015/2026

Con la solicitud de informe se han aportado (i) una Memoria de Acompañamiento del Proyecto de Resolución (Memoria); (ii) un documento denominado Análisis de Riesgos del Mecanismo de Detección de Comportamientos de Riesgo -que no hace referencia a la protección de datos sino que es un análisis de riesgo en materia de seguridad de la información- ; y (iii) otro documento denominado Informe de Evaluación de Impacto del Tratamiento de datos de carácter personal relativo al desarrollo de *actividades de investigación* relacionadas con el diseño del mecanismo de detección de comportamientos de riesgo.

I

El proyecto informado tiene por objeto la determinación por la Dirección General de Ordenación del Juego del conjunto de criterios e indicadores objetivos que permitirán a los Operadores de Juego, mediante su aplicación, determinar con precisión la condición de una persona jugadora como *participante incurso en comportamiento de juego de riesgo* a los efectos de poder aplicarles las medidas previstas en los arts. 25 a 30 del Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego (RD 176/2023).

Ello responde al cumplimiento del mandato establecido en el primer párrafo de la disposición final tercera del citado Real Decreto 176/2023, que dice:

> *En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este real decreto, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 24, la autoridad encargada de la regulación del juego desarrollará un mecanismo de detección de comportamientos de riesgo que será utilizado por todos los operadores en los términos que determine dicha autoridad*

La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en los arts. 8 y 10.5.g), establece determinadas obligaciones a los operadores de juego, entre las que se encuentran las de "*prestar la debida atención a los grupos en riesgo*", y más específicamente, la de asumir como compromiso "*asegurar la debida diligencia en el seguimiento de la actividad de los participantes, con arreglo a elementos tales como los patrones de consumo, el nivel de depósito y*

gasto, los medios de pago utilizados o la capacidad económica de aquéllos, de cara a evitar prácticas fraudulentas y de riesgo".

Respecto de las obligaciones a las autoridades de regulación del juego, la ley 13/2011, en su art. 21, apartado 9, determina la necesidad de que la autoridad de regulación del juego *asegure que los intereses de los participantes y de los grupos vulnerables sean protegidos*, y en el apartado 16 del mismo precepto (introducido por el art. único.4 de la Ley 23/2022, de 2 de noviembre) establece como función de la autoridad reguladora del juego la de [p]*roteger a los grupos de jugadores en riesgo evaluando la eficacia de las medidas sobre juego responsable o más seguro dirigidas a estos colectivos que, en cumplimiento de las obligaciones regulatorias que sean de aplicación, deban desarrollar los operadores de juego*

La ley, en definitiva, impone por tanto a los operadores de juego la obligación legal de tratar determinados datos personales de los participantes, tales como los patrones de consumo, el nivel de depósito y gasto, los medios de pago utilizados o la capacidad económica de aquéllos, con la finalidad de evitar prácticas *de riesgo*. El RD 176/2023 añade otros criterios, como "*indicadores objetivos que revelen patrones de actividad como, por ejemplo, el volumen, la frecuencia y la variabilidad de las participaciones o los depósitos, sin perjuicio de otros elementos cuantitativos o cualitativos que puedan asimismo resultar relevantes de acuerdo con la mecánica de los distintos juegos o con la experiencia del operador*". Esto es, la norma configura directamente a los operadores de juego como responsables de dichos tratamientos.

Tal y como se desprende del artículo 4, punto 7, del RGPD, el responsable del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; o bien, 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.

Esta última situación es la que se da en este caso, en que el responsable del tratamiento es establecido, directamente, por el Derecho del Estado Miembro. Pero incluso en este último caso, de designación directa por la norma, es al responsable del tratamiento a quien corresponde el cumplimiento de los requisitos que para el tratamiento de los datos personales establece el RGPD, y ello aunque no pueda determinar por sí misma los fines y medios de tal tratamiento (STJUE 27 febrero 2025, C-638/23, Amt der Tiroler Landesregierung, apartados 44 a 46).

En consecuencia, a este responsable (los operadores de juego) habrá de corresponder, entre otras, las obligaciones que a los responsables del tratamiento establece el RGPD, y, entre otras, la de llevar a cabo un análisis de los riesgos del tratamiento de datos a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento (art. 24 RGPD), y la realizar, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento (art. 35.1 RGPD).

