



PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES E INNOVACIÓN: ¿(IN)COMPATIBLES?

Miguel Recio Gayo

*Máster en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la
Información por la Universidad CEU-San Pablo de Madrid*

Prólogo de

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo



«Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person»

WARREN y BRANDEIS
«The Right to Privacy», 1890

PRÓLOGO

Como señalaba al final del prólogo a la obra ganadora de la primera edición del Premio de Investigación de la *Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación* de la Universidad San Pablo CEU¹, debíamos esperar a la resolución de esta segunda edición del premio para continuar el debate y la reflexión sobre el derecho a la protección de datos personales. Dicha resolución se hizo pública en Madrid el 11 de junio de 2015 en el marco del III Congreso Internacional sobre Protección de Datos, en esa ocasión sobre el tema «La Privacidad y la Seguridad en la Sociedad de Datos» y celebrado en el Anfiteatro Gabriela Mistral de la Casa de América, en Madrid.

Cabe señalar que, como una de las actividades de la Cátedra, el Congreso Internacional es un foro que busca estimular la reflexión académica y la investigación sobre el derecho a la protección de datos personales en la sociedad democrática de la innovación y la información, de manera que se trata ya de una cita anual de referencia internacional. Baste decir que la conferencia inaugural de dicho Congreso fue impartida por Stefano Rodotà, uno de los máximos referentes a nivel mundial en temas de protección de datos, quien dio su visión sobre la privacidad en el presente y futuro.

Al igual que ocurrió ya en la primera edición del premio, los trabajos presentados en esta segunda edición fueron todos ellos de una gran calidad y, una vez analizados por el Jurado, éste decidió conceder el premio al que resultó haber sido elaborado por Miguel Recio Gayo con el título

¹ María ÁLVAREZ CARO, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, REUS, Madrid, 2015.

de *Protección de Datos Personales e Innovación: ¿(In)compatibles?* El Jurado estuvo integrado por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Catedrático de Derecho Administrativo y Socio de Gómez-Acebo & Pombo, Nelson Remolina Angarita, de la Universidad de los Andes en Colombia, Aurea Roldán Martín, Subsecretaria del Ministerio de Justicia, Francisco Ruiz Antón, Director de Políticas Públicas y Relaciones Institucionales de Google España y Portugal, y yo mismo en cuanto titular de la Cátedra. Es necesario insistir en la gran calidad de los trabajos presentados, lo que implicó que la decisión sobre la resolución del premio no fuera nada fácil.

También como en el caso de la primera edición del premio, además de una cantidad económica, su obtención lleva aparejada la publicación de la obra galardonada, por lo que con el presente libro se viene a publicar la obra merecedora del segundo premio de Investigación de la Cátedra Google-CEU sobre privacidad. En esta ocasión la obra se publica tal y como fue presentada al premio.

Con este libro su autor, Miguel Recio —reconocido experto en protección de datos, que además es uno de los alumnos de la primera promoción del Master Internacional en Protección de Datos Transparencia y Acceso a la Información de la Universidad San Pablo-CEU y hoy profesor del mismo—, destaca con especial brillantez la importancia de prestar atención a algunos mensajes relevantes y a la evolución tanto de la protección de datos personales como de la privacidad que sirvan, en última instancia, para buscar un equilibrio adecuado y necesario con la innovación tecnológica, que se plasme en un instrumento con alcance internacional.

Por lo que se refiere a los mensajes relevantes de la obra, que son muchos e importantes y que el lector sin duda sabrá valorar, es necesario recordar que en diciembre de 2015 se cumplieron 125 años de la publicación del trascendental e influyente artículo *The Right to Privacy* de WARREN y BRANDEIS². En dicho artículo ambos autores, a la vista de las entonces recientes invenciones y métodos de negocio, pusieron de manifiesto la necesidad de dar un paso más para proteger a la persona: «*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person*», en palabras de ambos autores.

