

AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y VALOR POSITIVO DEL SILENCIO: UNA LECTURA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 14 DEL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

MARÍA ROSA LLÁCER MATA CÁS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

I. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL SILENCIO POSITIVO. II. AUTODETERMINACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LAS RELACIONES DE PODER. 1. *Ciudadanía y actuación de la autodeterminación informativa y económica*. 2. *El derecho privado con fines sociales y los instrumentos de autodeterminación económica frente a las asimetrías relacionales. El silencio positivo*. III. EL CONSENTIMIENTO Y LAS FACULTADES INSTRUMENTALES DE CONTROL SOBRE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL. 1. *La autodeterminación informativa como instrumento de libertad personal*. 2. *Consentimiento inequívoco y consentimiento tácito: el valor positivo del silencio*. IV. UNA COMPARATIVA ENTRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LOS INTERESES ECONÓMICOS EN EL ÁMBITO DE LOS REQUERIMIENTOS NO SOLICITADOS. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La distribución del poder es desigual en nuestra sociedad: ello ayuda a comprender el fenómeno de las leyes tuitivas e imperativas, aunque también se observa una tendencia a normalizar el estado de excepción o procedimientos que avalan actuaciones dudosas. El art. 14 RLOPD traduce el consentimiento inequívoco por consentimiento tácito y desarrolla un procedimiento para obtener el consentimiento de las personas para ampliar el uso de sus datos personales (por ejemplo para permitir su uso comercial) a partir del valor positivo de su silencio. Curiosamente, otros sectores tuitivos (por razones subjetivas –derecho de consumo– por su complejidad sectorial –ventas a distancia–) descartan esta posibilidad. Así, resulta una protección de los derechos económicos mayor que la del derecho fundamental.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos personales; consentimiento informado; consentimiento tácito; autodeterminación informativa y económica

ABSTRACT

The distribution of power is unequal in our society: it contributes to understand the phenomenon of protective and imperative laws. Although we can observe a tendency to normalize a state of emergency or procedures allowing doubtful situations. The art. 14 RLOPD understands the unmistakable consent as a tacit consent and it develops a procedure to obtain the consent to expand the use of personal data (for instance to allow a commercial use) from the idea of the positive value of silence. Curiously, other protective sectors (consumer law, complex sectors) don't allow this possibility. In this way, the protection of economic rights is higher than the protection of a fundamental right.

KEY WORDS: Protection of personal data; informed consent; tacit consent; informative and economic self-determination.

I. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL SILENCIO POSITIVO

El Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, se ha recibido como un instrumento necesario de mejora y armonización de un conjunto de disposiciones menores dispersas. En el contexto de esta iniciativa, sin duda conveniente, detectamos un artículo que normaliza y generaliza la obtención del consentimiento del afectado basada en el valor positivo del silencio. El art. 14 RLOPD establece un procedimiento que habilitará al responsable del tratamiento para solicitar el consentimiento del interesado, salvo cuando la Ley exija el consentimiento expreso. Para ello podrá dirigirse al afectado y, cumpliendo los requisitos legales (art. 5 LOPD y art. 12 RLOPD), concederle un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento advirtiéndole de que, en caso de no pronunciarse a tal efecto, se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal. Si el responsable presta al afectado un servicio que genere información periódica o reiterada o facturación periódica, el Reglamento admite que la comunicación pueda realizarse conjuntamente con esta información o con la facturación del servicio, siempre que se realice de forma claramente visible. A continuación, el art. 14 RLOPD añade una serie de precisiones cuya finalidad parece ser la de garantizar la posición del afectado.

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto "El consumidor y el cliente de servicios: su protección y la responsabilidad del prestador", concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-10554/JURI), cuyo investigador principal es Carlos J. Maluquer de Motes.

Este procedimiento contrasta con las pautas de solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con el mantenimiento, desarrollo o control de la misma (art. 15 RLOPD). El responsable del tratamiento debe permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos y el artículo considera adecuado que se le permita marcar una casilla claramente visible y no previamente marcada en el documento destinado a la celebración del contrato o que se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento. El art. 14 RLOPD generaliza así una vía de obtención del consentimiento basada en la inactividad de la persona requerida, a iniciativa del responsable del tratamiento, que obtuvo directamente los datos o es cesionario de los mismos, y que manifiesta su interés unilateral por modificar las condiciones de tratamiento actuales, ya sean las legalmente admitidas sin necesidad de consentimiento (art. 6.2. LOPD), ya sean las específicamente consentidas aunque susceptibles de ampliación.

Bajo nuestro punto de vista, este reconocimiento, que por otra parte ya tenía implantación sectorial, contradice el proceso de paulatina consolidación del concepto de autodeterminación informativa, profundamente transversal y adaptable a diversos campos (información médica, genética, biometría, ficheros de solvencia patrimonial, *outsourcing*, comunicaciones electrónicas) así como susceptible de reforzamiento técnico (estándares de seguridad, normalización de la autenticación a través de firma electrónica o de la biometría). No obstante, esta etapa de difusión y asentamiento de la cultura de la privacidad coexiste con una normalización de la excepcionalidad en aras a la seguridad (retención de datos, lucha contra el fraude y el terrorismo) y con la fuerza expansiva de los sectores económicos que ven en la información personal una fuente de negocio. Situado el análisis desde la perspectiva de la distribución del poder social (1), y habida cuenta de que ni la sociedad ni el derecho se mueven en compartimentos estancos, cabe llamar la atención sobre el rendimiento económico del dato personal, para las propias empresas que los detentan o para el sector económico del marketing. Esta realidad está promoviendo esfuerzos para adaptar el poder de disposición que caracteriza la autodeterminación informativa a unas condiciones de obtención más ágiles y posiblemente menos garantistas.

(1) Tomamos los términos del planteamiento de RODOTÀ, Stefano: "La conservación de los datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas", *Revista d'Internet, Dret i Política*, 3, 2006, pág. 58 (www.uoc.edu/idp). Del mismo autor (2004): "Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy", *Europa e diritto privato* 1, pág. 1.

Es cierto que, actualmente, la privacidad se enfoca desde la perspectiva de la utilidad abstracta del tratamiento de datos personales, necesario para el funcionamiento de la sociedad, lo que refuerza la necesidad de un sistema de garantías fuerte y coherente frente a la multiplicación y posibilidad de abusos derivados de la proliferación de poderes decisionales dotados de medios técnicos desproporcionados en comparación con la capacidad de reacción del ciudadano, a menudo al límite de su paciencia cotidiana si dispone de información sobre las implicaciones del tema. Quizá el particular relativiza la gravedad de las vulneraciones mientras no sufre perjuicios personales o económicos relevantes; pero individualmente, y también desde una perspectiva social, el ejercicio permanente de la autodeterminación permite rehacer la relación de igualdad entre el ciudadano y los agentes sociales, preservando la libertad individual frente a la manipulación y utilización ajenas de la información.

