

CON RESPECTO A

LAS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA EN EL INTERCAMBIO DE DATOS POR PARTE DE LOS SITIOS WEB DE SALUD MENTAL EN EL REINO UNIDO Y LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE, COMO PONE DE MANIFIESTO EL INFORME INTERNACIONAL DE PRIVACIDAD «SU SALUD MENTAL EN VENTA» (2019)

OPINIÓN

SUSIE ALEGRE

Doughty Street Chambers
53-54 Doughty Street
Londres WC1N 2LS
Email: s.alegre@doughtystreet.co.uk

26 de noviembre de 2020

Introducción

1. Esta opinión se ha redactado en el contexto de una subvención del Fondo Digital Freedom para la investigación prejudicial sobre la relevancia del derecho a la libertad de pensamiento en posibles recursos judiciales de prácticas asociadas con el «capitalismo de vigilancia» en Europa. Se centrará en la aplicación del derecho a la libertad de pensamiento y el derecho relacionado con la integridad de la persona incluidos en la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la UE de hechos documentados en el informe de 2019 de Privacy International [«Su salud mental en venta»](#) y el [informe de seguimiento](#) de 2020, que mostró que el 97,78 % de todas las páginas web de salud mental analizadas en el Reino Unido, Francia y Alemania tenían un elemento de terceros y muchas proporcionaban los datos a terceros para fines publicitarios.
2. Privacy International ya ha presentado [queja](#) a la Autoridad Francesa de Protección de Datos (CNIL) sobre infracciones de la Ley de protección de datos por parte del sitio web francés Doctissimo.fr, argumentando que la empresa:
 - No tiene una base legal para el tratamiento de datos personales, ya que no se cumplen los requisitos para un consentimiento válido. El consentimiento es la base declarada de Doctissimo para el tratamiento y la única base legal disponible dada la naturaleza del tratamiento implicado. Doctissimo tampoco obtiene el consentimiento explícito en el caso de datos personales de categoría especial;
 - No cumple con los principios de protección de datos recogidos en el RGPD, es decir, los principios de transparencia, equidad, legalidad, limitación de propósito, minimización de datos e integridad y confidencialidad;
 - No cumple con sus obligaciones en virtud del artículo 25 (Protección de datos desde el diseño y por defecto) el artículo 32 (Seguridad del tratamiento) del RGPD;
 - Debería investigarse más a fondo en cuanto al cumplimiento de los derechos, obligaciones y salvaguardas del RGPD;
 - No cumple con la ley en su uso de cookies y otras tecnologías de seguimiento en los dispositivos de los usuarios.
3. Esta opinión no repite el análisis legal en su presentación, sino que explora argumentos legales adicionales que pueden proporcionar bases alternativas o adicionales para desafiar el tipo de prácticas reveladas en el Informe de Privacidad Internacional, en particular los sitios web de salud mental que participan en publicidad programática, un tipo de publicidad que se basa en compartir nuestros datos personales con cientos, si no miles, de empresas para eventualmente servir a los usuarios con anuncios dirigidos y sitios web de salud mental que ofrecen pruebas de depresión compartiendo las respuestas de los usuarios directamente con terceros. El intercambio y la venta de datos relacionados con la salud mental de las personas es muy sensible y plantea cuestiones legales sobre la protección de datos y el derecho a la vida privada. Esta opinión explorará los argumentos legales adicionales que pueden ser relevantes desde la perspectiva de los derechos absolutos a la libertad de pensamiento y a la integridad de la persona. El análisis se centrará en la posibilidad de considerar la aplicación de estos derechos adicionales de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que pueden ayudar en la interpretación de la legislación de la Unión Europea, incluido el RGPD y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. También considerará cómo el análisis del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede apoyar la interpretación de la Ley de protección de datos de la UE. Las preguntas particulares que tratará son

- a. ¿Cómo podrían los derechos a la libertad de pensamiento y/o integridad de la persona incluidos en la Carta de la UE ser relevantes para la interpretación de la Ley de protección de datos de la UE en este contexto?
 - b. ¿En qué sentido la interpretación de estos derechos de la Carta de la UE se basa en los derechos paralelos del CEDH y el PIDCP?
 - c. ¿Existen otros aspectos de la legislación de la UE que ayuden a interpretar los parámetros de los derechos a la libertad de pensamiento y la integridad de la persona en relación con la publicidad dirigida basada en datos compartidos de sitios web de salud mental?
4. Esta opinión se basa en la información proporcionada en los informes de Privacy International citados anteriormente y se centra en los aspectos de derecho internacional de la libertad de pensamiento y la integridad de la persona que pueden ser aplicables en cualquier jurisdicción europea donde se identifiquen tales prácticas. La forma en que esto podría dar lugar a posibles litigios dependerá de si las prácticas se impugnan directamente o a través de un regulador y de si el sitio web en cuestión está gestionado por un organismo público (como el NHS en el Reino Unido) o una empresa privada. Estos argumentos son complementarios a argumentos más familiares basados en el derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la vida privada, como por ejemplo los establecidos en la queja de Privacy International a la CNIL.

