

ÍNDICE SISTEMÁTICO

NOTA	7
AGRADECIMIENTOS	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	23
1. ANTECEDENTES	25
2. TECNOLOGÍA Y NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS: COMPAÑEROS DE VIAJE	27
CAPÍTULO II. LAS TECNOLOGÍAS BIG DATA EN TRES FASES .	31
1. INTRODUCCIÓN	33
2. FASE 1 DEL BIG DATA: RECOLECCIÓN DE DATOS	33
2.1. Adquisición de datos	34
2.1.1. Variedad de formatos	34
2.1.2. Metadatos	34
2.1.3. Fuentes de los datos	35
2.2. Proceso ETL (extracción, transformación y carga) ..	37
2.2.1. Extracción	37
2.2.2. Transformación	38
2.2.3. Carga	38
3. FASE 2 DEL BIG DATA: ANÁLISIS Y DESCUBRIMIENTO ..	39
3.1. Funcionamiento	40
3.2. Simplificación de la realidad	41
3.3. Anonimización y seudonimización	42

3.4.	Elaboración de modelos	42
3.5.	El resultado de esta fase no es dato personal	43
4.	FASE 3 DEL BIG DATA: APLICACIÓN DEL MODELO	44
4.1.	Creación de perfiles	46
5.	CONCLUSIONES	48
CAPÍTULO III. CONSENTIMIENTO		51
1.	INTRODUCCIÓN	53
1.1.	Las seis bases de legitimación	54
1.2.	No existe jerarquía entre las bases	55
1.3.	Una triple clasificación	57
1.4.	La importante decisión de la elección de la base ..	57
2.	LOS ESTÁNDARES DEL CONSENTIMIENTO	58
2.1.	Estándar del interesado medio razonable	59
2.2.	Estándar subjetivo del interesado	59
2.3.	Estándar del responsable medio razonable	60
3.	ESTÁNDAR DEL INTERESADO MEDIO RAZONABLE EN EL CONSENTIMIENTO	60
3.1.	El consentimiento en la Directiva 95/46	60
3.2.	El consentimiento en el RGPD	61
3.3.	¿Cómo debe prestarse el consentimiento?	64
3.3.1.	Consentimiento libre	64
3.3.2.	Consentimiento inequívoco	66
3.4.	¿Para qué debe prestarse el consentimiento?	67
3.4.1.	Consentimiento específico	67
3.4.2.	Consentimiento informado	68
3.5.	¿Cuándo debe prestarse el consentimiento?	73
4.	ESTÁNDAR SUBJETIVO EN EL CONSENTIMIENTO	75
4.1.	No se lee la información	75
4.2.	Nivel razonable de comprensión	77
5.	LA CARA B DEL CONSENTIMIENTO: ESTÁNDAR DEL RES- PONSABLE	80

5.1.	Falta de conocimiento del responsable	81
5.2.	Finalidades compatibles	81
5.3.	Asimetría de información	82
5.4.	Información engañosa	82
5.5.	Consentimiento como pago por servicios	83
5.6.	Espinacas vs azúcar refinado: el efecto psicológico en las elecciones	85
6.	NECESIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ..	87
6.1.	Cómo influye el avance técnico	88
6.2.	Limitación de la finalidad y minimización de datos	88
6.3.	La necesidad del tratamiento	89
6.4.	Qué ocurre cuando no se cumplen los requisitos ..	90
6.5.	Fases del big data	90
6.6.	Conclusión	91
7.	EL CONSENTIMIENTO EN LA PROPUESTA DE REGLA- MENTO E-PRIVACY	92
8.	CONCLUSIONES	95
8.1.	Base utilizada por defecto	95
8.2.	Las grandes suposiciones del consentimiento	96
8.3.	Los problemas del consentimiento	96
8.4.	Se agudiza en entornos big data	97
8.5.	¿Continúa siendo la base preferida del legislador? ..	97
8.6.	Alternativas	98
8.7.	La importancia del consentimiento se reduce	100
8.8.	Cambiar el foco de atención	101
CAPÍTULO IV. INTERÉS ¿(I)LEGÍTIMO?		103
1.	INTRODUCCIÓN	105
1.1.	¿Es un cajón de sastre?	107
1.2.	Aplicación más compleja	108
1.3.	Estándar del interesado medio razonable	109
1.4.	Test de confianza	109