Parece que la incertidumbre a la hora de calificar lo “inequívoco” del consentimiento (art. 6.1 LOPD) va a resolverse por la vía del procedimiento reglamentario que va a generalizar el mecanismo para conferir valor positivo al silencio. No creemos que esta opción ampare el derecho fundamental a la libertad informativa, en tensión con el valor patrimonial que sustenta la creación o mantenimiento de una base de datos con fines comerciales; situación que parece más grave cuando la educación en el derecho a la autodeterminación informativa tiene aún camino por recorrer. Es cierto que se trata de una opción que genera un valor añadido al fichero originario. Pero también representa un nuevo activo empresarial a cargo de un porcentaje de la clientela, sobre quien recae la carga sobrevenida de actuar y que se va a construir mediante la disposición reglamentaria de un procedimiento de exteriorización de la voluntad modificativa susceptible de uso masivo. Este procedimiento va a liberar a los titulares de ficheros de las dudas sobre una hipotética infracción, aunque multiplica el nivel de dedicación del ciudadano atento al control sobre sus datos personales, que deberá cargar con los desmentidos sobre el valor presunto de su inactividad. Quienes no quieran atender todos los flancos abiertos a requerimientos tienen dos opciones: no contratar servicios de ningún tipo, o bien admitir que su inactividad y el disfrute de servicios y bienes tiene un precio legal.

En la sociedad de la información, el manejo de datos es atractivo y constituye marco de confluencia de intereses económicos, colectivos y personales dónde el desarrollo de la autodeterminación informativa, como poder de disposición del ciudadano sobre las

proyecciones de su identidad, debe adecuarse al valor fundamental del derecho regulado (art. 18.4 CE) y pensarse de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1 y 8).

II. AUTODETERMINACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LAS RELACIONES DE PODER

1. Ciudadanía y actuación de la autodeterminación informativa y económica

La dignidad, valor inherente al sistema europeo y español ha ido alcanzando un nivel elaborado de juridificación (2), cuyas manifestaciones no sólo se proyectan sobre las relaciones entre el individuo y el Estado sino también sobre las que se desarrollan entre los particulares. En concreto, y en la línea que anuncia el título de este trabajo, los análisis de las relaciones entre el individuo y los responsables del tratamiento de su información personal deben reconducirse a un concepto de libertad o de control sobre la propia información, que no es más que una manifestación de la dignidad de la persona frente a agentes sociales o económicos que detentan formas de poder susceptibles de influir decisivamente sobre múltiples aspectos de la vida personal (3). La libertad del consentimiento pasa ciertamente por la información; pero también hay contextos donde, a la dependencia entre la prestación de la información y del servicio (que el art. 15 RLOPD modifica en beneficio del afectado), se añade una dificultad de gestión de la información que es consecuencia de la

(2) Téngase en cuenta el art. 10 CE y el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”). El art. 2.1 del *Codice in materia di Protezione dei Dati personali* italiano conecta con claridad el tratamiento de datos personales con la libertad y la dignidad de la persona (“Il presente testo unico, di seguito denominato “codice”, garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali”).

(3) Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2004): *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, págs. 334-335, quien pone de relieve que el Tribunal Constitucional no admite la invocación autónoma de la dignidad humana, como valor constitucional directamente vinculante, sino que requiere la lesión de un derecho fundamental concreto, en este caso el art. 18.4.

disparidad de poder entre el usuario de los servicios y el proveedor (4). La expresión “ciudadano electrónico” incide también en esta apreciación, al designar el sometimiento de la persona a las enormes posibilidades de uso de la informática sobre su información personal (5).

Es cierto que la autodeterminación informativa instrumentaliza un bien de la personalidad propio de sociedades avanzadas cual es el perfil de la personalidad. La privacidad consiste no sólo en mantener la reserva y sino también la capacidad de gestión sobre la información personal que puede arrojar una visión inesperada y siempre renovada sobre una persona, en particular si es tratada con medios informáticos. Para garantizar la libertad informativa, el Ordenamiento crea una infraestructura o parámetros de tratamiento lícito, pero también confiere instrumentos legales al individuo para que, más allá de las sanciones de la autoridad garante, pueda controlar la gestión ajena de sus datos personales, en definitiva facultades jurídicas que habilitan el ejercicio de la autodeterminación informativa (consentimiento del tratamiento, derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición). A diferencia de otros derechos de la personalidad, cuyo contenido es negativo en el sentido que imponen una abstención y protegen del conocimiento ajeno, la autodeterminación confiere un haz de nuevas facultades con el objeto de controlar el tratamiento de los datos e, instrumentalmente, garantizar el pleno ejercicio de cualquier otro derecho (6). La conocida STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre destacaba la naturaleza proactiva de la autodeterminación informativa al trazar una facultad de disposición predicada del ejercicio del derecho de la personalidad (7).

(4) Véase MARTORANA, Cristina (1999): “Comentario al art. 10”, *Le Nuove Leggi civili comentate. Tutela dalla Privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)* a cura di Giorgio Cian, Alberto Maffei Alberto, Piero Schlesinger, Cedam, Padova, pág. 348.

(5) Véase MAURANO, Fabio (2003): “Consumatore telematico e cittadino telematico”, *Commercio elettronico e tutela del consumatore, a cura di Giuseppe Cassano*, Giuffrè editore, Milano, pág. 365.

(6) Véase MIRABELLI, Giuseppe (1999): “Identità personale e dato personale”, *Il trattamento dei dati personali, vol II, Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Giappichelli Editore, Torino, pág. 10.

(7) Véase la STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre: “[D]e todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental 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 proporcionará un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esta posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del dere-

La autodeterminación encierra una disposición constante, tal como indica RODOTÀ, una adopción cotidiana de "micro decisiones sobre la ocasión de micro violaciones cotidianas a la privacidad" (8). De ahí que frente a decisiones más trascendentales, la cotidianidad y la naturaleza instrumental del derecho puedan distorsionar la percepción de su relevancia. Sólo cuando un tratamiento ilícito provoca algún inconveniente económico o molestias desproporcionadas se percibe como una actividad a combatir utilizando los medios preventivos o reparadores que el derecho articula en torno a la autodeterminación informativa.

