

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU REFLEJO EN EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

ANDONI POLO ROCA

SUMARIO

1. Introducción. 2. El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 2.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: respeto de la vida privada y familiar. 3. La evolución del derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa: la corriente estadounidense o anglosajona, la corriente germana o europea y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: 3.1. La protección de datos en la corriente estadounidense-anglosajona 3.2. La protección de datos en la corriente germana-europea 3.3. La evolución de la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3.4. Datos personales objeto de tutela. 4. El consentimiento del interesado como reflejo del derecho a la protección de datos: 4.1. El consentimiento del interesado en la regulación sobre protección de datos. 4.2. El consentimiento del interesado en el marco jurídico español: entre el RGPD y el Código Civil. 5. Supuestos fuera del consentimiento del interesado como mera «manifestación de voluntad»: cláusula contractual y objeto contractual. 6. Conclusiones.

Fecha recepción: 30.09.2019
Fecha aceptación: 14.04.2020

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU REFLEJO EN EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

ANDONI POLO ROCA¹

Abogado

1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la protección de datos lo encontramos reconocido, garantizado y protegido tanto en el ámbito nacional, como en el comunitario e internacional, pero son especialmente tres los preceptos más relevantes que lo recogen: el artículo 18.4 de la Constitución (CE), el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El Reglamento General de Protección de Datos² (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales³ (LOPDGDD) han traído una nueva regulación en materia de protección de datos que pretende dar respuesta a los constantes avances tecnológicos y las nuevas formas de éstos de transgredir la protección de datos. Pero aunque es un derecho que cuenta con una normativa bastante amplia, debemos saber cuál es el contenido del mismo para poder hacerle frente a las constantes amenazas de los avances tecnológicos, por ello debemos saber cómo está actualmente configurado el derecho a la autodeterminación informativa y cuál ha sido su evolución y desarrollo

¹ Abogado. Graduado en Derecho con Premio Extraordinario de Fin de Carrera (2018) y Mención de Excelencia por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), y Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la UPV/EHU. Email: andonipolroc@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2763-501X

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). «DOUE» n.º 119, 4.5.2016, p. 1–88.

³ «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

jurisprudencial en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.

Debemos analizar, además, cómo se refleja ese derecho en la práctica, no solo con las herramientas que nos da el RGPD, como los derechos que dispone el titular de los datos, sino, también, cómo se refleja en el consentimiento del interesado, ya que si partimos de la base que protección de datos significa «proteger nuestros datos» una vulneración en el consentimiento supondría una transgresión del derecho fundamental, por lo que debemos analizar cómo pasamos de un marco teórico de este derecho a un marco práctico en el que encontraremos el consentimiento, ya que puede que el régimen actual sobre este no sea lo suficientemente fuerte y pueda haber algún vacío en la normativa actual.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

En el ámbito de la Unión Europea el derecho a la protección de datos cuenta con un reconocimiento expreso en el artículo 16 del TFUE⁴ y en el artículo 8 de la CDFUE —proclamada esta última en el año 2000 y vinculante jurídicamente desde el 2007 con el Tratado de Lisboa, y, como derecho fundamental, forma parte de los principios generales del Derecho⁵—. Este derecho, así, goza de reconocimiento y garantía en dos de las normas de constitución material de la UE: el TFUE y la CDFUE.

En la jurisprudencia del TJUE no encontramos la construcción y evolución del derecho a la protección de datos que sí encontramos en el Tribunal Constitucional⁶. Los primeros pasos del TJUE en materia de datos de carácter personal lo encontramos el caso Stauder de 1969⁷, pero será en el caso Lindqvist de 2003⁸ donde encontraremos la primera «gran» resolución sobre la protección de datos que contaba ya con una

⁴ Antiguo artículo 286 del TCE.

⁵ STJUE, de 6 marzo de 2001, asunto C-274/99 P, caso Connolly/Comisión, ap. 37.

⁶ Piñar Mañas, J. L., Recio Gayo, M. (2018). *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Wolters Kluwer, p. 23.

⁷ STJCE de 12 de noviembre de 1969, caso C-29/69, asunto Erich Stauder c. Stadt Ulm - Sozialamt.

⁸ STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, asunto Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist.

normativa en la que basarse: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995⁹.

En un primer momento el TJUE no reconoció un derecho *sui iuris* o autónomo de protección de datos, hacía referencia al derecho a la intimidad o vida privada y familiar¹⁰ y fue incluyendo la doctrina del TEDH¹¹ y basándose en el CEDH¹². Pero desde la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales y su vinculación jurídica ha ido haciendo manifestación expresa de reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos como derecho autónomo e independiente¹³, impulsado, sobre todo, por la Carta (art. 8).

Lo que encontramos en la doctrina del TJUE son dos fases: la primera en la que el tribunal no reconocía el derecho como autónomo y seguía la línea del TEDH y lo incluía en la intimidad y vida privada y familiar y una segunda fase cuando la CDFUE reconoció el derecho expresamente, que fue cuando el TJUE, basándose en esta, lo consideró derecho autónomo. Por lo que no encontramos una evolución, sino la aplicación del Derecho de la Unión: la CDFUE (art. 8).

2.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: respeto de la vida privada y familiar

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en cambio, al no contar con un reconocimiento expreso del derecho a la protección de datos personales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴ (CEDH), lo ha unido al derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), que fue la línea que siguió el TJUE, como ya hemos mencionado.

El TEDH ha incluido en el artículo 8 del CEDH: el derecho a la vida privada personal (incluidas vida sexual¹⁵, orientación sexual y elección del sexo¹⁶, etc.), el derecho a la vida privada familiar (no se distingue entre familias legítimas o ilegítimas).

⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. «DOUE» n.º 281, 23.11.1995, p. 31–50.

¹⁰ Arenas Ramiro, M. (2008). «La protección de datos personales en los países de la Unión Europea». *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 16, 113–168, p. 122.

¹¹ STJUE (Gran Sala), de 20 de mayo de 2003, asunto C-465/00, caso Österreichischer Rundfunk y otros, ap. 73.

¹² STJUE, de 5 de octubre de 1994, asunto C-404/92, caso X/Comisión, ap. 17.

¹³ STJUE (Gran Sala), de 8 de abril de 2014, asunto C-293/12, caso Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros.

¹⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

¹⁵ STEDH (Gran Sala), de 22 de octubre de 1981, asunto Dudgeon c. Reino Unido, ap. 41, y STEDH, de 23 de marzo de 1993, asunto Modinos c. Chipre, ap. 24.

¹⁶ STEDH (Pleno), de 13 de junio de 1979, asunto Marckx c. Bélgica, ap. 52.

mas¹⁷ y están incluidas tanto las relaciones paterno- y materno- filiales, como las abuelo-nietales¹⁸), el derecho a la educación¹⁹, la inviolabilidad del domicilio (lugar donde se desarrolla la vida privada, en sentido amplio²⁰), la inviolabilidad de las comunicaciones, etc. Y es precisamente aquí donde encontramos el derecho a la protección de datos personales.

El TEDH ha tratado la protección de datos (dentro siempre del derecho al respeto a la vida privada y familiar), por ejemplo, en casos relacionados con la intercepción de las comunicaciones²¹, diversas formas de vigilancia²² y la protección contra el almacenamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas²³, recogida sistemática y almacenamiento en registros secretos²⁴, conservación de datos biométricos y biológicos por las autoridades públicas de un modo ilimitado²⁵, etc.

Lo incluye dentro del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y no menciona un «derecho a la protección de datos», sino que directamente analiza si se ha vulnerado el artículo 8 o no. Por lo tanto, en la jurisprudencia del TEDH, al tomarse por una vulneración de la vida privada y familiar, no vemos una evolución en torno al derecho a la protección de datos, no así como en el TC, que sí la ha habido.

3. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS O AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA: LA CORRIENTE ESTADOUNIDENSE O ANGLOSAJONA, LA CORRIENTE GERMANA O EUROPEA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La protección de datos ha tenido una evolución constante, impulsada en su mayor parte por los avances tecnológicos y por la necesidad de proteger a la ciudadanía frente a ellos. Nuestro punto de partida serán la intimidad y la privacidad (*privacy*, en su

¹⁷ STEDH (Pleno), de 13 de junio de 1979, asunto Marckx c. Bélgica, ap. 31, y STEDH, de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston y otros c. Irlanda, ap. 55.

¹⁸ STEDH, de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston y otros c. Irlanda, ap. 74.

¹⁹ STEDH (Pleno), de 23 de julio de 1968, asunto «relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de lenguas en la educación en Bélgica» c. Bélgica.