Aplicabilidad de la Carta de la UE

4. El informe de Privacy International señala que las prácticas que identifica plantean dudas sobre el cumplimiento de la legislación de la UE, en particular el Reglamento general de protección de datos (GDPR),¹ las leyes de aplicación de los estados miembros, y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Las prácticas identificadas están claramente dentro del ámbito de la legislación de la UE y la aplicación de la legislación de la UE a esas prácticas debe considerarse a la luz de la Carta de la UE (artículo 51.1 de la Carta de la UE).
5. En el [Asunto C-414/16 - Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.](#) el abogado general Tanchev² explicó cómo deben entenderse y aplicarse los derechos de la Carta en la legislación de la UE:
- «36) [...] expondré detalladamente cómo y por qué los artículos 52, apartado 3, y 53 de la Carta son fundamentales para la resolución de los problemas jurídicos suscitados en el litigio principal. El artículo 52, apartado 3, de la Carta establece que, en la medida en que los derechos contenidos en la Carta correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales. El artículo 52, apartado 3, añade que esta disposición «no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». La parte del artículo 53 que se examinará se refiere a la afirmación, según la interpreta el Tribunal de Justicia en su sentencia Melloni, (16) de que ninguna de las disposiciones «de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, [...] así como por las constituciones de los Estados miembros».

¹ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y sobre la libre circulación de dichos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (OJL 119, 4.5.2016, p. 1) (en adelante RGPD)

² [Opinión](#) de 9 de noviembre de 2017

6. En su [sentencia](#) del mismo asunto, el TJUE concluyó que «un tribunal nacional, al conocer de un litigio entre dos particulares, cuando no puede interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, está obligado a garantizar, con arreglo a sus atribuciones, la protección jurídica que se deriva para los justiciables de lo establecido en los artículos 21 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan».³
7. El cumplimiento de las disposiciones pertinentes de la Carta de la UE debe ser un factor en la interpretación y aplicación de la legislación de la UE en las prácticas descritas en el informe de Privacidad Internacional en toda la UE y en jurisdicciones donde la interpretación de las leyes relacionadas se pueda basar en la legislación de la UE. Cualquier disposición de la legislación nacional que implemente la legislación de la UE no debe aplicarse cuando sea contraria a los derechos de la Carta de la UE. Las disposiciones de la Carta de la UE incluyen, entre otras, el artículo 7 (Respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 8 (Protección de datos de carácter personal) de la Carta. Si bien los artículos 7 y 8 se han utilizado regularmente en la interpretación de la Ley de protección de datos de la UE y son el foco de la queja de Privacy International ante la autoridad francesa de protección de datos (CNIL) sobre Doctissimo.fr, las prácticas descritas en el informe de Privacy International plantean cuestiones en virtud de derechos adicionales de la Carta que podrían implicar protecciones prácticas aún más fuertes. Esta opinión se centrará en el artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona) y el artículo 10 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y su relevancia para interpretar la legalidad de las prácticas expuestas en el informe de Privacy International en el Reino Unido, Francia y Alemania y prácticas similares en otros países.

Responsabilidad por cumplimiento en virtud del RGPD

8. Los responsables de los de datos son responsables del cumplimiento de la legislación europea de protección de datos. Esta responsabilidad se comparte entre los sitios web que comparten información y los terceros con los que la comparten. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó, en su sentencia de 29 de julio de 2019 en el [Asunto C-40/17 Fashion ID GmbH & Co.KG / Verbraucherzentrale NRW eV](#) que:
«el administrador de un sitio de Internet, como Fashion ID, que inserta en dicho sitio un módulo social que permite que el navegador del visitante de ese sitio solicite contenidos del proveedor de dicho módulo y transmita para ello a ese proveedor datos personales del visitante puede ser considerado responsable del tratamiento, en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46. Sin embargo, esa responsabilidad se limita a la operación o al conjunto de las operaciones de tratamiento de datos personales cuyos fines y medios determina efectivamente, a saber, la recogida y la comunicación por transmisión de datos en cuestión».
9. Los resultados en este asunto pueden aplicarse por analogía a las cookies u otras tecnologías de seguimiento similares que permiten que los sitios web compartan información con terceros.⁴ Si bien este asunto trató sobre la aplicación de la Directiva 95/46, los principios se aplican igualmente a la interpretación del RGPD. Esto significa que los sitios web que participan en el tipo de prácticas destacadas en el informe de Privacy International son responsables junto con los

³ [Sentencia](#) de 17 de abril de 2018

⁴ Véase también la [orientación sobre el uso de cookies y tecnologías similares](#) de la Oficina del Comisionado de Información del Reino Unido en relación con el concepto de responsabilidad compartida.

terceros con los que comparten datos de cualquier incumplimiento de la Ley de protección de datos de la UE. La Junta Europea de Protección de Datos adoptó las Directrices 07/2020 sobre los conceptos de responsable y procesador en el RGPD⁵ en septiembre de 2020, que ofrecen más orientación sobre la responsabilidad relativa de los responsables conjuntos, lo que puede proporcionar más claridad sobre la responsabilidad en casos específicos presentados contra sitios web y/o terceros con los que comparten datos de carácter personal.