La juridificación de la dignidad no se plasma solamente en un sentido meramente individual, como un límite a las decisiones propias por razones de interés público o como un reforzamiento o *empowerment* de las posiciones individuales conculcadas por terceros. La dignidad también ofrece una proyección sobre las relaciones entre agentes sociales y subyace en una normativa tuitiva muy diversa, a través de la cual el Estado implementa un orden. En el contexto de la privacidad, debe valorarse que el intercambio de información ha devenido una necesidad para el funcionamiento de la sociedad, de forma que sus condiciones de manejo devienen una materia de interés público preferente, tal como consagra el art. 18 CE (9). La autodeterminación informativa garantiza diversas formas de control sobre un régimen predefinido de tratamiento lícito. Cuando los intereses particulares se proyectan en el marco de una relación económica, proliferan las regulaciones contractuales imperativas que imponen obligaciones a los agentes económicos con poder de decisión y confieren correlativos derechos a los destinatarios sujetos al mismo. En el campo económico, el derecho de consumo constituye una materia consolidada, también apreciable en numerosa normativa sectorial dónde la protección se dispensa a determinados clientes, en consideración de la complejidad del servicio contratado (10).

cho 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" (FD 7°).

(8) Véase RODOTÀ, Stefano: *Discorso del presidente, Relazione 2004 (Garante per la Protezione dei dati personali)*, pág. 16, www.garanteprivacy.it

(9) RODOTÀ, Stefano (2004): "Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy", cit. pág. 3: "la tutela non è più soltanto nelle mani dei soggetti interessati, ma coinvolge permanentemente una specifica responsabilità pubblica. Siamo così di fronte anche ad una redistribuzione di potero sociali e giuridici".

(10) Apuntamos esta dinámica expansiva de la tutela del destinatario de bienes o servicios en nuestro trabajo (2008) "La revisión del acervo de consumo: la generalización del derecho tuitivo y su relación con el marco común de referencia", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord.. J. Gómez Gállego, T. II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 923.

Así, la dignidad no aparece sólo como una limitación de actos individuales, sino como el reforzamiento de la capacidad de decisión personal frente a intereses ajenos que no se limitan a negar el derecho, sino que pretenden utilizar los niveles de libertad, personal o económica, en beneficio propio. De ahí que deba valorarse la proyección social y relacional de la dignidad, como concepto que fundamenta las pautas jurídicas básicas de las relaciones humanas (11). En este sentido cabe poner de relieve que la constitucionalización de las relaciones privadas redimensiona a la persona para convertirla en “a fully participating member of society” (12). La privacidad es un requisito de participación autónoma y de libertad civil (13). En este sentido, es posible una aproximación finalista entre privacidad, normativas sectoriales tuitivas y derecho de consumo que protegen al ciudadano frente al poder de decisión ajeno. La actuación de la persona frente a los poderes “decisionales” puede tener manifestaciones jurídicas aparentemente alejadas (ejercicio de un derecho fundamental/ejercicio de un derecho contractual) aunque cercanas en su fundamento básico: la tutela de la capacidad decisoria o autodeterminación en diversos sectores de relación humana. Representa entrar en el ámbito de la tutela indirecta del ciudadano: normas que reflejan una valoración de la posición del ciudadano en el mercado, de los intereses económicos y sociales que afectan a la persona (14).

(11) Véase MARELLA, Maria Rosaria (2007): “Il fundamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, marzo, pág. 77.

(12) Véase MARELLA, loc. cit. págs. 80-81, dónde pone de relieve el significado relacional del concepto de dignidad cuando actúa en las relaciones sociales del individuo.

(13) Véase HOSEIN, Gus (2004): “Privacy as freedom”, *Human rights in the global information society*, ed. R. F. Jorgensen, The MIT Press, pág. 124-125: “As such, privacy can be seen as a core protection of individual autonomy and human agency. Knowing everything about someone reduces the person to a set of known facts, controllable and manipulatable. (...) Knowing everything about the activities of all people greatly enhances the powers of a ruler. And in a deliberative and open society, privacy provides a core preconditions to participation, a most basic civil liberty”.

(14) Véase ALPA, Guido (1998): “Diritto comunitario, status e tutela della persona”, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, pág. 61, dónde destaca “l’introduzione di forme di tutela indiretta dei diritti della persona, ottenute attraverso interventi che riguardano la composizione di conflitti o la diretta protezione di interesse di carattere economico (...) altro esempio è la disciplina delle attività che fanno capo all’utilizzazione di tecnologie informatiche, da cui deriva una tutela della privacy che certamente è estranea alla dimensione economica in senso proprio, ma in via indiretta si offre com tecnica per tutelare la persona”.

El proceso de constitucionalización de la persona se inserta en la corrección de los desequilibrios relacionales característicos de nuestra sociedad y la promoción de la justicia distributiva en los ámbitos contractual, telemático o en sus relaciones con interlocutores a quienes debe proporcionar sus datos para acceder a productos o servicios (15). Esta corrección exige un proceso de redistribución del poder social y jurídico: poder de control económico basado en el conocimiento de las condiciones y características de un producto (interés económico propio de un consumidor) o poder para gestionar o construir la propia esfera privada (interés vinculado al derecho fundamental de autodeterminación informativa). Ello es especialmente visible en el sector de las nuevas tecnologías que, a su vez, actúan también como un factor desequilibrante que justifica la mencionada redistribución del poder (16). Naturalmente la libertad propia de cada individuo puede canalizarse con la intervención directa de un derecho fundamental para modificar una decisión particular o un acuerdo poco equitativo (negativa a contratar, imposición de condiciones que vulneren el derecho fundamental). En cambio, la tutela de la libertad contractual de las personas no opera a partir del art. 10 CE sino indirectamente mediante los límites de interés público a la libertad económica en la medida que puede conculcar otros intereses (cfr art. 38 y 51 CE) (17). El libre ejercicio de la actividad empresarial no puede dañar los intereses legítimos de los consumidores o la clientela. La libertad en el campo del intercambio económico no deja de ser una manifestación de la libre proyección de la personalidad que justifica la tutela de la persona para garantizar la libertad de decisión y la libre formación del contenido contractual (18).

(15) Véase RODOTÀ: "Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy", cit., pág. 3.

(16) Para una aproximación a la diversidad de papeles que puede tener el "ciudadano telemático" entre los que se hallan el derecho a la privacidad del usuario y sus derechos de consumidor vinculados a la transparencia informativa sobre las condiciones del servicio, véase REDOLFI, Daniela (2000): "La cittadinanza virtuale: diritti e doveri nelle reti civiche", *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*; introduzione di Cesare Vaccà, Egea, Milano, pág. 186.

(17) Véase ALPA, Guido (1995): "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Rivista Critica di Diritto Privato*, marzo, págs. 37 y 45-49.

(18) Véase CALVO, Roberto (2004): "La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3, pág. 896.