²⁰ STEDH (Sala), de 16 de diciembre de 1992, asunto Niemietz c. Alemania, ap. 31, y STEDH (Sala), de 24 de noviembre de 1986, asunto Gillow c. Reino Unido, ap. 47.

²¹ STEDH (Pleno), de 2 de agosto de 1984, asunto Malone c. el Reino Unido; STEDH (Sección Cuarta), de 3 de abril de 2007, asunto Copland c. el Reino Unido.

²² STEDH (Pleno), de 6 de septiembre de 1978, asunto Klass y otros c. Alemania; STEDH (Sección Quinta), de 2 de septiembre de 2010, asunto Uzun c. Alemania.

²³ STEDH (Sala), de 26 de marzo de 1987, asunto Leander c. Suecia; STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008, asunto S. and Marper c. el Reino Unido.

²⁴ STEDH (Gran Sala), de 4 de mayo de 2000, asunto Rotaru c. Romania.

²⁵ STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008, asunto S. y Marper c. Reino Unido, y STEDH (Sala), de 18 de abril de 2013, asunto M.K. c. Francia.

acepción anglosajona; *vida privada*, en la tradición continental europea)²⁶, que si bien son casi idénticas²⁷, la privacidad será más parecida a lo que el Tribunal Constitucional definió como ámbito subjetivo de la intimidad. Tendremos, por otro lado, la corriente germana o europea que tendrá su propia configuración.

3.1. La protección de datos en la corriente estadounidense-anglosajona

En la tradición estadounidense o anglosajona, fueron los americanos Warren y Brandeis quienes en 1890 hicieron referencia por primera vez a la «privacidad» (*right to privacy*)²⁸. Los autores concibieron la privacidad como «el derecho a ser dejado solo»²⁹ (*right to be let alone*) y a poder elegir qué información sobre su «vida privada, hábitos, actos y relaciones» compartir o no; en suma, un principio que debe servir para proteger la privacidad de los particulares ante las invasiones externas, sea cual fuere la forma de la invasión³⁰. Dada la relevancia de ese trabajo los Estados anglosajones comenzaron a legislar sobre la privacidad³¹.

En la doctrina anglosajona, la privacidad encontraba cabida dentro del principio de la tutela de la personalidad (el *animo et corpore*)³². Así, en este corriente, la privacidad sería el derecho fundamental, mientras que la protección de datos es la legislación que implementa ese derecho: la herramienta que la ley utiliza para asegurarse de que un individuo esté protegido del abuso de su información personal por otro individuo. Al hacer, por ejemplo, un uso ilícito de datos se vulnerará la privacidad. En este sentido, resulta parecido a la doctrina del TEDH, que, como hemos mencionado, analiza si hay o no vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar (*respect for private and family life*).

²⁶ Rallo Lombarte, A. (2017). «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 583-610, p. 583.

²⁷ Martínez de Pisón, J. (2016). «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional». *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XXXII, 409-430, pp. 411 y ss.

²⁸ Glancy, D. J. (1979). «The invention of the right to privacy». *Arizona Law Review*, Vol. 21, n.º 1, 1-39.

²⁹ Derecho a la «privacidad», «soledad» o «a ser dejado solo» (*right to «privacy»*, *right to «solitude»*, *right to «being left alone»*).

³⁰ Warren, S. D., Brandeis, L. D. (1890). «The Right to Privacy». *Harvard Law Review*, Vol. 4, n.º 5, 193-220, p. 206: «a principle which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for recording or reproducing scenes or sounds».

³¹ Ejemplo de ello tenemos la *Privacy Act of 1974* de EE.UU. de 31 de diciembre de 1974, Pub. L. 93-579, 88 Stat., pp. 1896-1910.

³² Adinolfi, G. (2006). «Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs. el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 77, 129-151, p. 132.

3.2. La protección de datos en la corriente germano-europea

La corriente germana de la protección de datos la encontramos en el año 1983. Ese año, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) usó por primera vez el término «derecho a la autodeterminación informativa» («*Recht auf informatie nelle Selbstbestimmung*», en alemán) en una sentencia dada en ese año —aunque los tribunales ordinarios ya la usaban con anterioridad— y declaró que el derecho a la autodeterminación informativa es la facultad del individuo de decidir cuándo y con qué límites dar a conocer situaciones de su vida privada, siendo necesaria la protección del individuo ante la recopilación, almacenamiento, uso y cesión ilimitados de sus datos³³. De este modo el Tribunal Constitucional Federal alemán introdujo en el panorama normativo el derecho a la autodeterminación informativa que encuentra su origen en esa sentencia de 1983 y goza de autonomía respecto al principio americano de privacidad (*right to privacy*)³⁴. Se nos plantean por lo tanto dos corrientes: la corriente estadounidense o anglosajona y la corriente germana o europea.

En la corriente germana, el *BVerfG* alemán creó el derecho a la autodeterminación informativa como un nuevo derecho constitucional³⁵ que podemos definir como «la autoridad del individuo para decidir por sí mismo, sobre la base de la idea de autodeterminación, cuándo y dentro de qué límites debe comunicarse la información sobre su vida privada a otros»³⁶. En contraste, en la corriente estadounidense, la protección de datos será parte del «derecho a la privacidad», una herramienta para la protección de la privacidad frente a los emergentes avances tecnológicos³⁷. Así, cada corriente se focaliza en dos ámbitos: la anglosajona en la privacidad y la germana en el control total y absoluto del individuo sobre sus datos y vida privada.

³³ Bundesverfassungsgericht (*BVerfG*), sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo y de Población, BVerfGE 65, 1; 1 BvR 209/83; *Gründe*, C, II (ap. n.º 147). «*Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. (...) Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen*».

³⁴ Adinolfi, G. (2006). «Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs. el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental», *op. cit.*, p. 131.

³⁵ Kodde, C. (2016). «Germany's 'Right to be forgotten' – between the freedom of expression and the right to informational self-determination». *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 30.

³⁶ Poulet, Y. (2009). «The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy», en Gutwirth, S., Poulet, Y., De Hert, P., De Terwangne, C., Nouwt, S., *Reinventing Data Protection?*, Amsterdam (Países Bajos), Springer, pp. 45-76. «*The authority of the individual to decide himself, on the basis of the idea of self-determination, when and within what limits information about his private life should be communicated to others*».

³⁷ SCOTUS, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

3.3. La evolución de la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En lo que respecta a España, cuando fue aprobada la Constitución española en 1978, esta ya contempló la informática y, por ello, además de recoger el derecho a la intimidad en el artículo 18.1, introdujo un artículo específico sobre tecnología e informática: el artículo 18.4 de la CE³⁸.

El artículo 18.1 de la CE, sin embargo, no definió la intimidad y tampoco lo hizo la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁹; esta se limitó únicamente a establecer que el derecho a la intimidad es un derecho irrenunciable⁴⁰. Por ello, el TC completó este derecho con su doctrina y le dio una doble vertiente al derecho. La primera es la intimidad material u objetivamente entendida («ámbito objetivo de la intimidad»), en la cual se incluyen: la intimidad corporal⁴¹, la vida sentimental, sexual y afectiva⁴², orientación sexual e identidad sexual⁴³, estado de salud⁴⁴, tomar alcohol o drogas⁴⁵, filiación⁴⁶, etc.

La segunda vertiente, en cambio, es el «ámbito subjetivo de la intimidad». Esta vertiente fue configurada por el TC en el año 1999 (en el denominado «caso Sara Montiel») y el tribunal estableció que «el art. 18.1 de la CE no garantiza una intimidad determinada (objetiva o materialmente determinada y clasificada), sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicación de la información relativa a su persona y a su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público»⁴⁷. Este «ámbito subjetivo de la intimidad» (o «vida privada», en palabras del tribunal) está conectado a la concepción anglosajona de «privacidad» tal como la plantearon Warren y Brandeis, pero, en este caso, el TC le dio el nombre de «vida privada».

Inicialmente, el TC calificaba la protección de datos como una especificación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)⁴⁸. En el año 1993, sin embargo, el tribunal

³⁸ «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.» art. 18.4 CE.

³⁹ «BOE» núm. 115, de 14/05/1982.

⁴⁰ Art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁴¹ STC 37/1988, de 15 de febrero, FJ 7º.

⁴² STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2º.

⁴³ STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, FJ 4º.

⁴⁴ SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2º, y 159/2009, de 29 de junio, FFJJ 5º y 6º. También SSTEDH, de 25 de febrero de 1997, caso Z c. Finlandia, y de 10 de octubre de 2006, caso L. L. c. Francia.

⁴⁵ STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5º, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º.

⁴⁶ STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3º.

⁴⁷ STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5º.