No obstante, dichos operadores de juego no estarían obligados a llevar a cabo esta evaluación de impacto, conforme al art. 35.10 RGPD:

> *Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica, (…)*

Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

II

Esta AEPD ya informó, en su Informe 24/2022, sobre el Proyecto de lo que luego sería el RD 176/2013. De este informe cabe destacar en este momento los puntos siguientes:

- *(…) debe tenerse en cuenta que se trata de una norma de rango reglamentario, con las consiguientes limitaciones que dicho rango conlleva respecto de la regulación de tratamientos de datos personales, en los que rige el principio de reserva de ley, conforme al artículo 53 de la Constitución y el artículo 8 de la LOPDGDD.*

- *los tratamientos necesarios para el cumplimiento de lo establecido en el precepto (…) y que deberán llevar a cabo los operadores de juego se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 6.1 c) del Reglamento general de Protección de Datos, que establece que será lícito el tratamiento de datos de carácter personal "es necesario para*

el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento".

- *(…) debe tenerse en cuenta que los tratamientos de datos personales que han de realizar los operadores de juego al objeto de identificar la conducta de los jugadores implica la realización de un perfilado de los mismos, que en estos supuestos viene determinado por la necesidad de cumplir con la obligación legal a la que se ha hecho referencia, y que en la nueva regulación proyecta implica mayores consecuencias que las previstas en el citado Real Decreto 958/2020,*

Esto es, la ley 13/2011 impone a los operadores de juego la condición de responsable de un tratamiento de determinados datos personales, con una concreta finalidad, y esos datos personales son los que *en principio* dichos operadores de juego determinen ellos mismos para llegar a dicha finalidad. Así resulta, además, del art. 24 del RD 173/2023:

Artículo 24. Detección de comportamientos de riesgo de las personas usuarias.

1. Los operadores deberán establecer mecanismos y protocolos que permitan detectar los comportamientos de riesgo de las personas usuarias registradas. Se tendrán en cuenta a estos efectos criterios o indicadores objetivos que revelen patrones de actividad como, por ejemplo, el volumen, la frecuencia y la variabilidad de las participaciones o los depósitos, sin perjuicio de otros elementos cuantitativos o cualitativos que puedan asimismo resultar relevantes de acuerdo con la mecánica de los distintos juegos o con la experiencia del operador.

El tratamiento de los datos personales de las personas jugadoras que resulte de aplicar los mecanismos y protocolos previstos en este apartado sólo tendrá por finalidad la detección de personas que incurran en un comportamiento de riesgo y la aplicación de las medidas contenidas en este artículo.

2. Antes del 31 de enero de cada año, el operador deberá comunicar a la autoridad encargada de la regulación del juego la versión actualizada de la descripción básica de los mecanismos y protocolos implementados que permitan detectar los comportamientos de riesgo, el protocolo de actuación en el caso de detección de dichos comportamientos, el número total de personas con comportamiento de riesgo detectadas durante el año anterior con arreglo a los mecanismos establecidos, así como de las acciones realizadas y el seguimiento y efecto de las mismas.

3. La autoridad encargada de la regulación del juego podrá desarrollar, mediante resolución, los concretos mecanismos para la detección de comportamientos de riesgo, así como el contenido de los protocolos que los operadores y, en su caso, la propia autoridad, deban adoptar hacia estas personas, una vez detectados tales comportamientos.

Tal y como recoge acertadamente el documento citado, aportado con la petición de informe, denominado Evaluación de Impacto del Tratamiento de datos de carácter personal relativo al desarrollo de actividades de investigación relacionadas con el diseño del mecanismo de detección de comportamientos de riesgo:

Este "Protocolo de detección de los comportamientos de riesgo de las personas registradas" se debe incardinar en el "Plan de medidas activas de juego seguro" (integrado a su vez en el "Plan operativo del operador") elaborado y supervisado por la "Persona responsable del juego seguro" (arts. 6 y 7 del Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo).

Si bien el Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, deja a la discrecionalidad de los operadores – sujeta esta al mínimo de criterios arriba señalados – la determinación del "participante incurso en comportamiento de juego de riesgo", sí que determina en cambio con precisión el conjunto mínimo, pero no excluyente, de las medidas y sus condiciones de aplicación que estos deben adoptar cuando tal categorización se produzca

III

Realizada estas consideraciones preliminares, dos son las cuestiones principales que surgen al examinar el Proyecto de Resolución: i) la relativa al principio de minimización respecto de los datos personales a tratar por los operadores de juego en tanto que responsables del tratamiento establecido en la norma; y ii) si nos encontramos ante tratamiento de datos de categorías especiales, y en concreto, de "datos relativos a la salud".