2. *El derecho privado con fines sociales y los instrumentos de autodeterminación económica frente a las asimetrías relacionales.*
El silencio positivo

La sujeción del ciudadano a decisiones ajenas justifica la utilización del derecho privado para garantizar su actuación informada y la disposición de recursos para recuperar la igualdad y, en definitiva, la libertad de decisión. La igualdad formal de las personas exige mecanismos para trasladarla efectivamente a las relaciones personales o económicas. Desde el punto de vista de estas últimas, favorece la creación de disciplinas especiales de reequilibrio, muy alejadas de la igualdad abstracta que inspira los Códigos civiles decimonónicos, que garantizan la libertad de elección a través de normas imperativas (19). Insistimos en esta clara tendencia contractual porque justifica correcciones jurídicas que pueden considerarse adecuadas a todo desequilibrio relacional. La tutela de la libertad se adentra en los pactos privados a través de la tutela de la autodeterminación, en garantía de la libre decisión de la parte contractual que, en situación de desventaja, necesita una predisposición de obligaciones a cargo del profesional, una procedimentalización del *iter* contractual, jalonado de requisitos imperativos y de algunas facultades de actuación. El contrato se convierte en un instrumento distributivo de política económico-social (20) y de control del mercado (21). Siguiendo a Guido ALPA, “la libertad contractual deviene un

(19) Véase EICHENHOFER, Eberhard (1997): “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”, *Rivista di Diritto Civile* 2, pág. 195, que realiza un análisis de las transformaciones del derecho contractual bajo el impulso de la política tuitiva: “Con il termine diritto privato utilizzato a scopi di politica sociale verranno intese qui di seguito le norme di diritto privato create per proteggere i soggetti tipicamente svantaggiati dell'attività giuridica”, poniendo de relieve, entre otros, el derecho de consumo. Asimismo, véase PATTI, Salvatore (2004): “Tradizione civilistica e codificazioni europee”, *Rivista di Diritto Civile*, págs. 526-528 y pág. 530: “resulta superato il principio dell'eguaglianza formale dei soggetti di diritto privato e, di conseguenza, è stato privilegiato lo strumento della norma imperativa” y PATTI Salvatore (2004): *Diritto Privato e Codificazione europea*, Giuffrè Editore, Milano, pág. 8. El autor conecta la consolidación de este núcleo normativo con la codificación del derecho contractual europeo que, necesariamente, deberá conciliar ambos extremos. Sobre la insuficiencia de las viejas reglas, véase PERLINGIERI, Pietro (2001): “Nuovi profili del contratto”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, págs. 231.

(20) Véase COLLINS, Hugh (2003): “La giustizia contrattuale in Europa”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, págs. 660 y 669.

(21) Véase TEMPLE, Henri (2005): “Le droit de la consommation est-il contre l'entreprise?”, *Market Management. Marketing & communication*, núm. 2/2005, pág. 32-33, PERLINGIERI, Pietro (2001): “Nuovi profili del contratto” cit, págs. 236-237.

instrumento de desarrollo de la personalidad individual” mediante límites a la libertad económica (22). Este planteamiento enlaza con la justificación del derecho de consumo, garante de la posición del consumidor y ordenador de las asimetrías contractuales que padece el ciudadano no cualificado a través de la configuración normativa de la libertad contractual.

La tutela del ciudadano en el mercado se produce cuando una de las partes tiene una ventaja informativa institucional (23). Su posición contractual será normalmente la de consumidor pues la relación de consumo es el paradigma de la tutela de la persona no cualificada (24). Pero, más allá de la idea de clase o status, la tutela del consumidor se justifica en el fenómeno de la quiebra de la autonomía privada dadas las circunstancias en que se produce la contratación (25), de forma que determinadas pautas de la contratación forman parte del standard mínimo de tutela de la parte débil (26).

En este contexto contractual no hay duda de que el derecho protege al destinatario de un envío no solicitado y lo preserva de cualquier valor positivo u obligación pretendidamente contraída a resultas de su silencio. En el contexto de la venta a distancia, el art. 100 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU), prohíbe que se suministre al consumidor y usuario bienes o servicios no solicitados cuando incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. Sin perjuicio de la infracción administrativa correspondiente (art. 49.2.b TRLUCU), éste no queda obligado a su devolución ni a pagar el precio. En el mismo sentido se pronuncia el art. 13 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los con-

(22) ALPA, Guido (1995): “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, marzo, pág. 39.

(23) Tomamos la expresión de DE LORENZI, Valeria (1999): “Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico”, *Rivista di Diritto Commerciale* XCVII, pág. 577.

(24) No obstante la relación de consumo no agota la protección del destinatario de bienes o servicios complejos en el mercado. En este sentido, se habla de la sectorialización de las normas de tutela o distributivas: véase COLLINS, Hugh (2003): “La giustizia contrattuale in Europa”, cit., pág. 680.

(25) Véase CALVO, Roberto (2004): “La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale”, cit., pág. 895 y EICHENHOFER, Eberhard (1997): “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”, cit., pág. 206.

(26) Véase EICHENHOFER, Eberhard (1997): “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale”, cit., pág. 209.

sumidores, cuyo párrafo segundo explicita que en el caso de prestación no solicitada, el consumidor quedará eximido de toda obligación, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento (27). En cambio, el mismo art. 13 de la Ley 22/2007, admite la renovación del contrato si está expresamente prevista en el contrato inicialmente suscrito y siempre que no se modifiquen las condiciones contractuales inicialmente pactadas. Con carácter general, el art. 41 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, no derogado por el Real Decreto 1/2007, establece que en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.

III. EL CONSENTIMIENTO Y LAS FACULTADES INSTRUMENTALES DE CONTROL SOBRE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL

1. *La autodeterminación informativa como instrumento de libertad personal*

Si la autodeterminación permite controlar la gestión ajena de la información personal, el consentimiento inequívoco e informado (art. 6 LOPD) parece el detonante de esta particular disposición que caracteriza el ejercicio de los derechos de la personalidad. Sin ánimo de entrar ahora en el debate de la preponderancia del orden legal o de la voluntad en el sistema de protección de la libertad informativa (28), destacaremos la manifestación dinámica de la tutela o autodeterminación informativa que habilita la gestión personal de los datos mediante el consentimiento del afectado a los efectos de revelarlos, cederlos o admitir

(27) Los art. 100 TRLCU y 13 LCDSF se refieren a la eficacia obligacional del envío no solicitado, que no puede interpretarse como una perfección contractual a resultados del silencio del receptor. En el contexto del requerimiento para usar los datos personales más allá del uso legítimo o consentido previamente, es evidente que no nacerá es la legitimación a favor del responsable del tratamiento. Por otra parte, la predisposición del valor del silencio mediante una comunicación, es decir a distancia, puede considerarse como una práctica ilícita al amparo de los art. 7.2 y art. 8 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

(28) Véase RICCIO, Giuseppe Maria (2002): "Il consenso dell'interessato al trattamento via Internet dei dati personali", *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, dir. S. Sica y P. Stanzione, Giuffrè, Milano, pág. 327.

determinadas modalidades de tratamiento, que puede valerse de los derechos de consulta, acceso, rectificación, cancelación y oposición con el fin de hacer efectiva u optimizar dicha gestión. No obstante, debe tomarse en consideración que la autodeterminación opera sobre el substrato legal, garantista, que define el tratamiento lícito *ex lege*, los principios de calidad de los datos y las obligaciones del titular del fichero (29). En este sentido existe un verdadero “estatuto de la información” que traza la legitimidad de los datos y la licitud de su tratamiento (30).