⁴⁸ Lucas Murillo De La Cueva, P. (2003). «La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa». *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n.º 1.

incluyó el término «libertad informática» en su doctrina⁴⁹ y declaró que la CE había incorporado una nueva garantía constitucional, un instituto de garantía que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental autónomo con fundamento en la dignidad de la persona⁵⁰, en relación con el artículo 18.4 de la CE⁵¹. Al año siguiente, en 1994, el TC comenzó a hablar de «privacidad», aunque ya lo había configurado como derecho fundamental autónomo (en el ámbito legislativo, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, LORTAD, en su exposición de motivos ya hablaba de privacidad⁵²).

Para el año 1998 el tribunal dejó claro, en todas las resoluciones dadas sobre el «caso RENFE», que el artículo 18.4 incorpora un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad⁵³, corroborando plenamente la doctrina acerca de la autonomía del derecho a la protección de datos⁵⁴. Así, el tribunal le dio un carácter propio a la protección de datos, en comparación con la tradición anglosajona y el TEDH.

El TC siguió completando su doctrina, expresando que la «libertad informática» y el derecho a la protección de datos «no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, [...] sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad-, pertenezcan

⁴⁹ Cfr. STC 254/1993, de 20 de julio.

⁵⁰ Art. 10.1 CE.

⁵¹ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6º: «[...] nuestra CE ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la CE llama «la informática» [...].»

⁵² «el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, [...] se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona [...], la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado» Exposición de motivos, I, LORTAD.

⁵³ SSTC 11/1998, de 13 de enero, FFJJ 4º y 5º; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de febrero; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1998, de 18 de mayo; 105/1998, de 18 de mayo; 106/1998, de 18 de mayo; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 158/1998, de 13 de julio; 198/1998, de 13 de octubre; 223/1998, de 24 de noviembre; 30/1999, de 8 de marzo; 44/1999, de 22 de marzo, y 45/1999, de 22 de marzo.

⁵⁴ Lucas Murillo De La Cueva, P. (1990). *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Madrid, Tecnos, p. 23; y Pérez Luño, A. E. (1991). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, p. 37.

o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos⁵⁵. Esta tesis («pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad»), que fue desarrollada en las resoluciones del año 2000, responde a la idea de que si no fuese así —si solo estuviésemos en la esfera de la intimidad— algunos datos quedarían sin protección, ya que aunque fueran «datos personales» no serían «íntimos», por lo que quedarían desamparados desde la óptica de la intimidad⁵⁶.

Tal que así, llegamos a la conocidas sentencias del TC del año 2000 (n.º 290 y 292), donde hubo un pronunciamiento inequívoco y concluyente del tribunal⁵⁷. En estas resoluciones, el TC repitió y reiteró pronunciamientos previos —en la STC n.º 290— y completó —en la n.º 292— la autonomización del derecho a la protección de datos respecto del derecho a la intimidad reconociéndole, además, un contenido esencial, y declarando que cuando hablamos de protección de datos nos encontramos fuera de intimidad, ya que el derecho a la protección de datos a parte de proteger datos íntimos, también protege los que no lo son, sino solamente quedarían amparados por el derecho a la protección de datos aquellos datos de carácter personal que tuviesen una estrecha relación con la intimidad y vida personal quedando fuera de ese amparo otros que no tuvieran esa relación⁵⁸.

En estas dos resoluciones podemos ver cómo el TC se distancia de la corriente anglosajona en forma, pero no en contenido. Es decir, el TC distinguió datos que tengan una estrecha relación con la intimidad y vida privada y datos de carácter personal. Formalmente, el TC dejó de seguir la corriente anglosajona, ya que dejó de incluir los datos personales en la intimidad o vida privada, que es precisamente la tradición anglosajona. Materialmente, sin embargo, los fundamentos del TC son parecidos a los de la corriente de la privacidad. Por ello tenemos una distanciación formal, pero no material.

El tribunal, asimismo, declaró que este derecho fundamental, a diferencia del derecho a la intimidad, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley⁵⁹.

De todo lo cual se desprende que una de las mayores diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos es que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) está configurado como un derecho de abstención, que requiere que el Estado y los poderes públicos no interfieran en el ámbito relacionado con la intimidad

⁵⁵ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º, y STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4º.

⁵⁶ Ejemplo de esto tenemos el TEDH, como antes hemos comentado. El Tribunal de Estrasburgo, al no contar con un reconocimiento expreso del derecho a la protección de datos personales en el CEDH, ha hecho una interpretación expansiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) para dar cobertura a los datos personales, ya que en caso contrario algunos datos quedarían desamparados.

⁵⁷ Alguacil González-Auriolés, J. (2001). «La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales (STC 290 y 292/2000)». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 365-385.

⁵⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5º.

⁵⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5º.

de cada persona (deber de abstención) —la función de este derecho fundamental es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad⁶⁰—, y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), en cambio, queda configurado como un derecho de prestación, donde el Estado debe dar herramientas a las personas para que puedan gozar de esa facultad de controlar sus datos personales que les confiere ese derecho fundamental, teniendo el Estado una conducta activa⁶¹. Es uno de esos derechos que impone al Estado obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo por el mismo, obligaciones que pueden implicar la adopción de medidas diseñadas para garantizarlo⁶². Constituye, en cualquier caso, un derecho fundamental y goza por ello de todas las protecciones y garantías (normativas, jurisdiccionales e institucionales) que la CE otorga a los derechos fundamentales: aplicación directa e inmediata⁶³, reserva de ley orgánica y respeto al contenido esencial⁶⁴, procedimiento preferente y sumario y recurso de amparo⁶⁵, procedimiento agravado de reforma constitucional⁶⁶, etc.

Por otro lado, aunque se haya considerado un derecho fundamental autónomo, no puede separarse del derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE, por ello debe estar dentro del artículo 18 de la CE. Al fin y al cabo, lo que se quiere proteger son datos que identifiquen o puedan identificar a una persona, ese es la esencia del derecho, pero eso influye en la intimidad y vida privada, porque podría traspasar el dato y hablaríamos de una persona y no de un simple dato. Es decir, de una manera aislada esa información no le corresponde al ámbito de la intimidad, en sentido estricto, pero cuando se relaciona con una persona entraría en juego la intimidad⁶⁷. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, por ejemplo un despido disciplinario basado en unos incumplimientos apoyados en la localización y seguimiento fue anulado, ya que vulneraba el derecho fundamental a la protección de datos y, al mismo tiempo, el

⁶⁰ Por todas, STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º.

⁶¹ Es lo que el TC declaró en su sentencia n.º 292/2000 (FJ 5º): el haz de facultades que atribuye al titular de los datos el derecho fundamental a la protección de datos, cuya regulación debe establecer la Ley.

⁶² STEDH (Sección Quinta), de 23 de septiembre de 2010, caso Schüth c. Alemania, ap. 55.

⁶³ García De Enterría Martínez-Carande, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 63 a 103.

⁶⁴ Art. 53.1 de la CE.

⁶⁵ Art. 53.2 de la CE.

⁶⁶ Art. 168.1 de la CE.

⁶⁷ Este es el esquema que siguen, por ejemplo, el RGPD y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Los operadores de la sociedad de información pueden usar la información que gestionan para hacer investigaciones de mercado, pero siempre que la información sea genérica, es decir, cuando no se refiera a personas concretas o vinculada a ellas. Cfr. Cubero Marcos, J. I.; Aberasturi Gorriño, U. (2007). «Reflexiones en torno a la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas». *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 78, 83-113, p. 94 y ss., y, también, Cubero Marcos, J. I.; Aberasturi Gorriño, U. (2008). «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos». *Revista española de derecho constitucional*, n.º 83, 175-197, p. 185 y ss.

derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)⁶⁸. Así, en la doctrina constitucional española, resulta claro tanto la vinculación entre esos dos derechos fundamentales, como el carácter autónomo de cada uno de ellos: el dato de la localización, entre otros, vulnera el derecho a la protección de datos y, al mismo tiempo, la intimidad⁶⁹ (en la corriente anglosajona y del TEDH, resultaría únicamente vulnerado un derecho: la privacidad o vida privada).

En su jurisprudencia, el TC, ha seguido hablando de «derecho a la protección de datos» o «derecho a la protección de los datos de carácter personal», como derecho reconocido en el artículo 18.4 de la CE⁷⁰ y también de «libertad informática» (término empleado en 1993 por primera vez) como derecho a «controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención»⁷¹.