Dicha afirmación es utilizada por el autor para recordar que el debate sobre la innovación y la privacidad o protección de datos personales se lleva produciendo desde hace ya varias décadas, así como que quizás en

² Warren, S. y Brandeis, L., «The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review* 193, 195 (1890).

buena medida ha estado y está polarizado por la Unión Europea y los Estados Unidos como máximos exponentes, respectivamente, del derecho fundamental a la protección de datos personales y de la innovación tecnológica. Si bien, como sabe y pone de manifiesto el autor, privacidad y protección de datos personales son derechos diferentes, es posible resaltar que ambos coinciden en el control que se atribuye a la persona sobre sus datos personales, alcance que se recoge ya en numerosos países de muy diversas tradiciones jurídicas, que reconocen la protección de datos como verdadero derecho fundamental, y que se configura así como pieza esencial para impulsar la confianza en la innovación tecnológica.

El debate al que se hace referencia ha quedado reflejado también en multitud de documentos que, a ambos lados del Atlántico, se han ido publicando por diferentes y diversas autoridades, de protección de datos o no. En el caso de los Estados Unidos, Miguel Recio da cumplida cuenta de los documentos elaborados por la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*, FTC) así como, en su caso, los preparados por y para la Casa Blanca, como la Declaración de Derechos sobre la Privacidad de los Consumidores (*Consumer Privacy Bill of Rights*) y los que se ocupan de la privacidad en el ámbito de los tratamientos analíticos de datos masivos (*big data*). Y en el caso de la Unión Europea, analiza con detalle diversos documentos de, entre otros, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos, conocido como Grupo del Artículo 29, así llamado por haber sido instituido por dicho artículo de la Directiva 95/46/CE.

Se trata, por tanto, de una abundante y valiosa relación de documentos tanto de obligada referencia doctrinal como fuente de argumentos para la elaboración de políticas públicas que sirve, en cada caso, para llegar a comprender las diferentes aproximaciones y posturas que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar la cuestión de analizar cómo la innovación tecnológica incorpora valores fundamentales, en concreto el derecho a la protección de datos, para impulsar la confianza de los usuarios, lo cual redundará a su vez en beneficio tanto de la sociedad como de la economía. No se piense que Miguel Recio lleva a cabo una simple exposición o glosa de los documentos a que vengo refiriéndome. Muy al contrario los analiza con rigor y profundidad, de modo que son el hilo conductor de una reflexión propia que nos acerca con profundidad a la necesaria relación que siempre debe darse entre protección de datos e innovación. Queda así, rápidamente, respondida la pregunta planteada en el título de la obra de manera que no hay ni puede haber duda de que protección de datos personales e innovación son compatibles y también que ambas están

interrelacionadas, lo cual es fundamental para el desarrollo de la sociedad democrática de la innovación y la información.

Cómo conseguir el equilibrio es una de las claves de la relación entre privacidad e innovación, ya que como apunta el autor, recurriendo en este caso a WESTIN, es necesario evitar «*leyes apresuradas y extensas sentencias*»³ que podrían asfixiar la innovación y no ser capaces de ofrecer una protección efectiva a la persona en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales por correr el riesgo, en este último caso, de incurrir en una rápida obsolescencia o una falta de respuesta adecuada a las cuestiones que se plantean. Al mismo tiempo, es necesario tener presente una vez más a Rodotà, quien nos alerta también sobre algunos riesgos para nuestra sociedad contemporánea al indicar que «*vivimos ya en una law-saturated society, una sociedad repleta de derecho, de reglas jurídicas de las más variadas procedencias, dictadas por poderes públicos o privados, con una intensidad que evoca no tanto una necesidad como una imparable deriva. La conciencia social no acaba de estar a la altura de la complejidad de un fenómeno como éste, que produce asimetrías y desequilibrios enormes, espacios llenos y vacíos, con un derecho demasiado presente en algunos ámbitos y, a la vez, ausente en lugares en que sería más necesario*»⁴.

Debo decir que en la búsqueda de ese necesario y adecuado equilibrio entre protección de datos e innovación hemos de ser especialmente objetivos y aportar, como en pocos escenarios, enormes dosis de sentido común. Siempre he dicho que en materia de protección de datos lo peor que puede suceder es que nos encontremos con lo que en alguna ocasión he denominado los «fundamentalistas del dato» (expresión de la que por cierto se ha hecho eco Rodotà). Muy al contrario lo que procede es normalizar la cultura de la protección de datos⁵, y reivindicar la necesidad de fortalecer los principios del derecho fundamental a la protección de datos, de modo que pueda adaptarse y convivir, sin renunciar a su esencia, con

³ Traducción e interpretación del original en inglés que dice así «*avoid producing a dangerous over-reaction in the form of hurried laws and sweeping court rulings*». Westin, A. F., «Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's. Part I: The current impact of surveillance privacy», *Columbia Law Review*, Vol. 66, No. 6 (June, 1966), pág. 1004.