La idea de sumisión del ciudadano en el contexto de la sociedad de la información, permite poner el acento sobre la importancia de la información en orden a obtener un consentimiento informado, en paridad con las condiciones en que se produce la gestión sobre los datos personales o la autodeterminación informativa. La información y la existencia de derechos instrumentales habilitan el control inicial y posterior el reequilibrio en las etapas en que se produce el tratamiento de los datos (31). Si la sociedad de la información ha revitalizado el derecho privado poniendo de relieve las implicaciones personales de las relaciones que plantea, lo ha hecho sobre los valores de la dignidad y la igualdad (32), que permiten acotar los riesgos de la circulación de la información personal en el mercado y articular una concepción de la persona con recursos para no perder el control sobre su libertad, en la que se halla la libertad (33). El mercado y las nuevas técnicas de comunica-

(29) Véase CIRILLO, Gianpiero Paolo (2005): “Il nuovo Codice in materia di trattamento dei dati personali. Il diritto alla protezione dei dati e gli schemi di riferimento relativi alla tutela dei diritti fondamentali della persona e dei c.d. diritti dell’interessato”, *La protezione dei dati personali*, a cura di Giuseppe Santaniello, Cedam, Milano, pág. 29, donde destaca que los derechos de la personalidad “stanno sullo fondo”, es decir, son predefinidos por el ordenamiento, que dispone una tutela objetiva, que sólo queda parcialmente sujeta a las facultades de autodeterminación del sujeto.

(30) Constituye la base que satisface los intereses implicados y sobre todo el respeto del derecho fundamental, sobre la que operará el consentimiento: véase RICCOBENE, Alessandra (2006): “Il danno cagionato per effetto del trattamento e i diversi modelli risarcitori”, *Libera circolazione e protezioe dei dati personali*, T. II, Giuffrè Editore, Milano, pág. 2026-2027.

(31) Véase SCIUME, Alberto (2000): “Riflessi giuridici della comunicazione telematica: internet, offerta di prodotti e servizi e tutela della privacy”, *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*; introduzione di Cesare Vaccà, Egea, Milano, pág. 137.

(32) Véase RODOTA, Stefano (2004): “Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione”, *Rivista Critica del Diritto Privato* 4, pág. 362.

(33) CIRILLO, Gianpiero Paolo (2005): “Il nuovo Codice in materia di trattamento dei dati personali. Il diritto alla protezione dei dati e gli schemi di riferimento relativi alla tutela dei diritti fondamentali della persona e dei c.d. diritti dell’interessato”, cit., pág. 27.

ción provocan vulnerabilidades, como la capacidad de ser “despojado” de los datos, ya sea a través de cesiones inadvertidas, de consentimientos requeridos y prestados en situación de autonomía precaria que habilitan para variar los fines del tratamiento.

La información aparece como la base del tratamiento lícito, tanto si está amparado de antemano por la ley en cuyo caso es debida y funciona como requisito de inclusión en el fichero y de legitimación (art. 6.2 LOPD), como si se somete al consentimiento del interesado (34). El art. 5 LOPD recoge la obligación de informar en momento útil, al recoger los datos, o con posterioridad si no se recabaron del interesado (art. 5.4 y 5 LOPD). No vamos a extendernos sobre sus contenidos, destacando directamente sus pautas de exteriorización, que debe proporcionarse de forma expresa, precisa e inequívoca (art. 5.1 LOPD), tal como por otra parte corresponde a todo predisponente (35). Debe pues proporcionarse en momento pertinente, debe ser fácilmente accesible y no contradictoria.

2. Consentimiento inequívoco y consentimiento tácito: *el valor positivo del silencio*

El art. 14 RLOPD procura rodear de garantías la obtención a distancia del consentimiento, de forma que la solicitud unilateral no provoque una manifestación errónea o mal informada y el afectado disponga de medios de respuesta ágiles y gratuitos. Garantías que, a nuestro entender, se rebajan al permitir que los responsables adjunten la solicitud de consentimiento a la facturación periódica del servicio o a la información periódica o reiterada que generen, restando especificidad al acto concreto de autodeterminación y relevancia a la información previa, en definitiva desdibujando la base (hechos concluyentes) que sustenta el valor inequívoco del silencio (presunción que debemos suponer *iuris tantum*, art. 385.3 LEC).

En todo caso, el responsable del tratamiento debe estar en disposición de conocer si la comunicación se ha devuelto por cualquier cau-

(34) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto (2003): *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson-Aranzadi, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, págs. 122-124.

(35) Véase SÁNCHEZ MOURIZ, Nelly (2004): “Los datos personales en el inicio de la actividad empresarial”, *La protección de datos en la gestión de empresas*, dir. A. Marzo Portera y F. M^a Ramos Suárez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 60-61.

sa, privándole de la posibilidad de tratar los datos de aquel interesado (art. 14.3 RLOPD). Asimismo, debe facilitar la denegación del consentimiento mediante un medio sencillo y gratuito, admitiéndose la suficiencia del envío prefranqueado o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al cliente (art. 14.4 RLOPD). El art. 14.5 RLOPD ha incorporado un límite a la accesibilidad del afectado, a quien no se podrá requerir nuevamente, para el mismo tratamiento y finalidades, hasta transcurrido un año desde la anterior solicitud. Este límite representa una temporalización que relativiza el “derecho a ser dejado en paz” una vez el interesado ya ha manifestado su deseo de no permitir un uso y que siempre queda libre de solicitar si fuera de su interés.

La construcción de canales para disponer el valor positivo del silencio no es nueva en el derecho de protección de datos personales. Este mecanismo ya existía, revestido de cierta excepcionalidad, en el art. 65.3 del Real Decreto 424/2005, de 15 abril, que aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que desarrolla la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su Reglamento. El art. 65.3 RLGT predispone y legitima el procedimiento para que los operadores obtengan el consentimiento favorable al uso promocional de los datos del tráfico de sus clientes a partir de la falta de respuesta a su requerimiento. Considera prestado el consentimiento para tratar los datos de tráfico con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios con valor añadido, si el afectado no se pronuncia en contra en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud. Los operadores deben dirigirse a los abonados, al menos, con un mes de antelación al inicio de tal promoción o prestación y solicitar el consentimiento, informando del tipo de servicios para los que se efectuará el tratamiento, de los tipos de datos utilizados y de la duración del tratamiento. Asimismo, debe hacer constar que su falta de respuesta se interpretará como un consentimiento inequívoco para el tratamiento (36).