Derechos de la Carta de la UE y el RGPD

10. El considerando 4 del RGPD describe la relación entre el derecho a la protección de datos personales y otros derechos y libertades de la siguiente manera:

«El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad.² El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. ³El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística.»

11. El artículo 1 del RGPD sobre el objeto establece que:

«2. El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y en particular su derecho a la protección de datos personales.»

Esto indicaría que el reglamento está diseñado para proteger todos los derechos y libertades fundamentales incluidos en la Carta de la UE, no solo el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Por lo tanto, la interpretación del RGPD de forma más amplia debe considerar, cuando sea relevante, el efecto de las prácticas dentro del ámbito del RGPD sobre los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas. Cuando el impacto sobre determinados derechos o libertades implique un nivel de protección más alto, ese es el estándar que debe aplicarse.

12. El informe de Privacy International destaca cuestiones relacionadas con la legalidad, la equidad y la transparencia en la forma en que los sitios web de salud mental procesan los datos personales de los usuarios. Las prácticas revelan dos áreas particulares de preocupación en relación con el tratamiento:

A - El intercambio de datos de salud mental con terceros; y

B - El tratamiento de datos de salud mental con fines de publicidad dirigida.

13. El RGPD contiene los siguientes principios relacionados con el procesamiento de datos personales en su artículo 5:

1. Los datos personales serán:

(a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

⁵ https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf

(b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

...

(f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

14. La interpretación de la legalidad en virtud del artículo 5 del RGPD debe tener en cuenta la posibilidad de que el tratamiento infrinja no solo las disposiciones explícitas del RGPD, sino también los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Carta de la UE. En relación con la Ley de protección de datos de la UE, el TJUE, en su sentencia Google contra España, señaló:

«El Tribunal de Justicia ya ha declarado que las disposiciones de la Directiva 95/46, en la medida en que regulan el tratamiento de datos personales que pueden atentar contra las libertades fundamentales y, en particular, contra el derecho a la intimidad, deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que están actualmente recogidos en la Carta (véanse, en particular, las sentencias Connolly/Comisión, C-274/99 P, EU:C:2001:127, apartado 37, y Österreichischer Rundfunk y otros, EU:C:2003:294, apartado 68).»⁶

Si bien el análisis de la Corte se refirió únicamente a los artículos 7 y 8 de la Carta en detalle, está claro que todos los derechos de la Carta son relevantes para la legalidad del tratamiento de datos de carácter personal en la legislación de la UE.

15. El párrafo 2 del artículo 5 deja claro que corresponde al responsable de los datos demostrar dicho cumplimiento, no a la persona afectada. El informe de Privacy International revela prácticas que plantean serias dudas sobre el cumplimiento de la Ley de protección de datos de la UE y violaciones potencialmente graves de los derechos fundamentales de las personas que utilizan sitios web de salud mental, aunque no se pueden determinar el uso final de los datos y la magnitud total del impacto en los derechos fundamentales. En estas circunstancias, corresponde a los responsables conjuntos demostrar el pleno cumplimiento de sus actividades respecto a la legislación de la UE, incluido el respeto de la gama completa de derechos y libertades fundamentales establecidos en la Carta. Los responsables conjuntos incluyen tanto los sitios web como los terceros con los que comparten datos personales, aunque el

⁶ Sentencia de 13 de mayo de 2014 en el Asunto C131 / 12

establecimiento del alcance exacto de sus respectivas responsabilidades requeriría una mayor investigación caso por caso.

