



La consulta plantea la posibilidad de incluir, dentro de la implementación de la denominada “Historia Social Única Electrónica” creada por la ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Andalucía, en un fichero de carácter personal *“un campo específico relativo a la filiación étnica de las personas”*. Se trata por tanto en la consulta de la posibilidad de incluir el dato de carácter personal relativo al origen racial o étnico a la persona dentro de un contexto más amplio relativo a la verificación de la eficacia de las políticas sociales dirigidas por la Junta de Andalucía a las personas pertenecientes a una determinada etnia concreta.

A la consulta se acompaña una “comunicación interior” de la Secretaría General de servicios sociales de la Consejería de igualdad y políticas sociales de la Junta de Andalucía dirigida a la Secretaría General Técnica de dicho departamento. En dicha comunicación interior se especifican algunas características de lo pretendido. En primer lugar hace referencia a que la base jurídica del tratamiento sería *“la autorización expresa y por escrito de las personas que han de prestar su consentimiento para que la filiación étnica quede recogida en su historia social”*. Añade dicha comunicación además que la finalidad sería *“de carácter exclusivamente estadístico”*, aunque en el texto de la misma se expone que habida cuenta de que no existen datos fiables de la población de una determinada etnia concreta (la población gitana), la finalidad de dicho campo sería *“conocer el alcance y repercusión de las políticas que sobre [dicha etnia] llevan a cabo las distintas administraciones públicas competentes”*. Y por último cabe destacar en este momento que en la comunicación interior tan reiterada se expone que el diseño de la solicitud del origen étnico de la persona usuaria se dirige no sólo a dicha persona interesada concreta, sino también a conocer la filiación étnica de *“las personas que conforman su unidad familiar”*.

Sobre estas bases emitiremos el presente informe.

I

En primer lugar no suscita debate alguno que el origen racial o étnico de una persona es un dato personal (art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal LOPD), en cuanto que es una información concerniente a una persona física identificada o identificable. Más específicamente, es un dato personal especialmente protegido.

Hay que partir del contenido de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a



la libre circulación de estos datos, que fue implementada por la citada LOPD. El art. 8 de dicha Directiva establece un principio general de prohibición del tratamiento de los datos personales que revelen el origen racial o étnico de una persona, salvo cuando “el interesado” hubiese dado su consentimiento “explícito” a dicho tratamiento. Esa excepción tiene a su vez una contraexcepción prevista en la Directiva, por cuanto los Estados miembros están autorizados a establecer en su legislación que la prohibición de tratamiento de dichos datos especialmente protegidos no pueda ser excepcionada ni siquiera con el consentimiento del interesado. El texto de la directiva dice así:

Tratamiento de categorías especiales de datos

1. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando:

a) el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado, (...)

Al implementar dicha Directiva, la legislación española no ha hecho uso de dicha facultad de contraexcepcionar la posibilidad de tratamiento de dichos datos con el consentimiento del interesado, de manera que la legislación nacional prevé que dichos datos podrán tratarse con el consentimiento expreso del afectado. Los artículos 7.3 y 7.4 LOPD establecen:

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

No parece, de la documentación aportada y de la exposición de la consulta, que nos encontremos ante un fichero creado con la finalidad “exclusiva” de almacenar datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico. La finalidad de dicho campo es otra, de carácter social o de verificación del cumplimiento y eficacia de las políticas sociales sobre un grupo étnico concreto. No estamos por tanto ante una finalidad “exclusiva” de almacenar dichos datos. Por finalidad exclusiva hay que entender que la “única” finalidad de dicho fichero fuese la de contener datos de origen racial o étnico; más bien se trata de que el hecho de que se contengan los datos de origen racial o étnico es una circunstancia mediata o necesaria para la finalidad



buscada, la verificación de la eficacia de determinadas políticas sociales. Si se considerase que nos encontramos ante un fichero cuya finalidad exclusiva fuera el almacenamiento de dichos datos que revelen el origen racial o étnico, dicho fichero estaría prohibido por la LOPD.

II

Nos referiremos a continuación al “consentimiento”. A diferencia de la regla general contenida en el artículo 6 LOPD, que establece que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento “*inequívoco*” del afectado, ese mismo artículo ya excepciona la necesidad de consentimiento en caso de que “la ley disponga otra cosa”. El art. 7.3 LOPD, ya citado, establece la necesidad de consentimiento expreso, lo que es una garantía añadida a la protección inherente a esta categoría de datos.

