

“EL TRATAMIENTO FRENTE A LA CATEGORÍA DEL DATO COMO NÚCLEO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. UN ENFOQUE DESDE LOS DATOS ESPECIALES”

Daniel Jove Villares

Universidade da Coruña

Directores tesis: Santiago A. Roura Gómez, y

Miguel Jesús Agudo Zamora

Tutor: Francisco Manuel Caamaño Domínguez

1. Propuesta

El derecho a la protección de datos proporciona un poder de disposición y control sobre las informaciones personales a uno referidas. Si bien es cierto que, como todos los derechos, no tiene carácter absoluto y puede ceder frente a otros derechos con los que entre en conflicto¹. El equilibrio entre los diferentes intereses que pueden concurrir permea todo el sistema jurídico de la protección de datos, y se manifiesta en la necesidad de contar con una base de licitud para el tratamiento que quiere llevarse a efecto², así como en el sistema de protección y garantías³.

Sin embargo, no todos los datos suponen el mismo nivel de riesgo y amenaza para los derechos fundamentales. En consecuencia con esta realidad, las diferentes regulaciones sobre protección de datos han venido incorporando listados de tipologías de datos a los que dota de una protección adicional, más reforzada. La configuración de esas categorías de datos especiales se funda, a priori, en la naturaleza de las informaciones a las que se refieren, informaciones que “son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales”⁴.

¹ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, F.J. 5.

² En el caso del Reglamento General de Protección de Datos las bases de licitud del tratamiento admitidas son, única y exclusivamente, las 6 contempladas en el artículo 6.

³ Garantías que abarcan tanto los derechos del interesado (v.gr. artículos a del RGPD) y, también obligaciones para quienes tratan los datos: obligaciones generales, que se han de cumplir tanto antes () como durante () e, incluso, después del tratamiento (); obligaciones específicas de sujetos que tratan datos personales, singularmente el responsable (arts.) y el encargado () (aunque hay otros sujetos obligados).

⁴ Considerando 51 RGPD.

No obstante, las tipologías de datos que han merecido esa protección adicional no ha sido siempre las mismas, sino que se ha ido incorporando nuevas categorías de datos (como pueden ser los genéticos o los biométricos). En principio, todas ellas tienen como nexo común el contar con un potencial discriminatorio mayor o suponer, al menos, un riesgo adicional para los derechos fundamentales, mayor que el resto de los datos personales.

Es en la configuración y conformación de las categorías especiales de datos donde la relación del derecho a la protección de datos con los demás derechos se manifiesta en su verdadera magnitud. Será en el tratamiento de estos datos especiales donde el carácter instrumental (Troncoso Reigada, 2010: 73) del derecho a la protección de datos como elemento protector se manifieste de un modo más elocuente.

Así, es frente al tratamiento de estas categorías de datos donde mejor (que no únicamente) se aprecia la capacidad del derecho a la protección de datos para hacer compatible el respeto a los derechos fundamentales y el tratamiento de informaciones personales que, de otro modo, podrían suponer una afectación inasumible de los derechos de los ciudadanos que impidiese llevar a cabo el tratamiento. En estas situaciones, el derecho a la protección de datos desempeña una doble función, de una parte asegura un poder de disposición y control sobre las informaciones personales a uno referidas y, de otra, reviste a los demás derechos fundamentales que puedan verse amenazados de un conjunto de garantías, cautelas y precauciones que erigen una barrera adicional necesaria, sin la que esos tratamientos no serían posibles. Es decir, el carácter instrumental del derecho a la protección de datos va más allá de ser un complemento, es la condición previa sin la que determinados tratamientos de datos serían inaceptables, no por la eventual afectación del derecho a la protección de datos, sino por la de los otros derechos en concurso.

El RGPD ha establecido que son datos merecedores de una protección especial los “datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o

datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física” (art. 9 RGPD).

