Colección **DERECHO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**
Dirigida por **PEDRO GRIMALT SERVERA** y **JULIÁN VALERO TORRIJOS**

LAS FRONTERAS DE LA PRIVACIDAD

EL CONFLICTO ENTRE SEGURIDAD PÚBLICA Y DATOS PERSONALES EN UNA SOCIEDAD AMENAZADA Y TECNOLÓGICA

L. Á. BALLESTEROS MOFFA

Editorial Comares

LAS FRONTERAS DE LA PRIVACIDAD
EL CONFLICTO ENTRE SEGURIDAD PÚBLICA Y DATOS PERSONALES EN UNA SOCIEDAD AMENAZADA Y TECNOLÓGICA

Luis Ángel Ballesteros Moffa
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León

LAS FRONTERAS DE LA PRIVACIDAD

EL CONFLICTO ENTRE SEGURIDAD PÚBLICA Y DATOS PERSONALES EN UNA SOCIEDAD AMENAZADA Y TECNOLÓGICA

Granada, 2020

DERECHO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

dirigida por:

Pedro Grimalt Servera
Julián Valero Torrijos

29

© Luis Ángel Ballesteros Moffa

© Editorial Comares, S.L.

Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382
https://www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
https://www.facebook.com/Comares • https://twitter.com/comareseditor
https://www.instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-048-3 • Depósito legal: Gr. 1153/2020

Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

SUMARIO

ABREVIATURAS XIII

PRESENTACIÓN 1

CAPÍTULO PRIMERO
LA RESPUESTA DEL DERECHO FRENTE A LA LESIVIDAD DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL: DEL DERECHO DE INTERNET AL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y *BLOCKCHAIN*

I. Afecciones jurídicas de la era digital 3
II. Tensiones entre las nuevas tecnologías disruptivas y los datos personales 11
III. Espacio común europeo de datos 19

CAPÍTULO SEGUNDO
REVISIÓN DEL RÉGIMEN COMÚN DE PRIVACIDAD, COMUNITARIO E INTERNO

I. Prontuario del sistema jurídico: un derecho fundamental de configuración legal *ex* art. 18.4 de la Constitución, y arts. 8 CDFUE, 39 TUE y 16 TFUE 25
II. Primer escalón armonizador: Directiva 95/46/CE y LOPD 1999, derogatoria de la LORTAD 27
III. Una regulación única paneuropea con espacio normativo para los legisladores nacionales 28
A) RGPD y LOPDGDD, tras la provisionalidad del Real Decreto-Ley 5/2018 28
B) Cambio de paradigma en el consentimiento 30
C) La alternativa del interés legítimo 31
D) Principio de proactividad 33
IV. La información personal frente a la administración electrónica e inteligente, europea e interna 33
V. Competencias y organización administrativa 37

CAPÍTULO TERCERO

LAS EDADES TECNOLÓGICAS DEL INSTITUTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: SU TRADUCCIÓN AL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y TECNOLOGÍAS EMERGENTES

I. De las tradicionales telecomunicaciones a los servicios de comunicaciones electrónicas y de la sociedad de la información: de la Directiva 97/66/CE a la 2002/58/CE y su desdoblada transposición 41
II. Los servicios de transmisión libre OTT: Propuesta de Reglamento *ePrivacy* de 2017, derogatorio de la Directiva 2002/58/CE 43
III. Tecnologías inteligentes e innovación disruptiva 47

CAPÍTULO CUARTO

VULNERABILIDADES GENERALES Y ESPECIALES DE LA INFORMACIÓN PERSONAL EN UN ENTORNO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL. LAS AMENAZAS HÍBRIDAS

I. Tutela jurídica de los distintos riesgos 51
II. Capítulos específicos de protección de la privacidad electrónica 53

CAPÍTULO QUINTO

LIMITACIONES AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

I. Derechos no absolutos abocados al equilibrio. La imposible equiparación entre privacidad y anonimato 55
II. La colisión entre derechos o bienes jurídicos: requisitos para la legitimidad de los límites a los derechos fundamentales 56
A) Art. 53.1 de la Constitución y jurisprudencia constitucional. 56
B) Art. 52 CDFUE, y Tribunal de Luxemburgo como «guardían» de la privacidad. En particular, la transferencia internacional de datos a Estados Unidos: la anulación del *Safe Harbor* y *Privacy Shield* por las SSTJUE Schrems I (C-362/14) y II (C-311/18) 59
C) Arts. 8.2 y 18 CEDH, y Tribunal de Estrasburgo 63
III. Coordenadas aplicables a las excepciones sobre las facultades negativas y positivas de privacidad 65
A) Una institución trufada de injerencias presididas por la seguridad 65
B) Excepciones amparadas en el art. 23 RGPD, y disposición adicional decimocuarta de la LOPDGDD sobre el anterior art. 13 de la Directiva 95/46/CE 67
C) Excepciones a la privacidad electrónica conforme a los arts. 15 de la Directiva 2002/58/CE y 11 de la Propuesta de Reglamento *ePRIVACY* de 2017. Remisión a la conservación de metadatos de las comunicaciones electrónicas 69
D) Excepciones a la protección de la información personal en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal 71
E) Excepciones amparadas en el art. 25 del Reglamento (UE) 2018/1725 sobre el tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. 72

