

- Expediente N.º: EXP202202954

ANTECEDENTES.....	2
PRIMERO:.....	2
SEGUNDO:.....	2
TERCERO:.....	2
CUARTO:.....	2
QUINTO:.....	6
SEXTO:.....	6
SEPTIMO:.....	6
OCTAVO:.....	7
HECHOS PROBADOS.....	7
PRIMERO.....	7
SEGUNDO.....	7
TERCERO.....	7
CUARTO.....	7
QUINTO.....	7
SEXTO.....	8
FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	8
Competencia.....	8
Normativa aplicable.....	9
Licitud del tratamiento.....	10
Primera obligación incumplida: Infracción del artículo 5.1.c) del RGPD.....	13
Tipificación de la infracción del artículo 5.1.c) del RGPD.....	16
Segunda obligación incumplida: infracción del artículo 9.1 del RGPD.....	17
Tipificación de la infracción del artículo 9.1 RGPD.....	21
Régimen aplicable a las Administraciones Públicas.....	22
Medidas correctoras.....	24
RESUELVE:.....	24

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO:

D. **A.A.A.** (en adelante el reclamante) con fecha 31/01/2022 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes: el reclamante manifiesta que para presentar un escrito dirigido a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO a través de la página web del Gobierno de Canarias, tiene que facilitar obligatoriamente datos que afectan a su intimidad; según afirma, en el formulario consta una pregunta relativa al sexo/género y como respuesta se puede indicar mujer, hombre y no binario; considera el reclamante que a través de la citada pregunta se encuentra obligado a facilitar datos relativos a su orientación sexual, no encontrándose la entidad reclamada legitimada para recabar dichos datos.

Junto a la reclamación se aporta un volcado de pantalla del formulario controvertido.

SEGUNDO:

De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la CONSEJERÍA DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, JUSTICIA Y SEGURIDAD el 11/03/2022, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), fue recogido en fecha 14/03/2022 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

El 22/03/2022 se recibe en esta Agencia escrito de respuesta del DPD, desde la Secretaría General Técnica de la entidad manifestando que: *“El objeto de la reclamación está relacionado con el formulario de Condiciones previas en conflictos laborales cuyo órgano competente es el SERMAC adscrito a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo. Por ello, el DPD ha solicitado la remisión a la citada DG. de Trabajo.”*

A pesar de la citada remisión a la D.G. de Trabajo no se recibió respuesta al traslado por parte de este órgano.

TERCERO:

Con fecha 30/04/2022, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGDD, se admitió a trámite la reclamación presentada por la parte reclamante.

CUARTO:

La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Realizado requerimiento de información a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO y a su DPD el 29/06/2022, se recibe respuesta de este último el 14/07/2022 donde manifiesta que:

Que el mismo día de recibir la notificación de la AEPD, el DPD trasladó al Director General de Trabajo el contenido de la reclamación, en su calidad de responsable del tratamiento.

Asimismo, el 04/07/2022 remitió un oficio de requerimiento de información a las Direcciones Generales de Modernización y Calidad de los Servicios (DGMCS), y de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías (DGTNT), ambas en su calidad de responsables de la gestión de la sede electrónica única (según Orden de 25/02/2021, por la que se aprueba la puesta en funcionamiento de la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, bajo el dominio <https://sede.gobcan.es>); y más en concreto, a la DGTNT en su calidad de responsable del tratamiento denominado *“Base de datos de terceros para facilitar que los ciudadanos se puedan relacionar de forma electrónica con la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la propia gestión interna por parte de la Administración”*: (<https://www.gobiernodecanarias.org/administracionespublicas/tratamientodedatos/tratamientos/apjs/dgtnt/base-de-datos-de-terceros/>).

El informe aportado de la DGTNT señala que: *“El fragmento común Persona Física contiene un componente para solicitar el sexo/género de la persona marcando entre Mujer, Hombre y No Binario.*

Este componente forma parte del fragmento para que aquellos procedimientos que lo necesiten puedan incorporarlo (por ejemplo, aquellos que toman alguna medida de discriminación positiva hacia la mujer).