Sin embargo, en la consideración de qué son datos especiales no existe una clasificación única, sin ir más lejos, los datos referidos a condenas e infracciones penales no tienen la consideración de datos especiales en el RGPD (si bien sí tienen un régimen particular y diferenciado del resto de categorías) sin embargo, el Convenio 108 en su versión actualizada (mayo 2018) sí los considera datos especiales (art. 6.1). Es decir, la propia determinación de qué y cuáles datos son especiales tiene unos contornos difusos. Si bien es cierto que, parece, que hay un núcleo de datos que, por su naturaleza y características, encajan bien en la definición de dato especialmente sensible (la orientación sexual, la tendencia ideológica, la raza, algunas enfermedades) hay otras tipologías como pueden ser las condenas e infracciones penales o los datos biométricos cuya consideración como datos especiales resulta más problemática.

No obstante, a la complejidad de deslindar qué tipologías deberían integrar las categorías especiales de datos (con un régimen jurídico que parte de la prohibición de su tratamiento, admitiéndose su utilización, únicamente, cuando concurren determinadas circunstancias⁵) hay que añadir las derivadas de los avances tecnológicos, singularmente del *big data* y el tratamiento algorítmico de la información, así como la inteligencia artificial, que permiten establecer inferencias capaces de determinar informaciones que consideraríamos especiales a partir de tratamientos que tienen como sustrato datos no especiales.

La puesta en relación de informaciones en apariencia inocuas para, partir de ellas obtener una imagen completa de la persona no es algo novedoso, esta problemática ya ha sido anunciada, si bien es cierto que con relación al derecho a la intimidad (teorías del mosaico (MADRID CONESA, 1984, p. 45 y ss)) con lo que los bienes afectados y los intereses a salvaguardar varían, en parte. No obstante, cabe preguntarse, ya enfocados en el derecho a la protección de datos, ¿cuál es la diferencia actual respecto a esta misma

⁵ Que, en el caso del RGPD, están expresamente previstas en el apartado 2 del artículo 9.

situación hace unos años? Los avances técnicos y, sus efectos sobre el tiempo, el esfuerzo requerido, el porcentaje de fiabilidad; así como la incidencia de las decisiones que se toman a partir de la inferencia realizada. Hoy se puede obtener un perfil de una persona en segundos, a golpe de clic, y con un alto grado de fiabilidad. Además, la incidencia de las decisiones automatizadas en el día a día de las personas e, incluso, en sus expectativas y desarrollo futuro (contratación, sanidad, préstamos hipotecarios...) aumenta en progresión geométrica.

En definitiva, hoy resulta posible, sin demasiados esfuerzos, y en muy poco tiempo, llegar a desentrañar las informaciones a las que se refieren los datos considerados especiales, sin tener que acudir a ellos. Consecuentemente, resulta posible llegar a vulnerar los derechos fundamentales que subyacen a las categorías especiales al no contar con las cauciones adicionales previstas para el tratamiento de las categorías especiales de datos.

Con todo, debe apuntarse que el régimen establecido en el RGPD, aunque sigue manteniendo la naturaleza de los datos como el elemento a partir del que construir el sistema de protección y garantías, también toma en cuenta otros dos elementos: “el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo [...] y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate”⁶. Es el equilibrio entre estos elementos y el peso que, en los tratamientos que incluyen datos especiales, tiene la naturaleza del dato lo que se cuestiona.

La razón para analizar las categorías especiales de datos y cuestionar su régimen de protección es, precisamente que, si lo que hace acreedores a dichos datos de una especial protección es la salvaguarda del derecho fundamental que subyace a esa categoría, si la pretensión es evitar la discriminación que pueda producirse con el tratamiento de esas categorías de datos, entonces, ¿no sería más apropiado atender al contexto del tratamiento más que a la naturaleza de los datos? Si hoy es posible (y en el futuro lo será con mayor facilidad aún), sin un esfuerzo adicional, producir los mismos efectos

⁶ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ. 6.

sin necesidad de tratar esas categorías especiales, no es más apropiado poner el foco en el tratamiento y no tanto en el dato.