1.5.	Carga de la prueba	110
1.6.	Falta de criterios claros	111
2.	EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	113
2.1.	Precedentes del interés legítimo	113
2.1.1.	Directrices OECD (1980)	113
2.1.2.	Convenio n.º 108 (1981)	114
2.2.	Directiva 95/46. Cómo se creó la receta final del interés legítimo	114
2.2.1.	Directiva 95/46. Propuesta de la Comisión Europea (1990)	115
2.2.2.	Directiva 95/46. Enmiendas del Parlamento Europeo (1992)	117
2.2.3.	Directiva 95/46. Enmiendas del Consejo Europeo (1992)	118
2.3.	Reglamento General de Protección de Datos. Mucho ruido y pocas nueces	120
2.3.1.	RGPD. Propuesta de la Comisión Europea (2012)	121
2.3.2.	RGPD. Enmiendas del Parlamento Europeo (2014)	121
2.3.3.	RGPD. Enmiendas del Consejo (2015) ...	122
2.4.	Conclusiones	123
3.	¿QUÉ ES UN INTERÉS LEGÍTIMO?	124
3.1.	El concepto de «interés»	125
3.2.	El concepto de «legítimo»	127
3.3.	Algunos ejemplos dudosos	128
3.3.1.	Criptomoneda	129
3.3.2.	Aplicación de citas	129
3.3.3.	Medidor de actividad física	130
3.3.4.	Motor de búsqueda	130
3.4.	Los terceros	130
4.	EL CONCEPTO DE «NECESIDAD»	133

5.	EL OTRO LADO DE LA BALANZA: LOS INTERESES, DERECHOS Y LIBERTADES DEL INTERESADO	138
5.1.	Inversión de la carga de la prueba	138
5.2.	No necesariamente legítimos	139
5.3.	¿Más allá de la protección de datos?	139
5.4.	Naturaleza heterogénea	143
6.	EL EJERCICIO DE PONDERACIÓN DE INTERESES	144
6.1.	Consideraciones generales	144
6.2.	Interés contra interés	146
6.2.1.	La naturaleza de los intereses	147
6.2.2.	La publicidad de los datos	147
6.3.	Expectativa razonable del interesado	148
6.3.1.	Relación entre responsable e interesado ..	149
6.3.2.	Transparencia	150
6.3.3.	Problemas de la expectativa razonable como factor de ponderación	150
6.4.	Impacto sobre el interesado y medidas de seguridad ¿Una alternativa a la expectativa razonable?	153
6.5.	Medidas de seguridad	154
6.6.	Tratamientos para fines secundarios como la realización de perfiles	156
6.7.	Resolviendo la ecuación	161
6.7.1.	Posibles sesgos	161
6.7.2.	Dónde se encuentra el equilibrio	162
6.7.3.	Resultado preliminar y reevaluación	163
6.7.4.	Proceso vivo en el tiempo	164
6.7.5.	Cuestiones abiertas	164
6.8.	Conclusiones	165
7.	ESTÁNDAR SUBJETIVO. EL DERECHO DE OPOSICIÓN ...	166
7.1.	Derecho absoluto solo para mercadotecnia	166
7.2.	Situación particular	167
7.3.	Detención del tratamiento con excepciones	167
7.4.	Los motivos legítimos imperiosos	168