Ese componente por defecto no está visible en el fragmento Persona Física y debe ser el diseñador del formulario el que indique explícitamente que quiere que aparezca ese dato dentro del fragmento común.

Además, el uso por defecto de ese componente no incluye la obligatoriedad de responder una de las opciones y debe ser el diseñador del formulario que usa el fragmento quien le pase un parámetro para hacerlo obligatorio.

Por tanto, si en un formulario del citado Departamento aparece ese dato como requerido es porque explícitamente así lo ha decidido la persona que ha diseñado ese formulario”.

En resumen, se deduce que el proceso de implementación del campo “sexo” lo realiza el organismo responsable del procedimiento, y puede elegir entre hacer visible o no ese campo, y también puede elegir entre hacerlo obligatorio o no. Pero el formato de respuesta, si lo elige visible es: mujer/hombre/no binario, sin posibilidad de modificarlo.

Por consiguiente, el delegado entiende que, cuando un responsable de tratamiento está obligado y legitimado a recoger el campo “sexo”, solo puede optar por el formato de respuestas que figura en el fragmento común, objeto de esta reclamación, y cuya responsabilidad es de la DGTNT, según el tratamiento anteriormente mencionado de la Base de datos de terceros.

Por otro lado, la decisión adoptada por el delegado a propósito de la reclamación es proponer a la Dirección General de Trabajo que se dirija a los organismos responsables de la sede electrónica (DGMCS y DGTNT) con el fin de modificar el formulario electrónico del procedimiento administrativo 5096 de Conciliación de conflictos laborales, eliminando la opción de respuesta “no binario”, y manteniendo las respuestas “mujer/hombre”, en el campo de información “sexo”.

En cuanto a las causas que han motivado la incidencia señala que en la Comunidad Autónoma de Canarias se tramitan los procedimientos y servicios administrativos por los interesados a través de la sede electrónica única. La gestión e implementación técnica de la información y datos de la sede corresponde a los organismos del Gobierno de Canarias competentes en sede electrónica: Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios, y la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías (Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad). Estos organismos gestionan a través de la Unidad Web los formularios electrónicos que residen en la sede, y utilizan fragmentos comunes de “datos del interesado” (donde se incluye el campo “sexo” en los términos que motivaron la reclamación: mujer/ hombre/ no binario).

Sin embargo, tal y como dice la DGTNT en su informe del día 12/07/2022: “(...) debe ser el diseñador del formulario el que indique explícitamente que quiere que aparezca ese dato dentro del fragmento común”. Si se opta por hacer visible el campo “sexo” solo hay un formato posible de respuesta: mujer/ hombre/ no binario. Y este formato de respuesta para el campo “sexo” solo puede ser modificado por los responsables de la sede electrónica y, en concreto, por el responsable del tratamiento registrado bajo el nombre de “Base de datos de terceros para facilitar que los ciudadanos se puedan relacionar de forma electrónica con la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la propia gestión interna por parte de la Administración” (DGTNT).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento objeto de reclamación, la información del campo “sexo” tiene como única finalidad la estadística, de manera que se pueda conocer esta condición (biológica) de la persona, para disponer de un mayor conocimiento que ayude a implementar políticas públicas de género, entre otras razones.

Al ser esto así, se podría quitar del campo “sexo” del formulario del procedimiento de Conciliaciones de conflictos laborales (5096) la respuesta “no binario”, ya que podría estar incurriéndose en la prohibición que señala el artículo 9.1. del Reglamento Europeo de Protección de Datos. El campo “sexo” podría permanecer con las respuestas mujer/hombre, porque se necesita exclusivamente para fines estadísticos, y está legitimada por el artículo 26 de la Ley 12/89, de 9 de mayo, de la función estadística pública, y por la práctica habitual del Instituto Nacional de Estadística, que así lo recoge en

todos sus formularios. Asimismo, en el Artículo 20.a) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se establece la obligación de incluir sistemáticamente la variable de «sexo» en la recogida de datos por parte de los poderes públicos, para garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación.

