la privacidad ante una potencial amenaza antes desconocida. Dice el texto: «Nótese que se habla de la privacidad, y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto que la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo– la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer

de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad en sentido estricto está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la CE y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo». Se trata, por tanto, de un concepto más amplio y globalizador de la esfera personal y familiar, que no se circunscribe a lo que hasta ahora entendíamos por «circulo privado» de la persona, sino de toda una serie de referencias a la misma que sirven para hacer una suerte de «retrato de su personalidad» personal, familiar y social: creencias, religión, salud, taras físicas o psíquicas, comportamientos sexuales, gustos y hábitos de consumo, profesión, propiedades y bienes, deudas pendientes, nivel salarial, nivel cultural y educacional, crédito comercial, etc... entran dentro de ese «supraconcepto» que es fuente de datos de la persona que permiten «retratarle» y obtener información útil para distintas finalidades, sin que el sujeto conozca tan siquiera que tales datos existen y están en posesión de terceras personas o entidades públicas o privadas. En definitiva, nos abonamos a la postura de Alpa en el sentido de que cuando se habla de intimidad, reserva, vida íntima o privada nos estamos refiriendo tan sólo a un aspecto significativo, pero incompleto, del problema. Se entiende que aludimos a las intrusiones en la vida familiar y personal, a la intimidad de las actividades que se desarrollan entre las paredes de la casa, por lo que el daño sólo acontece en la medida en que se viola esta esfera de privacidad, ya sea por publicación de noticias reservadas, sea por difusión de datos personales «e custoditi con cura», o por el uso de las imágenes que se ofrecen al público relativas a aspectos de la vida privada destinadas a permanecer, por su naturaleza, en la intimidad. Por ello, las descripciones y definiciones que hoy se ofrecen sobre la intimidad son parciales y no adecuadas para afrontar el problema en su complejidad. Se trata de elaborar un derecho a la exclusividad del conocimiento de aquello que pertenece a la vida privada, en el sentido de que nadie puede tomar conocimiento ni revelar aquello de esa esfera que el sujeto no quiere que sea conocido por los demás. Se trata de que la persona tenga un poder de control sobre el modo en que las informaciones son recogidas, sobre su contenido y veracidad y sobre el uso que de las mismas puede hacerse⁽²²⁾.

El problema básico estriba en la falta de una figura jurídica netamente perfilada que diera acogida, como bien jurídicamente protegido, a tan complejo contenido. Por ello decía RESCIGNO que la pretensión general de una protección de la persona frente a la «indiscreción», no existía en las legislaciones modernas. «Por lo menos, no existe una fórmula amplia capaz de comprender todas las formas de agresión a la reserva».⁽²³⁾ Esta es la función

⁽²²⁾ Vid. ALPA, G.: «*Compendio del nuovo Diritto Privato*». UTET, Torino, 1985.

⁽²³⁾ Vid. RESCIGNO, P.: «*Persona e comunità*». Bologna, 1966.

y contenido del concepto de privacidad y prueba de ello es que actualmente multitud de ordenamientos contienen ya normas legales que la consagran y tutelan.⁽²⁴⁾ La estructura del término en su origen norteamericano se compone de una doble faceta: «disclosural privacy» e «informational privacy», que tratan de los dos aspectos que reviste el «asalto a la privacidad», la invasión de la esfera privada, la toma y registro de datos, su utilización ilícita y su difusión pública. Como dice RODOTÁ, privacidad significa soledad, aislamiento («el derecho a estar solo»), intimidad, anonimato, reserva, discreción y por ello es un concepto que se proyecta sobre y frente a la colectividad, en el seno de la «aldea global»⁽²⁵⁾. Dice ALPA que no se trata de defender al hombre en su fortaleza, «su castillo», no es una cuestión de hermetismo o secreto, ni de asegurar la custodia de un espacio vital, sino de controlar la esfera de reserva que cada uno porta dentro de sí mismo y que aparece «transparentada» e inerte ante los medios y métodos de indagación organizada de los aparatos públicos y privados. Tampoco es posible, por otra parte, el recurso a la privacidad para ocultar datos de carácter económico, patrimonial o penal, impidiendo con ello aquellas formas de control social que tutelan los intereses de la comunidad.

Se trata, por tanto, de la defensa de la persona frente a la intromisión, la recogida, difusión y utilización de aspectos de su vida pertenecientes a su privacidad, actos que hoy son frecuentes y ante los cuales no podía oponerse un conjunto de instrumentos jurídicos eficaces. El aumento de este fenómeno se produce porque, como dice el Proyecto, «las fronteras de la privacidad estaban definidas por el tiempo y el espacio». El primero, procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo así la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban así, como salvaguardia de la privacidad de la persona». El problema es que estos límites han desaparecido hoy, tiempo y espacio no son obstáculo para la informática que puede recoger almacenar, procesar y cruzar datos de muy distinta índole, sea cual sea su lugar y momento de procedencia, sin conocimiento ni consentimiento de la persona afectada. Las posibilidades que ello comporta no escapan al legislador: «Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquélla a la que sólo debe tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que autorice». Por tanto, el problema no es sólo la recogida y almacenamiento

⁽²⁴⁾ Así, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Austria, Australia, Japón, entre otros y Textos Internacionales y a nivel de la Comunidad Europea, suscritos ya por nuestro país.