(36) Se establecen garantías formales del derecho a la información: los medios de comunicación deben garantizar la recepción del abonado, se admite su adjunción a la facturación del servicio (con las limitaciones probatorias del correo ordinario) y debe facilitarse al interesado un medio sencillo y que no implique ingreso alguno para el sujeto obligado rechazar el tratamiento. Se considera ajustado al Reglamento el envío prefranqueado, la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al cliente, sin perjuicio del ejercicio sobrevenido del derecho de oposición. Sobre el desarrollo

La doctrina ha venido destacando la necesidad de prudencia a la hora de conferir valor positivo al silencio, en consideración a la naturaleza fundamental del derecho a la protección de los datos personales y ha justificado una interpretación restrictiva en los ámbitos que carezcan de previsión legal. En efecto, el consentimiento tácito se desprende del comportamiento de una persona que, racionalmente, sólo pueda interpretarse en determinado sentido. La STS de 18 de marzo de 2005 (Sala de lo contencioso-administrativo), pone de relieve que esta manifestación del consentimiento debe tratarse con una gran delicadeza cuando están en juego derechos constitucionales básicos, apreciando que, en el caso en cuestión, no constaba que los denunciantes hubieran recibido ninguna comunicación informativa que, tal como se afirmaba, se había producido por correo ordinario (37). En principio, los indicios concluyentes que rodean el silencio, comportamiento negativo, deben ser lo suficientemente significativos como para deducir un acto de autodeterminación o de disposición sobre un dato, siendo la forma más clara aquella en que la ley predispone el sentido de la omisión, presumiendo su valor positivo.

Como es sabido, la contraposición entre el art. 6.1 LOPD, que fija el régimen general sobre un consentimiento “inequívoco”, y el art. 7.2 y 3 LOPD, que requiere el consentimiento expreso para el tratamiento de los datos sensibles, evidencia una diferencia de trato y abre la vía a una diversificación de sus modalidades de exteriorización. Lo “inequívoco” alude a la inexistencia de dudas en la interpretación del comportamiento, cuestión en la que incidirá la predisposición de su valor (38). Hasta

reglamentario de la protección de datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, véase GRAMUNT FOMBUENA, Maria Dolores: “L’attuazione della direttiva CE n.2002/58 nell’ordinamento spagnolo”, *Il Codice del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, R. D’Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pág 960.

(37) Véase QUÍLEZ, E (2005): “Procedimiento inapropiado para la obtención del consentimiento tácito por parte de las operadoras de telecomunicaciones”, *Datos personales*, núm. 14 (marzo 2005).

(38) Muestran sus reticencias al consentimiento tácito o presunto FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel (2003): “El consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales”, *Datos Personales* 3, (<http://www.datospersonales.org>) y GUERRERO PICÓ, María del Carmen (2006): *El impacto de Internet en el Derecho fundamental a la protección de datos personales*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, págs. 258-259. Consideramos que el consentimiento es presunto cuando la ley describe el supuesto de hecho y determina sus consecuencias jurídicas; en cambio el consentimiento tácito siempre se deduce de un conjunto de hechos concluyentes cuyo significado inequívoco corresponde argumentar al interesado.

ahora esta predisposición quedaba avalada excepcionalmente por la norma, mientras que otras iniciativas del titular del fichero, colocando al afectado en situación de tener que denegar su consentimiento, se sumían en una incertidumbre arriesgada en lo referente a su sancionabilidad (39).

Creemos que la opción sobre el desarrollo de las modalidades de manifestación del consentimiento debe analizarse más allá de la excepción reglamentaria, para interpretar lo “inequívoco” a la luz de los principios y postulados de las modernas regulaciones tuitivas. Es cierto que la Directiva 1995/46/CE ya sentó una nomenclatura diferente, exigiendo un consentimiento “inequívoco” al tratamiento general de datos personales (art. 7.a) y el consentimiento explícito para los datos sensibles (art. 8.2.a). El desarrollo de estas expresiones puede realizarse siguiendo los cauces formales de la teoría general, es decir, reservando la exteriorización expresa del consentimiento a los datos sensibles y manteniendo las demás formas de manifestación en los tipos de tratamiento (consentimiento tácito o presunto) o bien valorando el acto dispositivo o de autodeterminación bajo el prisma del libre desarrollo de la personalidad.

El *Codice in materia di Protezione dei Dati personali* italiano (D.l. núm. 196, de 30 de junio de 2003) ha optado por una vía sin duda más tuitiva. Su art. 23 reclama el consentimiento expreso del interesado para el tratamiento de los datos personales por particulares o entes públicos económicos, añadiendo la forma escrita cuando se refiere a datos sensibles. A estos efectos, distingue entre forma constitutiva y documentación, pues su párrafo tercero indica que el consentimiento debe manifestarse libre y específicamente, respecto a un tratamiento claramente individualizado y documentarse por escrito (dotarse pues de un soporte escrito o, cabe interpretar, duradero, para alcanzar a los soportes in-

(39) Véase la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de junio de 2004 (RJCA 2004\669) que analiza la predisposición de medios por el responsable del tratamiento a la hora de recabar con exactitud el consentimiento derivado de la inactividad. Tras considerar dichos medios no ajustado a derecho, indica su Fundamento de Derecho 5º: “Ello porque si bien consideramos que no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación, entendemos también que la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos personales ha sido consentida de modo claro y terminante”.

formáticos que permiten almacenar, conservar y reproducir aquella manifestación). El Código italiano destierra así el valor positivo de la mera inercia o tolerancia del afectado, así como del silencio en el contexto de un requerimiento (40). La doctrina conviene en que el consentimiento no puede darse por implícito, no sólo cuando se requiere mediante su inclusión afirmativa en un clausulado, sino también cuando el responsable del tratamiento requiere al afectado y predispone el sentido de su falta de respuesta (41).

