

REVISTA DE PRIVACIDAD Y DERECHO DIGITAL

DIRECTOR • D. PABLO GARCÍA MEXÍA

PABLO GARCÍA MEXÍA
CARTA DEL DIRECTOR

PILAR DEL CASTILLO
LEY DE DATOS, INNOVACIÓN Y COMPETITIVIDAD
Data Act, innovation and competitiveness

MARÍA LOZA CORERA
ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Analysis of the proposal for a European Regulation on Artificial Intelligence

OLGA GIL
LA GOBERNANZA Y LEGITIMIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Governance and Legitimacy of Artificial Intelligence

ANA GARMENDIA PRIETO
LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO CIVIL: RETOS Y OPORTUNIDADES
The Irruption of Artificial Intelligence in Civil Proceedings: Challenges and Opportunities

MARINA SERRAT ROMANÍ
TECNOLOGÍAS DIGITALES PARA LOCALIZAR DE BIENES Y DERECHOS EMBARGABLES MÁS ALLÁ DE LA FUTURA REFORMA DEL PUNTO NEUTRO DE EMBARGOS
Digital technologies to locate seizable rights and assets beyond the future reform of the Neutral Seizure Point

LA ENCUESTA #33 PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS (2022/0302 [COD])
Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products

EN RED Nº 33

AÑO IX • ENERO-ABRIL 2024 • NÚMERO 33

ISSN: 2444-5762



EN RED Nº 33

REVISTA DE

**PRIVACIDAD Y
DERECHO DIGITAL**

I.- INFORMES, DOCUMENTOS Y RESOLUCIONES DE AUTORIDADES DE CONTROL.

I.A.- LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS ORDENA UNA MEDIDA CAUTELAR QUE IMPIDE A META IMPLEMENTAR LAS FUNCIONALIDADES ELECTORALES QUE TIENE PREVISTO LANZAR EN ESPAÑA.

Con fecha de 31 de mayo de 2024, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha ordenado una medida cautelar contra Meta Platforms Ireland Limited para que, de forma inmediata y ante las próximas elecciones al Parlamento Europeo, suspenda en el territorio español la puesta en marcha de las funcionalidades *Election Day Information (EDI)* y *Voter Information Unit (VIU)*, y la recopilación y el tratamiento de datos que implica el uso de las mismas.

Está previsto que estas funcionalidades se lancen para todos los usuarios de sus servicios con derecho a voto en las elecciones europeas con la excepción de Italia, cuya autoridad de protección de datos ya tiene un procedimiento abierto en curso sobre este asunto.

La Agencia ordena esta medida al considerar que el tratamiento de datos previsto por la compañía supone una actuación contraria al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que, al menos, incumpliría los principios de protección de datos de licitud, minimización de datos y limitación del plazo de conservación.

A través de estas dos funcionalidades, que consisten en facilitar información a los usuarios de Facebook e Instagram sobre las elecciones de la UE, Meta pretende tratar datos personales como, entre otros, nombre del usuario, la dirección IP, edad y género o información sobre cómo interactúa con esas funcionalidades.

La Agencia considera que la recopilación y conservación de datos planificadas por la compañía pondrían en grave riesgo los

derechos y libertades de los usuarios de Instagram y Facebook, que verían incrementado el volumen de información que esta recopila sobre ellos, permitiendo elaborar perfiles más complejos, detallados y exhaustivos, y generando tratamientos más intrusivos.

La puesta a disposición de terceros de datos que podrían ser de carácter personal supondría una injerencia desproporcionada en los derechos y libertades de los interesados. Esa pérdida de control supone un alto riesgo de que esos datos sean utilizados por responsables desconocidos y para finalidades no explícitas.

Por su parte, la Comisión Europea anunció a finales de abril la apertura de un procedimiento contra Meta para analizar, entre otros puntos, aspectos como la desinformación, la visibilidad de contenido político y las herramientas de monitorización de cara a las citadas elecciones, en el marco del Reglamento de servicios digitales.

La compañía Meta tiene su establecimiento principal en Europa radicado en Irlanda. Esta actuación de la Agencia se realiza en el marco del procedimiento establecido en el artículo 66.1 del RGPD que establece que, en circunstancias excepcionales, cuando una autoridad de control interesada –en este caso la AEPD– considere urgente intervenir para proteger los derechos y libertades de las personas, podrá adoptar medidas provisionales con efectos jurídicos en su territorio y con un periodo de validez que no podrá ser superior a tres meses.