⁽²⁵⁾ Rodotá, St.: «*Alla ricerca delle libertà*». Bologna, 178.1.

ilícito de los datos, sino que el riesgo es aún más grave: «El conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor (se basa en la dignidad como afirma Fariñas); y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos». En definitiva, el concepto de privacidad establece una nueva frontera que garantiza aquel ámbito que contiene, para evitar que «un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad, no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 CE y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley».

III. LOS LLAMADOS DATOS SENSIBLES

Debemos plantearnos ahora cuales son esos «datos sensibles» que dotan de contenido a la privacidad y que lógicamente deben hacer referencia al ámbito de la misma. A tenor de la Doctrina, se entienden por tales, «prima facie», los datos relativos a la salud, vida sexual o convicciones políticas o religiosas, sobre los que no hay obligación de declarar, a tenor del artículo 16.2 CE. No obstante, señala CASTELL, «también se denotaba que datos perfectamente “anodinos” se descubrían de golpe como extraordinariamente sensibles, mediante un simple cambio del fin perseguido, cuestión fácil de llevar a cabo dada la extrema multifuncionalidad de dichos datos».⁽²⁶⁾ Ello pone de manifiesto que, en muchos casos un dato es inucuo o sensible, no ya por su contenido, sino por el uso que de él se haga, pues como señala el autor citado «la interconexión de ficheros, la libre utilización de los datos, producen la denominada teoría del mosaico (Simitis), por el que datos «a priori» irrelevantes, pueden servir para una finalidad diferente y, por lo tanto, proporcionar claves insospechadas sobre una determinada persona». En tal sentido, la postura más lógica, que sostiene la Jurisprudencia alemana, es la de no establecer diferencias entre los datos, atendiendo fundamentalmente al contexto y finalidad con que se utiliza. Por tanto, una norma eficaz ha de atender, no al contenido en concreto del dato desligado de cualquier otro elemento, sino utilizar criterios flexibles adaptables a los supuestos y contextos concretos del caso.

TONIATTI hace unas distinciones partiendo de unos «datos personales irrelevantes o de rutina», sustraídos a este régimen normativo especial. Posteriormente, desde un punto de vista material entiende por datos sensibles «aquellos que más directamente se refieren sea a la esfera personal e íntima,

⁽²⁶⁾ Vid. CASTELL ARTECHE, J. S.: «*La limitación informática*». En «*Estudios sobre la Constitución Española*». cit., pág. 924.

sea a la titularidad de los derechos fundamentales de libertad», en tal sentido, cabe citar creencias religiosas, opiniones políticas, salud, antecedentes penales, origen racial, vida sexual, etcétera. Por último, habla de unos «datos supersensibles o sensibilísimos «para atender a una categoría especial en la que el ordenamiento excluye incluso al propio interesado y el ejercicio de sus medios de control para el acceso, corrección, etc...» Se trata esencialmente de datos personales clasificables desde el punto de vista material como datos ordinarios y sensibles que se cualifican ulteriormente por su presencia en archivos destinados a finalidades de orden particular y de valor preeminente, entre los que destacan, en primer lugar, la protección del orden público y de la seguridad nacional y, en segundo lugar, la intimidad en materia sanitaria».⁽²⁷⁾ Este es el espíritu que subyace en el texto del Convenio de 28 de Enero de 1981, ratificado por España (BOE 15 de Noviembre de 1985), pues además de atender al contenido de los datos, en función de los distintos grados de privacidad, atiende también al control de los métodos y fines de su registro y conservación, estableciendo unas garantías sobre información, acceso, corrección y borrado en favor de la persona afectada.

En definitiva, partimos de una categoría básica de datos sensibles atinentes a las materias ya citadas, si bien la limitación ha de extenderse a los procedimientos, medios y fines del registro de los datos, ya que datos inicuos, en principio, pueden servir para finalidad no admisibles. Por ello, no caben posturas categóricas sobre la cuestión, partiendo de unas materias y bases mínimas, sino que deben emplearse criterios flexibles que se adapten a supuestos concretos en atención a las circunstancias de cada caso.

IV. LAS GARANTIAS

Nos encontramos ahora con otra de las importantes aportaciones que la norma introduce. No se trata ya de meras técnicas limitativas o sancionatorias, sino que el legislador ha querido dar carta de naturaleza a unos derechos subjetivos de carácter personal atribuidos ya a todas las personas físicas. Estamos ante instrumentos que se constituyen en medios de protección y garantía de la privacidad de todo ciudadano frente al abuso informático. En la Exposición de Motivos, el Legislador nos dice ya cuál es la importancia que a tales derechos les confiere la norma: «Las garantías de la persona son los nutrientes nucleares de la Parte General, y se configuran jurídicamente como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos. Son, en efecto, los derechos de autodeterminación, de amparo, de rectificación y de cancelación, los que otorgan la virtualidad normativa y