⁴ Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010.

⁵ Sobre ello me remito a mis reflexiones en «Normalizar la cultura de la protección de datos», en Varios Autores, *Veinte años de protección de datos en España*, Edición de la Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2015, págs. 161 y ss.

los avances de la técnica y la innovación. En absoluto se trata de reducir el alcance del derecho, sino de hacerlo eficaz y aplicable. Muy bien podríamos decir que cuando hablamos de innovación hemos de recordar que la ley también existe. Y precisamente para conseguir que el derecho a la protección de datos no sea ni un mero *desideratum* ni un modo de poner puertas al campo, hemos de diseñar una nueva relación entre privacidad e innovación (que, como ya he adelantado, Miguel Recio considera, con todo acierto, totalmente compatibles) que pasa por conseguir un instrumento internacional jurídicamente vinculante que tenga en cuenta que la concepción territorial del derecho se compadece mal con la extraterritorialidad del tratamiento de la información y de los datos personales, mucho más con los avances de la técnica.

Por eso con toda razón Miguel Recio señala que el próximo paso a dar para proteger a la persona debe ser el de que la protección de datos personales y la innovación converjan en un «instrumento internacional, vinculante y adaptable», en palabras suyas. Podríamos añadir también que debe tratarse de un instrumento robusto, lo que sería el resultado de un diálogo multilateral que permita alcanzar un amplio consenso y ayude al mismo tiempo a despejar dudas y evitar riesgos, tales como las temidas barreras comerciales o una falta de protección efectiva de la persona en sus derechos humanos y valores fundamentales.

No obstante, la consecución de este objetivo requiere involucrar en el debate y en su desarrollo también a otras regiones, tales como Latinoamérica y Asia-Pacífico. En ambos casos, pero especialmente en Latinoamérica, hemos asistido durante los últimos años a la publicación de numerosas normas sobre protección de datos personales que van a aplicarse también a innovaciones tecnológicas y a prácticas de negocio novedosas que van a competir en un mercado global electrónico. Por tanto, es necesario, por una parte, que se considere el fondo del debate que durante, al menos, años se ha mantenido entre la Unión Europea y los Estados Unidos y, por otra parte, que un instrumento internacional incluya al máximo número de partes posible, ya que ello será también esencial para asegurar una innovación tecnológica basada en el respeto y la garantía del derecho a la protección de datos personales.

Aprovechar la experiencia acumulada y las ideas resultantes de un debate continuo, que incluso se sigue produciendo, entre la Unión Europea y los Estados Unidos, haciendo partícipes a otros países y regiones, es necesario para conseguir, como acabo de señalar, tanto un instrumento internacional, vinculante, robusto y adaptable como para seguir desarrollando una sociedad democrática de la innovación y la información.

El respeto a los principios configuradores del derecho a la protección de datos y la necesidad de un instrumento internacional son elementos para una reflexión que debe continuar avanzando porque la realidad a la que se refiere no se detiene. De hecho tras el cierre de la obra de Miguel Recio se han producido acontecimientos de enorme relevancia para el diseño internacional de la protección de datos. No ya el avance en la culminación del Reglamento Europeo de Protección de Datos, que según parece será aprobado en el primer semestre del presente año 2016, sino la muy importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, Asunto C 362/14, *Schrems*, por la que se declaró inválido el sistema de Puerto Seguro, y con ello gran parte de las transferencias internacionales de datos entre Europa y Estados Unidos. Sistema que ha dado paso al nuevo Acuerdo llamado *Privacy Shield*, Escudo de Privacidad.

Este y otros temas son perfectamente conocidos por el autor de un libro, el que tengo el honor de prologar, cuya lectura recomiendo vivamente, por las reflexiones que propone en una cuestión que sin duda es de máxima actualidad e interés, de manera que ello nos sirva para entender el significado y alcance del derecho a la protección de datos personales así como su interrelación con la innovación, tanto si queremos hacerlo desde el punto de vista de la evolución de la cuestión hasta la fecha como si hacemos el camino a la inversa, es decir, buscando las bases de un debate que sigue siendo actual.

