

**GRUPOS DE WHATSAPP Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS.**

Escarlata Gutiérrez Mayo, Fiscal en la Sección Territorial de Manzanares de la
Fiscalía Provincial de Ciudad Real
@escar_gm

La resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 20 de noviembre de 2017 declaró que un Ayuntamiento había infringido la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante, LOPD) por la inclusión del número de teléfono de un vecino de dicha localidad en un grupo de whatsApp creado por uno de los concejales para informar de asuntos relacionados con el municipio, sin que dicho vecino hubiese autorizado su inclusión en dicho grupo.

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/admon_publicas/ap_2017/common/pdfs/AAPP-00023-2017_Resolucion-de-fecha-20-11-2017_Art-ii-culo-10-9-LOPD.pdf

Al hilo de esta resolución me gustaría analizar la incidencia que puede tener en los derechos reconocidos en el artículo 18 apartados 1 y 4 de la Constitución Española (en adelante, CE) relativos a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, la inclusión del número móvil de un particular en un grupo de WhatsApp, sin el previo consentimiento del mismo.

En segundo lugar, estudiaremos los derechos con los que podría entrar en conflicto y cuál sería el marco legal aplicable.

En tercer lugar, nos centraremos en la cuestión relativa a si la mera inclusión del número de teléfono de un particular en uno de estos grupos vulnera esos derechos.

1) Concepto y opciones de privacidad de whatsApp.

Para comenzar este análisis es necesario estudiar brevemente el concepto de la aplicación whatsApp y las opciones de privacidad que la misma ofrece a sus usuarios.

WhatsApp es una aplicación propiedad de la empresa Facebook de mensajería instantánea para teléfonos de última generación (smartphones), que envía y recibe mensajes mediante Internet. Además de utilizar la mensajería en modo texto, los usuarios de la libreta de contacto pueden crear grupos y enviarse mutuamente, imágenes, vídeos y grabaciones de audio. Según datos de 2016 supera los 1.000 millones de usuarios.

WhatsApp permite introducir a los usuarios un nombre, foto de perfil, información escrita (Info) y fotos de estado, desapareciendo estas últimas a las 24 horas de su perfil.

La aplicación ofrece diversas opciones de **privacidad** a sus usuarios. En lo que aquí nos interesa, existe la posibilidad de que la información asociada tu número de teléfono, tu foto de perfil, tu estado y la última vez que te conectaste pueda ser visualizada por todos los usuarios, aunque el usuario no tenga guardado su número de teléfono entre sus contactos; sólo por tus contactos; o que no pueda ser visualizada por nadie. Por defecto, la aplicación permite que todos los usuarios puedan ver esta información. La aplicación WhatsApp en su política de privacidad, que todos los usuarios deben aceptar, explican las diversas modalidades y la posibilidad expresa que existe de que ningún usuario acceda a tu información personal.

WhatsApp permite la creación por parte de sus usuarios de GRUPOS. Estos grupos son creados por un usuario, que es el Administrador, y es quien va añadiendo a los contactos que quiere que formen parte de ese grupo, quienes no tienen que haber autorizado previamente estar dentro del mismo. Una vez que están dentro del grupo pueden abandonarlo.

Dentro de cada grupo cualquier usuario puede ver todos los participantes del mismo. Pero, la información que pueden ver los usuarios que están dentro de un grupo del resto de integrantes depende de cómo tengan configurada sus opciones de privacidad. En caso de que tuviesen establecido que ningún usuario, o que sólo sus contactos, pudiesen ver esta información, ningún otro usuario que no tuviesen registrado podría acceder a estos datos asociados a su número de móvil.

2) Derechos afectados y marco legal aplicable.

El supuesto de hecho que estamos analizando, la inclusión de un usuario en un grupo de WhatsApp sin el consentimiento del mismo y junto a otros usuarios desconocidos, podría afectar al derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 de la CE, y en el caso en que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, al derecho fundamental a la protección de datos, previsto en el artículo 18.4. CE.