⁽²⁷⁾ Vid. TONIATTI, R.: «*Libertad informática y Derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada*». Trad. SAINZ AMAIZ, R.V.A.P. n.º 29 de 1991, pág. 139 ss. Véase igualmente MAISL, H., SIMITIS, Sp. y otros: «*Informatique et Droit en Europe*». Bruselas, 1985 y Madrid, F.: «*Derecho a la intimidad, Informática y Estado de Derecho*». Valencia, 1984.

eficacia jurídica a los principios consagrados en la Parte General, principios que, sin los derechos subjetivos ahora aludidos, no rebasarían un contenido meramente programático». Queda patente ya cuál es el rango y la importancia que tales derechos vienen a poseer dentro de nuestro Ordenamiento pues suponen el más eficaz instrumento puesto al servicio del sujeto para la defensa frente a la lesión a la vez que instrumento de control ciudadano, democrático, de la informática en lo relativo a bancos de datos y su utilización. Es más, como dice el Proyecto, tales derechos «se constituyen como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la Ley». El llamado derecho de acceso tiene incluso plasmación constitucional en lo que se refiere a los datos que obran en poder de las Administraciones públicas, a tenor del artículo 105.b C.E., lo cual hace que la norma lo recoja con toda rotundidad, admitiendo sólo excepciones tales como la seguridad y el cumplimiento de las obligaciones tributarias. En su Título Tercero: «Derechos de las Personas», consagra la norma tales derechos partiendo de la base de su carácter personal, esencial a toda persona física afectada por el tratamiento automatizado de datos que le conciernen, a tenor de lo establecido en el artículo 3, sin olvidar lo que antes dijimos con referencia a las personas jurídicas. La primera cuestión importante estriba en el hecho de establecer la naturaleza jurídica de tales derechos. El legislador, sin más explicaciones, los incluye en la categoría de los derechos subjetivos. Como decía DEL VECCHIO, en todo derecho de este tipo subyace un elemento interno: una posibilidad de querer o hacer, y un elemento externo: una posibilidad de exigir a otros el respeto al mismo.⁽²⁸⁾ Ese poder, en su doble vertiente, pasa a constituirse como elemento esencial del concepto, por ello decía DE CASTRO que estamos ante «una situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y su defensa.⁽²⁹⁾ En todo caso, la conexión entre derecho subjetivo y libertad se acentúa en las nuevas tendencias pues la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas parece haber perdido vigor. No obstante, la vinculación del derecho subjetivo con el concepto de acción en cuanto medio coercitivo de hacer valer en juicio la facultad correspondiente («derecho subjetivo es el que va acompañado de una acción para la realización de las consecuencias jurídicas en caso de violación»), también ha entrado en crisis pues hay derechos y obligaciones que carecen de ella. Como consecuencia de ello se sustituye el concepto de acción por otro más amplio: la garantía jurídica en la que caben distintos medios de protección, como dice CASTÁN, «y que tiene la ventaja de no excluir de la categoría de derechos a los que dimanen de las llamadas obligaciones naturales». Este mismo autor, señala cuáles son los elementos que integran el derecho subjetivo: la voluntad apta del sujeto, que forma el «subs-

⁽²⁸⁾ Vid. DEL VECCHIO: «*Filosofía del Derecho*». Ed. española, 1929, pág. 219.

⁽²⁹⁾ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: «*Derecho Civil de España*». Madrid, Civitas, 2.^a ed. y «*Temas de Derecho Civil*». Marisal, Madrid, 1972.

trato del derecho», la facultad o poder jurídico, reconocida al titular e integrada por una o varias facultades unidas en un haz o conjunto, sería el «elemento sustancial o contenido» del derecho; tal contenido tiene dos aspectos: la posibilidad de exigir un comportamiento y la posibilidad de obrar válidamente, coinciden con el elemento externo e interno antes comentados. El elemento normativo representado por el ordenamiento que sanciona y protege ese derecho. El interés jurídicamente protegido por ese derecho, que puede ser moral, personal o puramente material o económico. Por último, los medios coactivos de defensa, integrados por las garantías jurídicas puestas al servicio del titular y su derecho, así la acción, excepción, autodefensa, etc...⁽³⁰⁾ GULLÓN y Díez PICAZO ponen de manifiesto que la idea de derecho subjetivo «implicaba un problema de organización social», pues supone dotar al titular de un ámbito independiente de actuación, lo cual conecta el concepto con la libertad y dignidad, valores fundamentales de la persona, por ello afirman: «Apostar por el derecho subjetivo es apostar por la libertad», frente al intervencionismo estatal, frente al desmesurado crecimiento de los medios técnicos de intromisión en la esfera de libertad y en la privacidad del sujeto, nos encontramos con la figura del derecho subjetivo como ámbito de libre actuación de la persona, como instrumento de su libertad y de su dignidad, por ello dicen: «En cambio, la libertad tiende a ser máxima en el desarrollo de la personalidad, y de ahí la acusada proliferación de los derechos humanos en sus múltiples facetas».⁽³¹⁾ Estas palabras cobran especial significado cuando estamos ante derechos subjetivos cuyo objeto está integrado por bienes pertenecientes a la esfera personal o moral del titular, pues en tales casos la conexión derecho-libertad-dignidad está muy acentuada. Cuando estamos ante los llamados bienes esenciales nos referimos a aquellos que atañen a la existencia física o jurídica de la persona, como afirmaba DE CASTRO, en cuanto son imprescindibles para una digna existencia del sujeto. La vida, la integridad, la libertad, el honor o la intimidad son bienes que el sujeto debe tener protegidos por cuanto ello atañe directamente a sus condiciones de existencia, ya sea como individuo (vida) o en cuanto miembro de la comunidad (honor). En función de ello se ha hablado de bienes individuales y sociales de la persona.⁽³²⁾ En base a ello, nos encontramos con unos derechos subjetivos cuyo objeto es extrapatrimonial, referido a elementos o condiciones del titular en cuanto persona, por lo que se adquieren de forma originaria, son esenciales e inherentes a su condición, absolutos, en cuanto exigibles frente a todos, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. A partir de esa conexión derecho subjetivo-persona-libertad se puede afirmar que ciertos derechos subjetivos, antes citados, por su condición de inherentes a la persona se confor-