Y en relación a las medidas adoptadas para evitar que se produzcan incidencias similares, manifiesta:

Instar a la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo a comprobar todos los registros de tratamientos de datos personales de los órganos superiores que la constituyen, a efecto de conocer cuáles tratamientos disponen de la categoría del dato “sexo”.

Instar a la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo a comprobar todos los formularios, electrónicos o en los formatos que soportaren, cuyos responsables de los tratamientos fueren los órganos superiores que la constituyen, con el objetivo de eliminar la opción de respuesta “no binario” en el campo “sexo”, manteniendo exclusivamente las posibles respuestas “mujer/hombre”. Esta propuesta se hace debido a que la necesidad del dato “sexo” es exclusivamente estadística.

Por último, instar a la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías, como responsable del tratamiento: “Base de datos de terceros para facilitar que los ciudadanos se puedan relacionar de forma electrónica con la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la propia gestión interna por parte de la Administración”, a que promueva una acción corporativa del Gobierno de Canarias de revisión del dato “sexo/género”, recogido en determinados procedimientos administrativos, para que se cumpla lo preceptuado en la legislación de protección de datos personales. Ya que supuestamente, en determinados procedimientos, se está recogiendo un dato de categoría especial, sin el debido consentimiento de la persona, y sin las garantías de protección que obliga la legislación vigente.

Y en relación con lo que se plantea, si el dato de respuesta “no binario” en el campo de información “sexo” pudiera considerarse de categoría especial según dispone el artículo 9 del REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, este delegado solicita la opinión, y en su caso, el pronunciamiento de la Agencia Española de Protección de Datos.

También señala que teniendo en cuenta que el reclamante no tiene afectado ningún derecho como persona interesada en expediente tramitado en este centro directivo, puesto que realmente lo que está denunciando o cuestionando es un proceder no ya de esta Dirección General, respecto a uno de los procedimientos que gestionan Servicios administrativos de la misma, sino del propio Gobierno de Canarias en cuanto que los fragmentos de los formularios son comunes para casos en los que las variables de sexo se tienen que solicitar para gestionar las actuaciones administrativas, es por lo que esta Dirección General ha decidido adoptar, a propósito de la reclamación que se contesta, las siguientes decisiones:

Solicitar informe a la Viceconsejería de Igualdad y Diversidad de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, dado que la misma tiene cometidos de estudio e investigación social aplicada en materia de diversidad abarcando la orien-

tación sexual, identidad de género o expresión de género, así como la cooperación con el Instituto Canario de Estadística en la elaboración de estadísticas en dichas materias.

Solicitar informe al Instituto Canario de Igualdad, como organismo encargado de impulsar las políticas de igualdad de oportunidades del Gobierno de Canarias, con el objeto de promover las condiciones que hagan real y efectiva la igualdad de las mujeres y los hombres en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

Solicitar informe a la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, centro directivo que llevó a cabo una actuación inspectora consistente en la evaluación del sistema de protección de datos personales en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma Canaria, dentro del Plan Anual de Inspección 2021.

Solicitar informe a los jefes provinciales de los Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación de esta Dirección General.

Requerir a los indicados jefes de Servicio a la actualización en el Sistema de Información de la Comunidad Autónoma Canaria (SICAC), del procedimiento de “Conciliaciones previas en conflictos laborales individuales” a efectos de añadir en el mismo la referencia de la Resolución de esta Dirección General de Trabajo por la que se registran las actividades de tratamiento de datos personales, n.º 691/2022, de 16/02/2022.

Mediante una diligencia se ha comprobado en fecha 28/12/2022 que el formulario sigue incluyendo la pregunta sobre sexo/género con las tres respuestas posibles.

QUINTO:

Con fecha 28/04/2023, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por las presuntas infracciones de los artículos 5.1.c), 6.1 y 9.1 del RGPD, tipificadas en los artículos 83.5.a), b) y e) del RGPD, y sancionada conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la LOPDGD.