7.5.	Protección de terceros	169
7.6.	Capacidad de disposición	170
7.7.	Dificultad para ejercitar el derecho	170
7.8.	Transparencia en el ejercicio del derecho de oposición	172
8.	DEBER DE INFORMACIÓN AL INTERESADO	173
8.1.	Transparencia e incongruencias de la norma	173
8.2.	Transparencia de procesos big data	174
9.	INTERÉS LEGÍTIMO EN LA PRÁCTICA: JURISPRUDENCIA. ESPECIAL REFERENCIA AL TJUE	176
9.1.	Asunto TK (2019)	177
9.2.	Asunto Fashion ID (2019)	178
9.3.	Asunto Buivids (2019)	179
9.4.	Asunto Nowak (2017)	180
9.5.	Asunto Rīgas (2017)	181
9.6.	Asunto Manni (2017)	182
9.7.	Asunto Breyer (2014)	183
9.8.	Asunto Rynes (2014)	184
9.9.	Asunto Google Spain (2014)	185
9.10.	Asuntos ASEF y FECEMD (2011)	187
9.11.	Comentarios	187
10.	EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	188
10.1.	La Ley 15/1999 Orgánica de Protección de Datos de carácter personal	189
10.1.1.	Los precedentes	189
10.1.2.	Sentando el contexto de la LOPD	190
10.1.3.	Jerarquía de bases de legitimación	192
10.1.4.	Requisitos adicionales para el interés legítimo	193
10.1.5.	Resolución del TJUE. Asuntos acumulados ASNEF y FECEMD (2011)	196
10.1.6.	¿Supuso un cambio real?	197

10.1.7.	Consentimiento tácito vs interés legítimo. ¿dos caras de la misma moneda?	198
10.1.8.	Asunto CITA (2012)	199
10.1.9.	Conclusiones	201
10.2.	El cóctel: interés legítimo, big data y la AEPD a la luz del RGPD	203
10.3.	Consulta de la Asociación Española de Banca	203
10.3.1.	Comunicaciones comerciales sin perfilado	203
10.3.2.	Perfilado básico	204
10.3.3.	Perfilado intensivo	206
10.3.4.	Anonimización y seudonimización para posterior analítica	207
10.3.5.	Prevención del fraude	209
10.3.6.	Actualización de datos	209
10.3.7.	Extrayendo algunas reflexiones de la postura de la AEPD	210
10.4.	Las primeras grandes sanciones a la Banca	212
11.	LA LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES	213
11.1.	Anteproyecto de Ley Orgánica	214
11.2.	Toque de atención del Consejo de Estado	214
11.3.	Presunciones de prevalencia del interés legítimo	216
11.4.	Interés legítimo de terceros para responsables del sector público	217
11.5.	Conclusiones	218
12.	INTERÉS LEGÍTIMO Y OTRAS GARANTÍAS DEL RGPD. BUENOS COMPAÑEROS DE VIAJE	220
12.1.	Flexibilidad	220
12.2.	Responsabilidad proactiva	221
12.3.	Enfoque basado en riesgos	223
12.4.	Vuelta a las raíces. Principio general del derecho	224
12.5.	Evaluaciones de impacto	225
12.6.	Determinación de garantías adecuadas	226

12.7.	Determinación de fines no incompatibles	226
12.8.	Registro de actividades de tratamiento	227
12.9.	Cumplimiento de todos los principios del reglamento	228
12.10.	Comentarios	228
13.	CONCLUSIONES	229
13.1.	Reequilibrio	230
13.2.	El responsable como figura central	230
13.3.	Justificación dura	232
13.4.	Elección vs aprobación	232
13.5.	Fatiga del consentimiento	233
13.6.	Resultado algorítmico menos sesgado	233
13.7.	Limitaciones	233
CAPÍTULO V. OTROS DERECHOS (Y REVESES) DEL RGPD		235
1.	INTRODUCCIÓN	237
2.	DERECHO DE PORTABILIDAD	239
2.1.	Consumidor cautivo	240
2.2.	Autodeterminación informativa	241
2.3.	¿Qué datos pueden ser portados?	242
2.3.1.	Datos aportados y observados	243
2.3.2.	Datos inferidos y perfiles	244
2.3.3.	Propiedad intelectual	245
2.3.4.	Interés legítimo del responsable	246
2.4.	Restricción de bases de legitimación	247
2.4.1.	Un camino por las versiones previas de este derecho	248
2.5.	La relación entre estas dos limitaciones	249
2.6.	Interoperabilidad de bases de datos	250
2.6.1.	Falta de obligatoriedad	251
2.6.2.	¿En qué se traduce esta falta de obligaciones de interoperabilidad de los responsables del tratamiento?	252