Artículo 10 Carta de la UE - Derecho a la libertad de pensamiento

16. El derecho a la libertad de pensamiento y el derecho relacionado con la libertad de expresión e información, que incluye el derecho a tener opiniones, se señalan en el considerando 4 del RGPD como de especial relevancia en el contexto del tratamiento de datos de carácter personal. El derecho a la libertad de pensamiento está garantizado por el artículo 10 de la Carta de la UE junto con los derechos a la libertad de conciencia y religión. Está estrechamente relacionado con el derecho a tener opiniones protegidas por el derecho a la libertad de expresión e información en el artículo 11. No existe jurisprudencia directa del TJUE sobre el derecho a la libertad de pensamiento como algo separado de otros elementos del artículo 10 o del derecho a tener opiniones protegido por el artículo 11 pero, de conformidad con el artículo 52(3) de la Carta, la interpretación del derecho a la libertad de pensamiento debe, como mínimo, reflejar el derecho garantizado por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
17. En ausencia de jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de pensamiento frente a los aspectos religiosos del artículo 9 o los relacionados con la libertad de conciencia, cierta jurisprudencia y análisis académicos dan una indicación del alcance potencial del derecho. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha concluido que, dada la «*exhaustividad del concepto de pensamiento*», el deseo de un padre de llamar a su hijo de cierta manera entraría en el ámbito del derecho a la libertad de pensamiento.⁷ Esto indicaría un amplio ámbito de protección para todo tipo de pensamiento que se refleja en la jurisprudencia, la orientación y la literatura sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el marco de la ONU, en particular el artículo 18 de la DUDH y el PIDCP. El Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación general 22 sobre el artículo 18 del PIDCP ha dicho que el derecho es «*profundo y de gran alcance*».⁸ El profesor Martin Scheinin ha descrito⁹ la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el artículo 18 de la DUDH en conjunto como una protección de «*carácter absoluto de la libertad de un estado de ánimo interior*».¹⁰ Esto indicaría que el ámbito del «pensamiento» es potencialmente amplio, incluyendo cosas como estados emocionales y mentales que podrían considerarse protegidos por el artículo 9 del CEDH y, por extensión, el artículo 10 de la Carta de la UE. Análisis académicos de la protección del «*forum internum*» otorgado por los derechos a la libertad de pensamiento¹¹ y el derecho a la libertad de opinión¹² incluye estudios de la aplicación del derecho a la neurociencia¹³ y a los estados mentales en el contexto de la salud mental.¹⁴ El tipo de pensamientos, estados

⁷ *Salonen contra Finlandia* (1997) 25 EHRR 371

⁸ CCPR/C/21/Rev.1/Add. párrafos 1 y 3. Véase también CG No 34 sobre el artículo 19, párrafo 5.

⁹ Si bien se menciona en los textos de derechos humanos sobre el artículo 9 del CEDH y el artículo 18 de la DUDH y el PIDCP, hay poco análisis en profundidad.

¹⁰ M. Scheinin, «Article 18», en: A. Eide *et al.* (ed.) *UDHR: A Commentary*. (Scandinavian University Press, 1992), p. 264-266

¹¹ Por ejemplo S. Alegre, «*Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century*» EHRLR 2017

¹² Por ejemplo E. Aswad, «*Losing the Freedom to Be Human*» *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 52, 2020

¹³ C. Bublitz, *Freedom of Thought in the Age of Neuroscience* Enero 2014 Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 100(1):1-25

¹⁴ F. Beaupert, «*Freedom of Opinion and Expression: From the Perspective of Psychosocial Disability and Madness*» *Laws* 2018, 7, 3; doi:10.3390/laws7010003

mentales y emocionales que se revelan al navegar por sitios web específicos relacionados con la salud mental o al completar cuestionarios relacionados con los estados mentales, por lo tanto, es probable que se consideren dentro del ámbito de protección del *forum internum* en virtud del derecho a la libertad de pensamiento y/o el derecho relacionado con la libertad de opinión.

18. El artículo 9 del CEDH reconoce dos aspectos separados del derecho a la libertad de pensamiento: un aspecto interno (el *forum internum*) y un aspecto externo, la manifestación de pensamientos y creencias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el aspecto interno del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y creencias está protegido absoluta e incondicionalmente por el CEDH, mientras que el derecho a manifestar la religión y las creencias es un derecho limitado.¹⁵ Cuando una práctica equivale a una injerencia en el derecho a la libertad de pensamiento en el *forum internum*, por lo tanto, no puede haber una justificación legal para la injerencia.
19. Existe una jurisprudencia muy limitada e inconsistente sobre los límites exactos entre *forum internum* y la manifestación de pensamientos y creencias en virtud del artículo 9 del CEDH¹⁶ y no hay jurisprudencia en relación con el pensamiento frente a la religión, creencias o conciencia. Este derecho y el correspondiente derecho a la libertad de opinión aún no han sido objeto de litigio en el contexto de la protección de datos y la esfera digital. Sin embargo, los relatores especiales de las Naciones Unidas han señalado su relevancia al señalar las implicaciones de la vigilancia, la elaboración de perfiles de datos y la selección para el derecho absoluto a la libertad en el *forum internum* y han destacado la protección absoluta otorgada a los pensamientos, opiniones e ideas antes de que se compartan conscientemente con el mundo exterior.¹⁷ El relator especial de la ONU sobre libertad de opinión y expresión ha señalado que «las personas conservan sus opiniones en formato digital, al almacenar sus opiniones y su historial de búsqueda y navegación (...) En otras palabras, mantener una opinión en la era digital no es un concepto abstracto que se limita a lo que pueda estar en nuestra mente»¹⁸ y que «los sistemas de vigilancia, tanto específicos como masivos, pueden vulnerar el derecho de las personas a forjarse opiniones, porque el temor a que su actividad en línea, como las búsquedas y las páginas visitadas, se divulgue sin su consentimiento probablemente puede disuadirles de acceder a esa información...»¹⁹
20. El análisis académico de las protecciones prácticas que ofrece el derecho a la libertad de pensamiento en el artículo 9 del CEDH indica tres elementos principales del derecho:
 - el derecho a no revelar los propios pensamientos;
 - el derecho a que no se manipulen los propios pensamientos; y
 - el derecho a no ser penalizado por los propios pensamientos.²⁰

