

## **MEMENTO PRÁCTICO PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHOS DIGITALES**

es una obra colectiva realizada  
por iniciativa y bajo la coordinación  
de **Francis Lefebvre**  
en colaboración con **Davara&Davara**

### **AUTORAS:**

#### **Davara Fernández de Marcos, Elena**

Socia de Davara&Davara, DPD, profesora universitaria, conferenciante y escritora en materia de legaltech, especialmente sobre protección de datos y ciberseguridad. Fundadora de software de cumplimiento Gae Davara y creadora de juego de privacidad Trending

#### **Davara Fernández de Marcos, Laura**

Socia de Davara&Davara, DPD, profesora universitaria, conferenciante y escritora en materia de legaltech, especialmente sobre protección de datos y redes sociales. Fundadora de software de cumplimiento Gae Davara y creadora de juego de privacidad Trending

© FRANCIS LEFEBVRE  
© Davara&Davara  
LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid  
clientes@lefebvre.es  
www.evl.es

Precio: 87,36 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-19573-41-4  
Depósito legal: M-24557-2023  
Impreso en España  
por Printing '94  
Paseo de la Castellana, nº 93-2º. 28046 Madrid

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.

**MEMENTO** **PRÁCTICO**  
FRANCIS LEFEBVRE

# Protección de Datos y Derechos Digitales

Fecha de edición: 20 de julio de 2023

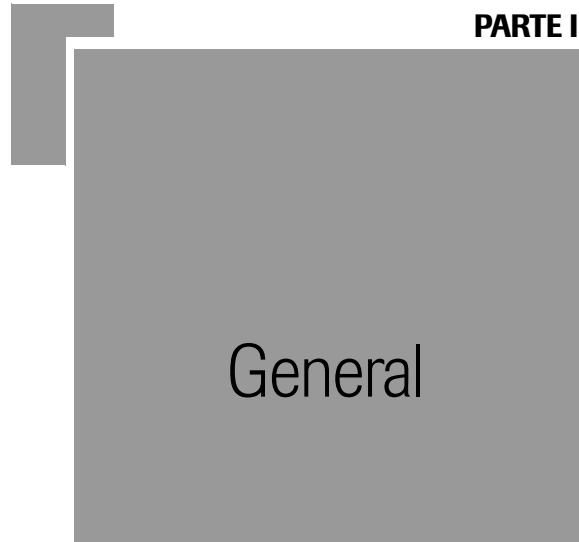


# Plan general

	número marginal
<b>PARTE I. General</b>	
Capítulo 1. Conceptos clave . . . . .	100
Capítulo 2. Delegado de Protección de Datos . . . . .	600
Capítulo 3. Principios . . . . .	900
Capítulo 4. Bases legitimadoras . . . . .	1000
Capítulo 5. Responsabilidad proactiva «accountability» . . . . .	1200
Capítulo 6. Derechos del titular de datos . . . . .	1800
Capítulo 7. Derechos digitales . . . . .	2300
Capítulo 8. Registro de actividades del tratamiento . . . . .	2800
Capítulo 9. Análisis de riesgo y evaluación de impacto . . . . .	3000
Capítulo 10. Régimen sancionador . . . . .	3500
<b>PARTE II. Sectores específicos</b>	
Capítulo 11. Abogacía . . . . .	5000
Capítulo 12. Administraciones públicas . . . . .	5200
Capítulo 13. Administradores de fincas y comunidades de propietarios . . . . .	5600
Capítulo 14. Ciberinteligencia . . . . .	5800
Capítulo 15. Ciberseguridad . . . . .	6000
Capítulo 16. Comercio electrónico . . . . .	6200
Capítulo 17. Educación infantil y primaria . . . . .	6400
Capítulo 18. Marketing y Publicidad . . . . .	6900
Capítulo 19. Medios de comunicación . . . . .	7300
Capítulo 20. Partidos políticos . . . . .	7600
Capítulo 21. Pymes y Startups . . . . .	7900
Capítulo 22. Relaciones laborales . . . . .	8200
Capítulo 23. Redes sociales . . . . .	8400
Capítulo 24. Sanitario y sociosanitario . . . . .	8800
Capítulo 25. Seguros . . . . .	9100
Capítulo 26. Sistemas de información crediticia . . . . .	9400
Capítulo 27. Universidades . . . . .	9600
Capítulo 28. Videovigilancia . . . . .	9900
<b>ANEXOS</b> . . . . .	<b>10000</b>
<b>Tabla Alfabética</b>	

