



ALGUNAS REGLAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS*

*Iuliana Raluca Stroe***

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2018

Desde el pasado 24 de mayo de 2018, cuando empezó a aplicarse el Reglamento General de Protección de Datos, no han dejado de surgir algunas dudas acerca de conceptos clave tales como qué es un fichero, cuándo se realiza un tratamiento de datos, qué significa la configuración automatizada de perfiles o la prohibición relativa a que un particular sea objeto de una decisión tomada sobre bases exclusivamente automáticas. El presente trabajo trata de esclarecer el significado y alcance de estos conceptos.

1. Un fichero es: *todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica.* Los «datos personales» se refieren a cualquier información sobre una persona física identificada o identificable. Se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Una dirección de correo electrónico puede contener signos o números o bien hacer referencia a nombres y apellidos de su titular. En el primer caso, pueden surgir dudas acerca de si un correo electrónico que no hace referencia a datos que puedan identificar a una persona, tales como su nombre o apellido pueda considerarse como dato personal. No obstante, aun así, la dirección de correo electrónico aparece referenciada a un dominio, que puede ser identificado, sin tener que realizar «esfuerzos desproporcionados». Por tanto, la dirección de correo electrónico es en todo caso un dato personal y un listado de direcciones de correo electrónico constituye un fichero.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** <https://orcid.org/0000-0003-1998-5412>



2. ¿El envío de un correo electrónico se considera tratamiento de datos personales?

Depende de quién realiza el envío y en qué contexto. Así, en el Considerando 18 del Reglamento se aclara que el mismo no resultará de aplicación “al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial”. Dentro de estas actividades personales o domésticas se incluyen la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales. Por consiguiente, si el envío lo realiza una persona física en el ámbito de su actividad personal o doméstica, no se considera tratamiento de datos a efectos del Reglamento. Por el contrario, si el envío se realiza por una empresa u organización estaríamos ante un tratamiento de datos, sometido a lo dispuesto en el Reglamento y si se trata de un envío de correos electrónicos de mercadotecnia directa, también deben cumplirse las normas de mercadotecnia que se establecen en la Directiva sobre intimidad y comunicaciones electrónicas.

3. Está básicamente prohibida la configuración de perfiles. Esto significa que no se pueden utilizar datos personales para evaluar o predecir determinados aspectos personales de una persona física relativos por ejemplo al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física. Conforme se indica en las *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679* del Grupo de Trabajo del art. 29, para que se pueda hablar de la elaboración de perfiles se han de cumplir 3 requisitos:

- debe ser una forma *automatizada* de tratamiento;
- debe llevarse a cabo *respecto a datos personales*;
- el objetivo de la elaboración de perfiles debe ser *evaluar aspectos personales* sobre una persona física.

No obstante, aunque la regla general sea la prohibición, se permiten tanto la elaboración de perfiles como tomarse decisiones automatizadas como excepción si se cumple alguno de los tres requisitos siguientes: i) es necesario para la celebración o la ejecución de un contrato, ii) está permitido por el Derecho de la UE o algún Estado miembro, o, iii) en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito.

El Consejo Europeo advertía en la Recomendación CM/Rec (2010)13 que el desarrollo de las técnicas automatizadas de elaboración de perfiles tiene como consecuencia la clasificación de los interesados en categorías predeterminadas sin su conocimiento, lo que supone una amenaza grave a sus derechos y libertades. Por consiguiente, el derecho del interesado de no ser objeto de una configuración de perfil automatizada se configura como



una prohibición general, con las excepciones antes expuestas, para que sea él quien ostente el control sobre sus datos personales. Además, se trata de un derecho que surte sus efectos sin necesidad de ser invocado por el interesado.