¹⁵ (Ivanova contra Bulgaria, párrafo 79; Mockutė contra Lituania, párrafo 119)

¹⁶ [Mawhinney, A](#) 2016, [Coercion, oaths and conscience: conceptual confusion in the right to freedom of religion or belief](#), en F. Cranmer, M. Hill QC, C. Kenny y R. Sandberg (ed.), *The Confluence of Law and Religion: Interdisciplinary Reflections on the Work of Norman Doe*. Cambridge University Press, p. 205-218, P. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press (2006)

¹⁷ Véase, por ejemplo, el relator especial de la ONU sobre la libertad de expresión: [Report on Artificial Intelligence technologies and implications for freedom of expression and the information environment](#) y [Research Report on Artistic Freedom of Expression](#)

¹⁸ Relator especial de la ONU sobre Libertad de Expresión, [Report on encryption, anonymity, and the human rights framework](#)
¹⁹ *Ibidem*

²⁰ B. Vermeulen, «Article 9» en: P. van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (ed.): *Theory and Practice*

Las prácticas descritas en el informe de Privacy International plantean problemas potenciales en las tres ramas del derecho a la libertad de pensamiento. El intercambio de datos relacionados con el historial de navegación de un usuario en sitios web de salud mental y sus respuestas a cuestionarios de autoevaluación vulnera el derecho a no revelar los propios pensamientos. El análisis académico del artículo 9 del CEDH ha señalado que:

«En esencia, es poco probable que haya muchas buenas razones por las que el estado deba tener información específica sobre lo que cree un individuo, pero indudablemente hay muchas malas razones, especialmente si se tiene en cuenta la Inquisición y las investigaciones coercitivas de los regímenes totalitarios modernos.»

Del mismo modo, indudablemente hay muchas malas razones por las que las empresas, incluida la de publicidad digital pueden querer tener información sobre el estado psicológico de las personas. Si existen buenas razones para compartir estos datos que no violan el derecho del usuario a la libertad de pensamiento, la carga recae en los sitios web y los terceros con los que comparten datos personales como responsables conjuntos para demostrar cuáles son esas razones y por qué son relevantes respecto a las circunstancias específicas. En base a las pruebas del informe de Privacy International, las buenas razones para compartir datos de salud mental no son evidentes.

21. El intercambio de datos sobre salud mental con terceros, incluidos los anunciantes, plantea serias preocupaciones sobre el uso futuro de dichos datos y su impacto en los derechos fundamentales. En 2019, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió una Declaración sobre las capacidades manipulativas de los procesos algorítmicos reconociendo que:

«Los niveles muy sutiles, subconscientes y personalizados de la persuasión algorítmica pueden tener efectos significativos en la autonomía cognitiva de la ciudadanía y su derecho a forjarse una opinión y a tomar decisiones independientes.»²¹ En la misma declaración, el Consejo de Ministros reconoció que ello podría «llevar a la corrosión de los propios fundamentos del Consejo de Europa».

22. El análisis académico ha destacado que la trascendencia de la garantía absoluta de la libertad interior de pensamiento, conciencia y religión:

«Implica que uno no puede ser sometido a un tratamiento destinado a cambiar el proceso del pensamiento, que se prohíbe cualquier forma de compulsión a expresar pensamientos, cambiar de opinión o divulgar una convicción religiosa, y que tampoco se puede imponer ninguna sanción a cualquier punto de vista o cambio de religión o convicción: protege contra el adoctrinamiento por parte del Estado.»²²

23. Cuando la información sobre la salud mental y el estado de ánimo de una persona se comparte para fines de publicidad dirigida, esto podría violar el derecho a que no se manipulen los propios pensamientos,

of the European Convention on Human Rights, 4.^a ed., (Cambridge: Intersentia Press 2006) p.752; D. J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres: Butterworths (1995), p. 360-2

²¹ https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168092dd4b

²² P van Dijk/F van Hoof *supra*, edición de 1998 p. 541-2

protegido por el artículo 10 de la Carta de la UE y el artículo 9 del CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto de Kokkinakis contra Grecia²³ dijo que:

«Es indispensable distinguir el testimonio cristiano del proselitismo abusivo: el primero corresponde a la verdadera evangelización, que un informe elaborado en 1956 bajo los auspicios del Consejo Mundial de Iglesias describe como una misión esencial y una responsabilidad de todo cristiano y de toda Iglesia. El último representa una corrupción o deformación del mismo. Puede, según el mismo informe, tomar la forma de actividades que ofrezcan ventajas materiales o sociales con el fin de ganar nuevos miembros para una Iglesia o ejercer una presión indebida sobre personas en peligro o en necesidad; incluso puede implicar el uso de violencia o lavado de cerebro; de forma más general, no es compatible con el respeto de la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los demás.»²⁴

24. Esta distinción puede ser análoga al ámbito de la publicidad y el marketing, incluida la publicidad en línea. Si bien toda la publicidad y el marketing, como muchas actividades legítimas, están diseñados para persuadir, existe una diferencia entre las actividades publicitarias que equivalen a una persuasión legítima y aquellas que equivalen a una manipulación indebida. Esta distinción se refleja en varias leyes de la UE, como la Directiva sobre prácticas comerciales desleales²⁵ y la Directiva de servicios de medios audiovisuales,²⁶ que puedan considerarse aplicables o análogas a la situación de la publicidad en línea y que, en la práctica, ofrecen un grado de protección al derecho a la libertad en el *forum internum*.
25. En casos como los descritos en el informe de Privacy International, el uso de datos de salud mental individuales que puedan identificar la vulnerabilidad para fines de publicidad dirigida debe caer en el lado equivocado de la línea entre la influencia legítima y la manipulación. En estas circunstancias, la posibilidad de que la publicidad dirigida manipule los pensamientos u opiniones de un individuo en violación de su derecho a la libertad de pensamiento y/o opinión no depende de la identificación del individuo. La anonimización de los datos que aún permite la publicidad dirigida o las técnicas de impulso no pueden subsanar el riesgo de una violación del derecho a la libertad de pensamiento mediante el intercambio de datos personales desde el acceso a sitios web de salud mental.

Artículo 3 de la Carta de la UE - Derecho a la integridad de la persona

²³ Demanda n.º 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993

²⁴ *Ibid*, párrafo 48

²⁵ DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales)

²⁶ DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO,

de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj>

26. El derecho a la integridad de la persona también es relevante respecto a compartir los datos recibidos a través de sitios web que ofrecen servicios relacionados con la salud mental con fines de publicidad dirigida. El artículo 3 de la Carta de la UE establece el derecho a la integridad de la persona en los siguientes términos:
- 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.**
 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - (a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;**
 - (b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;**
 - (c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;**
 - (d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.**
27. El derecho incluye la integridad física y mental. Debe considerarse, lógicamente, que la referencia al campo de la medicina en el párrafo 2 incluye tanto la medicina relacionada con la salud mental como con la salud física. En el contexto de los sitios web que proporcionan información y evaluaciones relacionadas con la salud mental y los datos que revelan el estado de salud mental, el artículo 3 es relevante para una evaluación de sus prácticas.
28. El Informe de Privacidad Internacional señala que:
- «Los resultados de las pruebas de depresión no deben compartirse con terceros
- »Hemos visto que cuatro de cada nueve sitios web de pruebas de depresión comparten las respuestas y los resultados de las pruebas con terceros, ya sea como variables o directamente. Las respuestas a las pruebas de depresión y los resultados de las pruebas de depresión constituyen claramente datos personales relacionados con la salud, ya que se comparten con terceros junto con identificadores únicos que se asocian con los usuarios. En otras palabras, un tercero que reciba estos datos podría decir fácilmente que, por ejemplo, el usuario 274873873 respondió sí a la pregunta “¿ha tenido problemas para levantarse de la cama?”. Como se señaló anteriormente, en reconocimiento de la naturaleza sensible de los datos relacionados con la salud, constituyen datos de categoría especial bajo el RGPD.
- »El artículo 9(1) del RGPD define la categoría especial como «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». Como se señaló anteriormente, prohíbe el tratamiento de dichos datos, a menos que, entre otros, los interesados hayan “dado su consentimiento explícito para el tratamiento de esos datos personales para uno o más fines específicos”.
- »Sin embargo, a partir de nuestra investigación, ninguno de los cuatro sitios web que han compartido los resultados de las pruebas de personas con terceros ha obtenido un consentimiento válido, y mucho menos un consentimiento explícito, para tratar y compartir datos personales, incluidos los datos de categoría especial. Solo el sitio web del NHS tiene un banner claro que permite al usuario aceptar o rechazar las cookies, pero no informó a los usuarios que sus respuestas se compartirían y almacenarían en un servidor de Adobe (Adobe Analytics solo se menciona en la política de privacidad).» (p.25)

29. La interpretación del artículo 9, apartado 1, del RGPD en relación con el intercambio de datos de salud mental, en particular información detallada como los resultados de las pruebas de depresión, debe tener en cuenta el artículo 3 de la Carta de la UE. Una evaluación de lo que equivale a «consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados» en el contexto de datos de salud mental debe reflejar el requisito de «consentimiento

libre e informado» en virtud del artículo 3. Esto parecería ser un estándar más alto que el consentimiento válido en relación con los datos personales en general o incluso el «consentimiento explícito» en relación con otros tipos de datos sensibles. Está claro que las prácticas descritas en el informe de Privacy International no se basan en un consentimiento que se podría describir como «libre e informado» y es poco probable que cumplan con el artículo 3 de la Carta de la UE.