# Abreviaturas

<b>AEPD</b>	Agencia Española de Protección de Datos
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>art.</b>	Artículo
<b>CDFUE</b>	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<b>CEPD</b>	Comité Europeo de Protección de Datos
<b>Const</b>	Constitución
<b>CP</b>	LO 10/1995 Código Penal
<b>Dict</b>	Dictamen
<b>Dir</b>	Directiva
<b>DPD</b>	Delegado de Protección de Datos
<b>GT29</b>	Grupo de Trabajo del Artículo 29
<b>EIPD</b>	Evaluación de impacto
<b>L</b>	Ley
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPD</b>	LO 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales
<b>LSSI</b>	L 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
<b>RD</b>	Real decreto
<b>Resol</b>	Resolución
<b>RGPD</b>	Rgto (UE) 2016/679 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 Dir 95/46/CE
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>Tratado FUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UE</b>	Unión Europea



Capítulo 1.	Conceptos clave.....	100
Capítulo 2.	Delegado de Protección de Datos.....	600
Capítulo 3.	Principios.....	900
Capítulo 4.	Bases legitimadoras.....	1000
Capítulo 5.	Responsabilidad proactiva «accountability».....	1200
Capítulo 6.	Derechos del titular de datos.....	1800
Capítulo 7.	Derechos digitales.....	2300
Capítulo 8.	Registro de actividades del tratamiento.....	2800
Capítulo 9.	Análisis de riesgo y evaluación de impacto.....	3000
Capítulo 10.	Régimen sancionador.....	3500

## CAPÍTULO 1

## Conceptos clave

A. Conceptos comunes a las sucesivas regulaciones .....	125	<b>100</b>
B. Conceptos no comunes a todas las regulaciones.....	300	
C. Conceptos exclusivos del RGPD .....	365	

Para el estudio de la protección de datos hay que partir del mandato constitucional que establece la limitación del **uso de la informática** para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (Const art.18.4).

Este **mandato constitucional** fue desarrollado por el legislador a través de la protección prevista en la LO 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal -conocida como LORTAD-, que fue derogada por la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal que, a su vez, fue derogada por la vigente LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional configura el **derecho fundamental a la protección de datos**, como el que, a diferencia del derecho a la intimidad, atribuye a su titular un haz de facultades que le otorgan el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos. Un derecho fundamental que garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos, que nada vale si el afectado desconoce qué datos están en posesión de terceros, quiénes los poseen y con qué finalidad (TCo 292/2000 FJ 6).

El análisis y estudio del derecho fundamental a la protección de datos, puede estructurarse como un triángulo en cuyos vértices se sitúan los principios de dicha protección, los derechos que emanan de dichos principios y los procedimientos que garantizan el ejercicio efectivo de dichos derechos [Davaral].

## PRINCIPIOS



## DERECHOS PROCEDIMIENTOS

Con esto se quieren representar gráficamente los tres elementos de igual importancia que conjuntamente configuran la protección de datos. Existen unos **principios** (nº 900 s.), que se traducen en obligaciones que responsables y encargados del tratamiento deben cumplir, unos **derechos** de los interesados (nº 1800 s.) y un **procedimiento** que tutela al interesado en caso de infracción de la normativa por parte del responsable o encargado del tratamiento y que, por supuesto, puede dar lugar a las correspondientes sanciones (nº 3500 s.).

En una normativa tan técnica y especializada como la de protección de datos personales, las **definiciones** son clave. En la siguiente tabla se muestran las cinco últimas normas que han tenido vigencia en España en protección de datos y las definiciones incluidas en cada una de ellas. A continuación se analizan los conceptos clave recogidos en RGPD y LOPD.

