

Protección de Datos, Principios y Derechos.

(Pepe Gimenez Alcover, Abogado)

Bruselas, a 26 de Junio de 2.013

Protección de Datos, Principios y Derechos.

El Reglamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) tal y como consta en su exposición de motivos, no afecta a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las autoridades a efectos de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de estos datos, materia que queda expresamente excluida y que será objeto de una especial Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo.

Sin embargo, existen una serie de principios básicos en cuestión de protección de datos que deberán ser respetados muy escrupulosamente, tanto en el Reglamento como en la futura Directiva, al tratarse del fundamento primordial de la protección del Derecho Fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado en el Art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Art. 16 del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea, y estrechamente ligado al respeto de la vida privada y familiar establecido también en el art. 7 de la Carta.

También los Arts. 12 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos recogen el derecho a la privacidad y la protección de las personas ante violaciones a la misma

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, “Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, y “Artículo 28.- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”

y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966, reitera el reconocimiento de dicho derecho y su protección.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966, “Artículo 17.- 1.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.- Toda persona tiene

derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Debemos puntualizar también que la legislación que finalmente se apruebe va a afectar a otros muchos derechos fundamentales consagrados en la Carta, tales como la libertad de expresión (art. 11), la libertad de empresa ((art. 16), el derecho a la propiedad y especialmente a la propiedad intelectual (art. 17), la prohibición de discriminación (art. 21), los derechos del menor (art. 24), el derecho a la protección de la salud (art. 35), el de acceso a la documentación (art. 42) e incluso al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

La Protección otorgada en ese Reglamento, tal como consta en su considerando 12, se refiere exclusivamente a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia y no podrá ser invocado por las personas jurídicas y las empresas, dejando a éstas, de nuevo, en un limbo legislativo incomprensible que, de aprobarse así y como sucede también en relación a la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas, tendrá que ser subsanado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Debemos dejar constancia de que, tras la aparición del Reglamento, que como tal no precisara su trasposición a las legislaciones internas, considerando la obligatoria primacía del Derecho Europeo, éste será de inmediata aplicación por parte de todos los órganos

judiciales de los países Miembros, pero tratándose de primacía y no supremacía, la aparición del Reglamento no conllevará la inmediata derogación de las normativas internas sobre la materia y los Estados Miembros deberán proceder a su derogación y, en cierto modo al desarrollo del propio reglamento, desarrollo y derogaciones que deberían realizarse siempre bajo el prisma de los principios fundamentales que lo integran.

Por ello, dada la relevante importancia de estos principios, en la presente exposición, en cierto modo, actuaré como portavoz del trabajo realizado por el insigne compañero **Don Jorge Páez Maña** del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y que lleva como título **NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y PRIVACIDAD**, en el que se describen, para las diferentes fases de creación, producción y gestión de ficheros, los principios que debieran ser escrupulosamente respetados.

Es evidente que el desarrollo de la telemática y la ampliación e interconexión de las redes de telecomunicación, han permitido acceder, desde remotos lugares, a una amplia gama de archivos, en los que se encuentra ubicada la información, permitiendo la recuperación, en forma casi instantánea, de los datos incluidos en los mismos.

Ello ha dado lugar a un crecimiento exponencial de la industria de la información automatizada, generando la proliferación de nuevos productos y servicios, facilitando el flujo nacional e internacional de la información, e instaurando un mercado internacional en clara expansión

Por su parte, la sensibilización social derivada de la posibilidad de que puedan producirse violaciones de la privacidad derivadas de tratamientos automatizados de una multiplicidad de bancos de datos, ha provocado la modificación de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, para reforzar las garantías jurídicas de protección ante eventuales tratamientos automatizados de datos personales y nominativos.