En cuanto al **ámbito de aplicación de la LOPD**, establece su artículo 2 apartado 1) *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*

Estableciendo el apartado 2 de este artículo *“El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:*

- *a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.”*

Sobre el **concepto de intimidad** establece la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2014, de 30 de enero, que la intimidad es concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de

actuación para controlar la información relativa a su persona y a su familia en el ámbito público: **"el derecho a la intimidad garantiza al individuo su poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos) su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida"** (STS. 1328/2009 de 30.12).

Respecto a la **definición y contenido de los derechos a la intimidad y a la protección de datos**, establece la Sentencia del Tribunal 292/2000, de 30 de noviembre en su Fundamento Jurídico Sexto:

*"La función del **derecho fundamental a la intimidad** del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el **derecho fundamental a la protección de datos** persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.*

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino

los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”

En la mayoría de los supuestos, la creación de un grupo de whatsApp no se encontrará dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, ya que se tratará de un grupo creado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, como pueden ser los grupos de amigos, de padres del colegio o de compañeros de trabajo.

Si bien existen casos donde la creación de dicho grupo sí se incardina dentro del ámbito de aplicación de esta ley, como es el supuesto que recoge la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) de fecha 20 de noviembre de 2017, donde un Ayuntamiento creó un grupo de whatsApp con teléfonos de diversos vecinos que habían cedido su número de teléfono al mismo para un fin distinto a la creación de dicho grupo, para el que nunca prestaron su consentimiento.

La AEPD resolvió que en este caso se había vulnerado el artículo 4.2 de la LOPD, habida cuenta que entregados los datos por los vecinos del municipio para una finalidad concreta, el uso o tratamiento posterior que no esté en consonancia con la finalidad para la que fueron facilitados, constituiría un desvío de finalidad que vulneraría dicho artículo.

3) ¿Vulnera los derechos fundamentales a la intimidad o a la protección de

datos la inclusión del número de teléfono de un particular en un grupo de whatsApp ?

En mi opinión, para valorar si la inclusión del número de teléfono de un usuario en uno de estos grupos sin su consentimiento vulnera su derecho a la intimidad o a la protección de datos, es fundamental tener en cuenta el concepto de **DATO PERSONAL**.

Fijar este concepto es esencial para analizar si la mera inclusión del número de móvil del usuario en el grupo de whatsApp supone compartir en el mismo con el resto de participantes datos de carácter personal.

Establece el artículo 3 de la LOPD: *A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*

Dispone el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 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: *“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:*

a)«datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social; “

Por su parte, la Sentencia de 17 de marzo de 2006, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, establece en el Fundamento Jurídico Cuarto:

“Finalmente, y para agotar esta materia, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 6 de noviembre de 2003 (caso Lindqvist. Asunto C-101/01) abordó la cuestión que estamos tratando, señalando lo siguiente:

“El concepto de «datos personales» que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones.”

Sentado el concepto de dato personal, conviene analizar las diversas posibilidades que existen cuando un usuario es añadido a un grupo de whatsApp, para el que previamente NO ha prestado su consentimiento:

- A) Existe la opción de que el administrador que crea el grupo NO haga referencia, una vez creado el mismo, al nombre o cualquier otro dato que permita identificar a las personas a las que ha añadido. En este caso, el

usuario al que han añadido a ese grupo, si no quiere formar parte del mismo, puede salirse de éste. Hasta ese momento, el resto de usuarios, que no sean a su vez sus contactos, sólo verán su número de teléfono, y la información y foto de perfil si el mismo ha consentido que puedan ver estos datos todos los usuarios. En otro caso, únicamente verán un número de teléfono, que es imposible que se pueda asociar con la identidad de ninguna persona.

