

La consulta plantea la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de la comercialización y utilización de microchips intradérmicos mediante los que se podría incorporar información referente a sus portadores, haciéndose referencia en la consulta a datos relacionados con la identificación del interesado, su número de tarjeta de crédito, localización o información médica.

La amplitud de los términos de la consulta, en que no se especifica, probablemente por no ser conocido por la consultante, cuáles serían los efectivos usos que se llevarán a cabo de los dispositivos a los que la misma se refiere impide dar una respuesta terminante a la cuestión planteada, toda vez que, como se analizará, es posible que en determinados casos el tratamiento de los datos derivados de la lectura de los microchips pueda resultar lícito a la vista de la normativa de protección de datos, mientras que en otros tal uso devenga ilícito bien como consecuencia de su falta de legitimación, bien por incumplirse los principios de protección de datos contenidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999.

En este sentido, la lectura de los mencionados microchips por parte de los usuarios de los servicios que podrán implicar su implantación en los individuos implicará la existencia de un tratamiento de datos de carácter personal, definido por el artículo 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999 como “Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

Para que dicho tratamiento resulte conforme a la Ley será preciso que el mismo resulte amparado por las causas de legitimación previstas en el artículo 6. El apartado 1 de dicho precepto dispone que “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”, añadiendo el apartado 2 que “No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito

de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7 apartado 6 de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

Pues bien, de las causas de legitimación señaladas parece que únicamente la existencia del consentimiento del interesado o, en supuestos muy concretos, la existencia a su vez de una relación jurídica entre el interesado y el responsable podría fundamentar el tratamiento de los datos de carácter personal.

Al propio tiempo, la consulta prevé incluso la posibilidad de tratamiento de datos relacionados con la salud de las personas, respecto de los que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica resulta aún más restrictivo, al limitar las causas de legitimación, diciendo 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”.

Ello implicará que con carácter general sea preciso para el tratamiento de los datos derivado de la lectura del microchip el consentimiento del interesado.

El artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999 define que el 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.”, de lo cual se desprende la necesaria concurrencia para que el consentimiento pueda ser considerado conforme a derecho de los cuatro requisitos enumerados en dicho precepto. Un adecuado análisis del concepto exigirá poner de manifiesto cuál es a juicio de esta Agencia la interpretación que ha de darse a estas cuatro notas características del consentimiento, siguiendo a tal efecto los criterios sentados en las diversas recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en relación con la materia que nos ocupa. A la luz de dichas recomendaciones, el consentimiento habrá de ser:

- a) Libre, lo que supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil.
- b) Específico, es decir 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.
- c) Informado, es decir que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Precisamente por ello el artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que en el mismo se contienen.
- d) Inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

Además, cuando se trate de datos relacionados con la salud de las personas, dicho consentimiento debería además resulta expreso, derivándose necesariamente de una específica manifestación de voluntad mediante la que el interesado consienta y que revele una acción por su parte en tal sentido.

El consentimiento no sólo debería verificarse en el momento de la implantación del microchip, sino que además debería concurrir en cada tratamiento relacionado con la lectura de los datos que el mismo pudiera contener, dado que dicha lectura podría llevarse a efecto por distintos sujetos. Ambas manifestaciones plantean problemas en lo que respecta a los derechos de la persona:

La implantación de la técnica descrita en la consulta resulta, lógicamente y como consecuencia de su propia naturaleza, invasiva, por cuanto el chip se implantaría bajo la piel del sujeto y previa realización de una pequeña intervención. Este hecho podría plantear serias implicaciones desde el punto de vista del derecho a la dignidad de la persona y a su integridad física, consagrado por la Constitución, que en principio escaparían a las competencias de esta Agencia pero podrían plantar problemas de índole legal en ámbitos distintos al de la actuación de aquélla.