De nuevo, tendremos que esperar a la resolución del tercer Premio de Investigación de la *Cátedra Google-CEU sobre privacidad, sociedad e innovación*, que nos permitirá seguir avanzando en el debate y la reflexión sobre el derecho a la protección de datos personales en la ya mencionada sociedad democrática de la innovación y la información.

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo,
Titular de la *Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación* y
Director del Máster en Protección de Datos, Transparencia y Acceso
a la Información de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría comenzar agradeciendo a la Dra. Rosario Duaso Calés, Secretaria Académica de la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación de la Universidad CEU San Pablo así como Coordinadora académica y Profesora en el Máster sobre Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la información de la Universidad CEU San Pablo, por plantear retos que hacen que uno crezca como profesional y persona.

Gracias a la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación de la Universidad CEU San Pablo por su reconocimiento, y en particular, a su titular, el Dr. José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo y quien ahora tendrá que aguantarme en el largo y complicado proceso de elaborar una tesis doctoral sobre la figura del delegado de protección de datos (Data Protection Officer, DPO).

También, quiero agradecer al Dr. Alejandro Corral Sastre, Secretario Académico del Máster sobre Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la información de la Universidad CEU San Pablo, sus enseñanzas en materia de protección de datos personales, transparencia y cómo aplicar los principios clave en cualquier área.

Finalmente, a mi familia, por el apoyo incondicional e incombustible que siempre hace que todo sea posible.

1. RESUMEN

Aunque el debate pueda parecer en cierta medida nuevo, la relación entre la protección de datos personales o la privacidad y la innovación ha estado, y está, en tensión desde hace más de un siglo, siendo buena muestra de ello el hecho de que Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis publicasen en 1890 su famoso artículo *The Right to Privacy* en el que ya indicaban que «*las recientes invenciones y los métodos comerciales llaman la atención sobre el próximo paso que debe darse para la protección de la persona*». También Alan F. Westin en 1966 prestó atención al desarrollo y uso de dispositivos de vigilancia de comunicaciones telefónicas, indicando que «*la novedad misma de estas técnicas les ha permitido escapar de muchos de los controles legales y sociales tradicionales que protegían la privacidad en la era pre-Segunda Guerra Mundial*».

Con independencia de la aproximación adoptada por los Estados Unidos de América, donde la privacidad se refiere, entre otros aspectos, a un derecho de los consumidores, y por la Unión Europea, donde la protección de datos personales es un derecho fundamental, un punto fundamental donde coinciden es en el control de los datos personales por la persona.

La tensión que existe entre protección de datos personales o privacidad e innovación es necesaria, ya que la innovación permite plantear cuestiones que hacen que el derecho a la protección de datos o privacidad evolucione, mientras que la protección de datos personales o privacidad aplicada a la innovación permite generar la confianza necesaria. Por tanto, se trata de una relación mutua y que implica que la protección de datos personales y la innovación sean compatibles.

No obstante, más que nunca, dado el punto álgido en el que nos encontramos en cuanto a la innovación tecnológica y los modelos de negocio así

como la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, es necesario encontrar un equilibrio que se plasme en una norma internacional, vinculante y adaptable. Encontrar el equilibrio, y plasmarlo en un instrumento, facilitará también poder maximizar los beneficios económicos y sociales que ofrece la innovación, impulsar la confianza y la competitividad y, como apuntaban Warren y Brandeis, dar el siguiente paso necesario en la protección de la persona.

La búsqueda de este equilibrio requiere tener presentes todos los aspectos que se plantean, tanto sociales, como económicos, jurídicos, políticos y tecnológicos. Además, hay que evitar posiciones que se alejen de dicho equilibrio, considerando que la innovación no puede defenderse argumentando, sin más, que la protección de datos personales es una medida proteccionista. Y tampoco el derecho, aunque sea fundamental, a la protección de datos personales es un derecho absoluto.