4. Está prohibido que un particular sea objeto de una decisión tomada sobre bases exclusivamente automáticas, lo que supone que no se pueden tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano que produzcan efectos jurídicos en el interesado o le afecte significativamente de modo similar. Los efectos jurídicos que son señalados como ejemplo en las Directrices¹ del GT29 se refieren a la cancelación de un contrato, el derecho o la denegación de una prestación concedida por la ley, como la prestación por hijos o la ayuda a la vivienda o, la denegación de admisión en un país o de ciudadanía. Otros efectos, que no sean jurídicos pero que tengan una repercusión importante para una persona se pueden referir a los servicios de contratación on-line en los que no haya una intervención humana como por ejemplo la solicitud de un crédito. No obstante, el Reglamento no aclara cuando las decisiones se consideran suficientemente significativas. En las mismas Directrices se señala que podría tratarse de decisiones que:

- afecten a las circunstancias financieras de una persona, como su elegibilidad para un crédito;
- afecten al acceso de una persona a los servicios sanitarios;
- denieguen a una persona una oportunidad laboral o que la coloquen en gran desventaja;
- afecten al acceso de una persona a la educación, por ejemplo, su ingreso en la universidad.

En definitiva, se trataría de decisiones que afecten las circunstancias, el comportamiento o a las elecciones de las personas afectadas, que tengan un impacto prolongado o permanente en el interesado, o, en los casos más extremos, que puedan provocar la exclusión o discriminación de personas.

5. Tengo mis “amigos” en Facebook. ¿Cuándo empiezo a “tratar datos”, cuando tengo un “fichero”?

Las redes sociales como Facebook o Twitter son definidas como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. Los proveedores de “servicios de red social” (SRS) son los responsables del tratamiento de datos en cuanto son ellos los que proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, así como todos los servicios «básicos»

¹ Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Adoptadas el 3 de octubre de 2017, Revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018.



vinculados a la gestión de los usuarios (por ejemplo, el registro y la supresión de cuentas) y determinan la manera en que los datos de los usuarios pueden utilizarse con fines publicitarios o comerciales, incluida la publicidad proporcionada por terceros. Por tanto, los usuarios se consideran, en la mayoría de los casos personas interesadas, siempre que estas traten datos personales «en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas». No obstante, algunas de las actividades de los usuarios no están cubiertas por la exención doméstica:

- Cuando un usuario de SRS actúa en nombre de una empresa o de una asociación o utiliza el SRS principalmente como una plataforma con fines comerciales, políticos o sociales. En este caso, el usuario asume la plena responsabilidad de un responsable del tratamiento de datos que revela datos personales a otro responsable del tratamiento de datos (SRS) y a terceros (otros usuarios de SRS o incluso, potencialmente, a otros responsables del tratamiento de datos que tienen acceso a ellos). Por tanto, el usuario necesita el consentimiento de las personas interesadas u otra base legítima relativa a la protección de datos.
- Un gran número de contactos puede indicar también que no se aplica la excepción doméstica y el usuario podría entonces ser considerado como un responsable del tratamiento de datos. También tener un perfil de acceso al público y aceptar contactos independientemente de la vinculación con el usuario o cuando los datos son indexables por los motores de búsqueda, se pueden considerar excepciones al ámbito personal o doméstico. En estos casos, aunque la exención doméstica no se aplique, el usuario de SRS puede beneficiarse de otras exenciones, como la exención con fines periodísticos, artísticos o literarios y debe establecerse un equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.
- No entrarían dentro de la exención doméstica los supuestos en los que se tienen que garantizar los derechos de terceros, en particular relativos a datos sensibles.

Un caso relacionado con la protección de derechos de terceros fue objeto de una reciente resolución por parte de la AEPD (Resolución de 17 de julio de 2018). La denunciada había difundido a través de Facebook a un grupo formado por 728 personas, residentes de la misma localidad en la que residen ella y el denunciante, la Sentencia en la que se le condena a este último como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género. La AEPD aclara que, aunque se trate de una actividad personal o doméstica, pues la difusión se realiza a un grupo cerrado de personas, se ha de tener en cuenta la trascendencia de la misma en la vida del denunciante, al tratarse de una condena penal. En consecuencia, la denunciada pasa en esta situación de ser usuaria de los SRS a ser responsable de tratamiento de datos sin consentimiento por parte del interesado. Ante estos hechos la AEPD analiza si existe algún fundamento jurídico para el tratamiento



realizado por la denunciada, concretamente, si dicho tratamiento estaría amparado por el interés legítimo, conforme se dispone en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE². Así, declara la AEPD que no hay duda sobre la existencia del interés de la denunciada de denunciar públicamente los hechos graves que ha sufrido personalmente, con la intención de evitar que puedan repetirse en el futuro y proteger su integridad física, y que este interés legítimo puede prevalecer frente al derecho fundamental a la protección de datos del denunciante. Además, dicho tratamiento consistente en la comunicación pública- es necesario para la consecución del interés legítimo perseguido. Por último, el hecho de que la publicación se realizo a un grupo cerrado y que fue retirada por la misma denunciada hace que se cumpla el requisito de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto.