CAPÍTULO SEXTO

LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO NÉMESIS DE LA PRIVACIDAD: ¿HAY QUE ELEGIR ENTRE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

I. La actual paradoja global que no puede renunciar a ninguno de los derechos . . . 75
II. Limitaciones a la privacidad en aras de la seguridad. 79

A) Marco limitativo a la vertiente negativa de exclusión del tratamiento y transmisión de datos con fines de seguridad 79
1. *El haz de protección: bases de licitud del tratamiento* 79
2. *El envés de limitación* 80
a) *Restricciones al régimen de consentimiento y derecho de oposición* 80
b) *La reforma del art. 155 LSP por el Real Decreto-ley 14/2019 en materia de ciberseguridad y Administración electrónica* 83
c) *Restricciones al* habeas data 84
B) Límites al secreto de las comunicaciones. 85
1. *El haz de protección: la confidencialidad de las comunicaciones* 85
2. *El envés de limitación* 87
a) *Suspensión de derechos y medidas de investigación tecnológica* 87
b) *Las excepciones legales de interceptación de la información transmitida y tratada en las comunicaciones electrónicas, con y sin autorización judicial* 92
C) Límites a la obligación de comunicar las violaciones de seguridad de los datos personales a los interesados. 96
1. *El haz de protección* 96
a) *Notificación de las violaciones de seguridad a la autoridad de protección de datos e interesados* ex *arts. 33 y 34 RGPD, y Reglamento (UE) 611/2013 y art. 41 LGT en el ámbito de la privacidad electrónica* 96
b) *Notificación de las violaciones de seguridad a la autoridad de protección de datos e interesados* ex *arts. 30 y 31 de la Directiva de policía (UE) 2016/680, y 92 y 93 del Reglamento (UE) 2018/1725 en el ámbito operativo de las instituciones, órganos y organismos de la Unión* 98
c) *Datos personales e incidentes de seguridad en las redes y sistemas de información: Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, Directiva NIS/SRI (UE) 2016/1148, Estrategias de Ciberseguridad y Esquema Nacional de Seguridad* 99
2. *El envés de limitación: demora, restricción u omisión de la comunicación a los interesados por razones de seguridad*. 107
D) Límites al régimen de protección específica frente a los metadatos y datos de localización de las comunicaciones electrónicas 108
1. *El haz de protección* 108
a) *Cancelación o anonimización tras el cumplimiento de sus fines o consentimiento para tratamientos comerciales o de valor añadido* 108
b) *Generalización del consentimiento expreso pero ampliación de los supuestos de tratamiento técnico* 112
2. *El envés de limitación: la obligación de conservación preventiva y cesión con fines penales* . 112
a) *Directiva 2002/58/CE y art. 12 LSSI* 112
b) *Directiva de retención de datos 2006/24/CE, LCD y arts. 588 ter j LECrim. y 42 LGT* 115
c) *Un paso atrás en el sacrificio de la privacidad por la seguridad* 120
c1. *La declaración de invalidez de la Directiva de retención de datos 2006/24/CE: la STJUE de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland (C-293/12 y C-594/12)* . 120
c2. *Las consecuencias de esta invalidez para los Derechos nacionales, y en particular para la LCD: la STJUE de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige AB (C-203/15 y C-698/15) y las Conclusiones del Abogado General de enero de 2020 en los asuntos Privacy International (C-623/17), La Quadrature du Net (C-511/18 y C-512/18) y Ordre des barreaux francophones et germanophone (C-520/18)* 124