En relación con el principio de minimización de datos, reconocido en el art. 5.1.c) RGPD, cabe recordar que es jurisprudencia constante del TJUE (ver, por ejemplo, STJUE de 22 de junio de 2021, C-439/19, apartados 96 y 98):

todo tratamiento de datos personales debe ser conforme, por una parte, con los principios relativos al tratamiento de datos enunciados en el artículo 5 del RGPD y, por otra, con alguno de los principios relativos a la licitud del tratamiento enumerados en el artículo 6 de dicho

Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de enero de 2019, Deutsche Post, C-496/17, EU:C:2019:26, apartado 57 y jurisprudencia citada).

(…)

De ello se deduce que, en la respuesta que ha de darse a dicho órgano jurisdiccional, deben tenerse en cuenta asimismo los demás principios enunciados en el artículo 5, apartado 1, del mencionado Reglamento y, en particular, el principio de «minimización de datos» que figura en la letra c) de dicha disposición, según el cual los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados, y que refleja el citado principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2019, Asociaţia de Proprietari bloc M5A-ScaraA, C-708/18, EU:C:2019:1064, apartado 48).

La Memoria aportada junto con el Proyecto lleva a cabo un extenso análisis del Mecanismo de detección de comportamientos de riesgo, recogiendo los mecanismos e indicadores utilizados hasta el momento por los operadores de juego (económicos, conductuales, emocionales y de autocontrol); un análisis de derecho comparado, recogiendo los criterios o indicadores en determinados países (Países Bajos, Francia, Alemania); también el "Proyecto CEN", del comité técnico y del grupo de trabajo del Comité Europeo de Normalización (CEN) que aprobó el estándar EN 17531, y la continuación de la Asociación Europea de Juegos y Apuestas (EGBA) sobre dichos trabajos del comité técnico, enfocándose en la definición de indicadores de juego responsable, conocidos como "marcadores de daño". Esta propuesta se centraba en la creación de una lista indicativa de factores de comportamiento que puedan señalar un cambio hacia conductas problemáticas. Estos marcadores incluyen:

- Monto total de apuestas realizadas
- Frecuencia de juego
- Número y volumen de depósitos y retiradas
- Tiempo total de juego
- Contactos con centros de atención al cliente
- Cambios en los hábitos de juego
- Uso de herramientas de autoevaluación o autolimitación

Posteriormente, y tras un análisis a su vez de variables del denominado DSM-5, de la American Pyschiatric Association (a que se hará también referencia en el epígrafe siguiente), que sirven de base al modelo presentado, la Resolución (y su Memoria) llevan a establecer 61 variables para el modelo. Dicho modelo, y por tanto, esas variables, deberán, como mínimo, ser aplicadas por los

operadores de juego para la totalidad de los juegos incluidos en su oferta para la determinación de quiénes están incursos en comportamientos de riesgo.

Pues bien, y a pesar de la extensión de las explicaciones técnicas acerca del modelo, de las variables etc. no existe un verdadero análisis del principio de minimización que determine si la utilización de dichas variables (esto es, en otras palabras, si el tratamiento de los datos personales que comporta, sobre cada jugador "no esporádico") cumple o no con el principio de minimización.

El apartado 4.6 de la Memoria lleva por título "Impacto en materia de protección de datos", pero se limita a recoger consideraciones genéricas sobre la base jurídica del tratamiento, transcribiendo nuestro informe 24/2022 sobre el proyecto de Real Decreto (que, ciertamente, no contenía las variables ni la definición del modelo).

Esta AEPD no está manteniendo en este epígrafe que dichas variables (datos personales) sean o no sean los precisos e indispensables para cumplir con el principio de minimización, sino que el redactor del proyecto no ha llevado cabo dicho análisis, por lo que, desde la perspectiva de la normativa de protección de datos, se desconoce.

IV

La segunda de las cuestiones apuntadas es la relativa a la posible consideración de los datos personales tratados en el modelo -las "variables" de este- por los responsables de los tratamientos (los operadores de juego) como "datos relativos a la salud".

Y no sólo la posible consideración como "datos relativos a la salud" de dichas "variables", sino de la "respuesta de salida" (datos inferidos) del modelo en el caso de que, como resulta del Proyecto de Resolución (apartado 3.4 Aplicación del Modelo) resulte una "*función función predict por encima del umbral del modelo, fijado en 0.3424949*", puesto que, en dicho caso, esos jugadores serán detectados como "jugadores de riesgo". O bien sean considerados, directamente, "jugadores con comportamiento de riesgo directo" (apartado 3.2) si en las variables 1, 2, 4 y 12 satisfacen la relación que establece la Resolución.