Dir 95/46/CE	LO 15/199	RD 1720/2007	RGPD	LOPD
<p>Art.1 a) «datos personales» b) «tratamiento de datos personales» («tratamiento») c) «fichero de datos personales» («fichero») d) «responsable del tratamiento»; e) «encargado del tratamiento»; f) «tercero» g) «destinatario» h) «consentimiento del interesado»</p>	<p>Art.5 a) Datos de carácter personal b) Fichero c) Tratamiento de datos d) Responsable del fichero o tratamiento e) Afectado o interesado f) Procedimiento de disociación g) Encargado del tratamiento h) Consentimiento del interesado j) Fuentes accesibles al público</p>	<p>Art.5. a) Afectado o interesado b) Cancelación c) Cesión o comunicación de datos d) Consentimiento del interesado e) Dato disociado f) Datos de carácter personal g) Datos de carácter personal relacionados con la salud h) Destinatario o cesionario i) Encargado del tratamiento j) Exportador de datos personales k) Fichero l) Ficheros de titularidad privada m) Ficheros de titularidad pública n) Fichero no automatizado ñ) Importador de datos personales o) Persona identificable p) Procedimiento de disociación q) Responsable del fichero o del tratamiento r) Tercero s) Transferencia internacional de datos t) Tratamiento de datos+ Apdo 2: Relacionado con medidas de seguridad (control de acceso, contraseña, usuario, etc.)</p>	<p>Art.4. «datos personales» «tratamiento» «limitación del tratamiento» «elaboración de perfiles» «seudonimización» «fichero» «responsable del tratamiento» o «responsable» «encargado del tratamiento» o «encargado» «destinatario» «tercero» «consentimiento del interesado» «violación de la seguridad de los datos personales» «datos genéticos» «datos biométricos» «datos relativos a la salud» «establecimiento principal» «representante» «empresa» «grupo empresarial» «normas corporativas vinculantes» «autoridad de control» «autoridad de control interesada» «tratamiento transfronterizo» «objección pertinente y motivada» «servicio de la sociedad de la información» «organización internacional»</p>	<p>No hay artículo para definiciones Art.32 Deber de bloqueo</p>

A continuación se analizan los **conceptos clave** recogidos en RGPD y LOPD.

## A. Conceptos comunes a las sucesivas regulaciones

1. Responsable del tratamiento.....	135	<b>125</b>
2. Encargado del tratamiento.....	145	
3. Tratamiento.....	210	
4. Interesado/afectado/titular.....	225	
5. Datos personales.....	240	
6. Fichero.....	255	
7. Consentimiento.....	270	

Los conceptos que siempre han estado presentes en la regulación de la protección de datos han sido los de responsable, encargado del tratamiento, interesado/afectado/titular, datos personales, tratamiento, fichero y consentimiento. A continuación, se estudia la **evolución** de cada concepto a fin de poder conocer las bases de lo que hoy se entiende por cada uno de ellos. **130**

### 1. Responsable del tratamiento

En este cuadro se presenta la **evolución** del concepto de «responsable» en sucesivas normativas: **135**

Directiva 95/46/CE: d) «responsable del tratamiento»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario
LO 15/1999: d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento
RD 1720/2007: q) Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente
RGPD: 7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros

**Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos** [CEPD Directrices 07/2020] Partiendo del contenido de estas Directrices sobre los conceptos de responsable y encargado, las cuestiones más importantes respecto al responsable del tratamiento, serían las siguientes: **137**

**a)** Más allá de la literalidad de la definición de responsable del tratamiento, se desprenden dos cuestiones de vital importancia (RGPD art.5.2.):

- de un lado, que el responsable del tratamiento es también el **responsable del cumplimiento** de lo exigido por la normativa; y,
- de otro, que responder del cumplimiento implica tener capacidad para **demostrar tal cumplimiento**.

Corresponde al responsable del tratamiento la obligación de garantizar la aplicación de la normativa de protección de datos y la protección de los derechos de los interesados, así como ser capaz de demostrarlo (RGPD art.5.2, 24, 28 y 32). El **control del cumplimiento** de la legalidad se extiende durante todo el tratamiento, desde el principio hasta el final. El responsable del tratamiento debe actuar, en cualquier caso, de forma diligente, consciente, comprometida y activa (AEPD Resol PS/00185/2022).