Al respecto, es necesario prestar atención también a los referentes internacionales, adoptados hace ya décadas, tales como las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales (1980), que han sido revisadas y actualizadas en 2013, así como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108), que se encuentra en fase de revisión para actualizarlo. Los principios que se establecieron hace décadas siguen estando vigentes, si bien es necesario actualizarlos a la vista de la evolución que se ha producido desde entonces.

Entre otros, los principios de información, transparencia, finalidad, consentimiento y responsabilidad, siguen siendo la clave para garantizar la protección de datos personales o la privacidad e impulsar la confianza necesaria en la innovación. Dichos principios deben ser revisados, en su caso, en atención a todas las cuestiones que se plantean así como nuevos paradigmas de protección de datos personales y privacidad, conforme a los cuales encontrar el equilibrio requiere considerar que la atención hay que ponerla, por ejemplo, en cómo se usan los datos personales y no cómo se recaban.

También, hay que prestar atención a cuestiones tales como el «nacionalismo de datos», que implica una falsa asunción de que los datos están más seguros en un determinado país, y que sí puede dar lugar a obstáculos o barreras indebidas tanto a la innovación como a la garantía del derecho fundamental a la protección de datos, al igual que ocurre con la «monocultura de la protección de datos». O asumir que la seguridad de los datos personales depende del territorio en el que estén, implica una

falsa percepción de la seguridad, debiendo prestar atención a quién los tiene y qué medidas ha adoptado para garantizar su seguridad. Por tanto, son cuestiones a considerar con la finalidad también de garantizar el flujo transfronterizo de los datos personales, con las garantías necesarias, ya que ello es clave para impulsar la innovación y garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales.

En este sentido el debate entre protección de datos personales o privacidad e innovación ha estado polarizado durante las últimas décadas entre los Estados Unidos y la Unión Europea, lo que se debe principalmente a que se trata de potencias económicas que tienen más experiencia en la materia, si bien la posible adopción de un instrumento internacional requerirá contar también con otros países o regiones como Canadá, Latinoamérica o Asia-Pacífico.

Lo anterior implica que deba prestarse atención a los documentos que diferentes autoridades competentes, principalmente en materia de protección de datos o con responsabilidad en la materia, han publicado a ambos lados del Atlántico. Entre dichas autoridades cabe citar, por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio (en inglés, *Federal Trade Commission*, FTC) o la Casa Blanca en los Estados Unidos, así como la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos o el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE en la Unión Europea. Dichos documentos incluyen importantes análisis sobre todos los aspectos que se plantean.

Estos aspectos plantean también que la protección de datos personales o privacidad no pueden considerarse ya solamente de forma aislada, sino que tienen que ser aplicadas, en su caso, junto con cuestiones de derecho de protección de los consumidores y derecho de la competencia. Convergen también en este punto tanto los Estados Unidos como la Unión Europea, especialmente cuando estamos ya en la era del *big data*.

Considerando que la protección de datos personales o la privacidad y la innovación son compatibles, dicha compatibilidad, expresada en el encuentro de un equilibrio necesario, debería concretarse en un instrumento internacional, vinculante y adaptable que será también clave para garantizar la seguridad jurídica de todas las partes. Un instrumento que cuente con la mayor participación posible, tanto de países o regiones, así como de partes interesadas, que incluyen a legisladores, autoridades garantes y reguladoras, industria y otros agentes económicos, academia y sociedad.

La atención se debe poner, por tanto, en que garantizar la protección de datos personales y la privacidad son clave para generar la confianza

necesaria en la innovación y en nuevos modelos de negocio basados en el uso de los datos personales. Se trata de la economía de Internet que gira en torno a los datos, sin que la cuestión sea si un servicio es gratuito o no, lo cual es obviamente lícito, sino si se respeta al titular de los datos personales, con independencia de la faceta en la que éste actúe, ya sea como consumidor, ciudadano u otra. Encontrar el equilibrio en este sentido requiere considerar también aspectos sociológicos y empoderar o capacitar a la persona para que pueda tener el control de sus datos personales, sin que ello suponga inhibir la innovación y la competitividad, siempre y cuando se garantice la proporcionalidad entre la protección de datos personales y la innovación.

Es por ello que el objeto del presente estudio es tratar la cuestión de si la protección de datos personales y la innovación son compatibles o no, partiendo del artículo de Warren y Brandeis titulado *The Right to Privacy*, en el que claramente se trataba ya la cuestión de la necesidad de proteger a la persona frente a intromisiones indebidas o mal uso de los datos personales en el caso de nuevas invenciones (innovación) y de métodos de negocio (modelos de negocio).