A este respecto hay que señalar que el TJUE mantiene una interpretación amplia del concepto de "datos sensibles" del art. 9.1 RGPD, y ello no sólo respecto de los datos que directamente "revelen" dichas circunstancias, sino también de aquellas que lo hagan "indirectamente", incluso

mediante un “ejercicio racional de deducción” (STJUE 1 agosto 2022, C-184/20, apartados 120 y siguientes), y ello porque

> *una interpretación amplia de los conceptos de «categorías especiales de datos personales» y de «datos sensibles» se ve respaldada por el objetivo de la Directiva 95/46 y del RGPD, a que se ha hecho mención en el apartado 61 de la presente sentencia, de asegurar un alto nivel de protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular, de su intimidad, en relación con el tratamiento de los datos personales que las afectan (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, apartado 50).*

Es particularmente importante a estos efectos también la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-21/23, Lindenapotheke.

Partiendo de la base de que el art. 9.1 RGPD prohíbe el tratamiento de los datos personales “de categorías especiales”,

> *75* (…) [e]*n efecto, como dispone expresamente el considerando 51 del citado Reglamento, merecen especial protección los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales (apartado 75)*
>
> *78 Por consiguiente, cuando los datos sobre las compras de medicamentos permiten extraer conclusiones sobre el estado de salud de una persona identificada o identificable, deben considerarse datos relativos a la salud en el sentido del artículo 4, punto 15, del RGPD*
>
> *79 En el presente asunto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que los clientes de ND, cuando realizan un pedido en Internet, a través de Amazon, de medicamentos de venta obligatoria en farmacias, introducen determinados datos, como su nombre, la dirección de envío y la información necesaria para determinar el medicamento solicitado. Pues bien, no cabe duda de que estos datos constituyen «datos personales», en la medida en que se refieren a personas físicas identificadas o identificables.*
>
> *80 En estas circunstancias, procede determinar si tales datos pueden revelar información sobre el estado de salud de esas personas, en el sentido del artículo 4, punto 15, del RGPD, y, en consecuencia, constituyen datos relativos a la salud, en el sentido del artículo 8,*

apartado 1, de la Directiva 95/46 y del artículo 9, apartado 1, de dicho Reglamento.

81 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, a la vista del objetivo de la Directiva 95/46 y del RGPD de asegurar un alto nivel de protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular, de su intimidad, en relación con el tratamiento de los datos personales que las afectan, el concepto de «datos relativos a la salud» previsto en el artículo 9, apartado 1, de dicho Reglamento y en el artículo 8, apartado 1, de la citada Directiva debe interpretarse de forma amplia (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, apartado 50, y de 1 de agosto de 2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, C-184/20, EU:C:2022:601, apartado 125).

82 En particular, no cabe interpretar tales disposiciones en el sentido de que el tratamiento de datos personales que puedan desvelar indirectamente informaciones sensibles sobre una persona física queda fuera del régimen de protección reforzado establecido por las mencionadas disposiciones, pues de quedar fuera se menoscabaría el efecto útil de ese régimen y la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que pretende garantizar (sentencia de 1 de agosto de 2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, C-184/20, EU:C:2022:601, apartado 127).

83 Por tanto, para que los datos personales puedan ser calificados de datos relativos a la salud, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 95/46 y del artículo 9, apartado 1, del RGPD, basta con que puedan revelar, mediante un ejercicio intelectual de relación o deducción, información sobre el estado de salud del interesado (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de agosto de 2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, C-184/20, EU:C:2022:601, apartado 123).

84 Pues bien, los datos que un cliente introduce en una plataforma en Internet cuando realiza un pedido de medicamentos de venta obligatoria en farmacias pueden revelar, mediante un ejercicio intelectual de relación o deducción, información sobre el estado de salud del interesado, en el sentido del artículo 4, punto 1, del RGPD, en la medida en que dicho pedido implica el establecimiento de un vínculo entre un medicamento, sus indicaciones terapéuticas o usos, y una persona física identificada o identificable por elementos como su nombre o la dirección de entrega

En el proyecto presentado a Informe, los operadores de juego deben analizar toda una serie de variables respecto de personas que previamente han introducido sus datos identificativos en los sistemas de control interno (SCI) de

la DGOJ. Resulta por tanto que tales datos son datos personales respecto de cada uno de dichos jugadores a quienes se les realiza el perfilado para determinar si, como consecuencia del mismo, se integran en la categoría de jugadores de riesgo.