En palabras del tribunal, la finalidad del derecho fundamental a la protección de datos es «garantizar a la persona un poder de disposición sobre el uso y destino de sus datos con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»⁷². Así, el TC ha desarrollado más la idea de «poder de control sobre los datos personales»⁷³, expresando que se trata de un poder disposición sobre dichos datos, disposición total, presupuesto derivado de una titularidad jurídica⁷⁴. De esta manera, desde el punto de vista material, el TC se aproxima a lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán denominó en 1983 «derecho a la autodeterminación informativa», como derecho del titular a controlar sus datos, siguiendo esa corriente germana. En lo que respecta al plano legislativo, en cambio, no hallamos el término «autodeterminación informativa» en la actual LOPDGDD, ni tampoco referencias a este.

⁶⁸ STSJ Madrid 739/2014, de 29 de septiembre, rec. n.º 1993/2013, FFJJ 3º, 4º y 5º. «[...] todos los datos que se refieren a su utilización, localización y desplazamientos [...] [permiten] conocer en todo momento durante su uso determinadas parcelas de la vida de la misma por muy relacionadas [...] que inciden en la esfera de su derecho a la intimidad personal, asisténdole el derecho de protección de datos de tal carácter».

⁶⁹ Al fin y al cabo la localización, por ejemplo, permite extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas, no solamente la localización en sentido estricto, sino que dicho dato permite conocer dónde está esa persona, a qué hora y qué podría estar haciendo, ya que uniendo dichos datos podemos entrar en el ámbito íntimo de la intimidad (si está en el cine, en un bar, de compras, etc.).

⁷⁰ STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6º.

⁷¹ STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6º.

⁷² STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4º.

⁷³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º, *in fine*.

⁷⁴ De ello se deduce que ese ámbito de poder comprende todas las facultades posibles sobre dichos datos. Hablamos de una disposición total y absoluta, igual a la que existe sobre otros elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.), otros elementos que, paradójicamente, son también datos personales, por lo que los datos personales merecen, incluso, protección, disposición y control mayores.

Encontramos en la jurisprudencia del TC, por lo tanto, una doctrina distanciada formalmente de la corriente anglosajona, pero que materialmente aún sigue unida a dicha corriente de privacidad, si bien se aproxima a la autodeterminación informativa del *BverG* alemán. Sigue el tribunal hablando de privacidad, pero ha ido completándola con la «libertad informática» y con el «derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático» (*babeas data*), aunque aún no ha introducido completamente el derecho a la autodeterminación informativa en los términos que lo hizo el *BverG*, ni tampoco lo ha mencionado expresamente aún en sus resoluciones. Distinguimos, así, tres fases en la evolución del TC: la primera, cuando el tribunal consideraba este derecho como una especificación del derecho a la intimidad (visión anglosajona formal y material), la segunda cuando lo consideraba un derecho autónomo unido a la privacidad (visión anglosajona material, pero no formal) y una tercera, a la que todavía no ha llegado, en la que se supera la mera privacidad y se avanza hacia un control absoluto de nuestros datos (visión germana): la autodeterminación informativa.

Según la doctrina, del igual modo, lo correcto sería usar el término «derecho a la autodeterminación informativa» ya que es una mezcla entre la protección de datos y la libertad informática, y constituye un término más amplio y más completo que la privacidad, porque le da más importancia al control sobre la información⁷⁵. Es por ello que la corriente germana tiene más cabida que la mera privacidad anglosajona, ya que al darnos una control más amplio sobre la información puede hacer frente a los constantes avances tecnológicos; no hablamos únicamente de «proteger» los datos personales, sino de tener el control y la disposición absolutos sobre estos.

El TC, por otro lado, le ha dado un doble carácter a este derecho que recoge el artículo 18.4 de la CE, según el cual este derecho fundamental no sólo consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona⁷⁶, «sino también, como se desprende de su último inciso («para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos»), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos»⁷⁷. Ejemplo de ello son las ya citadas sentencias del «caso RENFE», entre otras, donde se reconoció el carácter instrumental del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE para la garantía de la libertad sindical⁷⁸, o con respecto a la libertad ideológica⁷⁹.

⁷⁵ González Murua, A. R. (2002). «La Agencia de Protección de Datos como Instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos», en VV. AA., *Derechos humanos y nuevas tecnologías, Jornadas sobre derechos humanos*, Vitoria-Gasteiz, Ararteko, p. 153.

⁷⁶ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º; 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6º, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7º.

⁷⁷ STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5º.

⁷⁸ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º; 60/1998, de 16 de marzo, FJ 1º; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2º; y 126/1998, de 15 de junio, FJ 2º.

⁷⁹ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5º.

La redacción del artículo 18.4 de la CE, asimismo, ha sido puesta en duda por la doctrina. Segundo algunos autores la CE omite toda referencia a la protección de datos⁸⁰ y según otros la actual redacción del artículo 18.4 no reconoce tan claramente un nuevo derecho autónomo⁸¹, ya que su redacción literal solo encontramos un mandato para que la ley limite el uso de la informática. Según la doctrina, además, encontramos el fundamento de este derecho fundamental no sólo en el artículo 18.4 de la CE, sino también en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)⁸², tal como ya hizo el TC en el año 1993, en una de sus primeras sentencias sobre este tema⁸³. Del mismo modo, nos es necesario mencionar el *Convenio n.º 108+ para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales de 2018*⁸⁴, ya que es fundamento para interpretar el derecho a la protección de datos⁸⁵.

Debemos tener en cuenta, por último, que, como afirman algunos autores, el derecho a la protección de datos es un derecho que se ha europeizado⁸⁶, por lo que no debemos basarlo únicamente en el artículo 18.4 de la CE, sino también en el artículo 8 de la CDFUE y el artículo 16 del TFUE, esto es: en el derecho comunitario. A ello debemos añadirle que, en la actualidad, la normativa en esta materia tiene su origen principalmente en la Unión, dejando poco margen de movimiento a la producción legislativa de los Estados miembros que se limitan, sobre todo, a regular las especialidades en este ámbito. Si bien dicho esto, sigue siendo necesario que una hipotética reforma constitucional traiga consigo una nueva redacción del artículo 18.4 para adaptarlo a los avances tecnológicos y hacer una mención expresa a la protección de datos y a los derechos digitales.

⁸⁰ Cubero Marcos, J. I., Aberasturi Gorriño, U. (2008). «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», *op. cit.*, p. 178.

⁸¹ Serrano Pérez, M. M. (2005). «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial». *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 1, 245-265, p. 251.

⁸² Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M. M. (2019). *Manual de Protección de Datos*, Madrid, Dykinson, pp. 63 y ss.

⁸³ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6º.

⁸⁴ Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, modificado por el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STCE n.º 108), adoptado por el Comité de Ministros en su Sesión n.º 128^a el 18 de mayo de 2018. Accesible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>

⁸⁵ Art. 10.2 de la CE.

⁸⁶ Rallo Lombarte, A. (2017). «De la 'libertad informática' a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018) ». *Revista de derecho político*, n.º 100, 639-669, p. 658 y ss., y Rallo Lombarte, A. (2019). «El nuevo derecho de protección de datos», *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 39, n.º 116, 45-74, pp. 50 y ss.

3.4. *Datos personales objeto de tutela*

La regulación que disponía qué datos quedaban bajo la malla de protección constitucional del derecho a la protección de datos también ha sido desarrollada, desde la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, hasta el actual RGPD.

La Directiva 95/46/CE y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁸⁷ (LOPD), que la transpuso, definieron los datos de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables»⁸⁸, definición que fue ampliada y completada por el Reglamento de la LOPD⁸⁹ (RLOPD). Según el RLOPD serían datos de carácter personal «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica⁹⁰ o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables»⁹¹.

En cuanto a la diferencia entre persona física «identificada» o «identifiable», la Directiva 95/46/CE en su artículo 2, apartado a), estableció que «se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social». Consideraremos, por lo tanto, que la información hace referencia a una persona identificada cuando esa información indica directamente a esa persona sin necesidad de utilizar un conjunto de medios para poder averiguar su identidad (DNI, pasaporte, etc.). En cambio, consideraremos que una persona es identifiable cuando su identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social⁹². Es decir, cuando la información no indique la identidad de esa persona o no aporte suficiente información acerca de la misma, pero sí que aporte información suficiente para poder averiguar su identidad; información que mediante la utilización de los medios adecuados permite la identificación exacta del individuo (ADN, huella dactilar, dentadura, iris del ojo, etc.).

El nuevo RGPD ha seguido este esquema y en sus definiciones encontramos que serán datos personales «toda información sobre una persona física identificada o iden-

⁸⁷ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

⁸⁸ Art. 3, apartado a), de la LOPD y art. 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE.

⁸⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. «BOE» núm. 17, de 19/01/2008.

⁹⁰ Arzoz Santiesteban, X. (2010). *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas, pp. 149 y ss.

⁹¹ Art. 5.1, apartado f), del RLOPD.