6. La publicación de fotografías o cualquier otro dato personal en una “revista de corazón” es un tratamiento de datos. No obstante, a este tratamiento con fines periodísticos no se le aplica el RGDPD. En el Considerando 153 del mismo se señala que el tratamiento de datos personales con “fines exclusivamente periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria” debe estar sujeto a excepciones o exenciones con el objetivo de “conciliar el derecho a la protección de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión y de información consagrado en el artículo 11 de la Carta”. Sería un verdadero obstáculo para el ejercicio de la libertad de información imponer a los medios de comunicación la obligación de recabar el consentimiento informado de las personas cuyos datos se están tratando, especialmente en aquellos casos en los que el interesado no tiene interés en que los datos sean conocidos por la opinión pública. Como es sabido, la libertad de información y expresión, reconocida en el artículo 20 de la CE puede suponer una restricción de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas físicas, reconocidos en el artículo 18 CE. Y de la protección y regulación de los mentados derechos además de la CE, se encarga la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo que regula los requisitos que se han de cumplir para que se pueda realizar la divulgación pública de los datos de carácter personal, así como de otras informaciones que atañen a la persona por los medios de comunicación. Además, el Tribunal Constitucional se ha encargado de interpretar y ponderar, a través de consolidada doctrina, la prevalencia de unos derechos sobre los otros. Aunque la ponderación se ha de realizar en cada caso concreto, básicamente la información divulgada ha de ser de interés público y veraz. Si se trata de imágenes es necesario que se refieran a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y se capten durante un acto público o en lugares abiertos

² La Directiva 95/46 resulta de aplicación al sucederse los hechos en marzo de 2018, es decir con anterioridad a la fecha en la que empezó a aplicarse el Reglamento (UE) 2016/679 y ello porque la LOPD no incorpora la regla del equilibrio de intereses, recogida en el artículo 7 f) de la Directiva, pero, la STJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto Asnef, Fecemd) declaró que dicho precepto tenía efecto directo en el derecho español.



al público.

7. El Reglamento habla del derecho al olvido y lo identifica con el derecho del interesado de obtener una extensión del derecho a la supresión de sus datos. Es decir, el derecho al olvido contenido en el Reglamento no se confunde con el derecho de supresión. Para que pueda operar aquel, primero se requiere que se aplique el derecho de supresión. El Reglamento lo configura como una obligación del responsable de suprimir los datos publicados y de informar a aquellos responsables que estén tratando copias o replicas de los datos publicados de suprimirlas también. **Pero este no es el verdadero derecho al olvido que todos conocemos.** El derecho al olvido consagrado por el TJUE es el derecho del interesado de exigir que los motores de búsqueda no incluyan en la lista de resultados ni la referencia ni el enlace a los contenidos que incluyen información que no les conviene. Por tanto, mientras el primero se refiere a la supresión de contenidos el segundo trata sobre la prohibición de localizar el contenido a través de los motores de búsqueda.

8. Como existe una relación contractual previa, su empleador puede, sin tener que pedirle su consentimiento, hacer para su propio interés como empresa cosas tales como: utilizar la foto del empleado para incluirla en una ficha de identificación, utilizar el número de teléfono, tratar los datos económicos de su nómina, filtrar el contenido de correos electrónicos si la cuenta haya sido facilitada por la empresa, limitar y controlar el uso de los medios tecnológicos asignados a los trabajadores, utilizar cámaras de seguridad ante la sospecha razonable de comisión de delitos y siempre que tras un juicio de ponderabilidad dicha medida resulte la idónea para el fin perseguido. En cualquier caso, aunque no se requiera el consentimiento del trabajador, el empresario ha de informar al empleado sobre los datos que va a tratar, así como sobre la finalidad y duración del tratamiento.