2.6.3.	Consecuencias	253
2.6.4.	Esfuerzos en favor de la interoperabilidad	254
2.7.	Efectos sobre otros interesados	256
3.	DERECHO DE ACCESO	257
3.1.	El gran límite del derecho de acceso	258
3.1.1.	El derecho de acceso como base para otros derechos	259
3.1.2.	La falta de acceso a todos los datos	259
3.1.3.	Qué es gran cantidad de información	260
3.1.4.	Más riesgo, menos protección	260
3.1.5.	Falta de capacidad para especificar	261
3.1.6.	El responsable también debe concretar	261
3.2.	Relación entre los derechos de acceso y de portabilidad	262
3.2.1.	Tipo de datos	263
3.2.2.	Base de legitimación	264
3.2.3.	Formato de los datos	264
3.3.	La importancia del derecho de acceso	265
4.	DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS	266
4.1.	La redacción poco clara del artículo 22 RGPD	267
4.2.	¿Derecho o prohibición?	269
4.3.	Excepciones y bases de licitud	272
4.3.1.	Habilitación legal	272
4.3.2.	Consentimiento y ejecución contractual	272
4.3.3.	¿Otras bases de licitud?	273
4.4.	¿Cuándo existe una decisión automatizada del artículo 22?	274
4.4.1.	Decisión «únicamente» automatizada	275
4.4.2.	Decisiones que producen efectos jurídicos o significativamente similares	275
4.5.	Relación entre los derechos de acceso, información y la toma de decisiones automatizadas	276
4.5.1.	Información compleja	277

4.5.2.	Elemento temporal	279
4.5.3.	Elemento subjetivo	281
4.5.4.	Información significativa	282
4.5.5.	Cuestiones abiertas	284
4.6.	Relación entre el derecho de portabilidad y la toma de decisiones automatizadas	285
4.6.1.	Similar, pero diferente	285
5.	CONCLUSIONES	288
CAPÍTULO VI. PROPUESTAS PRÁCTICAS		
295		
1.	INTRODUCCIÓN	297
2.	CONFORMANDO EL PUZZLE	298
2.1.	Fase 1 del big data, recolección de datos	298
2.2.	Fase 2 del big data, análisis y descubrimiento	299
2.3.	Fase 3 del big data, aplicación del modelo	302
3.	UNA VISIÓN HOLÍSTICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. DEL INDIVIDUALISMO A LA COLECTIVIDAD	305
4.	QUIEBRA DE CONFIANZA	312
5.	CONCLUSIONES	317
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES FINALES		
319		
1.	INTRODUCCIÓN	321
2.	REVISAR CONCEPTOS YA EXISTENTES BAJO UN PRISMA DIFERENTE	321
3.	LA SOBREUTILIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO HA POTENCIADO SUS LIMITACIONES	323
4.	EXPLORAMOS ALTERNATIVAS: EL AMBIGUO INTERÉS LEGÍTIMO	324
4.1.	La criticada ambigüedad del interés legítimo es en realidad flexibilidad	326
4.2.	El interés legítimo sí permite ejercer control sobre el uso de los datos personales	327

4.3.	El «impacto» sobre el interesado como criterio más acertado que la «expectativa razonable»	327
4.4.	El interés legítimo no permite crear una falsa sensación de licitud; al contrario, reintegra la responsabilidad en la figura del responsable	327
4.5.	La importancia de una interpretación armonizada del interés legítimo	328
4.6.	Límites del interés legítimo: posible parcialidad del responsable, falta de ciertas obligaciones de transparencia y derecho de oposición obscuro	329
4.7.	Guía de buenas prácticas de uso del interés legítimo en entornos big data	329
4.8.	El «efecto Gruyere»: otros derechos del RGPD poco efectivos	330
4.9.	Propuesta de solución: división del proceso en fases con diferentes bases de licitud	331
4.10.	Visión colectiva de la protección de datos: el interés legítimo es solo la punta del iceberg	332
4.11.	El interés legítimo debe ser tomado con la mente abierta, no como una puerta abierta a todo	332

ANEXO I. BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO

1.	GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO COMO BASE DE TRATAMIENTOS A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS BIG DATA	336
----	---	-----

BIBLIOGRAFÍA

363