⁽³⁰⁾ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: «*Derecho Civil Español Común y Foral*» Revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J. L.; Reus, Madrid, 14.ª ed., Tomo I, vol. 2.º.

⁽³¹⁾ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A. y Díez PICAZO, L.: «*Sistema de Derecho Civil*». Técnicos, Madrid, 7.ª ed., vol. 1, pág. 433 y ss; igualmente LASARTE en op. cit.

⁽³²⁾ Vid. DE CASTRO: «*Temas...*» cit. loc. cit.

man como el instrumento adecuado para garantizar al individuo una esfera de actuación para el desarrollo de su personalidad, libre de intromisiones o coacciones externas por parte del Estado o los otros miembros de la comunidad. En tal caso, estamos ante derechos básicos que debe poseer toda persona dentro del marco de un Estado de Derecho, de ahí que se les denomine como derechos fundamentales de la persona y en los ordenamientos modernos posean una consagración y tutela de índole constitucional. No obstante, hay que decir que el concepto de derechos fundamentales es moderno pues viene ligado al desarrollo del Estado moderno. La ideología liberal los conceptúa como una esfera de inmunidad frente al Estado que se consagra en la Declaración de los Derechos del Hombre, basada en una óptica iusnaturalista. Pero tales declaraciones son fundamentalmente programáticas, actúan como principios o valores carentes de una eficacia y fuerza de obligar ya que no se incorporan al Derecho positivo. Es preciso pues dar el siguiente paso: incorporarlos a la norma positiva para que puedan realmente desplegar su eficacia y fuerza protectora del sujeto, superándose así el estadio anterior de simples valores programáticos. En esta nueva situación cabe ya entenderlos, según Peces Barba, como «facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción».⁽³³⁾ Por tanto, la consagración de tales derechos en los textos constitucionales es definitoria del modelo social que se implanta, pues constituyen la llamada «parte dogmática» de las Constituciones que informa el contenido valorativo del orden constitucional. Por otra parte, frente a la actitud absentista del Estado liberal, el Estado democrático de Derecho ha de adoptar una actitud de promoción y posibilitación de tales derechos, evitando los obstáculos y condicionamientos para el ejercicio y tutela de tales derechos; el Estado viene vinculado por tales derechos, siendo uno de los principios rectores de la política de actuación la promoción y defensa de los mismos. Se ha señalado por la doctrina⁽³⁴⁾ que nuestra Constitución hace una auténtica declaración de derechos pues el contenido de su Capítulo 2.º, del Título I, «es una concreción del enunciado de valores que expresa en el artículo 1.1». Es decir, que esos valores superiores se concretan posteriormente en el texto constitucional, incorporándolos al Derecho positivo y superando su mera condición programática. Partiendo de un núcleo valor esencial:

⁽³³⁾ Vid. PECES BARBA, G.: «*Derechos Fundamentales*». Madrid, 1976, en lo referente a esta materia nos remitimos a la excelente obra de PÉREZ LUÑO, A. E.: «*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*». Tecnos, Madrid 3.ª edición, ya que con ella puede obtenerse un completo e interesante conocimiento de la materia.

⁽³⁴⁾ Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G.: «*Comentario introductorio al Capítulo II C. E.*». En «*Comentarios...* EDERSA, cit. pág. 268.

libertad e igualdad, se van concretando en toda una serie de derechos y libertades que se constituyen en la base del orden político y la paz social (Cfr. arts 9.2 y 10.1 C.E.). Ese carácter nuclear hace que los derechos fundamentales se caractericen como un componente del orden público pues son «un núcleo indispensable para la convivencia» (SUÁREZ PERTIERRA). La regulación de la materia en nuestra Constitución es moderna y está influida por textos coetáneos como la Constitución Portuguesa, incorporando derechos de nuevo cuño, como medio ambiente, y utilizando un criterio interpretativo flexible que supone la admisión de que los derechos fundamentales son una categoría abierta en la medida en que incorporan los valores esenciales de la comunidad, trascendiendo de su aspecto meramente individual. En tal sentido ha de entenderse la remisión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos ratificados por España sobre tales materias (art.10.2 C.E.), pues se trata de una norma que permite adaptar y «poner al día» a nuestro ordenamiento en atención a la evolución social. El criterio sistematizador que ha seguido la Constitución se basa en la protección que cada uno de ellos recibe: Los derechos que vienen recogidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del capítulo II, son protegidos a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 C.E.) y, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (cfr.art. 43 y D.Tr.2ª L.O.T.C.). Los derechos ciudadanos incluidos en la Sección 2ª están protegidos por el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161.1 C.E. Se trata de una gradación atenta a la mayor o menor fuerza de protección que se dispensa a tales derechos; la primera Sección tiene una protección reforzada ya que está referida a derechos atribuidos a todos por lo que las garantías protectoras han de ser las más eficaces porque con ello se corresponde con la función que tales derechos cumplen en un Estado Social y de Derecho⁽³⁵⁾.