SEXTO:

Notificado el acuerdo de inicio, el reclamado en fecha 29/05/2023 presentó escrito de alegaciones manifestando, en síntesis, lo siguiente: que no le consta ninguna notificación por parte de la AEPD a la DGTNT, responsable del tratamiento; que la DGTNT no tiene ninguna competencia funcional sobre el procedimiento “5096 Conciliaciones previas en conflictos laborales individuales” competencia atribuida a la Dirección General de Trabajo, ni tampoco el tratamiento “base de datos de terceros” tiene relación con el servicio exclusivamente técnico de mantenimiento de formularios y fragmentos comunes; en cuanto a la cuestión jurídica de fondo, respecto al dato “no binario” se aportan los informes de los departamentos competentes en materia de igualdad y no Discriminación, Viceconsejería de Igualdad y Diversidad y Secretaría General Técnica de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad señalando que el dato no binario es adecuado, necesario y legítimo; no es un dato de protección especial y es adecuado, necesario y legítimo; que no hay infracción del artículo 5.1.c) del RGPD, que tampoco existe infracción del artículo 9.1 al no considerarse como dato especial ni del artículo 6.1 ambos del RGPD.

SEPTIMO:

Con fecha 16/11/2023 se inició un período de práctica de pruebas, acordándose las siguientes

- Dar por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del procedimiento.
- Dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador referenciado, presentadas por el reclamado y la documentación aportada.

OCTAVO:

En fecha 21/12/2023, fue emitida propuesta de resolución en el sentido de que se sancionara al reclamado por infracción de los artículos 5.1.c) y 9.1 del RGPD, tipificadas en el artículo 83.5.a) y e) del RGPD, con apercibimiento.

La propuesta fue notificada el 22/12/2023 sin que el reclamado, transcurrido el plazo señalado legalmente, presentara escrito de alegación alguno.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.

El 31/01/2022 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos escrito del reclamante manifestando que para presentar un escrito dirigido al reclamado a través de la página web, tiene que facilitar obligatoriamente datos que afectan a su intimidad; según afirma, en el formulario consta una pregunta relativa al sexo/género y como respuesta hay que indicar mujer, hombre y no binario; considera el reclamante que se encuentra obligado a facilitar datos relativos a su orientación sexual, no encontrándose la entidad reclamada legitimada para recabar dichos datos.

SEGUNDO.

Consta aportado formulario colgado de la página web de la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO, Sede electrónica del Gobierno de Canarias relativa a "*Conciliación previa en conflictos laborales*". En el apartado relativo al Sexo/Genero figura como respuesta *Hombre, Mujer y no Binario*.

TERCERO.

Se aporta el citado formulario en formato no online en el que figura solamente en el apartado relativo al Sexo la respuesta F ó M.

CUARTO.

Consta aportado DICTAMEN 2/2020 del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

QUINTO.

Consta escrito del DPD de fecha 22/03/2022 desde la Secretaría General Técnica de la de la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO, manifestando que *“El objeto de la reclamación está relacionado con el formulario de Condiciones previas en conflictos laborales cuyo órgano competente es el SERMAC adscrito a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo. Por ello, el DPD ha solicitado la remisión a la citada DG. de Trabajo.”*

SEXTO.

El reclamado en informe de 12/07/2022 ha manifestado que *“El fragmento común Persona Física contiene un componente para solicitar el sexo/género de la persona marcando entre Mujer, Hombre y No Binario.*

Este componente forma parte del fragmento para que aquellos procedimientos que lo necesiten puedan incorporarlo (por ejemplo, aquellos que toman alguna medida de discriminación positiva hacia la mujer).

Ese componente por defecto no está visible en el fragmento Persona Física y debe ser el diseñador del formulario el que indique explícitamente que quiere que aparezca ese dato dentro del fragmento común.

Además, el uso por defecto de ese componente no incluye la obligatoriedad de responder una de las opciones y debe ser el diseñador del formulario que usa el fragmento quien le pase un parámetro para hacerlo obligatorios.

Por tanto, si en un formulario del citado Departamento aparece ese dato como requerido es porque explícitamente así lo ha decidido la persona que ha diseñado ese formulario.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento objeto de reclamación, la información del campo “sexo” tiene como única finalidad la estadística, de manera que se pueda conocer esta condición (biológica) de la persona, para disponer de un mayor conocimiento que ayude a implementar políticas públicas de género, entre otras razones.