⁹² Art. 5.1. o) del RLOPD. Una persona física no se considerará identifiable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.

tificable»⁹³ —resulta una copia de la Directiva 95/46/CE⁹⁴—, información que será cualquiera que sea numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo⁹⁵. La información del dato personal debe, así, poder vincularse a una persona⁹⁶.

En lo que respecta a la persona física identificable, la nueva norma comunitaria la ha definido como «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». En este caso la definición está más completada que la que nos ofreció el RLOPD y además hace referencia a avances tecnológicos como los datos de geolocalización, en un intento de adaptarse a los nuevos retos de los avances tecnológicos.

Según el TJUE, por otro lado, el concepto de dato personal es muy amplio⁹⁷, son datos personales, entre otros: nombre y número de teléfono o información sobre condiciones de trabajo y/o aficiones⁹⁸, datos bancarios (ingresos, etc.)⁹⁹, datos personales que obran en poder del municipio¹⁰⁰, perfiles de usuario de las redes sociales¹⁰¹, datos conseguidos por un detective privado¹⁰², datos del registro de trabajo (periodos de trabajo, descanso, etc.)¹⁰³, la imagen de una persona grabada por una cámara¹⁰⁴, los datos fiscales¹⁰⁵, las respuestas escritas de un examen y las anotaciones del examina-

⁹³ Art. 4, apartado 1, del RGPD.

⁹⁴ Art. 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE.

⁹⁵ Art. 5.1, apartado f), del RLOPD.

⁹⁶ Arias Pou, M. (2016). «Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos», en Piñar Mañas, J. L. (dir.), Álvarez Caro, M. (coord.), Recio Gayo, M. (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Madrid, Reus, p. 118 y Piñar Mañas, J. L. (2010). «Concepto de datos de carácter personal: Título I. Disposiciones Generales. artículo 3», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Civitas, pp. 193 y 194.

⁹⁷ STJUE (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16, Peter Nowak y Data Protection Commissioner, ap. 31 y STJUE (Sala Segunda), de 19 de octubre de 2016, asunto C-582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland, ap. 43.

⁹⁸ STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, asunto Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist, ap. 24.

⁹⁹ STJUE (Gran Sala), de 20 de mayo de 2003, asunto C-465/00, caso Österreichischer Rundfunk y otros, ap. 64.

¹⁰⁰ STJUE (Sala Tercera), de 7 de mayo de 2009, asunto C-553/07, caso Rijkeboer, ap. 42.

¹⁰¹ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, caso SABAM, ap. 49.

¹⁰² STJUE (Sala Tercera), de 7 de noviembre de 2013, asunto C-473/12, caso IPI, ap. 26.

¹⁰³ STJUE (Sala Tercera), de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/12, caso Worten y ACT, ap. 19.

¹⁰⁴ STJUE (Sala Cuarta), de 11 de diciembre de 2014, asunto C-212/13, caso František Ryneš y Úřad pro ochranu osobních údajů, ap. 22.

¹⁰⁵ STJUE (Sala Segunda), de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16, caso Peter Puškár y otros, ap. 41 y STJUE (Sala Tercera), de 1 de octubre de 2015, asunto C-201/14, caso Bara y otros, ap. 29.

dor¹⁰⁶, los que figuran en una minuta (nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, sexo, etnia, religión e idioma)¹⁰⁷, etc. También, según el TEDH, las comunicaciones escritas o habladas e imágenes¹⁰⁸, las filmaciones¹⁰⁹ o sonidos¹¹⁰ de circuito cerrado de televisión, etc.

Los datos personales objeto de tutela, por lo tanto, serán todos aquellos datos sobre una persona física identificada o identifiable¹¹¹, es decir, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona¹¹².

4. EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO COMO REFLEJO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Como hemos mencionado, el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 de la CE) atribuye al titular de los datos un haz de facultades cuya regulación debe establecer la Ley¹¹³, un haz de facultades que el Estado deberá garantizar para asegurar la eficacia del derecho fundamental, no limitándose su ejercicio a proteger los datos, sino a tener un control y disposición absoluta de ellos. Ese haz de facultades, como parte del contenido del derecho fundamental se traducirá en: el consentimiento del interesado, por un lado, y los «derechos ARSLOP»¹¹⁴ que este podrá ejercer, por otro.

El consentimiento es una facultad de la libertad del individuo para decidir acerca de sus datos, constituye la capacidad de autodeterminación del individuo y equivale, en el mundo de las comunicaciones, a extender la capacidad de decisión de la persona

¹⁰⁶ STJUE (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16, Peter Nowak y Data Protection Commissioner, ap. 37.

¹⁰⁷ STJUE (Sala Tercera), de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, caso YS (C-141/12) c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-372/12) contra M y S, ap. 38.

¹⁰⁸ TEDH (Sección Tercera), de 24 de junio de 2004, asunto Von Hannover c. Alemania; TEDH (Sección Cuarta), de 11 de enero de 2005, asunto Sciacca c. Italia.

¹⁰⁹ TEDH (Sección Cuarta), de 28 de enero de 2003, asunto Peck c. el Reino Unido; TEDH (Sección Quinta), de 5 de octubre de 2010, asunto Köpke c. Alemania.

¹¹⁰ TEDH (Sección Tercera), de 25 de septiembre de 2001, asunto P.G. y J.H. c. el Reino Unido, ap. 59 y 60; TEDH (Sección Segunda), de 20 de diciembre de 2005, asunto Wisse c. Francia.

¹¹¹ Art. 4, apartado 1, del RGPD

¹¹² TEDH 27798/1995, de 16 de febrero de 2000, Amann contra Suiza, ap. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º. También SAN de 24 de enero de 2003, nº rec. 400/2001, FJ 5º.

¹¹³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5º.

¹¹⁴ Los «derechos ARSLOP»: derecho de acceso (art. 15 RGPD y art. 13 LOPDGDD), derecho de rectificación (art. 16 RGPD y art. 14 LOPDGDD), derecho de supresión (art. 17. RGPD y art. 15 LOPDGDD), derecho de limitación (art. 18. RGPD y art. 16 LOPDGDD), derecho de oposición (art. 21. RGPD y 18 LOPDGDD) y derecho de portabilidad (art. 20. RGPD y art. 17 LOPDGDD). Derechos que superan y actualizan los antiguos ‘derechos ARCO’: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de cancelación y derecho de oposición.

con el fin de proteger su libertad y sus derechos en el mundo tecnológico¹¹⁵. Este, junto con los mencionados derechos del interesado, forma la piedra angular de la protección de datos y su tratamiento¹¹⁶, siendo parte del contenido esencial del derecho¹¹⁷. Así, en el RGPD, el consentimiento constituye parte del contenido básico del reglamento¹¹⁸ —al igual que lo era en la LOPD¹¹⁹—.

El consentimiento lo encontramos reflejado en el ámbito de la protección de datos, como no podría ser de otra manera, ya que constituye una de las seis bases legitimadoras que habilita el tratamiento de datos personales. Así, siguiendo el principio de licitud de tratamiento, el «consentimiento del interesado» será una de las bases jurídicas que legitime el tratamiento¹²⁰.

Por otro lado, otra de las bases legitimadoras del tratamiento será la «ejecución de un contrato en el que el interesado es parte»¹²¹, pero debemos diferenciarla del consentimiento del interesado. En este caso la pieza principal será el contrato y el tratamiento de los datos será accesorio de este, pero a su vez necesario para su ejecución¹²² (o para adoptar medidas precontractuales que el interesado mismo ha solicitado). Es decir, en este segundo caso, el tratamiento de datos vendrá dado por la necesidad y legitimidad del uso de datos relativos al cumplimiento de la finalidad objeto del contrato que une a ambas partes. Así, el tratamiento tendrá como base legitimadora el contrato principal, en el que en el momento de su celebración se daría consentimiento, pero en un momento posterior (o anterior, en caso de la adopción de medidas precontractuales) el nuevo tratamiento que sea necesario para la ejecución de dicho contrato principal será legitimado por la obligación de cumplir el contrato, es decir, será el propio contrato la base jurídica habilitadora¹²³. Nos es necesario, por lo tanto, no confundir estas dos bases legitimadoras y diferenciarlas bien para poder analizar correctamente el consentimiento.

¹¹⁵ Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M. M. (2019). *Manual de Protección de Datos*, op. cit., p. 237.

¹¹⁶ Howard, P. N., Jones, S. (ed.). (2005). *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Barcelona, Editorial UDOC, p. 323.

¹¹⁷ Serrano Pérez, M. M. (2005). «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial», op. cit., p. 255.

¹¹⁸ Art. 4.11 y 7 del RGPD.