En este contexto, la Agencia entiende que la adopción de medidas urgentes de prohibición temporal de estas funcionalidades está justificada para evitar la recopilación de datos, el perfilado de los usuarios y la cesión a terceros, impidiendo así que los datos personales puedan ser utilizados por responsables desconocidos y para finalidades no explícitas.

I.B.- TRATAMIENTO ILEGÍTIMO DE DATOS BIOMÉTRICOS. SANCIÓN CLUB DE FÚTBOL.

En aplicación de los criterios contenidos en la Guía sobre Tratamientos de Control de Presencia Mediante Sistemas Biométricos de la AEPD (23 de noviembre de 2023) la AEPD ha dictado la resolución de 9 de abril de 2024, referida al uso por un club de fútbol de sistemas biométricos para el control de acceso a las gradas del estadio. La resolución establece que el uso de este sistema infringe la normativa de protección por los siguientes motivos:

- No acreditar la concurrencia de una excepción del artículo 9.2 del RGPD que permitiera levantar la prohibición de tratar datos biométricos hasta el 15 de febrero de 2023, momento en que cambió su base jurídica legitimadora, pasando de la base de cumplimiento de una obligación legal a la de consentimiento expreso del interesado.
- No acreditar haber recabado el consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de sus datos biométricos, ni por parte de sus progenitores o tutores para menores de 14 años, ni por parte de los propios menores de edad mayores de 14 años, desde el 15 de febrero de 2023.
- No haber informado a los interesados conforme al artículo 13 del RGPD, antes del 15 de febrero de 2023, y no haber informado correctamente a partir de esa misma fecha, pues en la cláusula informativa no se incluyó la posibilidad del interesado de retirar el consentimiento otorgado.
- No cumplir con el principio de minimización de datos, al no demostrar que el tratamiento de datos biométricos fuera necesario, idóneo y proporcional para la finalidad de controlar el acceso a la grada de su estadio. Según la AEPD, el club implantó este sistema cuando ya contaba con un sistema de identificación-autenticación de la identidad mucho menos intrusivo, con idéntica finalidad.

- No haber realizado una EIPD previa al inicio del tratamiento de datos biométricos. Asimismo, la EIPD aportada, con fecha posterior al inicio del tratamiento de los datos, carece, entre otras cuestiones, de un análisis sobre la aplicación del método biométrico frente a otras alternativas desde el punto de vista de los riesgos y su impacto en los derechos y libertades de los interesados.

I.C.- FORMULARIO PARA LA CONCILIACIÓN EN CONFLICTOS LABORALES “HOMBRE / MUJER / NO BINARIO”.

La resolución núm. PS-00070-2023, de fecha de 26 de enero de 2024, de la AEPD apercibe a la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias por incluir la opción “no binario” en un formulario relacionado con la conciliación previa en conflictos laborales individuales. La AEPD considera que esta opción es innecesaria para la finalidad del formulario y puede revelar datos sobre la orientación o la vida sexual de las personas, que son categorías especiales de datos personales prohibidas por el artículo 9.1 del RGPD, salvo que el tratamiento pueda ampararse en alguna de las excepciones específicamente previstas en el artículo 9.2 del RGPD.

La AEPD señala que la Consejería no acreditó ninguna de las circunstancias del artículo 9.2 del RGPD, ya que para aplicar la excepción alegada por la entidad reclamada prevista en la letra j) del artículo 9.2 RGPD (el tratamiento debe ser necesario con fines estadísticos sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados Miembros), la Consejería debió ajustarse al marco normativo que regula el tratamiento de datos relativos al sexo, orientación sexual o a la identidad de género, entre otras, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece en su artículo 20 la obligación de incluir la variable “sexo” en la recogida de datos por parte de las administraciones públicas para garantizar de modo efectivo la integración de la

perspectiva de género en su ámbito de actuación, así como, la Ley 1/2010, Canaria de igualdad entre mujeres y hombres, que recoge en su artículo 11 una previsión equivalente en el ámbito autonómico.

Según la AEPD, el tratamiento de información relativa a la identidad de género excedería del tratamiento requerido por esta normativa, pues la AEPD considera que la identidad de género no quedaría integrada en el ámbito de las normas que requieren a las administraciones públicas el tratamiento de datos sobre el “sexo” con finalidad estadística, conforme a la definición de la variable “sexo” (hombre/mujer) que establece el Instituto Nacional de Estadística en virtud de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública. Según establece la AEPD, la identidad de género consiste en una información relativa a la vida sexual del interesado y, por ello, se ha de considerar como una categoría especial de datos.