Este documento atiende también a los principales factores o cuestiones a tener en consideración, la necesidad de tensión entre protección de datos personales o privacidad e innovación, la importancia de no adoptar posturas fundamentalistas ni en uno ni en otro sentido, así como la importancia de encontrar un equilibrio que dé lugar a un instrumento internacional, vinculante y adaptable.

Esto implica que se deban tener en consideración los referentes internacionales, ya señalados, así como los documentos relevantes publicados a ambos lados del Atlántico entre los que se encuentran análisis relevantes de todas las cuestiones que se plantean así como los argumentos a tener en consideración para un sólido debate que debe orientarse a conseguir un amplio acuerdo que es necesario para garantizar la protección de datos personales o la privacidad y la innovación así como la competitividad.

Y dicho análisis debe ponerse en perspectiva, lo que da lugar a poder concluir que la protección de datos personales o la privacidad y la innovación son compatibles. Incluso se necesitan mutuamente, de manera que adoptar un instrumento internacional robusto, vinculante y adaptable, es el «*próximo paso para proteger a la persona*», al que se refirieron Warren y Brandeis hace siglos, así como Westin cuando planteaba hace ya décadas la necesidad de evitar «*leyes apresuradas y extensas sentencias*».

Por último, se incluyen las conclusiones finales a las que da lugar el análisis hecho así como la bibliografía.

1. SUMMARY

Although the debate may seem somehow new, the relationship between the protection of personal data or privacy and innovation has been, and is, in tension over a century ago. Still a good example of this is that Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis published in 1890 their famous article titled *The Right to Privacy* in which already they indicated that «*recent inventions and business methods call attention to the next step to be taken for the protection of the individual*». Also Alan F. Westin in 1966 put attention to the development and use of surveillance devices for telephone communications, pointing out that «*the very novelty of these techniques has allowed them to escape many of the traditional legal and social controls that protect privacy in the pre-World War II era*».

Regardless of the approach taken by the United States, where privacy refers, inter alia, to consumer rights, and the European Union, where the protection of personal data is a fundamental right, a fundamental milestone where they both meet is in the individual's control over his/her personal data.

The tension between data protection or privacy and innovation is necessary, as innovation can raise issues that make the right to data protection or privacy to evolve, while the protection of personal data or privacy applied to innovation can generate the necessary trust. Therefore, it is a necessary mutual relationship and implies that data protection and innovation are compatible.

However, now more than ever, given the tipping point where we are in terms of technological innovation and business models as well as the need to guarantee the fundamental right to protection of personal data, it is necessary to strike a balance expressed into an international, binding

and adaptable standard. Striking the balance, through an instrument, shall maximize economic and social benefits of innovation, promote trust and competitiveness and, as Warren and Brandeis pointed out, mean to take the next necessary step for the protection of the person.

The search for this balance requires to take into account all the aspects that arise, both social and economic, legal, political, and technological. In addition, positions that depart from this balance should be avoided, considering that innovation cannot be defended itself arguing, without more, that the protection of personal data is a protectionist measure. And nor the right to data protection, although it is fundamental right, is an absolute one.

In this regard, it is necessary to put attention also to the international benchmarks adopted decades ago, such as the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980), which have been reviewed and updated in 2013, and the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108), which is being reviewed to update it. The principles that were established decades ago are still valid, although it is necessary to update them in light of developments that have occurred since then.

Among others, the principles of information, transparency, purpose, consent and accountability are still the key to ensure the protection of personal data and privacy and boost trust in innovation. These principles should be reviewed, if necessary, in view of all the issues that arise as well as new paradigms for the protection of personal data and privacy, as the balance requires to consider that attention should be put, for example, in how personal data are used and how they are obtained.

Also, it is necessary to put attention to issues such as the «data nationalism» which implies a false assumption that data are safer, and that it can lead to undue obstacles on both innovation and the guarantee of fundamental right to data protection and barriers as with the «privacy monocultures». Or assume that the security of personal data depends on the territory where they are, implies a false sense of security, so attention must be put to whom has them and what measures have been taken to ensure their security. Therefore, these are issues to consider in order to ensure also the cross-border flow of personal data, with the necessary guarantees, as this is key to driving innovation and ensuring the fundamental right to protection of personal data.

