



Se requiere a esta Agencia para que informe al Juzgado requirente “si todo psicólogo colegiado por su profesión viene obligado a recabar el consentimiento por escrito de cualquier cliente, con objeto de la cesión de datos obtenidos del propio cliente en el curso de su trabajo, para el supuesto de cesión de los datos a un tercero. En especial si este consentimiento ha de constar por escrito no siendo válido el consentimiento verbal.”

La primera cuestión a considerar para la emisión del presente informe es la relativa a la aplicación en el tiempo de la normativa de protección de datos, ya que a partir del 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), tal y como dispone su artículo 99.2. Dicho Reglamento desplaza la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal en los aspectos regulados por el mismo.

Desconociendo a qué norma debe referirse el presente informe, se procede a analizar la cuestión planteada teniendo en cuenta ambas normativas.

I

Los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, extienden su protección a los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al tratamiento de sus datos de carácter personal, siendo definidos éstos en el artículo 3.a) de la citada Ley como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

El artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, precisa que constituye un dato de carácter personal *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

Teniendo en cuenta que el requerimiento hace referencia a datos obtenidos por psicólogos en el curso de su trabajo, debe tenerse en cuenta que tales datos pueden ser datos de carácter personal relacionados con la salud, debiendo entenderse por tales conforme a lo establecido en el artículo 5.1.g)



del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 *“las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética.”*

Conforme a dicha Ley la comunicación de los datos a que el requerimiento se refiere constituye una cesión de datos de carácter personal, definida en su artículo 3 i) como *“Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”*. El artículo 11 de dicha Ley establece el régimen general al que deben sujetarse las cesiones de datos. No obstante, los datos relacionados con la salud tienen el carácter de datos especialmente protegidos, para cuyo tratamiento y cesión prevé el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 un régimen especial, disponiendo su número 3 que *“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.”*

De esta manera, la Ley Orgánica 15/1999 establece un régimen específico para los datos de salud, de modo que su tratamiento o comunicación podrá llevarse a cabo sin consentimiento del afectado sólo en caso de que una Ley así lo prevea, debiendo quedar esta habilitación fundada en la existencia de *“razones de interés general”*.

La propia Ley Orgánica prevé expresamente algunos de los supuestos en los que será de aplicación la norma citada. Así, el artículo 7.6 establece en su párrafo primero que *“podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”*.

Igualmente, conforme al párrafo segundo del propio artículo 7.6, *“También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”*.

Por otra parte, en el marco de la asistencia sanitaria añade el artículo 8 que *“sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser*



tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

Por último, el artículo 11.2 f) de la Ley Orgánica 15/1999 establece la licitud de la cesión de determinados datos relacionados con la salud si la misma es *“necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”*.

En consecuencia, la propia Ley Orgánica 15/1999 viene a establecer una lista de casos, en los que no resultará contraria a lo previsto en dicha norma la comunicación de los datos relacionados con la salud sin consentimiento expreso del afectado, sin perjuicio de que otras normas con rango de Ley puedan igualmente habilitar la comunicación de tales datos.

En defecto de Ley que ampare la cesión de datos de carácter personal, será preciso el consentimiento expreso del interesado, tal y como prevé el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999. Dicho consentimiento, además de ser expreso, debe reunir las características señaladas en el artículo 3.h de la misma Ley que lo define como *“manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Esta Agencia ha venido describiendo en sus informes dichas características de manera que se entiende por consentimiento libre aquel que ha sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el código civil. El consentimiento específico viene referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento, tal y como impone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Para que pueda hablarse de consentimiento inequívoco se exige la realización de una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento. En cuanto al requisito de la información, supone que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce.