IV. UNA COMPARATIVA ENTRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LOS INTERESES ECONÓMICOS EN EL ÁMBITO DE LOS REQUERIMIENTOS NO SOLICITADOS

Fuera del ámbito de los derechos fundamentales, pero en el contexto aún de un derecho tuitivo, sorprende constatar cómo las opciones resultan más garantistas. El Derecho de consumo, que dirige intereses meramente económicos prohíbe conferir unilateralmente valor positivo al silencio y califica esta práctica de una infracción administrativa. Por otra parte, la técnica de comunicación a distancia también descarta, sin especial consideración al status subjetivo del destinatario, sino por la

(40) El legislador italiano ha querido intensificar la interpretación finalista del art. 11.3 de la derogada Ley núm. 675 de 31 de diciembre de 1996, de acuerdo con la opinión doctrinal que desarrollaba la naturaleza "inequívoca" del consentimiento *ex art. 7* de la Directiva 1995/46/CE en el sentido que permitía la manifestación oral del mismo, sin perjuicio de su carácter expreso. La documentación era una carga del responsable, repercutiendo en su contra la inobservancia de la misma. De ahí el rechazo del consentimiento tácito o basado en comportamientos concluyentes: véase BUTARELLI, Giovanni (1997): *Banche dati e tutela della riservatezza. La Privacy nella società dell'informazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pág. 281; PATTI, Salvatore (1999): "Comentario al art. 11", en *Le Nuovi Leggi civili commentate. Tutela della Privacy* (l. 31 dicembre 1996, n. 675), a cura di G. Cian, A. Maffei y P. Schlesinger, Cedam, Padova, 1999, pág. 358: "Si esclude in tal modo la rilevanza di dichiarazione tacite e del comportamento concludente dell'interessato, ed a tale risultato si perviene agevolmente anche tenendo conto della successiva disposizione que prescrive la documentazione per iscritto. A maggior ragione deve escludersi che il mero silenzio o l'inerzia dell'interessato nei confronti di una richiesta di autorizzazione, como pur la tolleranza nei confronti d un trattamento, possano considerarsi equivalenti ad una sua manifestazione di volontà. Di conseguenza deve altresì escludersi che comportamenti passivi o omissivi dell'interessato, eventualmente a conoscenza del trattamento di dati che lo riguardano, possano condurre a configurare un affidamento meritevole di tutela in capo all'utilizzazione".

(41) Véase DE SIERVO, Udo (2002): "Privacy e commercio elettronico", *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, ed. S. de Sica y P. Stanzione, Giuffrè, Milano, pág. 316.

sola particularidad de la técnica contractual utilizada, que la falta de respuesta a una oferta pueda considerarse como una aceptación (art. 41 LOCM) (42).

No obstante, parece que las condiciones que repercuten en el ejercicio de un derecho fundamental sí pueden alterarse sin solicitud previa, de forma que el régimen más tuitivo y estricto queda reservado a la modificación de las condiciones contractuales. Se llega a la paradoja de que una misma comunicación es lícita si se analiza como un acto de autodeterminación informativa, mientras que se considera ilícita si se enfoca como un requerimiento efectuado a distancia con fines comerciales (art. 41 LOCM) o como un envío destinado a un consumidor con el que se pretende reformular las condiciones de uso de sus datos personales. En cualquier caso estamos ante un consentimiento no prestado *in situ* destinado a legitimar al titular de la base de datos para tratar la información personal del cliente más allá de los fines propios de la relación contractual que los une, es decir, más allá del ámbito de tratamiento lícito exento de consentimiento. Los intereses del ciudadano quedarían más tutelados desde una perspectiva “patrimonialista”, de una acción de cesación o del análisis del contenido de una cláusula predispuesta (cfr art. 89.4 TRLCU) e incluso a través de una infracción de consumo (art. 49.2.b TRLCU) mientras que, desde el punto de vista de la libertad informativa, el amparo del ciudadano silencioso se ceñiría al respeto de los requisitos reglamentarios de la comunicación (43).

La sensibilidad del legislador hacia la tutela del afectado se recupera una vez reconocida la posibilidad de dirigirse al mismo anunciándole el valor de su silencio. El art. 14.4 RLOPD completa el art. 11.4 del Proyecto (versión de abril de 2007) con un nuevo medio ajustado al re-

(42) Naturalmente, si la solicitud se tramita a través de un medio electrónico que goza de protección específica, se aplicará preferentemente la normativa sectorial. En este sentido, el régimen de las comunicaciones recibidas por carta coincide plenamente con lo desarrollado en el texto. En cambio, si la solicitud se recibe por correo electrónico u otros medios de los comprendidos en el art. 38.3.h LGT (cfr también art. 69.1 RLGT), reaparece la necesidad del consentimiento previo específico para ser accesible mediante estos medios particularmente invasivos y que los hacen inviables a este efecto. Aunque el art. 21.2 LSSICE recupera el sistema *opt-out* cuando existe una relación contractual previa y se han obtenido lícitamente los datos de contacto, difícilmente podrá el prestador utilizarlos para recabar un consentimiento para tratar la información personal de forma distinta a la inicial.

(43) Poníamos de relieve esta situación, al hilo de la prestación del consentimiento en un contexto sectorial en nuestro trabajo (2007): “Comercialización de servicios y tutela de datos personales: el sector bancario y asegurador”, *Civitas. Revista española de Protección de Datos* 3, págs. 196-197.

glamento para manifestar la negativa al tratamiento: se añade al envío prefranqueado, la llamada a un número gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido. Se trata de un intento de protección poco perfilado pues los servicios de atención se vinculan a una llamada, cuando en este caso, de acuerdo con el art. 21.2 TRLCU, si los servicios de atención utilizan la atención telefónica o electrónica deben garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance (cfr Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

Independientemente del medio técnico utilizado, las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones. No debe perderse de vista la predisposición de medios conlleva la carga de la prueba en consideración al principio de facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) (44). Así, en nuestra opinión, no sólo deben exigirse medios cuidadosos para garantizar que el afectado recibe la solicitud de consentimiento (cfr art. 14.3 RLOPD), sino también para dejar constancia de su negativa, ya que, de lo contrario, tampoco será posible el nuevo tratamiento de sus datos.

Corresponde al legislador medir las implicaciones del desarrollo de sus instituciones: así, normalizar una concepción de lo “inequívoco” en el sentido de “presunto” en un sector tuitivo por definición sobre la base de la inactividad del interesado. Parece que se prefiere dejar recaer el peso de la tutela sobre el diseño legal del procedimiento para obtener el consentimiento, en vez de potenciar otras formas de ejercer de la autodeterminación que no precisan una fijación legal de su significado (45). Sería más respetuoso con la libertad propia de la autodeterminación informativa que el responsable del tratamiento enviara un escrito prefranqueado con la solicitud del consentimiento para modificar las condiciones de tratamiento y permitir el uso comercial de los datos, que el interesado podría enviar libremente. Se trataría de utilizar la misma

(44) El art. 17 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, carga al proveedor con la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de la misma, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución.

(45) Véase PASCUAL, Pablo (2007): “Nuevas formalidades en relación con el deber de información y obtención del consentimiento, los derechos de los afectados y el acceso a datos por cuenta de terceros en el borrador de Reglamento de la LOPD”, en *Datos-personales.org*, núm. 28.

confianza en la libertad y prontitud de la respuesta del interesado, aunque a la inversa, partiendo del planteamiento tuitivo que debe inspirar la regulación de la protección de los datos personales.