30. El artículo 3 prohíbe explícitamente hacer del cuerpo humano y sus partes una fuente de beneficios económicos en los campos de la medicina y la biología. Como el artículo 3 cubre tanto la integridad física como mental, se puede inferir que el mismo enfoque se aplicaría a la explotación comercial de los estados mentales de una persona en el contexto de la medicina y la biología. Si un médico o un consejero usara la depresión o la ansiedad de una persona como fuente de ganancia financiera vendiendo información sobre su estado mental para explotación comercial, esto sería claramente inaceptable y violaría el derecho de la persona a su integridad. Compartir datos sobre estados mentales con fines de publicidad dirigida para obtener beneficios financieros de sitios web que pretenden ofrecer apoyo en el contexto de la salud mental debe considerarse una interferencia igualmente inaceptable respecto al derecho a la integridad de la persona.
31. En los asuntos acumulados C 148/13, C 149/13 y C 150/13 (A, B y C) ante el TJUE sobre interrogatorios intrusivos y otras prácticas para evaluar la orientación sexual, la abogada general Eleanor Sharpston señaló en su opinión en el párrafo 67:

«Aun cuando un solicitante consienta que se realice cualquiera de las tres prácticas (reconocimientos médicos, (71) interrogatorio indiscreto o aportación de pruebas explícitas), tal consentimiento no cambia mi análisis. El consentimiento del solicitante a una prueba médica para algo (la homosexualidad) que no se considera enfermedad, (i) no puede subsanar una infracción del artículo 3 de la Carta...»

Por analogía, el consentimiento para compartir datos de salud mental, incluidas las respuestas personales a las pruebas de depresión, no remediará una posible vulneración del artículo 3 de la Carta. El consentimiento en circunstancias en las que el intercambio de datos vulnera la integridad personal de un usuario, incluido el derecho a la integridad de la persona, no hará que este tipo de tratamiento de datos de carácter personal sea legal. Ya que parece que los sitios web destacados en el informe de Privacy International se basan principalmente en el consentimiento como base legal para el tratamiento de los datos del usuario, dada la clara ausencia de «consentimiento libre e informado», es poco probable que dicho tratamiento sea legal.

Otra legislación pertinente de la UE

32. Las siguientes disposiciones legislativas relativas a prácticas comerciales desleales y a los medios audiovisuales también son relevantes para evaluar la legalidad del tratamiento de datos de carácter personal relacionados con la salud mental en circunstancias en las que pueden utilizarse para publicidad dirigida u otras prácticas comerciales. También podrían constituir la base de las impugnaciones a las actividades de los sitios web destacados en el informe de Privacy International y/o los terceros con los que se comparten los datos.

33. La Directiva sobre prácticas comerciales desleales²⁷ describe las circunstancias en las que deben prohibirse las prácticas comerciales, ya que se considerarán desleales, según su artículo 5:

Artículo 5

Prohibición de las prácticas comerciales desleales

1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.
 2. Una práctica comercial será desleal si:
 - (a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y
 - (b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.
 3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.
 4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:
 - (a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7, o
 - (b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.
- ...

Artículo 8

Prácticas comerciales agresivas

Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

Artículo 9

Utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida

Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

- (a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;
- (b) ...

²⁷ DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

- (c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;
- (d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;...

El uso de información sobre el estado de salud mental de una persona que indique que una persona está en peligro o en necesidad, o que es vulnerable y susceptible de otro modo a ciertos tipos de mensajes con el propósito de publicidad dirigida para obtener beneficios financieros puede considerarse una práctica comercial agresiva que contraviene la directiva. Desde la perspectiva del derecho a la libertad de pensamiento del artículo 10 de la Carta de la UE, también puede considerarse una interferencia indebida en el *forum internum*. Si los datos de los sitios web de salud mental se comparten para objetivos de elaboración de perfiles y publicidad dirigida, es probable que sea ilegal según la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, que a su vez vulnera el principio de legalidad exigido por el RGPD para el tratamiento de datos personales.

