

# La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD

Coordinador

José López Calvo

■ BOSCH





# La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD

Coordinador

José López Calvo

© Los autores, 2019  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**  
C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502  
**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com  
<http://www.wolterskluwer.es>

**Segunda edición:** Enero 2019  
**Primera edición:** Abril 2018

**Depósito Legal:** M-2288-2019  
**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-345-2  
**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-346-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## 2. DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES

Históricamente, Europa ha servido y sirve como referente a otras naciones en materia de derechos digitales. Así, las principales iniciativas en el campo de protección de datos han sido desarrolladas en la Unión Europea para posteriormente servir no sólo de marco regulador en los Estados miembros, sino también como referencia a la comunidad internacional<sup>10</sup>. Actualmente el Viejo Continente sigue en la vanguardia internacional en lo que respecta a los derechos digitales; valga como ejemplo su iniciativa para la creación de un Mercado Único Digital. Europa ha de completar el esfuerzo esencial en materia de derechos digitales, si bien, acciones a nivel nacional pueden servir como elemento impulsor de estas medidas ante la Comisión.

Los derechos de la persona en el ámbito digital han venido siendo reconocidos por diferentes iniciativas tanto de la sociedad civil como de algunos Estados más avanzados, que incluso operan como nuevos *cahiers de doléance* de los déficits del Derecho en Internet<sup>11</sup>. Entre ellas cabe destacar:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 6 (tras la reforma de 2013).
2. Ley brasileña 12.965, de 23 de abril de 2014, por la que se establecen los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil («Marco Civil»).
3. Declaración de los derechos en Internet. Camera dei Deputati (Italia), de junio de 2015.
4. Ley francesa n.º 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 «pour une République numérique».
5. Artículo L2242-17, del Code du Travail francés, según la redacción dada por Ordonnance n.º 2017-1385 de 22 de septiembre de 2017 (art. 7).
6. Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Recomendación CM/Rec(2014)6 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014.
7. Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 27 de junio de 2016, A/HRC/32/L.20, sobre Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.
8. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, presentado el 16 de mayo de 2011 al Comité de Derechos Humanos de la ONU.
9. Documentos Finales de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información Ginebra 2003-Túnez 2005.
10. Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet, promovida por la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet (IRPC).

---

10. PIÑAR MAÑAS, J. L. y RECIO GAYO, M., *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, 2018.

11. BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

11. Carta de Derechos Digitales elaborada por EDRI (2014).
12. Propuesta de Carta de los derechos fundamentales digitales de la Unión Europea, presentada al Parlamento Europeo en diciembre de 2016 por diversos actores de la sociedad alemana.

En España, a comienzos de 2017 se constituyó el Grupo de Expertos sobre Derechos Digitales de los Ciudadanos en el anterior Ministerio de Industria, Energía y Agenda Digital, ahora Economía y Empresa. Desde su fundación, el Grupo tiene por objetivo abrir el debate sobre los derechos y obligaciones de los ciudadanos en el entorno digital al objeto de establecer los fundamentos para los futuros desarrollos normativos, tanto por parte del Ejecutivo como del Legislativo en esta área.

Del mismo modo, y como precedentes coetáneos del vigente Título X de la LOPDGDD, podemos citar la Moción presentada el 13 de marzo de 2017 por el Grupo Parlamentario Popular a la Mesa del Senado por la que insta al Gobierno a impulsar y respaldar las iniciativas que contribuyan a garantizar los derechos constitucionales de los españoles en el ámbito de las redes digitales, y a apoyar y coordinar los avances que se puedan producir en este sentido en el marco de la Unión Europea y de la Agenda Digital<sup>12</sup>, así como la Proposición no de Ley presentada ante el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista el 27 de marzo de 2017 sobre Protección de los Derechos Digitales de la Ciudadanía<sup>13</sup>, o el Informe 03/2017 titulado «La Digitalización de la Economía», del Consejo Económico y Social<sup>14</sup>.