No obstante, la doctrina ha planteado la dificultad de aplicar el concepto y estructura del derecho subjetivo a los derechos de la personalidad, así De Castro al abordar la cuestión distingue unos bienes esenciales, vida, integridad personal, libertad, de otros de carácter social, que están referidos a realidades externas de la persona, los cuales poseen una cierta independencia que les acerca a las notas del derecho subjetivo.⁽³⁶⁾ Frente a ello, autorizadas opiniones consideran que el derecho subjetivo es un concepto técnico jurídico extraído del campo patrimonial lo cual ha hecho que se dificulte su aplicación a figuras más recientes como los derechos de la personalidad. Ese desajuste entre el concepto previo y la categoría posterior no es razón para negar la aplicación del derecho subjetivo como instrumento de técnica jurídica destinado a proteger a la persona y sus bienes materiales e inmateriales. En base

⁽³⁵⁾ Vid. SUÁREZ PERTIERRA: op. cit.

⁽³⁶⁾ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Los llamados derechos de la personalidad» A.D. C. 1952, pág. 1263 y ss.

a ello se afirma: «Por ello juzgamos acertada la adopción de la técnica jurídica del derecho subjetivo para la protección de la intimidad de las personas, superando la angosta vía, hasta ahora ofrecida, del artículo 1902 del Código Civil, distinguiéndose esa doble proyección en que se ofrece la intimidad de los seres humanos, en sí mismos considerados, y en sus relaciones con los demás, es decir, como personas, e insertos en el grupo familiar, núcleo entrañable de la vida privada».⁽³⁷⁾ El Tribunal Constitucional se ha definido ya en el mismo sentido, pues entiende que todo derecho subjetivo cumple una función social dentro del orden de la comunidad, así la propiedad del artículo 33 C.E., nota que se acentúa en estos derechos que constituyen «el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto». Esto se deduce de su «doble carácter», pues en primer lugar, son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Por otra parte, y al propio tiempo, entiende el Alto Tribunal que son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana justa y pacífica. Esta doble naturaleza se consagra tanto en la Constitución como en los Textos Internacionales y Convenios sobre la materia, como los anteriormente citados. (Cfr. STC 14 de Julio de 1981, entre otras). Desde esta perspectiva, hemos de abordar la configuración jurídica de los derechos que la norma consagra como auténticos derechos subjetivos que vienen a funcionar como garantías de un elemento esencial de la persona: la privacidad, entendida ésta en el sentido antes apuntado, es decir, como bien personal de doble vertiente, íntima y externa, vinculado y tutelado por el derecho fundamental a la intimidad recogido en la Constitución en su artículo 18.1. El titular de estos derechos es la persona física, con las precisiones arriba enunciadas, afectada por el proceso de automatización de datos. Tales derechos se confieren para la defensa de su titular frente a inmisiones o abusos cometidos por medio de la informática: recogida de datos, almacenamiento, transmisión de los mismos e incluso actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o de su personalidad, la llamada «identidad informática». El problema que la norma quiere abordar no es la existencia de bases y ficheros informatizados, sino su descontrol, el desconocimiento de su existencia, los contenidos de los mismos y su utilización ilícita o perjudicial para las personas. Por ello se crea el Registro General de Protección de Datos, dentro de la Agencia de Protección de Datos, en el cual se han de inscribir todos los ficheros de titularidad pública y privada a fin de posibilitar el conocimiento de su existencia y su control por los órganos competentes, así como para que los sujetos puedan ejercitar sus derechos

⁽³⁷⁾ Vid. VIDAL MARTÍNEZ, J.: «*El derecho a....*» cit. pág. 48 y ss.