En el proyecto de Reglamento los principios relativos al tratamiento de datos personales vienen someramente establecidos en el artículo 5:

Principios relativos al tratamiento de datos personales

Los datos personales deberán ser:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado;*
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines;*

- c) adecuados, pertinentes y limitados al mínimo necesario en relación a los fines para los que se traten; solo se tratarán si y siempre que estos fines no pudieran alcanzarse mediante el tratamiento de información que no implique datos personales;*
- d) exactos y se mantendrán actualizados; se habrán de adoptar todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin demora los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan;*
- e) conservados en una forma que permita identificar al interesado durante un período no superior al necesario para los fines para los que se someten a tratamiento; los datos personales podrán ser conservados durante períodos más largos, siempre que se traten exclusivamente para fines de investigación histórica, estadística o científica, con arreglo a las normas y condiciones establecidas en el artículo 83 y si se lleva a cabo una revisión periódica para evaluar la necesidad de seguir conservándolos;*
- f) tratados bajo la responsabilidad del responsable del tratamiento, que, para cada operación de tratamiento, garantizará y demostrará el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento.*

Todo ello queda luego desarrollado pero tal vez hubiera sido preferible, a nuestro juicio, el establecimiento claro de los

enunciados de la totalidad de principios que deben tenerse en consideración, en cuanto a la creación de ficheros, su producción y su gestión, y que han venido integrando la legislación vigente hasta ahora. Veamos, cuáles son esos principios:

En cuanto a la Creación de ficheros:

En la mayoría de normas sobre protección de datos se especifica expresamente que, en forma previa a la creación de ficheros automatizados, es necesario, para que ese tratamiento automatizado sea legal, que sus titulares cumplan con una serie de requisitos para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la protección de las personas, con la finalidad de posibilitar el conocimiento de la existencia de dichos tratamientos, conocimiento sin el cual quedarían ineficaces el resto de derechos otorgados a las personas afectadas.

Estos requisitos obligan a la sujeción a los siguientes principios:

- ***Principio de legalidad:*** que exige que todo tratamiento de datos personales debe ajustarse a la legalidad vigente y realizarse en una forma leal (art. 6.1.a Directiva 95/46/CE)

- ***Principios de transparencia y publicidad:*** En virtud del cual el titular del fichero debe informar sobre la producción del mismo a una Autoridad pública de control, designada para vigilar la efectiva aplicación de las normativas sobre protección de datos (Directiva 95/46/EC. Art. 18) en el territorio donde se encuentra ubicado el fichero, y debe procederse a su inscripción en el correspondiente Registro.
- ***Principio de actuación de oficio*** ante errores u obsolescencia de los datos, principio que obliga a establecer los mecanismos de control de la exactitud de los datos a almacenar y prever los medios de su actualización, modificación o cancelación, cuando proceda, por haber devenido ineficaces, por erróneos u obsoletos para los fines con que fueron recopilados. Ello obliga a asegurar la veracidad de los datos con la diligencia debida y a prever los mecanismos de seguimiento y control de aquellos que pudieran sufrir alguna modificación a fin de preservar los derechos, tanto morales como patrimoniales, que pudieran verse afectados. (art. 6.1.d Directiva 95/46/CE)
- ***Principio de seguridad de los datos:*** este principio obliga, al titular del fichero, a garantizar la seguridad de los datos nominativos que posea y de los que se prevea que pueda

poseer en el futuro, responsabilizándose de la actividad desarrollada por las personas encargadas de gestionar el fichero y de las medidas de seguridad adoptadas en relación con los equipos físicos, la cesión de datos a terceros y el sistema de control de acceso a la información, impidiendo el mismo a personas no autorizadas (Directiva 95/46/EC. Art. 17). Ello presenta una triple exigencia:

- ❖ *Confidencialidad*: Los datos solo deben ser accesibles a aquellas personas facultadas para ello, evitando que, terceros no autorizados, puedan tener conocimiento de los mismos.
- ❖ *Integridad*: Los datos no deben ser modificados o borrados por personas no autorizadas, manteniéndose, a lo largo del tiempo, exacto e inalterable el contenido incorporado en el fichero.
- ❖ *Disponibilidad*: Los datos deben estar a disposición de las personas autorizadas para que puedan proceder a su extracción sin interferencias o lagunas de información provocadas por terceras personas.

Por último y con relación a la creación de los ficheros deberá tenerse en cuenta la necesidad de lograr una efectiva **seguridad de la información**, seguridad que debe abarcar:

La *seguridad física* que exige la adopción de medidas tendentes a proteger la información de amenazas y riesgos provenientes tanto de elementos naturales o materiales (incendios, cambios bruscos de tensión...) como humanos (atentados, robos...).