**b)** La propia **definición del RGPD** de responsable del tratamiento no ha cambiado mucho respecto a la definición que ofrecía la Directiva 95/46/CE.

**c)** El concepto de «responsable del tratamiento» -al igual que el de encargado del tratamiento- es un **concepto funcional**: la clave está en llevar a cabo la asignación de responsabilidades teniendo en cuenta las funciones y tareas que, realmente, desempeña cada uno. Por tanto, la calificación jurídica ha de establecerse habida cuenta de las actividades y tareas concretas que, respecto a los datos personales, lleva a cabo. La condición de responsable o encargado no es algo negociable, es una cuestión que se desprende, realmente, de un análisis de los



hechos y circunstancias de los tratamientos de datos personales y de las tareas que desempeñan unos y otros.

El responsable del tratamiento lo es desde el momento que decide los fines y medios del tratamiento. No pierde tal condición por el hecho de dejar cierto margen de actuación al encargado del tratamiento o por no tener acceso a las bases de datos del encargado (AEPD Resol PS/00185/2022).

- 138** d) Tomando como punto de partida la definición ofrecida por el RGPD art.4, el concepto de «responsable del tratamiento», está compuesto por cinco **elementos**:
- persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo;
  - determine;
  - olo o junto con otros;
  - los fines y medios;
  - del tratamiento.
- e) La **función** de responsable del tratamiento puede ser ejercida por cualquier tipo de ente o entidad -individuo, organización, grupo de individuos, etc.-. Con frecuencia, la asunción de la condición de responsable del tratamiento suele ser adquirida por la propia **organización** como tal y no por una **persona** dentro de esta -miembro del Consejo, empleado o propio director general-.
- f) Ha de tenerse en cuenta que todo tratamiento de datos personales llevado a cabo por empleados de la entidad en el ámbito de las actividades de la misma se presume realizado bajo el **control** de dicha entidad, siendo, por tanto, el responsable del tratamiento la propia entidad quien, por su parte, deberá haber desplegado la **diligencia debida** para formar a todo su personal sobre sus obligaciones y responsabilidades para evitar que sus empleados se extralimiten de sus funciones y utilicen datos personales responsabilidad de la empresa para fines propios e incumplan, así, la normativa.
- g) El Comité Europeo de Protección de Datos recomienda responder a dos preguntas a la hora de determinar quién actúa en calidad de responsable del tratamiento: «¿por qué tiene lugar el tratamiento?» y «¿quién ha decidido que debe llevarse a cabo el tratamiento para un fin concreto?». Para profundizar sobre esta cuestión puede consultarse el Diagrama de flujo sobre la aplicación práctica de los conceptos de «responsable», «encargado» y «corresponsables del tratamiento» [CEPD Directrices 07/2020, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD -versión 2.0. adoptada el 7-7-2021-] recogido en nº 10415 Anexos.

## 2. Encargado del tratamiento

- 145** En este cuadro se presenta la **evolución** del concepto de «encargado del tratamiento» en sucesivas normativas:

Directiva 95/46/CE: e) «encargado del tratamiento»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.
LO 15/1999: g) Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.
RD 1720/2007: i) Encargado del tratamiento: La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.
RGPD: 8) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

- 147** **Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos** (CEPD Directrices 07/2020) Son de interés las siguientes cuestiones:

- 149** **Quién puede actuar como encargado del tratamiento** La condición de encargado del tratamiento puede ser llevada a cabo tanto por una **organización** como por un **individuo** por cuanto de la propia definición de encargado del tratamiento no cabe encontrar restricciones al tipo de participante que puede llevar a cabo este papel.