En lo que se refiere al capital requisito del consentimiento expreso en el caso de los datos relativos a la salud, la Audiencia Nacional ha señalado en sentencia de 24 de marzo de 2006 lo siguiente *“Por consentimiento expreso hemos de entender aquél que se obtiene de una declaración clara e inequívoca por parte del interesado que acepta o rechaza la cesión y uso de sus datos mediante la expresión de su voluntad de forma que permita su constancia y prueba indubitada. La existencia de consentimiento expreso, referido a la cesión y uso de estos datos especialmente sensibles no debe admitir duda ni entenderse o interpretarse en varios sentidos, o poder dar ocasión a juicios diversos”*

Para determinar si nos hallamos ante un consentimiento expreso, en la forma en que la Audiencia Nacional señalaba en la sentencia antes citada,



debe acudir a la concreta situación en que dicho consentimiento se produce, teniendo en cuenta que, en el caso de los datos de salud, el número tercero del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 no exige que este consentimiento se produzca por escrito, a diferencia de lo previsto en el apartado segundo del mismo artículo para los datos relativos a ideología, afiliación sindical, religión y creencias. La acreditación de que se ha producido el consentimiento, que corresponderá al responsable del fichero o tratamiento, conforme a lo señalado en el artículo 12 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, podrá hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

II

Como anteriormente se ha señalado 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).

Dicho Reglamento define en su artículo 4.15 los datos relativos a la salud como los *“datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.”*

El considerando 35 del Reglamento aclara dicha definición señalando que *“Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.”*



Por su parte, el número 2 del artículo 4 define el tratamiento de datos como *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.”* De este modo, la comunicación de datos a que el requerimiento se refiere constituirá un tratamiento de datos sujeto a las previsiones de dicho Reglamento.

Condición esencial para que un tratamiento de datos sea lícito es que quien lo lleve a cabo se encuentre legitimado para ello en la forma prevista en el aludido Reglamento (UE) 2016/679. A este respecto debe tomarse en consideración que el artículo 9 de dicho Reglamento, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales, establece que *“1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.”*

No obstante, el apartado 2 de dicho artículo prevé determinadas excepciones a dicha prohibición al disponer que *“El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:*

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;

b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;



c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;

e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;

f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;

g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;

i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de

calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,

j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.”

Por consiguiente, existen igualmente supuestos distintos al consentimiento en que la comunicación de los datos relativos a la salud resulta conforme al Reglamento. No obstante en el caso de que ninguno de ellos resultase de aplicación al caso, y debiese recabarse el consentimiento, este se define en el artículo 4.11 del Reglamento como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.”*

El considerando 32 del Reglamento señala respecto del consentimiento que *“El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.”*

Respecto a la interpretación que debe darse a los elementos de la definición de consentimiento del artículo 4.11 del Reglamento, cabe acudir a lo señalado por el Grupo de trabajo del artículo 29 en las Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28



de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018. Dichas directrices han sido avaladas en su primera reunión por el Comité Europeo de Protección de Datos, organismo de la Unión creado por el citado Reglamento, entre cuyas funciones se encuentra la de emitir directrices, recomendaciones y buenas prácticas a fin de promover la aplicación coherente de dicha norma, según dispone su artículo 70.e.

Así en lo que respecta a la manifestación de voluntad inequívoca señala dicho documento que:

“El RGPD establece claramente que el consentimiento requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa, lo que significa que siempre debe darse el consentimiento mediante una acción o declaración. Debe resultar evidente que el interesado ha dado su consentimiento a una operación concreta de tratamiento de datos.

El artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE describía el consentimiento como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan». El artículo 4, apartado 11, del RGPD desarrolla esta definición aclarando que el consentimiento válido requiere una manifestación *inequívoca* de dicha voluntad mediante una *declaración o una clara acción afirmativa* en consonancia con la orientación previa publicada por el GT29.

Una «clara acción afirmativa» significa que el interesado debe haber actuado de forma deliberada para dar su consentimiento a ese tratamiento en particular. El considerando 32 ofrece orientación adicional sobre este punto. El consentimiento puede recabarse mediante una declaración escrita o una declaración verbal (grabada), inclusive por medios electrónicos.

Tal vez la forma más literal de cumplir el criterio de «declaración escrita» es asegurarse de que el interesado envía una carta o un correo electrónico al responsable del tratamiento en el que explica qué es exactamente lo que autoriza. No obstante, esto no suele ser muy realista. Puede haber declaraciones escritas de muchas formas y tamaños que cumplan el RGPD.