Al ser esto así, se podría quitar del campo “sexo” del formulario del procedimiento de Conciliaciones de conflictos laborales (5096) la respuesta “no binario”, ya que podría estar incurriéndose en la prohibición que señala el artículo 9.1. del Reglamento Europeo de Protección de Datos. El campo “sexo” podría permanecer con las respuestas mujer/hombre, porque se necesita exclusivamente para fines estadísticos, y está legitimada por el artículo 26 de la Ley 12/89, de 9 de mayo, de la función estadística pública, y por la práctica habitual del Instituto Nacional de Estadística, que así lo recoge en todos sus formularios. Asimismo, en el Artículo 20.a) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se establece la obligación de incluir sistemáticamente la variable de «sexo» en la recogida de datos por parte de los poderes públicos, para garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**I****Competencia**

De acuerdo con los poderes que el artículo 58.2 del RGPD, otorga a cada autoridad de control y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la LOPDGDD, es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *"Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."*

II

Normativa aplicable

Los hechos reclamados se materializan en que al ser presentado por el reclamante escrito dirigido a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO a través de la página web del Gobierno de Canarias, en el formulario facilitado se ha de rellenar obligatoriamente datos que afectan a su intimidad, entendiéndose que no existe legitimación para recabar los mismos y considerando que puede suponer una vulneración de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Se hace necesario hacer referencia a la normativa específica en la materia y definiciones y conceptos regulados en las citadas normas.

- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley estatal).
- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley estatal).
- La Ley 1/2020, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres (Ley de la CCAA de Canarias).
- Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales (ley de la CCAA de Canarias).
- La Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública.

Como señala en su preámbulo la ley 4/2023, su objetivo es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad.

La ley 4/2023 en su artículo 3, *Definiciones*, letras h), i) y j), establece las definiciones de *Orientación sexual*, *Identidad sexual* y *Expresión de género*:

"(...)

h) Orientación sexual: Atracción física, sexual o afectiva hacia una persona. La orientación sexual puede ser heterosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas de distinto sexo; homosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas del mismo sexo; o bisexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva hacia personas de



diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad.

Las personas homosexuales pueden ser gais, si son hombres, o lesbianas, si son mujeres.

i) Identidad sexual: Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer.

j) Expresión de género: Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual. (...)."

También la ley la ley 2/2021, en su artículo 2, *Definiciones*, establece en sus apartados 1, 2 y 6 las definiciones de *Identidad de género*, *Expresión de género* y *Persona no binaria*:

"1. Identidad de género la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceros, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al nacer y pudiendo involucrar o no la modificación de la apariencia o de las funciones corporales a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de cualquier otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.

2. Expresión de género la forma en la que cada persona comunica o expresa su identidad de género a través de su estética, lenguaje, comportamiento, actitudes u otras manifestaciones, pudiendo coincidir o no con aquellas consideradas socialmente relativas al género asignado socialmente según el sexo de nacimiento.

(...)

6. Personas no binarias las personas cuya identidad o expresión de género se ubica fuera de los conceptos tradicionales de hombre-mujer o masculino-femenino, o fluctúa entre ellos.

(...)."

III

Licitud del tratamiento

El artículo 6.1 del RGPD, *Licitud del tratamiento*, establece que:

"1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos

intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

1. En relación con el citado precepto, señalar que relaciona las distintas bases o fundamentos jurídicos en los que puede basarse el tratamiento de datos personales, siendo necesario la concurrencia de alguna de ellas para respetar el principio de licitud previsto en el artículo 5.1.a) del RGPD.

Ya señalábamos que de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 del RGPD, además del consentimiento, existen otras posibles bases que legitiman el tratamiento de datos sin necesidad de contar con la autorización de su titular, en particular, cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el afectado es parte o para la aplicación, a petición de este, de medidas precontractuales, o cuando sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del afectado que requieran la protección de tales datos. El tratamiento también se considera lícito cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, para proteger intereses vitales del afectado o de otra persona física o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

La cuestión fundamental que se suscita por tanto es determinar si concurre alguna de las bases legitimadoras de las recogidas en los apartados a) a f) del citado precepto, para el tratamiento de datos de carácter personal.