d) *La matización de la exigencia de «delitos graves» para el acceso a los datos de identificación no vinculados a la comunicación ni localización: la STJUE de 2 de octubre de 2018, Ministerio Fiscal (C-207/16)* 127
e) *El debate común y abierto sobre la retención de datos* 130
E) Límites a la privacidad desde la perspectiva de los tratamientos regulados por la Directiva de policía (UE) 2016/680 135
1. *El haz de protección: tutela de la información personal en su tratamiento por las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales* 135
a) *La disposición transitoria cuarta de la LOPDGDD* 135
a1. *Tratamiento de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: ficheros policiales y no policiales* 135
a2. *Tratamiento de datos personales por la Administración de Justicia: ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales* 137
b) *La Directiva de policía (UE) 2016/680 y su transposición por la Ley Orgánica sobre el Tratamiento de Datos Personales para Fines Policiales y Judiciales Penales* 140
2. *El envés de limitación* 147
a) *Fundamento legal de los tratamientos y excepciones al derecho de información* 147
b) *Excepciones a los derechos de acceso, rectificación, limitación y cancelación. El régimen específico de las transferencias internacionales* 149
c) *Datos genéticos, biométricos y corporales* 152
F) Límites a la privacidad respecto a los tratamientos sometidos a la Directiva PNR (UE) 2016/681 y su LOPNR 155
1. *El haz de protección* 155
a) *El tratamiento de datos PNR como herramienta frente a la amenaza del terrorismo y delincuencia grave* 155
b) *Un marco jurídico seguro para los datos PNR en su utilización para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave* 160
2. *El envés de limitación: transmisión de datos PNR por las compañías aéreas y su tratamiento por las UIP y autoridades competentes* 162
III. Otros tratamientos especiales en el ámbito de la seguridad 163
A) Tratamientos con fines de videovigilancia 163
1. *Un régimen fragmentado y en transición* 163
2. *De la Instrucción de la AEPD 1/2006, de 8 de noviembre, al art. 22 LOPDGDD* 167
3. *La videovigilancia policial no sujeta a la Directiva de policía (UE) 2016/680: LOVI y Real Decreto 596/1999, de 16 de abril* 172
4. *Videovigilancia procesal por la Policía judicial* 176
B) Tratamiento de datos de naturaleza penal no sometidos a la Directiva de policía (UE) 2016/680 177
C) Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas en el marco de la LOPDGDD y LT. El conflicto entre la privacidad y el «derecho a saber» 178
D) Sistemas de información de denuncias internas (*whistleblowing*) 182

capítulo séptimo

OTRAS EXCEPCIONES AL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DERIVADOS DE LA PRIVACIDAD

I. «Derecho al olvido» *versus* libertad de información 185
A) Las distintas capas del derecho 185

B) La necesaria ponderación 190
C) Extensión del derecho 192
II. Mantenimiento de las reglas de exclusión para el *SPAM* menos agresivo 193
III. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales 197
A) Recopilación y tratamiento de datos relativos a opiniones políticas: la STC 76/2019, de 22 de mayo 197
B) Sustracción de la propaganda electoral del régimen de las comunicaciones comerciales no solicitadas 201
IV. El debate en torno a las *COOKIES* y otros identificadores y tecnologías de seguimiento 203
A) La forma del consentimiento 203
B) Simplificación de la carga del consentimiento para empresas y consumidores: su centralización a través de la configuración técnica del navegador y otras aplicaciones, y excepciones para aquellas *cookies* con menor impacto sobre la privacidad 206
C) El contravalor de los *tracking walls* 211
V. El interés público menguante de las guías públicas y de los servicios de consulta sobre números de abonados 212

CONCLUSIONES 217

BIBLIOGRAFÍA 229

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
API	Información Anticipada sobre Pasajeros (*Advance Passenger Information*)
ARCO	Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición
Art./Arts.	Artículo/s
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCN	Centro Criptológico Nacional
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950
CEMCI	Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
CERT	Equipo de respuesta a emergencias informáticas (*Computer Emergency Reaction Team*)
CITCO	Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado
Cfr.	Confróntese
CNI	Centro Nacional de Inteligencia
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
Coord.	Coordinación
CSIRT	Equipo de respuesta a incidentes de seguridad informática (*Computer Security Incident Response Team*)
DAPIX	Grupo de Trabajo sobre Intercambio de Información y Protección de Datos
Dir.	Dirección
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECRIS-TCN	Sistema europeo de información de antecedentes penales para personas de terceros países y apátridas
Ed.	Edición
ENISA	Agencia Europea de Seguridad de las Redes de la Información