- Requisitos** Hay dos **condiciones necesarias** para actuar como encargado del tratamiento: **151**
- 1)** Ser un **ente independiente del responsable** del tratamiento. Un departamento de una empresa no puede ser encargado del tratamiento por cuenta de otro departamento de la misma empresa. De la misma manera, tampoco estaremos ante esta figura en caso de que un responsable del tratamiento decida tratar los datos con su propio personal.
- 2)** Tratar datos personales **por cuenta del responsable** del tratamiento. Este requisito exige que el ente independiente trate los datos personales en beneficio del responsable. Actuar «por cuenta de» alguien significa servir los intereses de otro. Hay que remitirse al concepto jurídico de «delegación». En concreto, esta afirmación en el ámbito de la normativa de protección de datos ha de concretarse en que el cometido del encargado del tratamiento es aplicar las **instrucciones** dadas por el responsable del tratamiento, cuando menos en lo relativo a los fines del tratamiento y a los elementos esenciales de los medios. Actuar «por cuenta de» alguien también implica que el encargado no puede llevar a cabo el tratamiento para sus **propios fines**.
- Garantías adecuadas ofrecidas por el encargado del tratamiento** Cuando se habla de «garantías ofrecidas» por el encargado es necesario el **intercambio frecuente de la documentación** necesaria al efecto -p.e. políticas de seguridad de la información, certificaciones internacionales, etc.-. **153**
- Para valorar la **suficiencia de las garantías** realizada por el responsable del tratamiento es necesario hacerlo de forma individualizada, en función de la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como de los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas. El CEPD no ofrece una **lista exhaustiva** de los documentos o las acciones que el encargado del tratamiento necesita exhibir, ya que debe realizarse caso por caso. No obstante, sí que indica **cuestiones** que el responsable del tratamiento debe tener en cuenta a la hora de valorar la suficiencia de las garantías: el conocimiento especializado del encargado, su fiabilidad, su reputación y sus recursos. Asimismo, recuerda que el hecho de que un encargado del tratamiento esté adherido a un **código de conducta** o a un **mecanismo de certificación** también puede servir para demostrar la existencia de las garantías suficientes.
- Por último, en lo que a **garantías adecuadas** se refiere, la obligación de que el responsable contrate únicamente a un encargado que ofrezca dichas garantías es una obligación continua, lo que implica que el responsable del tratamiento debe verificar, con una periodicidad adecuada, las garantías del encargado.
- Contrato firmado** Es obligatorio que el acto jurídico que regule la **relación entre responsable y encargado** figure por escrito. Se recomienda asegurarse de que se hayan incluido todas las **firmas** necesarias en el acto jurídico, siguiendo lo dispuesto en la normativa vigente -p.e. Derecho contractual-. **155**
- La presencia -o ausencia- de un contrato por escrito no es determinante de la existencia de una relación responsable-encargado. En este sentido, puede considerarse que existe una relación responsable-encargado, aunque no se haya celebrado ningún **acuerdo por escrito** -incumpliendo, en tal caso lo exigido por el RGPD art.28.3. Puede consultarse en nº 10115 el **modelo contrato** de encargado del tratamiento propuesto por la AEPD.
- Instrucciones** Las instrucciones proporcionadas al encargado por el responsable del tratamiento han de estar documentadas. En este sentido, se recomienda incluir un procedimiento y una **plantilla** para proporcionar instrucciones futuras en un anexo al contrato u otro acto jurídico. **157**
- En cualquier caso, siempre que sea **por escrito**, las instrucciones se pueden facilitar de otra manera; la única condición es guardar un registro de dichas instrucciones. Es importante guardar dichas instrucciones junto con el contrato u otro acto jurídico, de manera que quede **constancia documental** de todo.
- Sobre esta cuestión, ver también lo expuesto en nº 179.
- Atención del ejercicio de derechos del interesado** El responsable del tratamiento es el responsable de atender las **solicitudes** de derechos ARSOPOL recibidas aún en el caso de que la gestión práctica de las mismas se haya subcontratado con el encargado. Es deber del responsable analizar la **adecuación** -en cuanto a cumplimiento de requisitos- de las solicitudes de ejercicio de derechos ARSOPOL recibidas. Este deber puede verse cumplido tanto si analiza las solicitudes una por una, como facilitando unas **instrucciones** claras dadas al encargado en el contrato antes del inicio del tratamiento. **159**