Con carácter general, la base jurídica del tratamiento en las relaciones con las Administraciones públicas, en aquellos supuestos en que existe una relación en la que no puede establecerse que exista una situación de equilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado no sería el consentimiento, sino o bien el cumplimiento de una obligación legal o bien el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos.

En el presente caso, la base jurídica que podría legitimar el tratamiento de datos viene definida en la letra c) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*

En este mismo sentido, la LOPDGDD introduce el artículo 8, relativo al *“Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos”*, que aclara cuándo el tratamiento de datos personales podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del RGPD.

De esta forma, el tratamiento solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley. Estas normas serán las



encargadas de determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del RGPD.

2. El reclamado en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio alegaba que la base legitimadora del tratamiento se encuentra anclado en el artículo 6.1.c) del RGPD.

Ahora bien, el artículo 20, *Adecuación de las estadísticas y estudios*, de la Ley Orgánica 3/2007 establece que:

“Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán:

a) Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo.

(...)”

No obstante, en la normativa canaria aplicable en el artículo 7, *Documentación administrativa acorde a la identidad de género*, de la ley 2/2021, establece que:

“1. Las administraciones públicas de Canarias, en el ámbito de sus competencias, deberán adoptar todas las medidas administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en los expedientes y procedimientos administrativos las personas sean tratadas de acuerdo con su identidad de género sentida, aunque sean menores de edad, y sin necesidad de acreditarla mediante informe médico, psicológico ni de cualquier otra índole.

2. Se garantizará que las personas sean tratadas de acuerdo con su identidad de género libremente determinada y se respetará la dignidad y privacidad de la persona concernida y la heterogeneidad, en su caso, del hecho familiar.

3. No se alterará la titularidad jurídica de los derechos y obligaciones que correspondan a la persona ni se prescindirá del número del documento nacional de identidad, del número de identificación de extranjero o del pasaporte, siempre que este deba figurar en el procedimiento. Cuando por la naturaleza de la gestión administrativa se haga necesario registrar o mostrar públicamente los datos que obran en la documentación oficial expresada, se recogerá el número de esta, las iniciales del nombre legal, los apellidos completos y el nombre elegido por razones de identidad de género, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación.

4. Para acreditar la identidad de género bastará con que la persona interesada manifieste expresamente por sí misma o, en su caso, por sus representantes legales, su identificación como mujer, hombre o persona no binaria, así como el nombre por el que se identifica caso de no coincidir con el expresado en la documentación oficial obrante en el procedimiento.

La manifestación de la identidad de género sentida podrá efectuarse bien mediante instancia normalizada por escrito o bien a través de comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos legalmente o bien mediante comparecencia personal en la oficina de registro correspondiente.

5. *El objeto de la solicitud podrá consistir en una manifestación general para el conjunto de relaciones que mantenga o pueda mantener la persona interesada con la Administración pública canaria correspondiente o una manifestación específica para un expediente o procedimiento concretos”.*

A este respecto, el reclamado como Administración Pública, se halla vinculado por el principio de legalidad de manera que solo puede llevar a cabo aquello para lo que el ordenamiento jurídico le permite expresamente.

Es cierto, que con carácter general las normas citadas obligan a adaptar la documentación, procedimientos y formularios de manera que se respete la identidad de género de cada persona, garantizando que se les pueda ofrecer un trato acorde a su identidad sentida, datos que son necesarios recoger con el objetivo de implementar políticas que permitan la efectiva igualdad y no discriminación de las personas por motivo de su identidad, por lo que se encontraría amparado en la letra c) del artículo 6.1 del RGPD.

Pero también lo es, que en el caso que estamos analizando, el tratamiento de alguno de los datos de carácter personal a los efectos previstos excedería el citado marco de legitimidad al superar el mismo la finalidad prevista.

IV

Primera obligación incumplida: Infracción del artículo 5.1.c) del RGPD.

El RGPD se ocupa en su artículo 5 de los principios que han de regir el tratamiento de los datos personales y menciona entre ellos el de minimización, señalando:

“1. Los datos personales serán:

(...)