En todo caso, la AEPD destaca que la inclusión de la opción “no binario” podría conllevar riesgos de discriminación por razón de la identidad de género, de modo que la introducción de esta casilla solo podría darse cuando el dato en cuestión realmente guarde relación con la finalidad del tratamiento. La AEPD considera que en este caso no se da tal vinculación.

I.D.- DICTAMEN DEL COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTEXTO DE LOS MODELOS DE CONSENTIMIENTO O PAGO PARA LAS GRANDES PLATAFORMAS EN LÍNEA.

El 17 de abril de 2024 el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD/EDPB) ha publicado el Dictamen 08/2024 sobre la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de consentimiento o pago (*Consent or Pay*) para las grandes plataformas en línea.

En este Dictamen el CEPD analiza aquellos modelos que activan las grandes plataformas en línea, en su modalidad gratuita, finalidades del tratamiento de datos personales para llevar a cabo publicidad basada en el comportamiento de los usuarios (publicidad personalizada).

El Dictamen argumenta que, ante la existencia de una modalidad basada en pago y otra modalidad basada en el uso de datos para finalidades publicitarias personalizadas, las grandes plataformas en línea deben ofrecer al usuario una opción (tercera opción o eliminación de la opción gratuita que conlleva tratamiento de datos para finalidades publicitarias personalizadas) que no conlleven esas finalidades de tratamiento de datos.

El Dictamen se basa en conceptos como el de “posición dominante”, *lock-in effect* (capacidad de un usuario o cliente de reemplazar un proveedor de productos y servicios, sin afrontar efectos perjudiciales) efectos de red (fenómeno por el cual el valor o la utilidad que un usuario obtiene de un bien o servicio depende del número de usuarios de productos compatibles), o de efectos perjudiciales al usuario que son difícilmente aplicables en la gran mayoría de soportes publicitarios incluso en la mayoría de plataformas en línea.

La granularidad en la información y consentimiento del usuario son de gran importancia en cualquier modalidad ofrecida al usuario que conlleve tratamiento de datos personales. Tiene una mayor importancia en aquellas que conllevan publicidad personalizada dada la complejidad de la explicación. Del mismo modo, se establece que la fijación del precio en modalidades de pago debe ser argumentada.

II.- JURISPRUDENCIA

II.A.- DERECHO AL OLVIDO DE LOS DATOS DE UNA PERSONA FALLECIDA.

La Sentencia del Tribunal Supremo 374/2024, de 4 de abril de 2024, Sala Tercera, Rec. núm. 7418/2022 rechaza al derecho al olvido del secretario judicial del Juzgado que instruyó la causa en la que se condenó a pena de muerte al poeta Miguel Hernández. El alto tribunal ha desestimado el recurso presentado por el hijo del secretario judicial, fallecido en 1998, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que avaló la negativa de Google y de la Agencia Española de Protección de Datos de suprimir 18 informaciones en las que se vinculaba el nombre del secretario judicial con el proceso que culminó con la condena al poeta Miguel Hernández en 1940.

En su sentencia el alto tribunal establece la posibilidad de extender la regulación de la protección de datos también a las personas fallecidas y de reconocerles el derecho al olvido que se contempla para las personas vivas, siendo de aplicación los mismos límites y la ponderación de intereses en conflicto con las inevitables adaptaciones propias de este tipo de protección.

En el caso concreto, la Sala ha ponderado los derechos en conflicto y concluye que debe primar el derecho a la libertad de información, expresión e investigación histórica frente al derecho al olvido.

El tribunal indica que la sentencia recurrida analiza las noticias cuyo enlace se pretende suprimir desde diferentes perspectivas como su veracidad, el hecho de que se trate de una investigación histórica y científica y el interés público de la información.

En su escrito, el recurrente alegaba entre otras razones que las referencias cuestionadas contenían datos inexactos. La sentencia recoge la doctrina del Supremo que posibilita solicitar del motor de búsqueda la retirada de una información cuando

el que lo solicita acredite que es inexacta, aunque añade que deben tomarse en consideración otros elementos relevantes: en primer lugar si la información contribuye a un debate de interés general, atendiendo a las circunstancias del caso; y, en segundo lugar, si la inexactitud afecta a toda la información o a una parte que puede considerarse sustancial de la misma o, por el contrario, tan solo incide sobre aspectos accesorios y de menor importancia en el conjunto de la información. El tribunal considera que las inexactitudes aducidas por los recurrentes no afectaban a la esencia de lo informado ni a la exactitud del conjunto de la información tratada.