¹¹⁹ Cfr. Puente Escobar, A. (2009). «Consentimiento del afectado y deber de información», en Martínez Martínez, R. (coord.), *Protección de datos: comentarios a la LOPD y su reglamento de desarrollo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 37-62.

¹²⁰ Art. 6.1, letra a), del RGPD y art. 6 de la LOPDGDD.

¹²¹ Art. 6.1, letra b), del RGPD.

¹²² Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M. M. (2019). *Manual de Protección de Datos*, op. cit., p. 117.

¹²³ Podemos poner como ejemplo el ámbito laboral en el que se celebra un contrato de trabajo (principal) en el que se requerirá el consentimiento —ya que para la elaboración del contrato será necesario tratar datos personales— y cada mes, para la realización de las nóminas (ejecución del contrato principal) será necesario un nuevo tratamiento de datos, pero en este caso la base será la ejecución del contrato principal.

4.1. El consentimiento del interesado en la regulación sobre protección de datos

Cuando hablamos de consentimiento, hablamos sobre toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen¹²⁴. El consentimiento, asimismo, debe darse mediante un acto afirmativo claro como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, una declaración verbal u otros medios como incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (siempre que se haga a través de casillas no premarcadas), escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales¹²⁵.

El Grupo sobre Protección de Datos del artículo 29 (GT29) —en la actualidad, Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD)¹²⁶— interpretó y completó cómo debía entenderse el consentimiento en el RGPD¹²⁷, en el que desgranó los requisitos de «libre», «específica», «informada» e «inequívoca». Según el GT29 así debemos entender el consentimiento en el RGPD:

- a) El requisito de «libre» se refiere una elección y control reales por parte de los interesados¹²⁸. Si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o siente que sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido¹²⁹, ofreciendo el RGPD, para ello, información para valorar si el consentimiento se ha dado libremente¹³⁰ y recayendo la carga de la prueba sobre el responsable del tratamiento¹³¹.

¹²⁴ Art. 4.11 del RGPD y art. 6.1 de la LOPDGDD.

¹²⁵ Considerando n.º 32 del RGPD.

¹²⁶ El Grupo sobre Protección de Datos del artículo 29 (GT29) fue creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en su artículo 29 (de ahí el nombre). Sin embargo, el RGPD (art. 68-76) ha creado el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), un organismo europeo independiente que ha venido a sustituir al GT29 y en el que también se ha incluido el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

¹²⁷ Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018.

¹²⁸ Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 6.

¹²⁹ Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptado el 13 de julio de 2011, p. 12.

¹³⁰ Art. 7.4 y Considerando n.º 43 del RGPD.

¹³¹ Art. 7.1 del RGPD.

- b) Al referirse a un consentimiento «específico», se pretende garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado¹³², dando opción a éste a elegir con respecto a cada uno de dichos fines¹³³, una garantía contra la desviación del uso.
- c) En cuanto al requisito de «informada», éste está vinculado al principio de transparencia relativos al tratamiento¹³⁴ y exige facilitar información a los interesados antes de obtener su consentimiento (previamente informada), para que puedan tomar decisiones informadas¹³⁵. Según el GT29 para obtener un consentimiento válido se requiere la siguiente información mínima¹³⁶: identidad del responsable del tratamiento¹³⁷, fin de cada tratamiento¹³⁸, tipo de datos que van a recogerse y utilizarse¹³⁹, el derecho a retirar el consentimiento¹⁴⁰, información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas¹⁴¹ e información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas¹⁴².
- d) El requisito de «inequívoca» trae consigo que el consentimiento requiera una declaración del interesado o una clara acción afirmativa, siempre deberá haber acción o declaración¹⁴³.

A todo ello es de adhesión que, según la LOPDGDD, la ejecución del contrato no puede condicionarse a que el interesado preste su consentimiento sobre el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el man-

¹³² Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 12.

¹³³ Dictamen 3/2013 sobre la limitación de la finalidad, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptado el 3 de abril de 2013.

¹³⁴ Art. 5.1 del RGPD.

¹³⁵ Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 14.

¹³⁶ Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 14.

¹³⁷ Considerando n.º 42 del RGPD.

¹³⁸ *ibidem*

¹³⁹ Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptado el 13 de julio de 2011, pp. 19 y 20.

¹⁴⁰ Art. 7.3 del RGPD.

¹⁴¹ Art. 22.2 del RGPD y Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, apartado IV, letra B, pp. 20 y ss.

¹⁴² Art. 46 y 49.1 del RGPD y Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptado el 13 de julio de 2011, p.19.

¹⁴³ Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 17.

tenimiento, desarrollo o control de la relación contractual¹⁴⁴. Debemos tener en cuenta, además, las especialidades del consentimiento cuando el interesado es menor¹⁴⁵.

Debemos, por último, abordar una de las cuestiones más conflictivas en torno al consentimiento: el consentimiento tácito. Este tipo de consentimiento, matizado por la doctrina de los «*facta concludentia*»¹⁴⁶, ha sido muy criticado, puesto que el derecho a la autodeterminación informativa supone el control del titular de los datos sobre los mismos, lo que no es compatible con que el silencio juegue a favor del responsable del fichero, ya que se resquebrajaría ese control del titular sobre sus datos¹⁴⁷. Como hemos podido ver, el RGPD ha recogido el término «clara acción afirmativa»¹⁴⁸ y, además, ha hecho mención expresa a esta cuestión¹⁴⁹, ofreciendo un criterio claro a la hora de interpretar el término «clara acción afirmativa» que, de este modo, se deduce que el consentimiento tácito queda fuera del actual RGPD, igual que lo ha entendido la AEPD¹⁵⁰. Esta es una de las novedades del reglamento, ya que hasta el RGPD el

¹⁴⁴ Art. 6.3 de la LOPDGDD.

¹⁴⁵ Cfr. Art. 8 del RGPD, art. 7 de la LOPDGDD, Documento de trabajo 1/08 sobre la protección de datos personales de los niños, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, y Piñar Real, A. (2016). «Tratamiento de datos de menores de edad», en Piñar Mañas, J. L. (dir.), Álvarez Caro, M. (coord.), Recio Gayo, M. (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Madrid, Reus, pp. 190 y ss.

¹⁴⁶ Cfr., por todas, STS 5560/2014, de 3 de diciembre de 2014, FJ 3º. Según el TS se trata de «hechos concluyentes» que lleven a pensar que la persona ha prestado su consentimiento, hechos que deben ser «inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir, lo da a conocer sin asomo de duda».

¹⁴⁷ Cubero Marcos, J. I., Aberasturi Gorriño, U. (2008). «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁸ Art. 4.11 del RGPD.

¹⁴⁹ Considerando n.º 32 del RGPD: «*Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento*».

¹⁵⁰ Cfr. Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de datos con nº de referencia 181577/2018 y 200012/2018, sobre el consentimiento del interesado y tratamiento de datos por la Administración Pública, expedientes 108/2018 (ref. 181577/2018) y 155/2018 (ref. 200012/2018), y Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de datos (expediente 175/2018), de ampliación del Informe emitido en los expedientes 108/2018 (ref. 181577/2018) y 155/2018 (ref. 200012/2018). En este caso la AEPD emite sus informes sobre la incompatibilidad del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del RGPD (hoy en día modificado por la LOPDGDD). La citada disposición presumía la autorización de los interesados (consentimiento tácito), salvo que constase su oposición expresa o la ley especial aplicable requiriese consentimiento expreso, por ello la AEPD resolvió que dicha disposición es incompatible con el RGPD y que, además, la base jurídica del tratamiento en las relaciones con la Administración, no es el consentimiento, sino, misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos.

consentimiento tácito era admitido¹⁵¹, teniendo aceptación por la doctrina¹⁵² y estando amparado por la LOPD¹⁵³.

Así quedaría construida la estructura del consentimiento en materia de protección de datos siguiendo el RGPD, LOPDGDD y los criterios de los organismos europeos sobre este. No debemos olvidar, sin embargo, que a este consentimiento, cuyo régimen encontramos en las normas mencionadas, le será de aplicación el régimen general del consentimiento en materia civil española¹⁵⁴, ya que ni el RGPD ni la LOPDGDD pueden prever ni regular todo el régimen del consentimiento. Es por ello que nos es menester analizar cómo convergen el consentimiento en los términos comunitarios y el marco de la legislación española y, también cómo se completan.

4.2. El consentimiento del interesado en el marco jurídico español: entre el RGPD y el Código Civil

En primer lugar, debemos remarcar que, según el TC, este consentimiento «previo» puede ser revocado en cualquier momento¹⁵⁵, y así lo ha recogido el RGPD¹⁵⁶ —revocación cuya recepción debe ser confirmada al afectado¹⁵⁷—, por lo que ello pasa el filtro constitucional español. La retirada del consentimiento, por otro lado, tiene efectos *ex nunc* sobre la licitud del tratamiento, no afectando a la basada en el consentimiento previo a su retirada.