En el contexto del proceso de formación del contrato, el art. 15 RLOPD no duda en sentar la necesidad de la negativa expresa del cliente, siempre que se solicite su consentimiento para fines que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control del mismo. Generaliza una buena práctica, al considerar cumplida tal circunstancia cuando se ofrezca la marcación de una casilla claramente visible y no marcada previamente en el documento entregado para celebrar el contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento. La negativa inequívoca, en el sentido de expresa, garantiza la tutela de la libertad informativa durante el proceso de contratación, aunque ésta desaparece tras la celebración del contrato, momento a partir del cual el afectado queda sujeto a requerimientos, que pueden llegar a ser anuales y tergiversan la declaración expresa inicial, que no tendría por qué verse en situación de reiterar. Cuando el afectado se ha pronunciado expresamente sobre el tratamiento de sus datos personales durante el proceso de contratación, su declaración expresa tendría que prevalecer sobre el mero silencio. En efecto, el responsable del tratamiento se dirige al mismo utilizando los datos del contrato con una finalidad ajena a la permitida expresamente, cual es utilizarlos con objeto promocional, actividad que no parece coherente con el principio de finalidad de los datos que refleja el art. 4.2 LOPD, al prohibir el uso de los datos de carácter personal para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido (1995): "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Rivista Critica di Diritto Privato*, marzo, págs. 35-55.
- ALPA, Guido (1998): "Diritto comunitario, status e tutela della persona", *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, págs. 59-64.
- BUTARELLI, Giovanni (1997): *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella Società dell'informazione*, Giuffrè Editore, Milano.
- CALVO, Roberto (2004): "La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale", *Rivista Trimestrae di Diritto e Procedura Civile* 3, págs. 869-904.

- CIRILLO, Gianpiero Paolo (2005): "Il nuovo Codice in materia di trattamento dei dati personali. Il diritto alla protezione dei dati e gli schemi di riferimento relativi alla tutela dei diritti fondamentali della persona e dei c.d. diritti dell'interessato", *La protezione dei dati personali*, a cura di Giuseppe Santaniello, Cedam, Milano.
- COLLINS, Hugh (2003): "La giustizia contrattuale in Europa", *Rivista Critica di Diritto Privato*, págs. 659-685.
- DE LORENZI, Valeria (1999): "Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico", *Rivista di Diritto Commerciale* XCVII, págs. 565-588.
- DE SIERVO, Udo (2002): "Privacy e commercio elettronico", *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, ed. S. de Sica y P. Stanzone, Giuffrè, Milano.
- EICHENHOFER, Eberhard (1997): "L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale", *Rivista di Diritto Civile* 2, págs. 193-213.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel (2003): "El consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales", *Datos Personales* 3, (<http://www.datospersonales.org>)
- GRAMUNT FOMBUENA, Maria Dolores (2007): "L'attuazione della direttiva CE n.2002/58 nell'ordinamento spagnolo", *Il Codice del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), G. Giappichelli Editore, Torino.
- GUERRERO PICÓ, María del Carmen (2006): *El impacto de Internet en el Derecho fundamental a la protección de datos personales*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
- HOSEIN, Gus (2004): "Privacy as freedom", *Human rights in the global information society*, ed. R. F. Jorgensen, The MIT Press.
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa (2007): "Comercialización de servicios y tutela de datos personales: el sector bancario y asegurador", *Civitas. Revista española de Protección de Datos* 3, págs. 171-220.
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa (2008): "La revisión del acervo de consumo: la generalización del derecho tuitivo y su relación con el marco común de referencia", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord.. J. Gómez Gállego, T. II, Thomson-Civitas, pág. 915-933.
- MARELLA, Maria Rosaria (2007): "Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti", *Rivista Critica di Diritto Privato*, marzo, págs. 67-103.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2004): *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

- MARTORANA, Cristina (1999): "Comentario al art. 10", *Le Nuove Leggi civili comentate. Tutela dalla Privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, a cura di Giorgio Cian, Alberto Maffei Alberto, Piero Schlesinger, Cedam, Padova.
- MAURANO, Fabio (2003): Consumatore telematico e cittadino telematico, *Commercio elettronico e tutela del consumatore, a cura di Giuseppe Cassano*, Giuffrè editore, Milano.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto (2003): *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson-Aranzadi, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
- MIRABELLI, Giuseppe (1999): "Identità personale e dato personale", *Il trattamento dei dati personali, vol II, Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Giappichelli Editore, Torino.
- PASCUAL, Pablo (2007): "Nuevas formalidades en relación con el deber de información y obtención del consentimiento, los derechos de los afectados y el acceso a datos por cuenta de terceros en el borrador de Reglamento de la LOPD", *Datospersonales.org* 28 (<http://www.datospersonales.org>)
- PATTI, Salvatore (1999): "Comentario al art. 11", *Le Nuove Leggi civili comentate. Tutela dalla Privacy (l. 31 dicembre 1996, n. 675)*, a cura di Giorgio Cian, Alberto Maffei Alberto, Piero Schlesinger, Cedam, Padova.
- PATTI, Salvatore (2004): "Tradizione civilistica e codificazioni europee", *Rivista di Diritto Civile*, págs. 521-531.
- PATTI (2004): *Diritto Privato e Codificazione europea*, Giuffrè Editore, Milano,
- PERLINGIERI, Pietro (2001): "Nuovi profili del contratto", *Rivista Critica di Diritto Privato*, págs. 223-246.
- QUÍLEZ, E. (2005): "Procedimiento inapropiado para la obtención del consentimiento tácito por parte de las operadoras de telecomunicaciones", *Datos personales* 14 (<http://www.datospersonales.org>)
- RICCIO, Giuseppe Maria (2002): "Il consenso dell'interessato al trattamento via Internet dei dati personali", *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, dir. S. Sica y P. Stanzione, Giuffrè, Milano.
- REDOLFI, Daniela (2000): "La cittadinanza virtuale: diritti e doveri nelle reti civiche", *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*; introduzione di Cesare Vaccà, Egea, Milano.
- RODOTÀ, Stefano (2004) : "Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy", *Europa e diritto privato* 1, págs. 1-11.
- RODOTÀ, Stefano (2004): "Discorso del presidente", *Relazione 2004 (Garante per la Protezione dei dati personali)* (www.garanteprivacy.it.)

- RODOTÀ, Stefano (2004): "Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione", *Rivista Critica del Diritto Privato* 4, págs. 358-375.
- RODOTÀ, Stefano (2006): "La conservación de los datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas", *Revista d'Internet, Dret i Política* 3, (www.uoc.edu/idp)
- SÁNCHEZ MOURIZ, Nelly (2004): "Los datos personales en el inicio de la actividad empresarial", *La protección de datos en la gestión de empresas*, dir. A. Marzo Portera y F. M^a Ramos Suárez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- SCIUME, Alberto (2000): "Riflessi giuridici della comunicazione telematica: internet, offerta di prodotti e servizi e tutela della privacy", *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*; introduzione di Cesare Vaccà, Egea, Milano.