Para la Sala, la sentencia de la Audiencia Nacional acierta al considerar como elementos relevantes para negar el derecho al olvido, “que las informaciones revistiesen un interés público incuestionable al versar sobre la intervención del padre del recurrente, como secretario judicial del Juzgado Especial de Prensa que instruyó la causa penal contra el poeta Miguel Hernández; que la información aparecida formara parte de una investigación histórica y científica, contenida en publicaciones de la Universidad; y que el transcurso del tiempo no hubiese hecho decaer el interés que suscita todo lo que rodea a la muerte del famoso poeta”.

El tribunal concluye que la Audiencia Nacional aplicó correctamente tanto la legislación como la jurisprudencia existente cuando frente al ejercicio del derecho de supresión ejercido por los familiares del difunto se ponderaron otros derechos e intereses concurrentes y se valoró, acertadamente, el alcance de la inexactitud en relación con el conjunto y contexto de la información tratada.

Como cuestión de interés casacional la Sala establece que “el derecho de supresión (derecho al olvido) de los datos de una persona fallecida está reconocido en nuestro ordenamiento. Pero, la singularidad que implica que el derecho de supresión se ejercite respecto de datos personales correspondientes a

una persona fallecida no suprime la necesidad de ponderar la protección de datos del difunto con otros derechos y libertades en conflicto a la luz de nuestras normas y de la jurisprudencia existente”.

Respecto a la inexactitud parcial de una información que afecta a una persona fallecida, y que aparece incorporada a una investigación histórica y científica, la sentencia explica que debe ponderarse su trascendencia en el conjunto de toda la información aparecida.

II.B.- DENEGACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN GOOGLE A UN HOMBRE CONDENADO POR EL HOMICIDIO DE UNA JOVEN EN LOS SANFERMINES. PREVALENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 febrero de 2024 (Rec. 2301/2021) determina que, a priori, se trata de un tratamiento de datos inicialmente lícito por parte del buscador de Google, ya que dado el contenido de la información- la existencia de un proceso penal en el que el demandante resultó condenado, la naturaleza y circunstancias de los hechos y el poco tiempo transcurrido- los datos continúan siendo necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. De tal forma, la Sentencia de la Audiencia Nacional establece que, en vista de las concretas circunstancias del caso, debe prevalecer el interés público de los internautas, en el marco de la libertad de expresión, y remitiéndose a sus propias resoluciones, concluye que “el derecho al olvido digital”, es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, pero como tal, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

II.C.- EXIGENCIA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS DE USO DE LOS DISPOSITIVOS DIGITALES.

La Sentencia del Tribunal Supremo 225/2024, de 6 de febrero, Sala de lo Social (Rec. núm. 263/2022) determina que la elaboración unilateral por la empresa de criterios de uso de los dispositivos digitales aboca a su nulidad. Se establece que, en cumplimiento del art. 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dichos criterios deben ser elaborados con participación de los representantes de los trabajadores. No obstante, no queda claramente definido el concepto de “participación”, si esta participación se cumple con una consulta o una mera información.

II.D.- LAS CONDICIONES DE USO DE FACEBOOK. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE USO.

La STS 1579/2024 de 20 de marzo de 2024, Sala de lo Civil, Rec. núm. 5106/2022 afirma que no existe un derecho absoluto a tener presencia en las plataformas de redes sociales si no se cumplen las condiciones de uso establecidas por los proveedores de servicios. El tribunal considera justificada y legítima la inhabilitación del perfil en Facebook de una empresa por no proporcionar su nombre real ni información veraz al crear su perfil y, además, utilizarlo con fines comerciales, en contra de lo prescrito en las condiciones establecidas por esta red social.

El Alto Tribunal desestima el recurso de la empresa en el que alegaba que Facebook había inhabilitado sin que constara previo aviso su cuenta, dañando su fama y reputación, ya que el mensaje “cerrado permanentemente” podía interpretarse como que el negocio había cerrado. La sentencia determina que el mensaje, que aparece en el perfil, no constituye una intromisión

ilegítima en su derecho al honor y que, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, no comunica el cierre permanente de su negocio, sino de su perfil en Facebook. La sentencia sienta que es claro que la recurrente infringió las condiciones de uso tanto al registrarse como al utilizar el servicio, ya que dichas condiciones exigen transparencia y veracidad en los datos de los usuarios, y establecen la obligación de abrir una 'página' si se desea utilizar el perfil o la biografía con fines comerciales.