La *seguridad lógica* que exige la adopción de medidas para proteger tanto los procesos y aplicaciones informáticas relacionados con el tratamiento de la información, como el contenido de los archivos.

La *seguridad organizativa* que exige la adopción de medidas relativas a la configuración de estructuras orgánicas y delimitación de funciones, autorizaciones y responsabilidades, que permitan garantizar el cumplimiento de una adecuada y coherente política de seguridad.

Y, por último, la *seguridad jurídica* que exige el cumplimiento de las disposiciones normativas establecidas en defensa de la protección de las personas ante eventuales tratamientos de sus datos.

En cuanto a la Producción de ficheros:

La producción de los ficheros debe realizarse, una vez cumplimentados y asegurados los requisitos establecidos para la fase de creación, siguiendo los siguientes principios:

- ***Principio de pertinencia*** que obliga a que únicamente se recojan los datos de carácter personal, adecuados, pertinentes y necesarios en relación con la finalidad específica del fichero, finalidad que deberá ser acorde con la actividad u objeto legítimo del titular del mismo. (Directiva 95/46/EC. Art. 6.1.c) Esta adecuación a la finalidad, tiene como consecuencia que, aunque hubiere consentimiento por parte del afectado, no se debe permitir el tratamiento de datos que exceda a la finalidad del fichero.
- ***Principio de finalidad*** que obliga a que los datos obtenidos por el productor del fichero deberán utilizarse exclusivamente para la finalidad prevista, no permitiéndose su utilización, cesión, ni tan siquiera conservación, para cualquier otra finalidad distinta de la inicialmente establecida (Directiva 95/46/EC. Art. 6.1.b). Es decir que los datos suministrados y tratados no pueden ser utilizados

para ninguna otra finalidad diferente de la originariamente asignada al fichero ya que dicha finalidad vincula tanto al consentimiento como a la cobertura legal de su tratamiento, razón por la cual todo cambio de finalidad debe necesariamente originar la retracción de todo lo realizado al momento de creación del fichero.

- ***Principio de calidad de los datos*** que exige la garantía de fiabilidad de los datos y su actualización a fin de reflejar la situación real en el momento en que son consultados (Directiva 97/66/CE Art. 6.1)
- ***Principio de información*** que exige el deber de informar a las personas afectadas, de forma inequívoca: a) sobre la existencia y finalidad del fichero para el que se recogen sus datos; b) sobre la obligatoriedad o voluntariedad de aportar los datos que se les solicitan; c) sobre los destinatarios de esos datos; y d) sobre los derechos relacionados con la posibilidad de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de esos datos (Directiva 95/46/EC. Art. 10)
- ***Principio de consentimiento informado*** que exige la previa obtención del consentimiento de las personas concernidas a fin de poder proceder al lícito tratamiento automatizado de sus datos. (Directiva 95/46/EC. Art. 7)

- **Principio de especial protección de los datos sensibles**, que se otorga a las personas respecto al tratamiento de aquellos datos sensibles que les conciernan relacionados con su ideología, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual, así como en relación con los datos de los menores. (Directiva 95/46/EC. Section III. Art. 8)

No obstante, con el fin de establecer un equilibrio entre diversos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de empresa, por un lado y la protección de los datos personales y la privacidad de los particulares por otro, y a la vista de las conclusiones formuladas por el abogado General Niilo Jääskinen, emitidas en el día de ayer en el asunto C-131/12 de Google Spain S.L. contra la Agencia española de Protección de Datos, todos los principios anteriores deben pasar, sin embargo, por el tamiz de otro principio básico, **el Principio de proporcionalidad**, recogido ya en la Sentencia Lindqvist, y que implica la obligatoriedad de aplicar unos criterios y enfoques moderados a la hora de interpretar la normativa vigente, a fin de evitar consecuencias jurídicas poco razonables y excesivas, estableciendo un equilibrio correcto, razonable y proporcionado entre la protección de datos personales, la interpretación congruente de los objetivos de la sociedad de la información y los

intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios de internet en general.