A estos efectos, falta en el Análisis de la norma sometida a informe un análisis del riesgo y una evaluación de impacto de materia de protección de datos (EIPD) de que dichos datos personales puedan ser, o no, datos "relativos a la salud" y en consecuencia extraer de dichos resultados las conclusiones apropiadas acerca de la prohibición genérica de tratamiento de los mismos, si efectivamente son datos "relativos a la salud", o de si existe una causa de las prevista en el art. 9.2 RGPD que levante la prohibición del tratamiento, con las garantías apropiadas como resulta de dicho precepto.

Y esta diferencia es esencial, puesto que, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (por todas STC 76/2019 de 22 de mayo):

> *por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:*
>
> *«Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10).»*
>
> *Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad*

jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias […], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).

La segunda exigencia mencionada constituye la dimensión cualitativa de la reserva de ley, y se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. En la STC 292/2000, FJ 15, señalamos que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción»; «al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla». En la misma sentencia y fundamento jurídico precisamos también el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)».

Para añadir:

Por último, debemos recordar que el Reglamento general de protección de datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. ***En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales, ni en el ámbito de los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión****. Por ende, tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el*

legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [artículo 9.2.g) RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas, no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.

En consecuencia, si se tratase de datos de categorías especiales, sería la propia "ley" (no una norma de rango inferior, como el Real Decreto 173/2023 o la Resolución informada) la que habrá de determinar las garantías del tratamiento de dichos datos. En caso contrario, la densidad normativa no sería necesariamente tan espesa, como se desprende del art. 6.3 RGPD.

Pues bien, el que los datos tratados en el modelo, o los que resulten de la salida (datos inferidos) del modelo, sean o no sean datos de categorías especiales, (en concreto, datos "relativos a la salud") es algo que corresponde determinar al responsable del tratamiento, en cuanto que es este el que ha de cumplir con el principio de responsabilidad proactiva.

V

La razón de esta cuestión estriba en la propia naturaleza, u origen, de las variables que contempla el modelo. Tal y como resulta de la Memoria (p. 15, apartado C), punto b.), parece ser que el marco de referencia para el establecimiento de los marcadores que han de determinar las variables está directamente relacionado con parámetros o patrones de comportamientos que ponen de manifiesto "juego patológico", que es clasificado por el DSM-5 (o Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: DSM-5. American Psychiatric Publishing, 2013) como un trastorno del control de los impulsos, no relacionado con sustancias. Es decir, una cuestión "relativa a la salud".

A mayor abundamiento, en la p. 16 de la Memoria se dice: *En esta subsección se describen las variables extraídas, su fundamentación en la literatura científica y su relación con algunos de los criterios del DSM-5 previamente mencionados.*

Es decir, se pone de manifiesto una relación entre las variables elegidas y literatura científica de psiquiatría, pero no se despeja, por falta de una EIPD, si esas variables, o el propio resultado de salida del modelo, pueden, o no son, ser considerados “datos que indirectamente revelan cuestiones de salud”, y por lo tanto incluidos en el art. 4.15 RGPD, de conformidad con la STJUE Lindenapotheke ya citada.

Pero, además, la cuestión surge porque para el estudio del modelo se han tomado también datos personales de salud de jugadores diagnosticados en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final tercera, párrafo segundo, del RD 176/2023:

> *A estos efectos, la autoridad encargada de la regulación del juego podrá suscribir convenios con entidades del Sistema Nacional de Salud con la finalidad de acceder a datos sobre personas que, habiendo sido diagnosticadas con un trastorno asociado a su conducta de juego, al mismo tiempo hayan tenido abierta una cuenta de juego online con algún operador de juego regulado. En todo caso, el tratamiento de estos datos solo podrá realizarse con el consentimiento previo de las personas mencionadas, que además de reunir las condiciones previstas en el apartado 11 del artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, podrá retirarse en cualquier momento*
>
> La Memoria (p. 14) expone que:
>
> *En el contexto del mandato arriba referido y a fin de desarrollar el mecanismo de detección, la Dirección General de Ordenación del Juego suscribió convenios de colaboración con la Federación de Jugadores de Azar Rehabilitados (FEJAR), la Asociación Aragonesa de Jugadores de Azar Rehabilitados (AZAJER) y el Hospital Universitario de Bellvitge, con los que se obtuvo el acceso a un total de 506 diagnósticos médicos. Dichos diagnósticos correspondían a personas que han recibido tratamiento por un trastorno relacionado con adicciones en el juego, y de los cuales se disponía de sus datos históricos de juego online en la base de datos que conforma el Sistema de Control Interno (SCI) de la DGOJ.*