PUBLICACIONES EN RED

Como siempre, dedicamos este apartado a las nuevas publicaciones más notables en el campo de la privacidad y la protección de datos:

La nueva regulación de los datos.

Autores: Juan Francisco Rodríguez Ayuso y Juan José Montero Pascual.

Editorial: Aranzadi, 2023.

Estamos habituados a abordar la regulación de los datos en Europa, desde una perspectiva estrecha, ordinariamente basada en la de la protección de los datos personales. Es cierto que la regulación de los datos no personales data en la Unión Europea de 2018, pero si algo ha venido a aportar el mandato 2019-2024 de las instituciones europeas es crear, con mayor o menor acierto y oportunidad, todo un paquete regulatorio en materia digital, que incluye una nueva y mucho más amplia visión regulatoria de los datos.

Esta es la perspectiva novedosa, interesante y extremadamente útil que aporta esta obra, que adentrándose en el estudio de normas como el reglamento de mercados digitales, el reglamento de datos, el reglamento de gobernanza de datos o el reglamento llamado de plataforma a negocios, además de por supuesto, el clásico RGPD, establece un inteligente y original esquema de tratamiento de la regulación de los datos basado en las cesiones bien voluntarias, bien obligatorias de los mismos en el mercado interior.

Es pues claro que el trabajo constituye una referencia obligada y una lectura imprescindible para quienes quieran asomarse desde el punto de vista jurídico a la nueva regulación europea de los datos y hacerlo de un modo tan profundo como perfectamente sistemático.

Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios.

Autores: Eduardo Gamero Casado, director y Francisco Pérez Guerrero, coordinador.

Editorial: Tirant lo blanch, 2023.

Si bien han surgido ya algunas otras obras acerca del uso de la inteligencia artificial, por parte de los poderes públicos, esta que ahora comentamos es muy probablemente la más importante y completa. Agrupa a representantes muy destacados del derecho público español que han ido poco a poco especializándose en el cruce de ambas temáticas y traza un esquema brillante y a la vez exhaustivo.

La obra se estructura en cinco grandes partes, basadas, respectivamente, y de modo fundamental en los desafíos que los algoritmos, de modo general plantean al derecho; en los límites

que desde el derecho público y sobre la base de los derechos fundamentales y otros previstos legalmente, se deben imponer a los usos de la inteligencia artificial en el sector público; en los medios que se pueden emplear en el uso de la inteligencia artificial, en el sector público; en los distintos planos de acción, tanto nacional como europeo, como regional o local en el empleo de la inteligencia artificial, por los poderes públicos; y en propuestas regulatorias de futuro.

Todo ello, tratado por los distintos autores, con una enorme profusión de fuentes, con una gran profundidad y rigor, intelectual y jurídico y con una evidente solvencia en el tratamiento de las distintas cuestiones. Todo ello abona el imprescindible manejo de este libro, por quien no solo quiera conocer las principales cuestiones suscitadas por la inteligencia artificial en el sector público, sino la resolución concreta de problemas específicos y la obtención de ideas para futuros desarrollos doctrinales.

El derecho de acceso a Internet. Especial referencia al constitucionalismo español.

Autor: Tamara Álvarez Robles.

Editorial: Tirant lo Blanch, 2024

El acceso a Internet constituye el presupuesto para disfrutar de un recurso absolutamente esencial en nuestros tiempos en todos los planos.

Por eso no puede extrañar que el acceso a Internet venga siendo reivindicado ya desde hace años como un derecho esencial, cosa que de hecho se ha reconocido ya en multitud de textos internacionales y comparados, algunos de rango constitucional, y en nuestro país en textos de valor de ley.

En esta obra, más que recomendable, su autora no solo se hace eco de ambos aspectos, que desarrolla con mucha profundidad, sino que asimismo, aboga por la constitucionalización del acceso a Internet, en línea con la importancia contemporánea del disfrute de Internet a que venimos haciendo referencia.

Recensiones efectuadas por Pablo García Mexía, director de la Revista



Síganos en Linked 

Visite nuestra web e infórmese de las novedades y actividades formativas que realizamos

www.rdu.es