frente a ellos. Por tanto, un fichero o base no autorizado e inscrito es, por sí mismo, ilegal y su titular está en una situación de ilicitud, pues al ser oculto no se puede controlar a los efectos que la Ley pretende. Básicamente, la Ley parte de un derecho a la «autodeterminación informática», que se inspira en el principio de que ha de ser el sujeto quien decida qué datos pueden ser almacenados, por quién y para qué fines, lo cual comporta una capacidad de decisión que descansa en una información previa. El eslabón básico y principal del sistema arbitrado por la norma es el derecho de acceso que faculta a su titular para exigir la información precisa de los datos de carácter personal relativos a su persona que se incluyan en un fichero automatizado, se trata del derecho a conocer el contenido de los ficheros automatizados relativo a la esfera personal del titular. El contenido de la información ha de ser completo y exacto, salvo las excepciones que la norma consagra para ciertos temas tales como defensa, seguridad o hacienda. Debe facilitarse mediante consulta visual o escrita, certificada o no, pero siempre en forma legible e inteligible «sin utilizar códigos o claves convencionales que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos», este derecho se puede ejercitar en plazos sucesivos de 12 meses, salvo ciertas excepciones previstas para casos de un «interés especial» del afectado. Si como consecuencia del ejercicio de este derecho, el titular constata que los datos contenidos en el fichero son inexactos, incompletos o han dejado de ser pertinentes o adecuados en atención a la finalidad para la que se registraron, puede exigir bien su rectificación, o que se completen, en ejercicio de su derecho de rectificación. Por otra parte, si tales datos no son pertinentes o adecuados en base a aquella finalidad o relación que originó su registro, o pertenecen a la esfera privada del sujeto en tal grado que éste no desea que se registren, y no viene obligado a permitirlo fuera de los supuestos que la norma establece, podrá ejercitar su derecho de cancelación o de bloqueo exigiendo que se borren o bloqueen tales datos, es decir que desaparezcan del fichero o queden imposibilitados de uso o transmisión desde el mismo. Como consecuencia de lo anterior, si los datos rectificadas o cancelados han sido previamente cedidos, dichas circunstancias serán comunicadas por el responsable del fichero al cesionario para que obre en consecuencia. Así mismo, todo dato personal inexacto o incompleto ha de ser cancelado una vez rectificado, ya que esta circunstancia hace innecesario su mantenimiento. Sin embargo, la norma contiene unas limitaciones a tales derechos, siendo unas más admisibles que otras, sobre todo las que se refieren a ciertos ficheros de titularidad pública como los de policía, defensa o hacienda pública, tal y como consagra el artículo 21, siendo esta la parte más criticable del Proyecto. El derecho de cancelación tiene previstos otras limitaciones en el artículo 15, la primera de ellas tiende a impedir que la cancelación perjudique intereses legítimos de del afectado o de terceros o porque exista obligación de conservar los datos. Vemos difícil que un tercero o «afectado» tenga interés legítimo en que se conserve un dato personal ajeno, y el propio afectado es quien insta la cancelación sabiendo las

consecuencias de ello; el tercero puede ser la Administración, que ya se encarga de asegurarse la mayor discrecionalidad para decidir y limitar estos derechos. Por otra parte, tampoco procede cancelar los datos antes del plazo legalmente establecido para ello en las disposiciones aplicables (¿así los cinco años de Hacienda?) o, en su caso, el plazo previsto en la relación contractual entre el afectado y el responsable del fichero, si bien éste ha de cancelarlos de oficio una vez transcurrido el plazo o extinta la relación contractual, tal y como le exige el artículo 27.2 del Proyecto. En definitiva este derecho a la autodeterminación informática se concreta en unos derechos subjetivos de carácter personal, esencial, indisponible e imprescriptible que se predicen de la persona en cuanto tal, y que están concebidos por el Legislador como garantías jurídicas al servicio del derecho fundamental a la privacidad frente al uso de los medios informáticos, lo cual les asimila por su propia naturaleza y función a los llamados «derechos fundamentales de la tercera generación», si bien tienen un carácter instrumental con respecto al derecho constitucional a la intimidad del artículo 18, que se concreta en la privacidad como nuevo contenido «globalizador», tal y como vimos anteriormente.

Ya hemos comentado que el Proyecto contiene aciertos y deméritos suficientes como para merecer un comentario, aunque breve. De salida, la norma en su Título Segundo «Principios de la protección de datos» dicta unos mandatos imperativos, a la vez que principios rectores, a los que habrán de atenerse los titulares de los ficheros.⁽³⁸⁾ En base a ello, cabe entender que los derechos-garantías se han de ejercitar toda vez que se incumplen estos imperativos legales, pero que no es necesario el ejercicio del derecho para que el titular del fichero venga obligado a actuar conforme a la Ley. El artículo 4.1 marca el primer límite: «Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido». Tales conceptos son un tanto inconcretos, pero aplicados al contexto de la norma: la relación entre la persona y el titular del fichero y la finalidad del mismo, permiten una flexibilidad de criterio a la hora de valorar los incumplimientos.

De otro lado, el artículo 4.2 veda el uso de los datos personales objeto de tratamiento automatizado para cualquier uso distinto de la finalidad para la que fueron recogidos. Es decir, tales datos están recogidos para un fin determinado, así investigación médica, contrato de préstamo, tarjeta de crédito, relación laboral, etc... y no pueden utilizarse, ni transmitirse, para otra finalidad diferente a ésta. El párrafo 5.º impone que cuando los datos han dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad prevista han de ser

⁽³⁸⁾ Según el artículo 3.a fichero automatizado es «todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso».

cancelados; ello quiere decir, que cuando se extingue la relación preexistente que motivó la recogida, el titular del fichero debe de oficio cancelarlos. Es también importante, el mandato de los párrafos 3 y 4 del artículo citado: los datos han de ser puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado. Si tales datos resultan parcial o totalmente inexactos o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados. En todo caso, el almacenamiento de los datos se ha de hacer de forma que permita el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado, lo cual implica la ausencia de claves secretas o archivos ocultos, pues ello es inmediatamente contrario a la norma. La seguridad interna del fichero y la obligación de secreto de las personas relacionadas con el mismo son sancionadas expresamente por la norma en los artículos 9 y 10, su incumplimiento acarrea las sanciones correspondientes, aparte de la responsabilidad frente al afectado.