- B) En el caso de que el administrador del grupo, además de añadir participantes al mismo, comparta en el grupo cualquier dato que permita la identificación de éstos, dándoles por ejemplo la bienvenida al grupo por su nombre, se puede entender que está compartiendo datos de carácter personal, ya que aunque el usuario tenga limitada su información personal y su foto sólo a sus contactos y éste abandonase el grupo en cuanto tuviese ocasión, antes que lo hiciese el resto de integrantes del mismo podrían conocer su número de teléfono móvil y asociarlo con su identidad.

Por tanto, en el primer caso, **no puede entenderse que por la mera inclusión de una persona en el grupo de whatsapp**, aunque esta no hubiese prestado su consentimiento, o como en el supuesto analizado por la AEPD en su resolución de fecha 20 de noviembre de 2017 donde el número de teléfono del usuario fue facilitado al Ayuntamiento para otra finalidad, se produce una vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE o del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la CE, habida cuenta que **NO se está compartiendo ningún dato de carácter personal**. Hasta que el usuario abandonase el grupo, los demás participantes sólo verían un número de móvil, que es imposible asociar con una persona determinada. Es decir, es imposible que sólo el dato del número de móvil permita identificar a una persona física.

Por el contrario, **en el segundo supuesto sí nos encontraríamos ante una vulneración del derecho a la intimidad**, y en caso de que estemos dentro de su ámbito de aplicación, de la LOPD, ya que se comparte en el grupo de whatsapp con todos los participantes del mismo, y sin previa autorización del usuario, un dato de carácter personal referido a una persona física identificable, ya que junto a su número de teléfono el administrador del grupo aporta otra serie de datos que permiten al resto de usuarios identificarle.

Existe una tercera posibilidad que me gustaría analizar, el caso en que el administrador que crea el grupo no comparte ningún dato que permita identificar a los usuarios del mismo, pero algunos de éstos tienen en su configuración de privacidad la posibilidad de que todos los usuarios puedan ver su información personal y su foto de perfil. En estos casos, antes que el usuario en cuestión pudiese abandonar el grupo, el resto de usuarios ya habría visto junto a su número de móvil una serie de datos que sí pueden considerarse de carácter personal, pues podrían llevar a la identificación del usuario. En mi opinión, en este caso, la posible afeción al derecho a la intimidad no se ha producido por la inclusión en el grupo de whatsapp, sino porque el usuario, conocedor de la política de privacidad de la

aplicación, ha consentido en que todos los usuarios puedan acceder a esa información. De modo que si el resto de miembros del grupo pueden asociar su número de móvil con información de carácter personal es por su exclusiva responsabilidad y no puede imputarse al administrador del grupo la vulneración de su derecho a la intimidad o a la protección de datos.

Huelga decir que si un usuario que ha sido añadido a uno de estos grupos sin su consentimiento, interviene en el mismo o realiza cualquier actividad que no sea abandonarlo, se entiende que consiente tácitamente formar parte del mismo y que los usuarios de éste puedan conocer, además de su teléfono, otros datos que pudiesen conducir a su identificación.

En mi opinión, la resolución de la AEPD de fecha 20 de noviembre de 2017 yerra al entender que por la mera inclusión de un usuario en un grupo de whatsApp se ha producido una vulneración de la LOPD, centrando únicamente su análisis en si el usuario había cedido su teléfono al Ayuntamiento para esa finalidad, pero sin argumentar el motivo en virtud del cual se entiende que un mero número de teléfono en una lista de participantes se considera un dato de carácter personal, cuando es imposible que el mismo se asocie con una persona física identificada o identificable.

Por todo lo expuesto, **podemos concluir que la persona (física o jurídica) que crea un grupo de whatsApp, sin previo consentimiento de los usuarios, NO vulnera los derechos fundamentales a la intimidad ni a la protección de datos de los mismos, siempre que en dicho grupo no añada elementos que permitan la identificación de los usuarios de los números de teléfono móvil.** Y ello es así con independencia de que los usuarios hayan añadido información personal en su cuenta y permitan que todos los usuarios puedan acceder a la misma, ya que recae en ellos desplegar las mínimas garantías para salvaguardar su propia intimidad.