

N/REF: 371599/2017

Se solicita de esta Agencia un informe en que se valore la obligación del consultante de ofrecer el sistema de Whois en las condiciones en que está establecido su funcionamiento, así como la propuesta de modificación que el consultante quiere llevar a cabo con ICANN.

Según expone el consultante, fundación privada sin ánimo de lucro que gestiona un dominio genérico comunitario para servir las necesidades de una determinada comunidad lingüística y cultural, el servicio de Whois es una prestación a la que los dominios genéricos están obligados por contrato con ICANN, dicha herramienta pone a disposición indiscriminada del público en general los datos asociados al titular del dominio y a todos los otros contactos asociados a dicho dominio. El consultante pretende llevar a cabo un cambio en el sistema para ofrecer un mayor grado de protección a las personas físicas titulares del dominio que gestiona, procedimiento que expone en la consulta y que parte de la posibilidad de que las personas físicas mantengan sus datos ocultos, de modo que quien pretenda acceder a los mismos encontraría un mensaje en el que se le indica que el dominio es titularidad de una persona física que ha optado por restringir la difusión de sus datos, señalando 3 vías de acceso, a través de un formulario de contacto con el titular del dominio, estableciendo una vía de acceso preferente a las solicitudes provenientes de juzgados, cuerpos policiales o representantes legítimos de intereses de propiedad intelectual, y a través de mecanismos para permitir comunicar al Registro problemas técnicos asociados con el dominio.

Para dar respuesta a la cuestión planteada debe tomarse como punto de partida los diversos pronunciamientos que a nivel europeo han venido llevándose a cabo respecto a la publicación de datos en Whois así como a la situación actual, tras el inicio de la aplicación del Reglamento Europeo de protección de datos.



Debe así recordarse que el Grupo de trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la Unión Europea sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE 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 señalaba ya en su Dictamen 2/2003 sobre la aplicación de los principios de protección de datos a los directorios Whois lo siguiente:

“Los directorios Whois plantean diversas cuestiones desde la perspectiva de la protección de datos. *Los datos Whois* se refieren a los particulares que han registrado un nombre de dominio y contienen información sobre el nombre del punto de contacto para el nombre de dominio, incluidos el número de teléfono, la dirección electrónica y otros datos personales. Estos datos se hacían públicos en un principio para que los que explotan redes pudieran ponerse en contacto con el responsable técnico de otra red, de otro dominio, en caso de problemas. Este objetivo es por sí mismo un objetivo legítimo.

El Grupo de Trabajo es consciente de la importancia creciente del debate sobre Whois, puesto que cada vez son más las personas (particulares) que registran sus propios nombres de dominio; además, ya se han presentado quejas por el uso indebido de los datos Whois en varios países. Los aspectos jurídicos que se plantean cuando son los particulares los que registran nombres de dominio no son los mismos que cuando son las empresas u otras personas jurídicas las que lo hacen, tal como se explicará más adelante en el presente dictamen.”

Dicho Dictamen continuaba señalando respecto de la aplicación de los principios de la protección de datos a los directorios Whois, lo que a continuación se reproduce:

“Desde el punto de vista de la protección de datos, resulta fundamental determinar con claridad cuáles son los fines de Whois y qué fines pueden considerarse legítimos y compatibles con la finalidad original. Los informes del grupo operativo Whois no han abordado estas cuestiones. Se trata de un asunto sumamente delicado, puesto que los fines de los directorios Whois no pueden ampliarse sólo porque algunos usuarios potenciales de los directorios los consideren deseables. Algunos fines que podrían plantear problemas en materia de protección de datos (compatibilidad) son, por ejemplo, la utilización de datos por agentes del sector privado en el marco de actividades de autorregulación relacionadas



con presuntas violaciones de sus derechos, por ejemplo en el ámbito de la gestión de los derechos digitales.

La letra c) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva impone claras restricciones a la recogida y el tratamiento de datos personales, al establecer que los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben. Por este motivo, es esencial limitar la cantidad de datos personales que se recojan y traten, especialmente al debatir los deseos de algunas partes de aumentar la uniformidad de los diversos directorios Whois.