Especial mención sobre Gestión de ficheros en el sector de las telecomunicaciones:

En lo que respecta a la gestión de los ficheros de datos nominativos, utilizados en el sector de las telecomunicaciones, se debe tener presente las específicas regulaciones normativas establecidas para dicho sector que estipulan a) unos determinados niveles mínimos de seguridad de los servicios, b) unas garantías sobre la confidencialidad de las comunicaciones y c) unas determinadas especificaciones en cuanto al tratamiento de los datos, tanto del abonado como del consumidor, referidos al servicio, tráfico y facturación, y a su posible utilización con fines de promoción profesional de los productos ofertados por el proveedor del servicio de telecomunicación.

A este respecto debemos señalar que, en este sector, las medidas de seguridad deben incrementarse a tenor del estado de la técnica y de los riesgos existentes, lo que implicará un esfuerzo añadido y el establecimiento de un adecuado nivel de cooperación entre los

responsables de los ficheros y los titulares de las redes de telecomunicación (Directiva 97/66/EC. Art. 4).

Asimismo, esa colaboración, deberá tenerse presente a efectos de evaluar los riesgos de violación del secreto en las comunicaciones realizadas a través de las redes de telecomunicación (Directiva 97/66/EC. Art. 5)

De igual forma, deberá prestarse una especial atención al tratamiento de los datos relacionados con el tráfico y facturación, dado que, si bien los abonados a los servicios están vinculados por el correspondiente contrato y por los consentimientos que pudieran haber expresado, los potenciales usuarios, como terceras personas ajenas a dicho contrato, carecen de dicha vinculación, razón por la cual, y en función de los derechos que éstos ostentan, deberá extremarse el cuidado en el tratamiento y utilización de estos datos a fin de garantizar el cumplimiento de los aspectos legales que lo regulan (Directiva 97/66/EC. Art. 6).

Protección de los derechos de las personas afectadas

Por último, no queremos cerrar esta exposición sin hacer una especial mención a los siete derechos que deben ser protegidos

frente a posibles atentados derivados de la indebida utilización de ficheros de datos, entre los que debemos resaltar:

1. ***La autodeterminación informativa*** de los datos personales, entendida como el derecho individualizado a decidir cuáles de ellos pueden ser almacenados, tratados o difundidos. La aplicación de este derecho obliga a que, únicamente, se introduzcan en ficheros automatizados los datos nominativos que sean exigibles legalmente y los que, las personas concernidas, voluntaria y expresamente, autoricen a que sean tratados en dichos ficheros. (Directiva 95/46/EC. Art. 7) La libertad de otorgar el consentimiento o autorización para el tratamiento automatizado de sus datos, o de denegación del mismo, es el elemento básico del ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa que solo cede ante la defensa de otros derechos dignos de mayor protección. El consentimiento otorgado voluntariamente para el tratamiento de datos personales debe poder ser retirado en cualquier momento, con causa justificada, por las personas concernidas, debiendo en dicho caso cancelarse los datos existentes sobre las mismas, excepto si estos datos pudieran serles obligatoriamente exigidos. Tengo derecho a decidir.
2. ***El derecho a la información*** sobre la existencia de todos aquellos ficheros automatizados que, ajenos a la utilización de forma

personal y privada por las personas físicas, contengan sus datos personales, ya que difícilmente podrían ejercerse la mayoría de los derechos reseñados en la legislación sobre protección de datos, sin dicho conocimiento (Directiva 95/46/EC. Art. 21). Junto a esta información, las personas afectadas deben recibir una información complementaria (suficiente, precisa e inequívoca) sobre el lugar de ubicación de los ficheros, el nombre y dirección de los titulares de los mismos, la finalidad perseguida con su producción, y las posibles cesiones de los datos almacenados a terceras personas con las excepciones legalmente establecidas. Tengo derecho a saber donde hay datos míos.

3. **El derecho de acceso** de los ciudadanos a los ficheros automatizados en los que se encuentran almacenados sus datos, a fin de obtener un preciso conocimiento del contenido de los mismos y proceder, si así lo desean, a solicitar su rectificación ó cancelación cuando ello proceda. Este derecho debe poderse ejercitar libremente por las personas concernidas, sin restricciones de ningún tipo, en diferentes períodos (siempre y cuando el tiempo transcurrido entre los mismos no sea inferior a lo razonable), y sin que para ello se les exija la realización de pagos excesivos. (Directiva 95/46/EC. Art. 34). Tengo derecho a saber que datos tienen.