9. ¿El responsable del fichero responde objetivamente por el incumplimiento de la norma objetiva de conducta (arts. 5.2 y 24), sin necesidad de que incurra en imprudencia?

Si el responsable es una entidad pública responde objetivamente en virtud del art. 106.2 CE sin necesidad de demostrar que haya mediado dolo o negligencia en la producción del daño. No obstante, en los demás casos, parece que se trata de una responsabilidad basada en la existencia de dolo o negligencia en la actuación del responsable, regulada por el art. 1902 CC. Se otorga el derecho al interesado de ser indemnizado por los daños producidos como consecuencia del incumplimiento del Reglamento por parte del responsable (Considerando 146). Pero se produce una inversión de la carga de la prueba, pues no es el interesado el que tiene que demostrar la existencia de la culpa o negligencia, sino que el responsable tiene que poder demostrar el cumplimiento de las previsiones del Reglamento. La exoneración de responsabilidad se produce si se demuestra que el responsable no es el que ha provocado los daños y perjuicios al interesado.



10. ¿Y cómo sabe el responsable que el sujeto que consiente tiene ya 16 años a los efectos del art. 8? ¿Puede fiarse de la declaración de quien consiente?

Conforme al Reglamento, los responsables deben adoptar todas las medidas razonables para verificar que el usuario supera la edad del consentimiento digital, y estas medidas deben ser proporcionales a la naturaleza y riesgos de las actividades de tratamiento.

Si los usuarios declaran que superan la edad de consentimiento digital, el responsable debe llevar a cabo las comprobaciones necesarias para verificar que dicha declaración es cierta. Si un menor que haya prestado su consentimiento no tiene la edad para hacerlo conlleva un tratamiento de datos ilícito.

La verificación de la edad se debe realizar sin que haya un tratamiento excesivo de datos como por ejemplo solicitar a los nuevos subscriptores de un servicio que indiquen su año de nacimiento o rellenen un formulario en el que declaren que son (o no son) menores³. En caso de duda, el responsable deberá revisar sus mecanismos de verificación de la edad en un caso concreto y considerar si se requieren otras comprobaciones⁴ como obtener una cantidad limitada de información, por ejemplo, los datos de contacto de un padre o tutor.

En casos de bajo riesgo, la verificación de la patria potestad o la tutela por correo electrónico puede ser suficiente mientras que en casos en los que el riesgo es elevado, puede resultar adecuado pedir más pruebas como por ejemplo pedirle al padre o tutor que realice el pago de 0,01€ al responsable, mediante una transacción bancaria que incluya una breve confirmación en la descripción de la transacción de que el titular de la cuenta

11. ¿Son admisibles en el Reglamento los registros de morosos? El Reglamento no regula los registros de morosos y tampoco los excluye de su ámbito de aplicación. Por tanto, estos pueden existir y encontrar por ejemplo su legitimidad en el cumplimiento de una misión realizada en interés público, conforme señala la STJUE 23 de noviembre de 2006 (C-238/05) o el interés legítimo. **¿Pero qué “interés” puede tener el titular del fichero (no el banco) en que un sujeto figure como moroso?** Los responsables del tratamiento de estos ficheros son empresas prestadoras de servicios, con lo cual seguramente cobran por su actividad.

12. Toda autorización previa para ser incorporado en un registro de morosos debe ser reputada como no dada porque de lo contrario, el interesado podría revocarla en cualquier momento, lo que significaría dejar sin efecto la inclusión por tener que suprimir los datos y consecuentemente aplicar también el derecho al olvido. El interesado podría por tanto obtener una financiación, aunque no tenga la capacidad económica para devolver el crédito.

³ Aunque ello pueda no ser una solución ideal en todos los casos, es un ejemplo de cómo abordar esta disposición.

⁴ Dictamen 5/2009 del GT29 sobre las redes sociales en línea (WP 163),
https://www.apda.ad/system/files/wp163_es.pdf