No se pretende, en todo caso, prescindir de la naturaleza del dato en cuestión, se trata de una clasificación y consideración que ofrece un buen indicio, una orientación. De hecho, no puede obviarse que hay datos que, por sí solos, tienen un potencial discriminatorio innegable, y que suelen coincidir con aquellas informaciones que vienen a nuestra mente cuando leemos la enumeración de tipologías de datos que integran las categorías especiales. Toda la labor de conceptualización y construcción de las categorías especiales resulta útil. Es el condicionamiento apriorístico y estanco que las mismas suponen lo que se pone en cuestión.

Lo que se trata de poner de manifiesto es que las categorías especiales conforman un marco que ya no responde de manera eficiente al objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales y evitar la discriminación (si es que esa es la razón de su configuración). El elemento que se cuestiona es que el modo de enfocar cualquier tratamiento de datos sea que, ante un dato que podamos incluir en las categorías especiales, automáticamente, procedamos a aplicar un nivel de protección más agravado o reforzado. Con este sistema, igual de especial y merecedor de protección adicional es el dato de que una persona ha tenido una gripe que el tener una enfermedad degenerativa hereditaria o sida. Sin embargo, las consecuencias son muy diferentes, y no solo en cuanto a la sintomatología y las consecuencias físicas y psíquicas para el paciente, sino, en lo que aquí atañe, en la afectación que puedan tener sobre los derechos fundamentales y el potencial discriminatorio de cada una de ellas.

Y, por el contrario, existen tratamientos que, partiendo de un dato no especial, como puede ser la dirección postal, puede tener consecuencias muy importantes y una considerable afectación para los derechos fundamentales según quien los trate y para qué. En el ejemplo de la dirección postal, pensemos en una aseguradora que, en función de dónde vivas, haga que la prima de tu seguro de vida aumente o disminuya (y ya no digamos si lo combina con otros datos no especiales como pueden ser la profesión, el salario, o el estado civil).

Lo que se trata de poner de manifiesto es que, más que el dato en sí mismo, será el contexto, la finalidad del tratamiento, el modo de llevarlo a efecto y por quién lo que, en última instancia, determine el riesgo real para los derechos fundamentales.

En atención a lo señalado, se pretende dar respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Qué es un dato personal y si las inferencias son o no dato personal? ¿Por qué los datos especialmente protegidos son esos y no otros? ¿Qué derecho fundamental subyace a cada una de las categorías de datos especiales? ¿Realmente es la especial capacidad de esos datos para afectar a los derechos fundamentales lo que ha motivado su inclusión en las categorías especiales? ¿Es la solución adoptada en el RGPD (y también en el Convenio 108) la que mejor respuesta ofrece para asegurar dichos fines? Esto es, ¿es el sistema de protección actual, con enfoque desde la naturaleza del dato (modulado por los demás elementos), el más efectivo? ¿Hay una alternativa mejor? ¿Puede prescindirse de las categorías especiales?

2. Estructura

I. El dato como punto de partida y base para la configuración del sistema de protección de datos

1. ¿Qué es un dato personal?
2. ¿Qué no es un dato personal?
3. Las inferencias
4. ¿Todos los datos son iguales?

II. El derecho a la protección de datos, origen, desarrollo y panorama actual

III. La naturaleza de las categorías especiales de datos

1. Origen y consolidación
2. Concepto y naturaleza

IV. El régimen jurídico de los datos especiales. marco general y comparado. el híbrido actual

1. ¿Todo el sistema de protección de datos tiene la categoría del dato como elemento diferencial?

2. La regulación de las categorías especiales de datos: el RGPD (incluiría un subapartado que analizaría: las regulaciones de tratamientos específicos. ¿Tratamientos especiales o normativa sectorial legalizada?)
3. La regulación de la LOPDGDD (también tendría un subapartado como el de 2)
4. El Régimen jurídico actual: un híbrido
 - a. Ventajas y soluciones que proporciona la existencia de la categoría datos especialmente protegidos.
 - b. Problemas y carencias del sistema de protección adoptado
5. Comparado: Convenio 108 (por incluir las condenas e infracciones penales) Alemania, UK, Italia, Portugal [por lo que dice la STC de las garantías específicas]

V. Una propuesta alternativa

VI. Conclusiones