4. ***El derecho de rectificación o cancelación*** de los datos que le afecten, tanto cuando estos sean inexactos, se encuentren incompletos o no sean necesarios para la finalidad del fichero, como cuando, aun cumpliendo estos requisitos, la persona decida retirar su consentimiento para que sean tratados, a no ser que exista una excepción legal que permita mantenerlos aún sin el consentimiento del afectado (Directiva 95/46/EC. Art. 12 y 13) El ejercicio de este derecho, en toda su amplitud, obliga a los titulares de los ficheros nominativos a llevar un control exhaustivo de las cesiones de datos realizadas a fin de garantizar el control de esos datos cedidos incluidos en los ficheros de los cesionarios, permitiendo con el conocimiento de las cesiones realizadas, proceder a la posterior modificación o anulación del contenido de las mismas. Tengo derecho al olvido.
5. ***El derecho a que no se realicen cesiones de datos*** automatizados sin su previo consentimiento, derecho asociado al de autodeterminación informativa, y que otorga a al afectado un poder de decisión sobre la divulgación de los datos que le conciernen. El ejercicio de este derecho obliga a informar al afectado, en forma previa a cualquier difusión de sus datos, sobre dicha cesión, y a respetar su oposición a la misma exceptuando las excepciones legales establecidas para el

ejercicio de este derecho. Tengo derecho a que no se trafique con mis datos.

6. ***El derecho de oposición*** al tratamiento automatizado de sus datos, que implica el que en cualquier momento y por razones legítimas, las personas afectadas puedan exigir que los datos que les conciernan sean excluidos de cualquier tratamiento automatizado, incluidos los utilizados con finalidades evaluativas de personalidad, si no se cuenta previamente con su expresa y específica autorización del mismo (Directiva 95/46/EC. Art. 14). Para obtener el pleno ejercicio de este derecho, en las normativas sobre protección de datos se debe especificar la obligación del titular del fichero de informar, a las personas cuyos datos se encuentran almacenados en el fichero, sobre la posibilidad que tienen de oponerse a que sus datos sean sometidos, sin su previo consentimiento, a cualquier tratamiento automatizado y, caso de que estas deseen ejercer dicha potestad, a retirar sus datos de dicho tratamiento.

7. ***El derecho al resarcimiento*** cuando se produzca un daño, material ó moral, provocado por la indebida utilización de tratamientos automatizados de datos nominativos. Las personas afectadas tienen derecho a solicitar, de los titulares, productores, distribuidores ó responsables de los ficheros automatizados ocasionantes del daño, una indemnización y, caso de

denegárseles, tienen derecho a solicitar la tutela de los tribunales a fin de obtener una sentencia que establezca dicho derecho y la cantidad líquida que debe abonársele como compensación por el daño sufrido (Directiva 95/46/CE art. 23).
Tengo derecho a que laven mi imagen y me compensen los daños

Todos estos derechos vienen recogidos en el Reglamento de constante referencia. En efecto, el Reglamento establece en su Capítulo III los derechos de los interesados y recoge el Derecho a una información transparente, inteligible y de fácil acceso y comprensión (art. 11), el Derecho a que se establezcan procedimientos y mecanismos para que puedan ejercerse los derechos de los interesados (art. 12), el Derecho a ser comunicado sobre cualquier variación de los datos (art. 13), el Derecho de acceso e información sobre tratamiento de sus datos y periodo de conservación (art. 15), el Derecho de rectificación (art. 16), el Derecho al olvido (art. 17), el Derecho a la portabilidad de los datos en formato electrónico habitual (art. 18), el Derecho de oposición (art. 19), el Derecho a no ser objeto de elaboración de perfiles (art. 20) y el Derecho a interponer una reclamación (art. 73).

Cada uno de esos siete derechos personales que os he mencionado, como los siete pecados capitales o como las siete virtudes teologales, merecería una exposición pormenorizada, pero ello

escapa a los límites de tiempo de los que disponemos y por ello, nos limitamos a enunciar su existencia y, con ello, cerramos aquí nuestra exposición.

Pepe Giménez Alcover
Abogado
Grupo Jurídico Gispert

Bruselas, a 26 de junio de 2013