Finalmente, el antecedente directo está en las enmiendas<sup>15</sup> que el Grupo Parlamentario Socialista presentó, en abril de 2018, al entonces Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos<sup>16</sup>. De entre ellas cabe señalar aquí las referidas a la incorporación de un nuevo Título, el X, que lleva por enunciado «Garantía de los derechos digitales», y que propone regular algunas de las cuestiones que se apuntaron en los trabajos del citado Grupo de Expertos sobre Derechos Digitales de los Ciudadanos.

### 3. CONTENIDO DEL TÍTULO X

Según el preámbulo de la recién estrenada LOPDGDD, este título obedece a la necesidad de «abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea», todo ello

---

12. *Diario de Sesiones Cortes Generales*. Senado. XII Legislatura, núm. 24, de 22 de marzo de 2017, p. 84.

13. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 139, de 7 de abril de 2017, p. 4.

14. Consejo Económico y Social de España, Departamento de Publicaciones. NICES: 740-2017.

15. Un estudio de las enmiendas relativas al Título X puede verse en FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., «¿Incluirá la futura LOPD una Ley de garantías de los derechos digitales?», en *Diario La Ley, Sección Ciberderecho*, n.º 19, 2018.

16. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 13-2, de 18 de abril de 2018.

en tanto «una deseable futura reforma de la Constitución» no incluya «la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, [elevel] a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales».

En definitiva, el legislador recuerda que la Constitución de 1978 fue pionera<sup>17</sup> en la constitucionalización de garantías frente a los riesgos que acompañaba la revolución tecnológica emergente, entonces centrada en la informática. Y la sintética referencia del art. 18.4 CE amparó después la consagración de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales por parte del Tribunal Constitucional. Pero el reconocimiento europeo o constitucional del derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en la era digital. Y el art. 18.4 CE ya no da más de sí, por lo que en espera de una reforma del texto constitucional, la LOPDGDD ha acometido el mandato adoptado por el Congreso de los Diputados al aprobar, el 7 de abril de 2017, la Proposición no de Ley propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista para la protección de los derechos digitales.

Concretamente, el Título X de la LOPDGDD regula los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido en búsquedas de Internet o redes sociales y equivalentes, a la portabilidad en redes sociales y equivalentes y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

Tras estas consideraciones introductorias, a continuación dedicaremos el resto de nuestra exposición a comentar individualmente los preceptos englobados dentro del señalado título, los arts. 79 a 97 LOPDGDD, ambos inclusive. Finalmente, y como cierre a nuestra exposición, formularemos unas consideraciones finales.

### 3.1. Los derechos en la era digital (Art. 79)

El nuevo Título X de la LOPDGDD, rubricado como sabemos «garantía de los derechos digitales», principia con el artículo 79, que presenta el siguiente contenido:

Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los presta-

---

17. La regulación de lo que tempranamente Brian NIBLETT denominó *habeas data*, y luego cristalizó en el nuevo derecho fundamental a la protección de datos, por aquél entonces estaba regulado en leyes ordinarias (v. gr., la ley de datos de Suecia de 1983, la ley de privacidad de los Estados Unidos de 1974 o la Ley Federal alemana de protección de datos de 1977), aunque el artículo 35.2 de la Constitución Portuguesa de 1976 ya estableció que «No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos».

dores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación.

Este precepto, de rango ordinario, es plenamente superfluo y sería más propio del texto de un preámbulo. Ya el art. 9.1 CE establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, desarrollando la afirmación inicial según la cual España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. El Estado de Derecho tiene como uno de sus postulados básicos el principio de «legalidad», que aparece así consagrado al más alto nivel en la Constitución Española, y cuya virtualidad se proyecta sobre todos los poderes públicos, incluido el legislativo, así como todas las personas físicas y jurídicas. Por todo ello, en nuestra opinión el precepto no tiene ninguna trascendencia real.

Más problemático resulta su segundo inciso, donde el legislador confunde gravemente dos categorías estructurales<sup>18</sup> del Derecho de Internet (o, como otros prefieren denominarle, Derecho Digital), los «prestadores de servicios de la sociedad de la información» (PSSI) y los «proveedores de servicios de Internet» (ISP, por sus siglas en inglés), ya que ambos son sinónimos.