El conocimiento y consentimiento del sujeto titular de los datos personales es el eje central de la norma y así lo establece como premisa básica el artículo 6: «El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa». Nos movemos dentro del campo de los datos sensibles y supersensibles que antes enunciábamos, por lo que el artículo 16 de la C.E. es un límite a esa posible excepción establecida por la Ley. Es claro que cuando se trate de datos recogidos en instrumentos de acceso al público, Registro de la Propiedad, Mercantil o guía telefónica (Confróntese el artículo 26 del Proyecto), no será preciso el consentimiento, como establece el artículo 6.2 del Proyecto. Ahora bien, el mismo apartado 2 excluye el consentimiento cuando «se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato». Aquí no cabe margen para la discrecionalidad, por lo que hemos de aplicar dos límites: los establecidos en el artículo 4: que sean datos pertinentes, no excesivos y adecuados a la relación y finalidades legítimas del caso, y que cuando dejen de ser precisos o se extinga la relación se cancelen de oficio. En segundo lugar los límites constitucionales del artículo 16 que el Proyecto plasma en su artículo 7 al abordar el tratamiento de los datos supersensibles:

– Nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, para el tratamiento de tales datos es imprescindible el consentimiento del afectado, sin excepciones.

– Los datos de origen racial, salud y vida sexual sólo pueden ser recogidos, tratados y transmitidos con consentimiento del afectado, salvo que prime el interés general o lo disponga una Ley. Realmente, poco interés general debe haber en el origen racial, si no es para discriminar y quebrar el principio

de igualdad. En cuanto a la vida sexual.... no acabamos de entender tal interés. La salud puede ser necesaria para el tratamiento del afectado, prevenir contagios y para la investigación, como dice el artículo 8 del Proyecto, si bien el deber de seguridad y secreto es imprescindible. A nuestro juicio, por la importancia de los bienes protegidos y los serios peligros que puede ocasionar, esta posibilidad discrecional debe interpretarse con criterios muy restrictivos, ya que incluso se duda de su constitucionalidad por algún sector doctrinal⁽³⁹⁾. Los ficheros cuya única finalidad sea contener datos supersensibles quedan prohibidos por el artículo 7.4.

– Por último, los datos sobre infracciones penales o administrativas sólo pueden estar en ficheros de titularidad de las Administraciones competentes.

Los derechos subjetivos consagrados por la norma como garantía del derecho fundamental a la intimidad (en su acepción global de privacidad) forman una categoría que se complementa entre sí mismos. El primero de ellos el derecho de información recogido en el artículo 5: «Los afectados a los que se soliciten datos personales tendrán derecho a ser informados de modo preciso e inequívoco:

– de la finalidad y destinatarios de los datos.

– del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas, y de las consecuencias de la obtención de los datos y de su negativa a suministrarlos. En este caso conviene recordar lo antes dicho sobre el artículo 16.2 C.E. y el artículo 7 del Proyecto.

– de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación.»

Tales advertencias han de figurar en los cuestionarios, salvo que el carácter de la recogida se deduzca claramente de la naturaleza de los datos o las circunstancias en que se recaban.

No obstante, siembra cierta inquietud pensar en la advertencia de las consecuencias de la negativa a responder, sobre todo en ficheros policiales y de Hacienda, pues estos dos son los supuestos más claros de que entiende el legislador por «interés general», hasta el punto de denegar el ejercicio de los derechos que la Ley reconoce, tal y como sancionan los artículos 19, 20, 21 y 22 del Proyecto, que crean un margen de competencias discrecionales y unas negativas al ejercicio de los derechos, cosa por otra parte lógica, en cuanto se pueden recabar datos supersensibles sin conocimiento, consentimiento y oposición del afectado, razón por la cual se duda muy seriamente de la constitucionalidad de tales preceptos, máxime cuando recordamos que el artículo 19 tiene el carácter de ley ordinaria, y los otros pueden dar pie,

⁽³⁹⁾ Basta con visionar los cuestionarios psicológicos, vulgo «tests», que se realizan para algunas selecciones de personal y en el servicio militar, para comprender la situación. Véase el diario «El País» del miércoles, 15 de Mayo de 1991.

que no fundamento, a la conculcación de un derecho fundamental e impedir el ejercicio de unos derechos garantías derivados de aquél.