Et al.	Y otros
Eu-LISA	Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
Eurodac	Base de datos europea de dactiloscopia para solicitantes de asilo y algunas categorías de inmigrantes irregulares
Eurojust	Unidad Europea de Cooperación Judicial
Europol	Oficina Europea de Policía
Ex	Según, por disposición de
FJ	Fundamento Jurídico
GT art. 29	Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE (WP 29: *Article 29 Working Party*)
IAAP	Instituto Andaluz de Administración Pública
Ibid.	En la misma obra
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INCIBE	Instituto Nacional de Ciberseguridad
ISP	Información del Sector Público
LCD	Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPD 1999	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPNR	Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves
LOPSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal
LOVI	Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la Utilización de Videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Lugares Públicos
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
LT	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
Núm./Núms.	Número/s
Op. cit.	Obra citada
OTT	Servicios de transmisión libre (*over-the-top*)
Pg./Pgs.	Página/s
PNR	Registro de Nombres de los Pasajeros (*Passenger Name Record*)
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
PYME	Pequeñas y medianas empresas
Rec./Recs.	Recurso/s
Reglamento *ePrivacy*	Reglamento sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas [Propuesta por la Comisión Europea, de 10 de enero de 2017, de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE, COM (2017) 10]
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos [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]
RLOPD	Reglamento de desarrollo de la LOPD 1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre
SEIAV	Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes
SEPD	Supervisor Europeo de Protección de Datos
SES	Sistema de Entradas y Salidas
SIA	Sistema de Información Aduanero
SIS	Sistema de Información de Schengen
Ss.	Siguientes
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STEDH/SSTEDH	Sentencia/s del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE/SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la información y comunicación
Trad.	Traducción
TUE	Tratado de la Unión Europea
UIF	Unidad de Información Financiera
UIP	Unidad de Información sobre Pasajeros
VIS	Sistema de Información de Visados
Vol./Vols.	Volumen/es

PRESENTACIÓN [1]

El presente estudio aborda el fenómeno de la protección de datos personales desde un ángulo distinto al común denominador de la literatura jurídica especializada. Pero las limitaciones a la privacidad, en particular, por razón de seguridad pública, no impiden alcanzar los mejores frutos de estos derechos, aunque para ello sea necesario dar la vuelta al discurso hacia el lado menos transitado de su envés o reverso. La estación elegida para agitar el árbol de los límites a los derechos fundamentales, no parece que pueda ser más favorable, a la vista de la revisión del modelo de privacidad, no solo general sino también especial, como el que atiende a los riesgos específicos de las comunicaciones electrónicas, pero sobre todo a su tensión con la seguridad pública, a la cual responden, entre otros hitos, la Directiva de policía (UE) 2016/680, la Directiva PNR (UE) 2016/681, o la malograda Directiva de retención de datos 2006/24/CE.

A la trascendencia inherente de la seguridad y privacidad para cualquier sociedad, inseparable la primera del libre ejercicio de otros derechos y valores, baluarte la segunda de la información personal frente a las tecnologías de captación, almacenamiento y tratamiento, se suman nuevos elementos de nuestro tiempo que estimulan sobremanera la percepción de estos derechos y obligaciones. Seguramente con exceso desde un punto de vista jurídico, muy lejos de la recomendación del Premio Nobel Anatole France, según la cual, «el árbol de las leyes ha de podarse continuamente». La creciente exposición a la delincuencia organizada y terrorista, manifestada en una suerte de amenazas híbridas también para la ciberseguridad de las redes y sistemas de información, y el impacto de las tecnologías emergentes alimentadas por el activo más

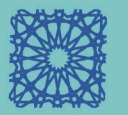
[1] El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación DER2016-76715-R del Ministerio de Economía y Competitividad, y PID2019-108567RB-C21 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

valorado de la «economía de los datos», son rasgos conocidos de un entorno —real y virtual— cada vez más transformador, vulnerable y transfronterizo.

El equilibrio entre derechos legítimos y bienes jurídicos exige de una ponderación o *balancing test* pautado por nuestra Constitución y documentos internacionales, y aplicado casuísticamente por la Justicia comunitaria, de derechos humanos y constitucional. Encrucijadas que reclaman del Derecho lo mejor de sí mismo, guiando verbigracia el sutil «bisturí» de la proporcionalidad para laminar el derecho individual de protección de datos por el bien común de la seguridad. Pues, más allá de sus «nichos» jurídicos, son numerosas las conexiones e interferencias entre estos derechos, dentro de la pugna europea entre libertad y seguridad, dando lugar a injerencias legítimas de la seguridad sobre la privacidad, y, con menor frecuencia, de la privacidad sobre la seguridad.

La interpelación que la seguridad representa para la privacidad general y especial es tan intensa que ha hecho brotar una nueva rama especial en el régimen jurídico de privacidad. La difícil tarea de cohonestar ambos imperativos conforma hoy un bloque con sustantividad propia cuya ordenación integral y contextualizada se propone. Cuando el debate en torno a las limitaciones sigue deshojando problemas no resueltos, desde la perspectiva de escorzo con la que inevitablemente quedan dibujados los derechos en su unidad jurídica.

Editorial Comares



COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-048-3
9 788413 690483