Sin perjuicio del derecho contractual (nacional) existente, el consentimiento puede obtenerse mediante una declaración verbal grabada, aunque debe tenerse debidamente en cuenta la información de que dispone el interesado antes de la indicación de consentimiento. El uso de casillas de aceptación ya marcadas no es válido con arreglo al RGPD. El silencio o la inactividad del interesado, o simplemente continuar



con un servicio, no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección.”

Dicho documento hace igualmente referencia al requisito de que el consentimiento sea explícito exigido por el artículo 9 del Reglamento para el tratamiento de las categorías especiales de datos personales que regula. El documento indica a este respecto que:

“El consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en relación con la protección de los datos y en las que se considera adecuado que exista un elevado nivel de control sobre los datos personales. En virtud del RGPD, el consentimiento explícito tiene una función importante en el artículo 9 sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales, en las disposiciones sobre la transferencia de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas, como establece el artículo 49, y en el artículo 22 sobre decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.

El RGPD estipula que el requisito previo de un consentimiento «normal» es «una declaración o una clara acción afirmativa». Dado que el requisito de consentimiento «normal» en el RGPD ya se ha elevado a un nivel superior en comparación con el requisito de consentimiento contemplado en la Directiva 95/46/CE, deben aclararse qué esfuerzos adicionales debería realizar el responsable del tratamiento con el fin de obtener el consentimiento explícito del interesado en consonancia con el RGPD.

El término explícito se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Significa que el interesado debe realizar una declaración expresa de consentimiento. Una manera evidente de garantizar que el consentimiento es explícito sería confirmar de manera expresa dicho consentimiento en una declaración escrita. Cuando proceda, el responsable podría asegurarse de que el interesado firma la declaración escrita, con el fin de eliminar cualquier posible duda o falta de prueba en el futuro.

No obstante, dicha declaración firmada no es el único modo de obtener el consentimiento explícito y no puede decirse que el RGPD prescriba declaraciones escritas y firmadas en todas las circunstancias que requieran un consentimiento explícito válido. Por ejemplo, en el contexto digital o en línea, un interesado puede emitir la declaración requerida rellenando un impreso electrónico, enviando un correo electrónico, cargando un documento escaneado con su firma o utilizando una firma electrónica. En teoría, el uso de declaraciones verbales también puede ser una forma lo suficientemente manifiesta de expresar el



consentimiento explícito, sin embargo, puede resultar difícil para el responsable del tratamiento demostrar que se cumplieron todas las condiciones para el consentimiento explícito válido cuando se grabó la declaración.

Una organización puede también obtener el consentimiento explícito mediante una conversación telefónica, siempre que la información sobre las opciones sea justa, inteligible y clara y pida una confirmación específica del interesado (por ejemplo, pulsando un botón o proporcionando confirmación verbal).

El artículo 9, apartado 2, no reconoce la circunstancia de «necesario para la ejecución de un contrato» como una excepción a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos. Por lo tanto, los responsables y los Estados miembros que aborden esta situación deben estudiar las excepciones específicas que figuran en el artículo 9, apartado 2, letras b) a j). En el caso de que no se aplique ninguna de las excepciones enumeradas en las letras b) a j), la única excepción lícita para procesar dichos datos es obtener el consentimiento explícito de conformidad con las condiciones para el consentimiento válido que figuran en el RGPD.”

En lo que respecta a la demostración de que se ha obtenido el consentimiento del interesado, cabe señalar que el artículo 7.1 del Reglamento dispone que *“Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.”* Por su parte el considerando 42 señala a este respecto que *“Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento”*.

El documento del Grupo de Trabajo del artículo 29 a que venimos haciendo referencia indica en relación con la demostración del consentimiento que *“Corresponde al responsable demostrar que obtuvo el consentimiento válido del interesado. El RGPD no prescribe cómo debe hacerse esto exactamente. No obstante, el responsable debe poder demostrar que, en un caso concreto, un interesado ha dado su consentimiento. La obligación de demostrar el consentimiento existirá mientras dure la actividad de tratamiento de los datos en cuestión. Una vez finalizada dicha actividad, la prueba del consentimiento no deberá conservarse más allá de lo estrictamente necesario para cumplir una obligación legal o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, de conformidad con el artículo 17, apartado 3, letras b) y e).”*