Es precisamente sobre este tratamiento de datos que versa el documento aportado junto con la petición de informe denominado “Informe de Evaluación de Impacto del Tratamiento de datos de carácter personal relativo al desarrollo de actividades de investigación relacionadas con el diseño del mecanismo de detección de comportamientos de riesgo”. No hay, por lo tanto, una Evaluación de Impacto de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales de que trata en realidad el Proyecto, cuya finalidad no es el “desarrollo del modelo”, sino la determinación del carácter de jugador de riesgo.

En definitiva, en este punto, esta AEPD no está poniendo de manifiesto que los datos personales tratados por los operadores de acuerdo con el modelo del Proyecto, o los datos de salida del modelo (datos inferidos), sean, o no sean, datos relativos a la salud, sino la falta de un análisis de riesgos y de una EIPD que analice en profundidad este aspecto, con la diferencia de régimen jurídico ya expuesto según que se consideren o no datos de categorías especiales.

No cabe, por otra parte, considerar que afirmaciones en principio voluntaristas, como la contenida en la Norma Tercera del Proyecto, cuando dicen que que *en ningún caso la categorización como participante incurso en comportamiento de riesgo supone diagnóstico clínico de enfermedad alguna;* determinan que esos datos no sean, en sí mismos, como consecuencia de dicha declaración, “datos relativos a la salud”, porque esa naturaleza como datos de categoría especial dependerá de que efectivamente lo sean, o no lo sean, no de que se diga que no lo son, pues de aceptar que la naturaleza de los datos depende de una declaración en la norma que establece el tratamiento se pondría en riesgo la finalidad del RGP, que no es otra que (STJUE 1 agosto 2022, Gran Sala, C-184/20, OT)

> *(…) garantizar un nivel elevado de protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales, pues este derecho también está reconocido por el artículo 8 de la Carta y se vincula íntimamente con el derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 7 de esta.*

VI

Dada la finalidad del proyecto presentado a informe, que no es otro que asegurar una suerte de mínimo común denominador para que todos los operadores de juego analicen y lleguen a la conclusión de la existencia o no de un jugador en situación de riesgo utilizando los mismos parámetros (sin perjuicio de que pueda usar otros adicionales) -Disposición Final tercera del RD 176/2023 y resolución Primera del proyecto sometido a informe- cabe llamar aquí la atención sobre el art. 35.10 del RGPD.

El art. 35 RGPD establece cuándo ha de llevarse a cabo una EIPD. Su apartado 1 establece:

> *Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines,*

entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares.

El apartado 3 concreta cuándo se requiere en particular una EIPD, no pareciendo dudoso que este tratamiento previsto por el proyecto encajaría en el apartado a):

evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar;

Tampoco parece dudoso que el tratamiento previsto en el Proyecto encajaría en alguno(s) de los casos en que la AEPD ha considerado obligatoria la realización de una EIPD conforme al art. 35.4 RGPD: (https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf)

Ahora bien, conforme se ha mencionado en el epígrafe precedente, esa EIPD habría de llevarse a cabo por cada operador de juego, como responsable del tratamiento, lo que conllevaría una más que probable dispersión en los criterios de aplicación de la Resolución.

Por ello se considera que la DGOJ debería de hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado 10 del art. 35 RGPD, y llevar a cabo la propia DGOJ el análisis de riesgos y la Evaluación de Impacto en Protección de Datos de los tratamientos previstos en la Resolución.

El apartado 10 dice:

10. Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica, los apartados 1 a 7 no serán de aplicación excepto si los Estados miembros consideran necesario proceder a dicha evaluación previa a las actividades de tratamiento.

Ello relevaría a los responsables del tratamiento (operadores de juego) de la necesidad de hacer esa EIPD y aseguraría el tratamiento homogéneo buscado por la norma.

Por último, se recuerda el contenido del apartado 7 del art. 35 RGPD, relativo al contenido *mínimo* (pero imprescindible) que ha de tener una EIPD:

> *7. La evaluación deberá incluir como mínimo:*
> *a) una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento;*
> *b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad;*
> *c) una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados a que se refiere el apartado 1, y*
> *d) las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, y a demostrar la conformidad con el presente Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas.*