Los aspectos jurídicos que se plantean cuando son los particulares los que registran nombres de dominio no son los mismos que cuando son las empresas u otras personas jurídicas las que lo hacen:

- En el primer caso, la publicación de determinada información sobre la empresa u organización (como su identificación y su ubicación física) constituye a menudo un requisito legal en el marco de las actividades comerciales o profesionales que realizan. No obstante, hay que señalar que, al igual que en el caso de las empresas u organizaciones que registran nombres de dominio, los particulares no pueden ser obligados a publicar sus nombres como punto de contacto, en virtud del derecho de oposición.

- En el segundo caso, si un particular registra un nombre de dominio, la situación es diferente y, aunque evidentemente la identidad y la información de contacto deben comunicarse al proveedor de servicios, no existe fundamento jurídico que justifique la publicación obligatoria de los datos personales relativos a esa persona. La publicación de datos personales de particulares, por ejemplo su dirección y número de teléfono, entraría en conflicto con su derecho a decidir si sus datos personales figuran en una guía pública y en su caso cuáles de ellos. La finalidad original de los directorios Whois puede no obstante respetarse igualmente si el proveedor de servicios de Internet conoce los datos de la persona y puede ponerse en contacto con ella en caso de problemas relacionados con el sitio.

A la luz del principio de proporcionalidad, es necesario buscar métodos menos intrusivos que sigan cumpliendo la finalidad de los directorios Whois sin poner todos los datos directamente a disposición de todo el mundo en línea. Como ya se ha mencionado en la introducción, los proveedores de servicios de Internet pueden desempeñar, y de hecho están desempeñando, en algunos países un importante papel en esta cuestión. En cualquier caso, deberían desarrollarse filtros para garantizar la limitación de finalidad en las interfaces para acceder a los directorios.”



Por otra parte, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha enviado diversas cartas a ICANN señalando supuestos en que sus requerimientos se consideran en contradicción con lo establecido en la Directiva 95/46, así en fecha 26 de septiembre de 2012 en relación con determinados cambios en el Registrar Accreditation Agreement (RAA), en particular, respecto de la re-verificación anual de los detalles de contacto y la retención de los datos.

Teniendo en cuenta que a partir de 25 de mayo de 2018 resulta de aplicación el 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), para adaptarse al mismo ICANN ha dado diversos pasos para que los directorios y servicios Whois cumplan con el RGPD, proponiendo un modelo provisional que supone un acceso en capas, así como un "programa de acreditación" para acceder a datos de Whois no públicos.

El grupo de trabajo del artículo 29, en carta dirigida a ICANN en fecha 11 de abril de 2018, celebraba que ICANN continúe avanzando hacia el cumplimiento del Reglamento General de Protección de datos con respecto a los directorios y servicios de Whois, en particular, la decisión de ICANN de proponer un modelo provisional que implique el acceso en capas, así como un "programa de acreditación" para acceder a datos de Whois no públicos, también la propuesta de introducir métodos alternativos para contactar a los registrantes o contactos administrativos y técnicos, sin divulgación pública de las direcciones de correo electrónico personales de los registrantes (conocidas como "correo electrónico anónimo, formulario web u otros medios técnicos"). No obstante, señalaba que sigue teniendo preocupaciones, con respecto a distintos aspectos del modelo provisional e insta a ICANN a reconsiderar o evaluar más su enfoque actual y a considerar las recomendaciones esbozadas en el documento de trabajo sobre privacidad y de protección de datos con respecto a los datos del registrante y el directorio Whois, adoptado por el Grupo de Trabajo internacional sobre de protección de datos en telecomunicaciones (Grupo de Berlín), documento que si bien no refleja el punto de vista oficial del Grupo de Trabajo del Artículo 29 a él han contribuido activamente miembros del mismo.