Por otra parte, toda persona tiene derecho a conocer la existencia de ficheros automatizados, de sus finalidades y sus responsables a través del Registro General antes citado, según dispone el artículo 13 como base precisa para poder conocer posteriormente su contenido y obrar en consecuencia, lo cual quiere decir que no es legal el fichero oculto o secreto pues no está debidamente inscrito en el instrumento de publicidad necesario. El derecho de acceso faculta al titular para solicitar y obtener la información al contenido de los datos que le afectan, pudiendo recibirla mediante visualización o por cualquier medio escrito, así copia, certificado, etc... pero siempre en forma inteligible y clara sin que se admitan claves o códigos que precisen dispositivos mecánicos específicos. Este derecho tiene una limitación temporal para su ejercicio: intervalos no inferiores a 12 meses, salvo que se acredite un interés especial. Suponemos que la decisión a hacer consulta visual o solicitar documento o certificado del contenido ha de ser potestativa del afectado, a fin de tener constancia cierta de los datos contenidos y poder ejercitar, si lo estima procedente, los otros derechos que le asisten (art. 14).

Los derechos de bloqueo y cancelación van íntimamente ligados al anterior y su fundamento de ejercicio está en lo que resulte del acceso al contenido del fichero pues si del ejercicio del derecho de acceso resultara que unos datos de carácter personal son inexactos, incompletos o hubieran dejado de ser pertinentes o adecuados para la finalidad para la que hubieran sido registrados, el afectado puede optar por su rectificación, porque se completen, se bloqueen o se cancelen, poniéndosele después de manifiesto los datos resultantes. Luego estamos ante un complejo entramado de facultades de control conferidas al titular: su derecho le faculta a solicitar que se rectifiquen o completen los datos inexactos o incompletos, incluso bloqueando su utilización y transmisión, sin que se pueda exigir contraprestación alguna por los mismos (art. 16.2 Proyecto). Pero si tales datos son inadecuados o han dejado de ser pertinentes puede exigir su cancelación, salvo que ello pueda producir un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros o cuando exista la obligación de conservarlos. También se han de conservar durante el plazo establecido en las disposiciones aplicables o en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del fichero y el afectado. De nuevo estamos ante límites poco precisos, que a nuestro juicio sólo sirven para debilitar las garantías que con tanta firmeza comenta el legislador en su Exposición de Motivos, ya que si son datos supersensibles la cuestión se vuelve mas difícil, sobre todo por lo genérico de expresiones tales como «relaciones contractuales», «disposiciones aplicables», «interés legítimo del afectado o de terceros». Por otra parte, si los datos rectificadas o cancelados han sido cedidos, suponemos que con la autorización personal o legal pertinente, el cedente ha de notificar la rectificación o cancelación al cesionario, que vendrá obligado, suponemos, a hacer lo propio, salvo las ex-

cepciones del artículo 19 y siguientes (art. 15 Proyecto). En cuanto al procedimiento de ejercicio de este derecho de acceso, la norma prevé que será establecido reglamentariamente lo cual crea un vacío inadmisibles. Como tal derecho subjetivo ligado al derecho fundamental antes citado, debe estar en condiciones de ser ejercitado desde que se apruebe la futura Ley (¡si no antes incluso!) pues no cabe iniciar la aplicación de la norma sin haber previsto paralelamente las condiciones de ejercicio de los derechos que consagra. Si los abusos y lesiones a la privacidad ya existen, debemos de empezar a poner coto a tales conductas por la vía judicial, e incluso a través del Defensor del Pueblo cuando ello sea oportuno. Máxime cuando la Ley establece el derecho a ser indemnizados por los daños y lesiones ocasionados por el incumplimiento de lo dispuesto en ella, atendiendo al régimen de responsabilidad de la Administración para los supuestos de los ficheros de titularidad pública, responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de la Administración; y por los órganos de la jurisdicción ordinaria en los casos de ficheros de titularidad privada. Tales daños, que pueden ser morales y patrimoniales, no pueden quedar hoy impunes por la ausencia de condiciones de ejercicio «reglamentariamente establecidas», por lo que serán, una vez más, los Tribunales los que han de proceder a valorar y sancionar las conductas que conculcan un valor, y un derecho, de tanta importancia como la privacidad en el sentido antes expresado. Parece que el artículo 1902 del Código Civil va a seguir prestando magníficos servicios por ahora, cuando se trata de infracciones de conducta que ocasionen daños por la utilización ilícita de ficheros de titularidad privada. No obstante, conviene recordar que la Disposición Transitoria primera de la Ley de 5 de Mayo de 1982, establece que «en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4.º, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regularán por la presente Ley». Es decir, que el vacío legal existente hasta nuestros días ha sido cubierto por la norma citada, estableciéndose un mecanismo de garantía para estos derechos en tanto no se les dote de una regulación tutelar propia. Sin embargo, el Proyecto pretende derogar esta Transitoria, pero sin establecer paralelamente el mecanismo sustitutivo, pues dice la Disposición Derogatoria: «Queda derogada la Disposición Transitoria primera 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». Tal derogación nos parece procedente una vez establecido el cauce adecuado para el ejercicio de los derechos consagrados en la futura LORTAD, pero en el artículo 16.1 el Proyecto se limita a decir: «El procedimiento para ejercitar el derecho de acceso será establecido reglamentariamente», previsión que, sin embargo, puede acarrear una situación de indefensión inadmisibles y, como se afirma por la doctrina, posiblemente inconstitucional.