In this sense, the debate between data protection or privacy and innovation has been polarized in recent decades between the United States and the European Union, which is mainly due to the fact that both are

economic powers who have more experience in this field, although the possible adoption of an international instrument requires also to involve other countries or regions such as Canada, Latin America or Asia Pacific.

This implies that attention should be given to documents from different authorities, mainly on data protection or with some competencies in this matter, that have been published on both sides of the Atlantic. Such authorities include, for example, the Federal Trade Commission (FTC) or the White House in the United States and the European Commission, the European Parliament, the European Data Protection Supervisor or the Working Group of Article 29 of Directive 95/46/EC in the European Union. These documents include important analysis on all aspects that arise.

These issues pose also that protection of personal data or privacy should no longer be considered in isolation, but must be applied, if necessary, together with issues of consumer protection and competition law. Also converge at this point both the United States and the European Union, especially when we are in the age of big data.

Whereas the protection of personal data or privacy and innovation are compatible, such compatibility expressed through striking a necessary balance, should be through an international instrument, binding and adaptable that will be key also to ensure legal certainty for all parts. An instrument that should have the widest possible participation of both countries or regions as well as stakeholders, including legislators, guarantors and regulatory authorities, industry and other economic agents, academia and society.

The focus should be, therefore, to ensure the protection of personal data and privacy are key to generate the necessary trust in innovation and new business models based on the use of personal data. This is the data-driven Internet economy, the question is not whether a service is free or not, which is obviously lawful, but if it respects the individual, regardless of the facet which it acts either as a consumer or as a citizen. Striking a balance in this sense requires also to consider sociological aspects and empower individuals so they can take control of their personal data, without entailing inhibit innovation and competitiveness, provided proportionality is ensured between the protection personal data and innovation.

Therefore the aim of this study is to address the question of whether the protection of personal data and innovation are compatible or not, based on the article written by Warren and Brandeis and titled *The Right to Privacy*, in which clearly the question of the need to protect the individual against interferences or misuse of personal data in the case

of new inventions (innovation) and business methods (business models) was addressed.

This document also addresses the main factors or issues to take into consideration, the need of tension between data protection or privacy and innovation, the importance of not adopting fundamentalist positions neither in one nor in the other direction, and the importance of finding a balance leading to an international, binding, and adaptable instrument.

This implies that one must take into consideration international benchmarks, already mentioned, as well as relevant documents published on both sides of the Atlantic that analyze all relevant issues raised and the arguments for a solid debate which should aim to achieve a comprehensive agreement that is necessary to ensure the protection of personal data and privacy and innovation and competitiveness.

And such analysis should be put into perspective, which allows to conclude that the protection of personal data or privacy and innovation are compatible. Even they need each other, so that adopting an instrument is the next step to protect the person that Warren and Brandeis mentioned centuries ago, and Westin raised decades ago when he pointed out the need to avoid «hurried laws and sweeping court rules».

Lastly, the final conclusions resulting from the analysis done and bibliography are included.

2. INTRODUCCIÓN

Ya nos hemos acostumbrado a ver a diario imparables y vertiginosos avances tecnológicos que pueden, y deben, servir para mejorar la calidad de vida de las personas, pudiendo citar, entre otros, ejemplos como las aplicaciones para todo (en inglés, conocidas como «*apps*»), y en especial para la salud, las aplicaciones con fines educativos, los todavía novedosos vestibles (en inglés, «*wearables*»), el expediente clínico electrónico o incluso los dispositivos de papel electrónico que permitan un futuro medioambiental sostenible¹.