34. La Directiva de servicios de medios audiovisuales²⁸ también aclara las limitaciones de las comunicaciones comerciales permitidas proporcionadas por los proveedores de servicios de medios de comunicación, incluidas las comunicaciones comerciales audiovisuales en línea:

Artículo 9

1. Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción cumplan los siguientes requisitos:

- (a) las comunicaciones comerciales audiovisuales deberán ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta;
- (b) las comunicaciones comerciales audiovisuales no utilizarán técnicas subliminales;
- (c) las comunicaciones comerciales audiovisuales no podrán:
 - (i) atentar contra el respeto a la dignidad humana,
 - (ii) incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual,
 - (iii) fomentar comportamientos nocivos para la salud o la seguridad,

²⁸ DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj>

(iv) fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente;

(d) queda prohibida cualquier forma de comunicación comercial audiovisual aplicada a los cigarrillos y demás productos del tabaco, así como la destinada a promocionar los cigarrillos electrónicos y sus envases de recarga;

(e) las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas no podrán dirigirse específicamente a menores ni fomentar el consumo inmoderado de esas bebidas;

(f) queda prohibida la comunicación comercial audiovisual para productos medicinales específicos y tratamientos médicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador del servicio de comunicación;

(g) las comunicaciones audiovisuales comerciales no podrán producir perjuicio físico, psíquico o moral a los menores; en consecuencia, no incitarán directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad, ni los animarán directamente a que persuadan a sus padres o terceros para que compren los bienes o servicios publicitados, ni explotarán la especial confianza que depositan en sus padres, profesores u otras personas, ni mostrarán sin motivo justificado a menores en situaciones peligrosas.

35. Si bien el informe de Privacy International no detalla las formas en que se utilizan los datos personales compartidos por los sitios web de salud mental con ejemplos específicos de publicidad basados en dichos datos, la Directiva de servicios de medios audiovisuales indica qué tipo de publicidad sería publicidad o mensajería dirigida ilegal a través de canales de medios audiovisuales basadas en datos de carácter personal recopilados de los usuarios de los sitios web de salud mental, que pueden considerarse «subrepticias» y perjudiciales para el respeto de la dignidad humana y, por lo tanto, deben prohibirse. Si bien el informe de Privacy International no destaca la situación relacionada con el acceso de menores a sitios web de salud mental, no existe una diferenciación aparente entre usuarios menores o adultos y, por lo tanto, las disposiciones relativas al detrimento moral y mental de los menores también pueden ser relevantes. La lista del artículo 9 proporciona un grado de protección práctica para respaldar la prohibición fundamental de la manipulación del *forum internum* garantizado por los derechos a la libertad de pensamiento, la libertad de opinión y el derecho a la integridad de la persona en la Carta de la UE.

Conclusiones

36. Las prácticas reveladas en el informe de Privacy International [«Su salud mental en venta»](#) comprometen los derechos de la Carta de la UE más allá del derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la vida privada. Como responsables de datos, la responsabilidad por cualquier vulneración de la legislación de la UE derivada de compartir los datos del usuario es compartida entre el sitio web y los terceros con los que comparte los datos, como responsables conjuntos. Corresponde al responsable de datos demostrar el cumplimiento de la Ley de protección de datos de la UE, ya sea ante el regulador pertinente o en el contexto de una demanda legal directa. La consideración de la legalidad de estas prácticas debe incluir un análisis más amplio de la Carta de Derechos de la UE, en particular, en el contexto de los sitios web de salud mental que comparten datos de usuarios, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la integridad de la persona.

37. El derecho a la libertad de pensamiento en el *forum internum* es absoluto. Esto significa que el estándar de protección otorgado por el derecho puede ser más alto que el proporcionado por derechos como el derecho a la vida privada, que permite limitaciones proporcionadas respecto al derecho. Si se determina que las prácticas reveladas en el informe de Privacy International vulneran el derecho a la libertad de pensamiento en el *forum internum* nunca podrían justificarse ni cumplir la legislación de la UE.

38. El derecho a la integridad mental incluye el requisito de “consentimiento libre e informado” en los campos de la medicina y la biología. La prohibición de utilizar partes del cuerpo para obtener beneficios económicos en los campos de la medicina y la biología también puede ser relevante en términos de la forma en que se pueden utilizar los datos sobre salud mental. Los sitios web que pretenden ofrecer asesoramiento y apoyo relacionados con la salud mental deben incluirse dentro del campo de la medicina a los efectos de la aplicación del artículo 3 de la Carta.

39. Los tipos de prácticas reveladas por Privacy International, en particular el procesamiento de datos de carácter personal de sitios web de salud mental con fines de publicidad dirigida u otras formas de mensajería, también pueden plantear cuestiones de legalidad en virtud de otros aspectos de la legislación de la UE, en particular la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva de servicios de medios audiovisuales. Estos marcos proporcionan detalles adicionales para evaluar la legalidad del procesamiento de datos para estos fines.

Susie Alegre
Doughty Street Chambers