En segundo lugar, al hablar de consentimiento, tanto el RGPD como la LOPDGDD hablan de «manifestación de voluntad»¹⁵⁸, y es exactamente así como debemos catalogar dicho acto jurídico. Hablamos de que se emite un consentimiento para que traten nuestro datos y ese consentimiento puede ser revocado, como hemos mencionado. Hablamos, en definitiva, de una manifestación de voluntad, pero sin que llegue a ser contrato, ya que el contrato genera obligaciones¹⁵⁹ y no sería este ese caso. Estamos, en suma, ante un acto jurídico: una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos. Ello no es óbice, sin embargo, para aplicar el régimen contractual del Código Civil, ya que le será de aplicación subsidiaria la regulación del

¹⁵¹ Martínez-Rojas, Á. (2016). «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 42.

¹⁵² Del Peso Navarro, E. (1998). «¿De quién son nuestros datos». *En Línea*, n.º 19.

¹⁵³ La LOPD exigía el consentimiento expreso en algunos casos (*v. artículo 7*) lo que nos hacía pensar que en los demás casos cabía el consentimiento tácito.

¹⁵⁴ Art. 4.3 del CC.

¹⁵⁵ SSTC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6, y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3º.

¹⁵⁶ Art. 7.3 del RGPD.

¹⁵⁷ Zabía De La Mata, J. (coord.). (2008). *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Valladolid, Lex Nova, p. 172.

¹⁵⁸ Art. 4.11 del RGPD y art. 6.1 de la LOPDGDD.

¹⁵⁹ Cfr. Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa J. (2011). *Elementos de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. Volumen I. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, pp. 329 y ss.

CC para, por ejemplo, la estructura del consentimiento, dado que el consentimiento debe ser otorgado siguiendo lo establecido en el Código Civil¹⁶⁰.

Al hablar del consentimiento libre, en términos contractuales, nos referimos a que sea una declaración libre que no contenga vicios en el consentimiento o en la formación de la voluntad¹⁶¹, es decir, sin aquellas irregularidades o anomalías que hacen que la voluntad dada sea distinta a la que el sujeto quería emitir, por ejemplo, cuando media error, dolo, violencia o intimidación¹⁶²; de lo contrario, el acto jurídico podría ser nulo o anulable, de acuerdo a los correspondientes artículos del CC¹⁶³. Ello debemos vincularlo al requisito de «informado» (previamente informado), requisito que se cumplirá al darse la información mínima que se requiere para obtener un consentimiento válido según el GT29¹⁶⁴. Así, si hubiese una falta de alguna de las informaciones listadas por el GT29 resultaría vulnerado el RGPD, pero, sin embargo, si hubiese una falta de información sobre materias que no entran dentro de la información mínima para que se entienda cumplido el requisito de informado en los términos del reglamento, nos sería necesario aplicar el régimen civil sobre el consentimiento porque puede que este estuviese viciado, por error, por ejemplo. En este sentido, podemos tener problemas, por ejemplo, en los casos de *outsourcing* (subcontratación o externalización), en los cuales el encargado del tratamiento puede ser un tercero¹⁶⁵.

También puede resultarnos problemático el consentimiento en relación con el *Big Data*, especialmente en los requisitos de «específico» e «informado»¹⁶⁶. El consentimiento debe prestarse cada vez que un dato nuestro vaya a tratarse, pero, en el *Big Data*, los datos que se recaban permiten obtener una información de la que se obtienen más datos y así de forma sucesiva, lo que hace que cada nuevo tratamiento (cada

¹⁶⁰ Gil Membrado, C. (2015). «El consentimiento en las redes sociales», en Aparicio Vaquero, J. P., Batuecas Caletro, A. (coords.), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada, Colmara, p. 114.

¹⁶¹ Gil Membrado, C. (2015). «El consentimiento en las redes sociales», *op. cit.*, p. 114.

¹⁶² Art. 1265 del CC.

¹⁶³ Cabría, incluso, la revocación. Dado que la revocación es una declaración de voluntad unilateral que deja sin valorar otro acto anterior que depende exclusivamente de la voluntad. En este caso, sin embargo, no nos hace falta acudir a esta figura, ya que el RGPD da la opción de retirar el consentimiento.

¹⁶⁴ Según el GT29: identidad del responsable del tratamiento, fin de cada tratamiento, tipo de datos que van a recogerse y utilizarse, el derecho a retirar el consentimiento, información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas e información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas.

¹⁶⁵ Art. 28 del RGPD. Estos casos pueden resultarnos problemáticos si la empresa principal (responsable) apareciese también como encargada del tratamiento, y no la subcontratada, ya que si se hubiese prestado el consentimiento figurando la empresa principal como encargada, sería probable estar ante un consentimiento viciado.

¹⁶⁶ Gil González, E. (2016). *Big data, privacidad y protección de datos*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, p. 67.

nuevo dato) requiera que el afectado preste su consentimiento¹⁶⁷. Es el mismo problema que tendremos con el Internet de las cosas (*Internet of Things, IoT*), en el que los dispositivos electrónicos inteligentes (neveras inteligentes, televisiones inteligentes, asistentes virtuales, etc.) conseguirán una gran cantidad de datos personales sin haber otorgado nuestro consentimiento para cada dato obtenido. El problema es que el consentimiento «específico» exige dar opción al interesado a elegir con respecto a cada uno de dichos fines¹⁶⁸. En este caso, la vulneración recae sobre el RGPD ya que se vulnera el consentimiento en los términos del reglamento.

Todos estos problemas sobre el consentimiento vulneran el contenido del derecho a la autodeterminación informativa, dado que el titular de los datos tiene la disposición y control absoluto sobre ellos y por ello debe prestarse el consentimiento, es la máxima expresión del derecho a la autodeterminación informativa, capacidad de decidir cuándo y en qué condiciones dar a conocer las situaciones y datos sobre su vida, siendo necesaria la protección del individuo frente a la recopilación, almacenamiento, utilización y cesión de los datos¹⁶⁹. Deberemos, en suma, analizar el consentimiento en dos ámbitos: si este se ha dado en los términos del RGPD o no, en un primer análisis, y, en caso afirmativo, analizar si se ha dado en los términos del régimen contractual civil, en un segundo análisis¹⁷⁰.

5. SUPUESTOS FUERA DEL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO COMO MERA «MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD»: CLÁUSULA CONTRACTUAL Y OBJETO CONTRACTUAL

Como hemos analizado en los anteriores apartados, el consentimiento del interesado supone una «manifestación de voluntad»¹⁷¹, pero es posible que nos encontremos ante dos casos en los que entrarán en juego nuestros datos personales y el consentimiento no será una mera manifestación de voluntad, ello son los casos de las cláusulas contractuales y del objeto contractual. Huelga decir que seguimos hablando, al igual que hasta ahora, del «consentimiento del interesado»¹⁷², y no de la «ejecución de un contrato en el que el interesado es parte»¹⁷³, por mucho que hablemos de un contrato en este apartado, son supuestos distintos.

¹⁶⁷ Morales Barceló, J. (2017). «Big data y protección de datos: especial referencia al consentimiento del afectado». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº. 44.

¹⁶⁸ Dictamen 3/2013 sobre la limitación de la finalidad, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, adoptado el 3 de abril de 2013.

¹⁶⁹ *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, de 15 de diciembre de 1983, BVerfGE 65, 1; 1 BvR 209/83; *Griünde*, C, II (ap. n.º 147).

¹⁷⁰ Puede que no haya vulneración del RGPD, al cumplirse los requisitos que este recoge, pero sí haya vulneración del CC. En cambio, siempre que haya vulneración del RGPD, la habrá del CC.

¹⁷¹ Art. 4.11 del RGPD y art. 6.1 de la LOPDGDD.

¹⁷² Art. 6.1, letra a), del RGPD y art. 6 de la LOPDGDD.

¹⁷³ Art. 6.1, letra b), del RGPD.

Cuando el consentimiento sobre el tratamiento de datos personales forma parte de una cláusula de un contrato, hablaríamos propiamente de un contrato. Cabe destacar, sin embargo, que no todas las cláusulas forman parte del objeto del contrato, por ello, tendríamos que analizar si dicha cláusula forma o no parte del objeto del contrato. Diferenciamos, por lo tanto, dos tipos de cláusulas sobre el tratamiento de datos personales: las que no forman del objeto del contrato o las que sí (esta última tiene similitud con el siguiente supuesto a analizar).