Parece que el legislador, sin acierto, ha querido referirse también al grupo de los proveedores y plataformas de Internet mediadoras (los intermediarios o prestadores de servicios de intermediación<sup>19</sup>), que engloba no sólo los operadores de telecomunicaciones —o de comunicaciones electrónicas, como les denomina ahora la Unión Europea— (como Movistar, Vodafone u Orange en nuestro país), sino también los proveedores de alojamiento (Arsys, Comvive, Dinahosting o Idered por ejemplo), los proveedores de búsquedas y enlaces (Google, Yahoo, Bing, etc.), las redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, etc.) y otras plataformas *web 2.0* (Youtube, Google Docs, Office 365, IDESOFT IdeSaaS, etc.), y que reciben en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) la denominación jurídica de «prestadores de servicios de intermediación» (PSI), distinción con importantes consecuencias jurídicas y condicionante del alcance y la atribución de responsabilidad<sup>20</sup>.

En definitiva, dado que el art. 9.1 CE ya proclama y garantiza el sometimiento de *todos* los sujetos, públicos y privados, al ordenamiento jurídico, este precepto no aporta nada nuevo, e incluso introduce distorsiones conceptuales en su último inciso, por lo que debería haberse eliminado del texto final.

18. BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 323 y ss.

19. Estos sujetos desempeñan un papel esencial en el ciberespacio que puede resumirse en tres postulados. En primer lugar, posibilitan el flujo de información entre las otras dos categorías de sujetos sin afectar al contenido (*mere conduit*). En segundo lugar, actúan como guardianes de la identidad y el anonimato de los usuarios. En tercer lugar, se encuentran en una posición única para prevenir o mitigar el daño que puede ser causado por la actividad ilegal de las otras dos clases de sujetos.

20. BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 336 y ss. También, BARRIO ANDRÉS, M., *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercrimes*, Wolters Kluwer, 2018, p. 355 y ss.

### 3.2. Derecho a la neutralidad de Internet (Art. 80)

A tenor del artículo 81 de la LOPDGDD:

Los usuarios tienen derecho a la neutralidad de Internet. Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos.

Este precepto, de rango ordinario, consagra en realidad el denominado principio de la «neutralidad» de Internet, que es uno de los principios generales del Derecho de Internet, tal y como hemos expuesto en nuestros *Fundamentos del Derecho de Internet*<sup>21</sup>, al cual nos remitimos para una exposición más detallada.

El principio hace referencia a la no discriminación, por parte de los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet, entre los paquetes de datos que circulan por sus redes, así como a la prohibición de que estos sujetos puedan proporcionar un trato privilegiado a ciertos proveedores de contenidos, que haga posible un acceso más rápido y en mejores condiciones a los mismos (*fast lanes*) en comparación con otros contenidos que circulan por sus redes. En consecuencia, si su apertura es, al fin y al cabo, uno de los principios estructurales de Internet, en cuanto se halla en el núcleo de las razones de su éxito, se ha planteado una polémica acerca de si toda regulación de Internet debe, en todo caso, respetar su apertura, su neutralidad.

Del mismo también derivaría, en nuestra opinión, el principio de «neutralidad tecnológica», que tiene un objetivo concreto: evitar que el uso de la tecnología, desde el origen —es decir, desde el diseño—, se realice en forma interesada por los fabricantes, la industria o los proveedores de servicios de Internet con una finalidad excluyente o para reducir la competencia (v. gr., con sistemas cerrados como Kindle, iOS, etc.).

Ahora bien, el art. 81 LOPDGDD se refiere únicamente a la neutralidad desde la perspectiva del acceso a Internet, lo cual por otra parte ya está específicamente regulado en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) N.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. Esta norma del Derecho de la Unión es directamente aplicable en los Estados miembros sin necesidad de una norma interna de trasposición (como sí requiere, en cambio, la Directiva).