Dicha carta reflejaba a continuación diversas preocupaciones que al Grupo de Trabajo del artículo 29 le produce tal modelo provisional,

preocupaciones relativas a la especificación de las finalidades del tratamiento de datos, a las causas legitimadoras de los diversos tratamientos, a la seguridad, a períodos de retención, etc.: en particular, en lo que respecta a la publicación de los datos, indicaba que pese a acoger favorablemente la propuesta de reducir los tipos de datos personales que se publican, los métodos alternativos para ponerse en contacto con los registrantes o contactos sin divulgación pública de las direcciones de correo electrónico, así como la propuesta de acceso en capas y un programa de acreditación para acceder a datos no públicos, quedan por verse detalles importantes sobre las circunstancias en que se brindará acceso, en qué medida y bajo qué condiciones y salvaguardas. Se señala que el Grupo de Trabajo del artículo 29 toma nota de la intención de ICANN de realizar un análisis legal detallado del modelo de acceso a datos en capas para el servicio de directorio de datos de registro, y particularmente cómo estas bases legales corresponden a cada tipo de actividad de procesamiento, propósito y elemento de datos personales. El enfoque estratificado debería tomar en consideración diversos elementos de datos personales en los datos de Whois, la publicación abierta limitada de ciertos elementos de datos (siempre que pueda establecerse que es realmente necesario para lograr los fines del procesamiento) y el acceso de las partes contratantes y terceros partes de ciertos elementos de datos personales, en cada caso vinculados a un fin definido para el cual se utilizarán los elementos de datos, a fin de garantizar una base legítima para tal procesamiento según lo requerido en el artículo 6.

Asimismo, se señalaba en dicha carta que el Grupo de Trabajo del artículo 29 alienta a ICANN a desarrollar políticas y procedimientos apropiados aplicables a las solicitudes incidentales y sistemáticas de acceso a los datos de Whois, en particular por las fuerzas y cuerpos de seguridad. También se debe aclarar cómo el acceso será limitado para minimizar los riesgos de acceso y uso no autorizados (por ejemplo, permitiendo el acceso sobre la base de consultas específicas solo frente a transferencias masivas u otras restricciones de búsquedas o servicios de directorio inverso, incluidos los mecanismos para restringir el acceso a los campos a lo necesario para lograr el propósito legítimo en cuestión). Finalmente, el Grupo de Trabajo observa que, según el Modelo provisional final, los registros y registradores podrían (pero no lo exigirían ICANN) proporcionar acceso adicional a Whois no público siempre que cumpla con el Reglamento General de Protección de Datos y otras leyes aplicables. El Grupo de Trabajo alienta a ICANN a desarrollar de hecho compromisos

contractuales vinculantes a este respecto entre ICANN, los registros y los registradores, como lo sugiere el Modelo provisional.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que una vez iniciada la efectiva aplicación del Reglamento General de Protección de Datos, el 25 de mayo de 2018, se ha constituido el Comité Europeo de Protección de Datos, al que se le atribuyen diversas funciones entre las que figura la garantía de la aplicación coherente del Reglamento. El Comité Europeo de Protección de Datos respaldó, durante su primera sesión plenaria el 25 de mayo de 2018, la declaración del Grupo de Trabajo del artículo 29 con respecto a Whois, en el que dicho grupo reconoce los recientes esfuerzos realizados por ICANN para garantizar el cumplimiento del sistema Whois y que continuará monitorizando de cerca el progreso de ICANN.

Así pues teniendo en cuenta, todas estas circunstancias, esto es de una parte, la modificación del sistema de acceso a Whois efectuada por ICANN modelo que parece, según sus términos, imponerse a registradores y registros aun cuando tiene carácter temporal y, de otra parte, que dicho modelo ha sido objeto de análisis por el Grupo de Trabajo del artículo 29, análisis respaldado por el Comité Europeo de Protección de Datos, esta Agencia (como miembro tanto del Grupo de Trabajo, como actualmente del Comité) considera que su posición se encuentra reflejada en los documentos a que se ha hecho referencia, sin que proceda pronunciarse sobre la inconsistencia de un sistema que ha sido objeto de modificación y una norma, la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, cuya aplicación ha sido desplazada por el Reglamento General de Protección de Datos.