Dicho consentimiento, una vez otorgado, podrá ser revocado, tal y como establece el artículo 6.3 LOPD. A su vez, el artículo 7.3 del 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 (Reglamento General de Protección de Datos – RGPD-), -que si bien será aplicable sólo a partir del 25 de mayo de 2018 tiene una influencia indudable sobre la interpretación de la normativa de protección de datos incluso el momento actual-, establece que el interesado tiene derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, lo que será aplicable, con mayor medida, en supuestos como el presente en el que la ley parte de la base de prohibir, salvo consentimiento expreso del interesado, el tratamiento de datos que pueden atentar contra los derechos fundamentales o la intimidad (Considerando 33 de la Directiva 95/46).

En cuanto a la prestación del consentimiento, ya hemos visto que la ley requiere que dicho consentimiento sea otorgado *por el interesado*. No dice que dicho consentimiento pueda prestarse “por el cabeza de familia” o una expresión semejante; se refiere expresamente al consentimiento prestado por el “afectado” (art. 7.3 LOPD). La LOPD (art. 3 h) define consentimiento del interesado como *toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*. Luego la circunstancia fundamental para ser considerado afectado o interesado es que existan datos personales que le conciernan. El art. 3 e) LOPD a su vez define “afectado o interesado” como la *persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo*. Luego lo esencial para poder prestar el consentimiento expreso que requiere la ley para el tratamiento de estos datos especialmente protegidos, como es el origen racial o étnico, es ser el “titular” de dicho dato.



Lo anterior se expone habida cuenta del contenido de la comunicación interior aportada por el consultante junto al texto de la consulta, y a la que ya se ha hecho referencia al inicio del informe, en virtud de la cual parece pretenderse que la determinación de la filiación étnica pueda realizarse por la persona usuaria tanto por sí misma como por “*los individuos que conforman su unidad familiar*”. Salvo en el caso del menor de edad –y ello en la forma que luego veremos- la ley no ampara que pueda prestarse el consentimiento para el tratamiento de datos por un tercero sin el consentimiento de éste. Sí cabría por ejemplo a través de representante voluntario, pero requiere un apoderamiento expreso, aunque se trate de un familiar cercano.

En cuanto a los menores de edad el art. 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RDLOPD) establece que:

Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.

1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

De lo anterior cabe concluir que respecto de los menores de 14 años se requiere en todo caso el consentimiento de los padres o tutores. En cuanto a los menores de edad que se encuentra entre 14 y 18 años, a la vista del apartado segundo del artículo 13 citado, y habida cuenta de que el origen racial o étnico del menor será en la mayor parte de las veces compartido por los padres (podría ser no así por ejemplo en caso de adopción), así como por la importancia que puede tener para la afectación de los derechos fundamentales del interesado menor de edad la revelación de su origen racial o étnico, se considera que en dichos casos el menor ha de prestar su consentimiento y el mismo habrá de estar complementado igualmente por el consentimiento de sus padres o tutores, tanto para proteger el interés del menor -en base al cual han de actuar en todo caso los padres o tutores (art. 154 ó 256 Código civil, CC) cuanto porque a su vez dichos datos, si aportados por el hijo, pueden proporcionar información “sobre los demás miembros del grupo familiar”, en la expresión utilizada por el artículo 13 RDLOPD citado. Ello se ve a su vez sustentado por el también citado art. 154 CC, cuando establece que “*si los*



hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten". En definitiva, el RDLOPD ha establecido una edad de 14 años como presupuesto de madurez para la prestación del consentimiento en materia de protección de datos, pero con las salvedades establecidas en las leyes en que se requiera de la asistencia de sus padres o tutores por la importancia del tratamiento propuesto. En consecuencia, cabe considerar, en beneficio del menor, y por analogía con lo dispuesto en el art. 323 CC, que la renuncia por el menor, siquiera sea temporal -por ser revocable en todo caso el consentimiento prestado-, a su derecho a que no se traten sus datos personales que revelen su origen racial o étnico requeriría del complemento del consentimiento de quien ejerza la patria potestad o la tutela en caso de que el menor decida prestar el consentimiento a dicho tratamiento revelando su origen étnico.

III

Distinto del consentimiento es el derecho a la información, que es previo a aquél y ha de tener el contenido previsto en el art. 5. Los artículos 5.1 y 5.2 LOPD dicen:

Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

(...)