Una realidad en la que, quizás sin darnos cuenta, por ejemplo, Google ya no es solamente un motor de búsqueda², sino que entre otras muchas cosas es también un monedero³ e incluso hay que mirar más allá de que las Google Glass sean solamente unas gafas⁴ ya que «*glass*» en español también significa «cristal»; el software de Microsoft ya no se instala sino

¹ En relación con estos avances tecnológicos con un gran impacto personal y social puede verse, entre otros, el vídeo de Google sobre el conocido como Proyecto Loon (Internet para todo el mundo con la tecnología de los globos), sobre el que puede verse más información en <http://www.google.com/intl/es-419/loon/> así como un vídeo disponible, en inglés, en <https://www.youtube.com/watch?v=-KsXobgZVs> También puede verse el vídeo sobre la visión de futuro de Microsoft, disponible en <http://www.microsoft.com/office/vision/>

² Sobre la historia de Google como empresa, desde 1995 hasta la actualidad, puede verse la información disponible en <https://www.google.com/about/company/history/?hl=es>

³ En relación con Google Wallet puede verse, en inglés, la información disponible en <https://www.google.com/wallet/>

⁴ En cuanto al proyecto Google Glass puede verse, en inglés, más información disponible en <http://www.google.es/glass/start/>

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
AGRADECIMIENTOS	13
1. RESUMEN	15
1. SUMMARY	19
2. INTRODUCCIÓN	23
3. ALGUNOS FACTORES PREVIOS A TENER EN CONSIDERACIÓN	27
4. ¿EXISTE TENSION ENTRE INNOVACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?	31
5. LA INNOVACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO ARGUMENTOS PARA EL DEBATE	37
5.1. LA INNOVACIÓN NO PUEDE DEFENDERSE ARGUMENTANDO, SIN MÁS, QUE LA PROTECCIÓN DE DATOS ES UNA MEDIDA PROTECCIONISTA	37
5.2. LA CONFIANZA COMO UN ELEMENTO FUNDAMENTAL A CONSIDERAR.....	39
5.3. LA PROTECCIÓN DE DATOS NO ES UN DERECHO ABSOLUTO.....	41
5.4. ES NECESARIO RESTAURAR LA CONFIANZA Y ENCONTRAR EL EQUILIBRIO.....	44

6. REFERENTES INTERNACIONALES	49
6.1. RECOMENDACIONES DE LA OCDE.....	49
6.2. CONVENIO 108 DEL CONSEJO DE EUROPA.....	54
7. ALGUNOS DOCUMENTOS RELEVANTES A AMBOS LADOS DEL ATLÁNTICO	57
7.1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	57
7.1.1. Informe de la FTC sobre la protección de la privacidad de los consumidores en una era de cambios rápidos	57
7.1.2. Otros informes y eventos de la FTC	65
7.1.3. Declaración de Derechos sobre la Privacidad de los Consumidores.....	68
7.1.4. El informe de la Casa Blanca sobre el <i>big data</i>	72
7.2. UNIÓN EUROPEA.....	77
7.2.1. Comunicaciones de la Comisión Europea.....	78
7.2.1.1. Comunicación sobre una nueva estrategia en protección de datos personales	78
7.2.1.2. Comunicación sobre un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI	86
7.2.1.3. Comunicación sobre la propuesta de Reglamento general de protección de datos.....	89
7.2.1.4. Comunicación sobre el restablecimiento de la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE.UU.	93
7.2.2. Estudios del Parlamento Europeo.....	95
7.2.2.1. Estudio sobre la innovación de Internet y el derecho a la privacidad	96
7.2.2.2. Estudio sobre el impacto de la protección de datos en la innovación y competitividad europeas.....	100
7.2.3. Dictamen preliminar del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la privacidad y la competitividad en la era del <i>big data</i>	105
7.2.4. Documentos del Grupo de Trabajo del artículo 29.....	110
8. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA INNOVACIÓN SON COMPATIBLES	141
8.1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN HACE YA 125 AÑOS	141
8.2. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, PRIVACIDAD E INNOVACIÓN: UN LARGO DEBATE	142
8.3. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA PRIVACIDAD.....	145
8.4. EL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES	147

8.5. ECONOMÍA DE INTERNET Y NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO	149
8.6. INNOVACIÓN Y COMPETITIVIDAD.....	153
8.7. UNA CUESTIÓN QUE IMPLICA A TODAS LAS PARTES INTERESADAS	154
8.8. LA COMPATIBILIDAD ENTRE PROTECCIÓN DE DATOS E INNOVACIÓN ES POSIBLE	157
8.9. UN EQUILIBRIO PLASMADO E IMPULSADO EN UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL.....	159
9. CONCLUSIONES.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	167