Su primer considerando explicita la finalidad del señalado Reglamento (UE) 2015/2120, expresando que tiene por objeto «establecer normas comunes destinadas a garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales. Su finalidad no es solo proteger a los usuarios finales, sino garantizar simultáneamente el funcionamiento continuado del ecosistema de Internet como motor de innovación». Los artículos 3 y 4

---

21. BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, op. cit., p. 152 y ss. También p. 355 y ss.

del Reglamento (UE) 2015/2120 contienen determinadas previsiones para la «salvaguardia del acceso abierto de Internet», que implicaría el tratamiento de todo el tráfico de datos por Internet (se incluye el contenido al que se accede y las aplicaciones y servicios prestados o utilizados) sin ser discriminado, restringido o interferido por los proveedores, de acceso. No obstante, los proveedores podrán adoptar «medidas razonables de gestión del tráfico», entendiéndose por tales aquellas que sean transparentes, no discriminatorias y proporcionadas (art. 3.3).

Además, su artículo 5.3 ordena al Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), antes del 30 de agosto de 2016, previa consulta a las partes interesadas y en estrecha cooperación con la Comisión Europea, la emisión de unas directrices para la aplicación de las obligaciones de este Reglamento europeo por parte de las Autoridades Nacionales de Reglamentación. En cumplimiento de este mandato, el ORECE publicó en esa fecha las *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*<sup>22</sup>.

En España, la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2014 en lo sucesivo) apenas se refiere a la neutralidad de Internet y desaprovechó la oportunidad de resolver el presente problema con ocasión de su tramitación.

Básicamente, alude sucintamente a la misma en el apartado h) del artículo 3 LGTel 2014, según el cual se incluyen entre los principios y objetivos de la Ley «[...] fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación». No obstante, indirectamente contiene una habilitación para un desarrollo de esta noción. Así, su art. 50 prevé que se podrán fijar, por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital —ahora Economía y Empresa— y por procedimientos que se establecerán en un real decreto, requisitos mínimos que traten de evitar la degradación del servicio y la ralentización del tráfico por parte de los operadores de telecomunicaciones. Por tanto, la LGTel 2014 deja a expensas del Ministerio competente en esta materia que los operadores de telecomunicaciones tengan imposiciones legales para propiciar un entorno de neutralidad de red en España.

En el fondo, la neutralidad de Internet es un problema de precios: consiste en determinar si los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet deben cobrar o no a los consumidores sólo una vez por el acceso a Internet, sin favorecer a un proveedor de contenidos sobre otro o imponer a los proveedores y plataformas de contenidos precios adicionales por enviar información a través de sus redes a los internautas finales. Pero el art. 81 LOPDGDD nada aporta en este espinoso problema, más allá de una reiteración principal de lo que prevé el Reglamento (UE) 2015/2120.

---

22. BoR (16) 127.





La aplicación del Reglamento Europeo desde mayo de 2018 y la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de derechos digitales en diciembre de 2018 culmina un ambicioso, novedoso y exigente marco jurídico que debe contemplarse a dos bandas y que debe ser desbrozado.

Este es el objeto de este libro coordinado por José López Calvo. Contar con prestigiosas aportaciones de casi cincuenta profesionales que realicen análisis inspirados en experiencias personales y en vivencias profesionales esenciales para la delimitación de su alcance y de todas las claves que necesita cada usuario, teniendo en cuenta que los intereses y aproximaciones son diferentes en función de que se trate de un empresario, un delegado de protección de datos, una administración, un centro de formación, un investigador o un experto en inteligencia artificial o big data.

El libro analiza las claves de la tramitación de la LOPDGDD y los dilemas y decisiones de trascendencia adoptadas en la misma, los nuevos derechos digitales, examina la totalidad de los artículos del reglamento y ley desde una perspectiva práctica, incluye la perspectiva, análisis de los avances y visión del Reglamento desde Iberoamérica, realiza una aproximación desde las principales perspectivas sectoriales (judicatura, inteligencia artificial, internet, blockchain, internet de las cosas, pymes...) y recoge la experiencia práctica de expertos que han tenido que aplicar e implementar el reglamento *in situ* sobre el terreno.

Una obra extraordinariamente exhaustiva que cubre la totalidad de las necesidades de los operadores derivadas del nuevo marco normativo.