Dicha información ha de darse al interesado con carácter completo y previo a la prestación del consentimiento, para que dicho consentimiento pueda considerarse “informado”, tal y como en todo caso requiere expresamente (además de que sea “expreso” en el presente caso) el art. 3 h) LOPD al definir este.

h) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

IV

A raíz de las características del consentimiento como “informado” hay que resaltar que una parte esencial del contenido de dicha información es la “finalidad” del tratamiento de datos que se prevé llevar a cabo. Esta finalidad tiene una importancia capital por cuanto el tratamiento de los datos sólo será lícito cuando se lleve a cabo con la finalidad explícita para la que los datos se han recogido. Los artículos 4.1 y 4.2 LOPD así lo establecen:

Artículo 4. Calidad de los datos.

- 1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.*
- 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.*

Tal y como resulta del texto de la consulta, la finalidad determinada y explícita para la que se recogen los datos relativos al origen étnico de los afectados es, como ha quedado dicho, para la verificación, incluso con técnicas estadísticas, del resultado de las políticas sociales de la administración consultante en un grupo étnico específico: la comunidad gitana. Dicha finalidad, de acuerdo con el texto de la ley citada por el consultante (Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía) cabe considerarla en principio lícita y legítima, por cuanto la propia ley, en su artículo 1 establece como objeto de la misma, entre otros, a) *Promover y garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el derecho universal de todas las personas a las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales, en condiciones de igualdad, con el fin de alcanzar su pleno desarrollo individual y social, o e) Garantizar el desarrollo de los instrumentos y medidas necesarias para que los servicios sociales se presten en las mejores condiciones de calidad y con la mayor eficiencia en el uso de los recursos.*



Dichos objetivos, de una manera más general, cabe entenderlos incluidos en el principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos cuanto en el de la protección social a quienes lo necesiten, en los términos que establezcan las leyes.

Esta finalidad supone que tan sólo será legítimo el tratamiento de datos que se realice conforme a la misma. Ello determina a su vez que, a diferencia de lo que parece inferirse del texto de la consulta, no será lícita la inclusión de un campo en el fichero que se pretende crear que permita a los interesados establecer cuál es su origen étnico con independencia de su relación con la comunidad gitana. Así, en concreto, a la vista de la finalidad del tratamiento, no será admisible un campo donde se le permita al interesado elegir de entre un amplio elenco de posibilidades (campo desplegable) su origen racial o étnico (esto es, que le permita elegir si declara pertenecer a una u otra raza u origen étnico) sin mayores condicionantes. Y ello porque si la finalidad determinada del tratamiento de los datos es la verificación del resultado de las políticas legislativas *sobre la comunidad gitana*, la única opción admisible (y voluntaria, obviamente) para el interesado en dicho campo que se pretende incluir será exclusivamente la de hacer constar si se es de etnia gitana. Podrá el interesado (I) no declarar nada en ese campo dejándolo en blanco, o diciendo “no quiero contestar” o similar, o (II) declarar si se es de etnia gitana, pero no cabe ninguna otra opción o posibilidad puesto que en dicho caso se estaría infringiendo el principio de calidad del dato establecido el artículo 4 LOPD en cuanto que a la vista de la finalidad del tratamiento, a la Administración le es indiferente conocer cuál es la raza o etnia del interesado si no es la etnia gitana. En definitiva, la Administración no necesita saber si el interesado es, como se ha dicho, de una u otra raza u origen étnico; tan sólo si se es de etnia gitana.

V

En cuanto a las medidas de seguridad de dicho fichero, tal y como ha quedado explicado a todo lo largo del informe, nos encontramos ante un tratamiento de datos especialmente protegidos. De conformidad con el artículo 81.3 RLOPD habrán de aplicarse medidas de nivel alto, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación del art. 81.8 RLOPD en el supuesto de que en el mismo sistema de información existan datos que requieran la aplicación de medidas de distinto nivel:

8. A los efectos de facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en este título, cuando en un sistema de información existan ficheros o tratamientos que en función de su finalidad o uso concreto, o de la naturaleza de los datos que contengan, requieran la aplicación de un nivel de medidas de seguridad diferente al del sistema principal, podrán segregarse de este último, siendo de aplicación en cada caso el nivel de medidas de seguridad correspondiente y siempre que puedan delimitarse los datos



afectados y los usuarios con acceso a los mismos, y que esto se haga constar en el documento de seguridad.

En consecuencia, y sin perjuicio del cumplimiento del resto de la normativa sobre protección de datos que sea aplicable al presente caso, la normativa de protección de datos no se opone a que se incluya un campo relativo al origen étnico del interesado en la “Historia Social Única Electrónica” siempre que se cumplan los requisitos y características para el mismo establecidos al respecto en el presente Informe.