En el segundo supuesto, nos referimos a que el tratamiento de los datos forma parte del objeto del contrato, lo que supone que el consentimiento se dará sobre el objeto del contrato en general. Así, según afirman algunos autores, puede que la empresa prestadora de servicio obtenga beneficio económico de la cesión de los datos personales (vía publicidad de terceros, por ejemplo, que se ofrecerá sobre dichos datos personales), lo que supondría que hubiese dos prestaciones por parte de ambas partes contractuales: la del servicio y la cesión de los datos que lo permite¹⁷⁴. En este sentido, la cesión y tratamiento de los datos personales sería parte del objeto contractual¹⁷⁵ y el consentimiento de interesado coincidiría con el consentimiento contractual, el que se otorga sobre el objeto del contrato. Estaríamos, asimismo, ante prestaciones de contenido patrimonial por parte de ambas partes contractuales, lo que supone hablar de obligaciones recíprocas, es decir, una relación bilateral o sinalagmática¹⁷⁶.

Estos supuestos, por otro lado, nos serán muy conflictivos, debido que el RGPD ha recogido el consentimiento del interesado como manifestación de voluntad, pero no ha previsto el consentimiento en los casos que los datos personales sean objeto contractual. Esta naturaleza jurídica, además, resulta, cuanto menos, discutible. Si consideramos que tiene una naturaleza estrictamente contractual, desde una perspectiva *iusprivatista*, convertiríamos los datos personales en objetos puramente de consumo y mercantiles y, al estar éstos bajo la protección de los poderes públicos según el mandato del artículo 18.4 de la CE, el 8 de la CDFUE y el 16 del TFUE, no podemos considerarlos como objetos exclusivamente privados, ya que, si así fuera, los poderes públicos no tendrían obligación de control sobre ellos y el mercado predominaría en una materia tan sensible como nuestros datos de carácter personal. Como hemos visto, sin embargo, la normativa sobre protección de datos no regula los datos personales como objeto contractual, lo que nos lleva a la aplicación del derecho privado, si bien es cierto que los derechos y obligaciones de las partes provienen exclusivamente del

¹⁷⁴ Aparicio Vaquero, J. P. (2015). «Cuestiones de Derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios», en Aparicio Vaquero, J. P., Batuecas Calerío, A. (coords.), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada, Colmaraes, pp. 207 y 208. En este caso preciso, el autor se refiere especialmente a los servicios de la Sociedad de la Información.

¹⁷⁵ Art. 1.271, 1.272 y 1.273 del CC.

¹⁷⁶ Aparicio Vaquero, J. P., *ibidem*.

RGPD y de la LOPDGDD, aunque le sea de aplicación el régimen contractual general del CC¹⁷⁷.

No debemos olvidar, por último, que estamos ante un contrato que puede ser celebrado por medios electrónicos, por lo que será menester tener en cuenta las especialidades de la contratación electrónica¹⁷⁸.

6. CONCLUSIONES

El derecho a la protección de datos o derecho a la autodeterminación informativa se trata, como hemos visto en este trabajo, de un derecho fundamental que nos da un control y disposición absolutos sobre nuestros datos y ese será tanto el objeto de protección del derecho, como el contenido esencial que se deberá respetar en todo momento y que está amparado en pleno nacional, comunitario y internacional. A este respecto, si bien el derecho se ha europeizado, el artículo 18.4 se ha quedado muy anticuado y sería conveniente una reforma de este, blindando, además, los derechos digitales.

En lo que respecta a su evolución jurisprudencial, por otro lado, no veremos una gran evolución en el caso del TEDH, ya que el CEDH carece de un reconocimiento expreso de este derecho, y tampoco la veremos en el caso del TJUE, ya que este sí tiene un texto en que basarse que lo reconoce, por lo que no le ha sido necesario hacer interpretaciones jurisprudenciales expansivas. En el caso del TC, en cambio, podemos decir que el derecho a la protección de datos ha tenido una gran evolución en su doctrina constitucional, en la que podemos diferenciar tres fases. El tribunal dio un gran paso (y bastante meritorio) al autonomizar este derecho fundamental, pero, en su dimensión material, aunque parece que ha avanzado en su construcción y se ha acercado poco a poco a la autodeterminación informativa, sigue vinculándolo a la privacidad, manteniéndose, en su fundamentación, entre las corrientes estadounidense-anglosajona y germano-europea.

En cuanto al consentimiento, debemos reconocer que el RGPD ha supuesto una importante evolución en este ámbito, dado que ha traído alguna modificación (la prohibición del consentimiento tácito, por ejemplo) y ha construido un régimen bastante fuerte. No debemos olvidar, sin embargo, que, como cualquier consentimiento, sus características serán reguladas por el CC de manera subsidiaria. El mayor problema en lo que al consentimiento respecta, por otro lado, lo tendremos en los casos en los que el consentimiento no sea una mera manifestación de voluntad, ya que el RGPD no ha previsto dichos casos y pueden dar lugar a que los datos personales

¹⁷⁷ Podríamos deducir que la naturaleza jurídica sería mixta: privada (rige el consentimiento, voluntad de las partes, derecho privado, etc.) y pública (es de aplicación el RGPD, LOPDGDD, etc.), sin olvidar que, además, la AEPD controla esta actividad entre sujetos privados.

¹⁷⁸ Davara Rodríguez, M. Á. (2015). *Manual de Derecho Informático*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, p. 213.

sean tratados únicamente como objetos de comercio, con lo que este aspecto debería ser incluido por el reglamento o por la LOPDGDD, para mayor seguridad en un ámbito tan relevante como es la protección de datos personales. Así, parece que los datos personales como objeto contractual aún son un terreno inexplorado en la normativa sobre protección de datos.

Concluimos, en general, que el derecho a la protección de datos tiene un nivel bastante aceptable en el plano teórico, pero al pasar al plano práctico nos encontramos con serios problemas y retos a los que parece que la construcción normativa actual de este derecho fundamental no puede enfrentarse, lo que merma eficacia a un derecho tan importante, como necesario, puesto que es nuestro escudo contra los constantes avances de la tecnología.

Title:

The right to the protection of personal data and its reflection on the consent of the data subject

Summary:

1. Introduction. 2. The right to data protection in the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: 2.1. The Court of Justice of the European Union. 2.2. The European Court of Human Rights: respect for the private and family life. 3. The evolution of the right to data protection or informational self-determination: the American or Anglo-saxon stream, the German or European stream and the case law of the Constitutional Court of Spain: 3.1. The right to data protection in the American or Anglo-saxon stream. 3.2. The right to data protection in the German or European stream. 3.3. The evolution of the right to data protection in the case law of the Constitutional Court of Spain. 3.4. Personal data subject to protection. 4. The consent of the data subject as a reflection of the right to the protection of personal data: 4.1. The consent of the data subject in the data protection regulations. 4.2. The consent of the data subject in the Spanish legal framework: between the GDPR and the Spanish Civil Code. 5. Cases outside the consent of the data subject as a mere «indication of the individual's wishes»: contractual clause and subject matter of contract. 6. Conclusion.

Resumen:

El Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales han traído una nueva regulación al ámbito de la protección de datos; dándole, así, cumplimiento y efectividad al derecho de protección de datos, o autodeterminación informativa, cuyo contenido ha estado en constante evolución para poder hacerle frente a los constantes avances tecnológicos. Esta evolución del derecho a la protección de datos será mínima en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero no en el caso del Tribunal Constitucional, cuyas resoluciones han ido desarrollando, sin parar, el contenido de este derecho, manteniéndose entre la corriente anglosajona y germana de este derecho fundamental. Como parte del contenido mismo del derecho, además, tendremos el consentimiento del interesado, que será la pieza clave de la protección de datos, pero puede que encontremos algún punto débil en la actual normativa sobre protección de datos en lo que al consentimiento respecta.

Abstract:

The General Data Protection Regulation and the Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights have brought a new regulation to the field of data protection; giving, thus, compliance and effectiveness to the right to the protection of personal data, or right to informational self-determination, which content has been constantly evolving in order to face the constant technological advances. This evolution of the right to data protection will be minimal in the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights, but not in the case of the Constitutional Court of Spain, which resolutions have developed the content of this right, with no stop, staying between the Anglo-Saxon and German doctrinal stream of this fundamental right. As part of the content of the right, in addition, we will have the consent of the data subject, which will be the key piece of data protection, but it is possible that we may find some weakness in the current data protection regulations as far as consent is concerned.

Palabras clave:

protección de datos, autodeterminación informativa, derecho fundamental, consentimiento del interesado, RGPD.

Keywords:

data protection, informational self-determination, fundamental right, consent of the data subject, GDPR.