Por su parte, la lectura del microchip, en caso de que su implantación exigiera como se ha indicado el consentimiento del interesado, de forma que dicha lectura únicamente tuviera lugar en los supuestos en los que el interesado lo permitiera. Esta exigencia plantearía problemas en caso de que la información contenida en el chip pudiese ser leída a través de otros dispositivos, como los lectores de emisiones de radiofrecuencias en dispositivos RFID.

Además, la consulta prevé incluso la implantación de dispositivos de lectura de la localización del sujeto, lo que además implicará la emisión de señales que podrían ser captadas a través de otros dispositivos distintos de aquéllos respecto de los que los interesados prestasen su consentimiento.

Lo que acaba de indicarse conduce a una primera conclusión: la información del dispositivo o la señal emitida por el mismo, en su caso, debería ser objeto de procedimientos que impidiesen lecturas no permitidas por el interesado, o su representante legal cuando se tratase de un incapacitado (lo que resulta aplicable al caso, dado que la consulta hace referencia a la localización de enfermos de Alzheimer). Ello implica la necesaria implantación en el propio dispositivo de medidas que garantizaran el cifrado de toda la información o de la señal contenida en el chip para evitar su lectura en supuestos en los que no concurra el consentimiento del interesado.

Aún en el supuesto de que concurriese el consentimiento del interesado para la implantación y lectura de la información contenida en el microchip y que este reúna los requisitos que se han venido indicando, sería preciso que el tratamiento resulte además respetuoso con los restantes principios de protección de datos. De este modo, si se contase con el consentimiento para tal tratamiento no resultase coherente con los citados principios, debería entenderse que aquél no se encuentra amparado por la citada Ley.

En particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4.1 y 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Según el primero de ellos “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”. A su vez, el artículo 4.2 añade que “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

De este modo, y como se apuntó al comienzo del presente informe, no resulta posible determinar si la comercialización y tratamiento de los datos que pudieran incluirse en los chips a los que se refiere la consulta resulta conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/999 en tanto no se conozca la finalidad concreta que justificaría su implantación y el posterior tratamiento relacionado con la lectura del citado chip.

A tal efecto, como se ha señalado, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica exige que el tratamiento sea adecuado y proporcional a la finalidad perseguida por el mismo. En relación con la aplicación de tal principio, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996](#) determina que se trata de “una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”.

Prosigue la Sentencia indicando que “en este sentido, hemos destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Pues bien, atendiendo al triple juicio efectuado por la doctrina del Tribunal Constitucional cabe concluir que la implantación del microchip y el posterior tratamiento de los datos deberían únicamente ser admisibles en caso de que el mismo resultase imprescindible para la finalidad perseguida, que lógicamente deberá ser lícita. De este modo, si fuera posible reemplazar la citada implantación por otros medios que permitiesen el tratamiento de los datos necesarios para tal finalidad sin necesidad de emplear métodos invasivos, como por ejemplo mediante la existencia de tarjetas inteligentes o dispositivos de localización móviles que no lleven aparejada la implantación a la que se refiere la consulta, cabría entender que el tratamiento llevado a cabo no se encontraría amparado por la legislación de protección de datos.

En este sentido se ha pronunciado la Agencia en reiteradas ocasiones en relación con el tratamiento de datos biométricos para actividades en que ese tratamiento no resulta necesario, por ejemplo para el control de asistencia al comedor de un colegio de los niños escolarizados, en que se pretendía el tratamiento de su huella digital. Tales conclusiones serían aplicables en aún mayor medida en supuesto como el actual en que la implantación del microchip al que se refiere la persona afecta a la propia integridad física del sujeto.

En consecuencia, para que fuera conforme a derecho la actuación planteada debería analizarse caso por caso la necesidad de que la misma se llevase a cabo en relación con la finalidad perseguida, siendo además necesario, incluso en ese caso, el consentimiento del interesado y la implantación de medidas de seguridad que impidiesen el acceso a la información contenida en el chip por terceros distintos de aquéllos respecto de los que se ha otorgado el consentimiento.