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

(...)”

Si examinamos la definición podemos deducir que solo se pueden recabar los datos personales que se vayan a tratar, es decir, los que sean estrictamente necesarios para el tratamiento; que solo podrán ser recogidos cuando vayan a ser tratados y que solo podrán ser utilizados para la finalidad con la que fue recogida, pero no con ningún otro objetivo.

También el Considerando 39 señala que: *“...Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados”*

El reclamado en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio señala que no existe infracción del artículo 5.1.c) del RGPD, y por ende del principio de minimización de datos ya que señalada la obligación legal debe entenderse adecuado, pertinente con el uso de los mismos.



Sin embargo, aun existiendo base jurídica legitimadora del tratamiento de los datos, uno o varios datos concretos pueden resultar inadecuados o excesivos para los fines para los que son tratados.

En este sentido, mantener el campo sexo no es una concepción obsoleta y antigua, como señala el reclamado, sino precisamente acorde a la finalidad prevista en la norma vigente.

Hay que señalar que a efectos estadísticos la normativa española mantiene al igual que la mayoría de los países europeos, el modelo binario de sexo: hombre y mujer, que aparece a nivel normativo en el artículo 170 del Decreto de 14/11/1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Como el propio reclamado alega en el procedimiento la variable "sexo" con las respuestas "mujer/hombre", es necesario para fines estadísticos y se encuentra previsto en el artículo 26 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función estadística pública, que establece la propuesta de normas sobre conceptos, definiciones, unidades, estadísticas, clasificaciones, nomenclaturas y códigos para la clasificación de los datos y la presentación de resultados, y es utilizado por el INE codificando las variables hombre/mujer en sus formularios.

También la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, quien en su artículo 20, *Adecuación de las estadísticas y estudios*, quien exige incluir la variable sexo en la recogida de datos por parte de los poderes públicos:

"Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán:

*a) Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo.
(...)"*

Y la ley 1/2020, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres, de manera similar establece en su artículo 11, *Estadísticas e investigaciones con perspectiva de género*, que:

"1. Los poderes públicos de Canarias, para garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación, deberán:

a) Incluir sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que realicen.

b) Incorporar indicadores de género en las operaciones estadísticas que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar.

c) Analizar los resultados desde la dimensión de género.

d) En todas las estadísticas y estudios, aparte de recoger la variable de sexo y género, se tendrá en cuenta el lugar de su procedencia para el mejor conocimiento de la realidad canaria por islas.

2. Asimismo, realizarán análisis e investigaciones sobre la situación de desigualdad por razón de sexo y difundirán sus resultados. Especialmente, contemplarán la situación y necesidades de las mujeres en el medio rural, y de aquellos colectivos de mujeres que se ven influidos por diversos factores de discriminación.

3. Se dinamizarán los estudios con perspectiva de género en el ámbito educativo, en cuanto a juegos, usos del lenguaje, orientaciones laborales, entre otras que se puedan determinar.

4. Se impulsarán los estudios con perspectiva de género en el ámbito juvenil, de ocio, empleo y vivienda en y para los y las jóvenes.

Por tanto, de conformidad con la normativa estatal y su correlativa autonómica en ningún caso señalan que a efectos estadísticos en los procedimientos o formularios que se recaban datos ha de incluirse la respuesta *no binario*.

A mayor abundamiento, habría que señalar que la introducción del término *no binario* en el formulario, cuando no es necesario, puede ser incluso contraproducente porque obligaría a personas que no se sienten hombre o mujer a declarar sobre su identidad de género que no es la finalidad perseguida por la norma, lo cual podría implicar riesgos para las personas físicas, derivados del tratamiento de dicho dato, como por ejemplo riesgos de discriminación. Por tanto, la introducción de la citada respuesta tendría que efectuarse, en todo caso, siempre que exista relación con la finalidad perseguida para el que se quiera obtener y deba ser tratado el dato concreto, sin que se trate de recabar datos por tenerlos, sin finalidad específica, cuando sea necesario en relación con los fines para los que son tratados, careciendo de sentido en caso contrario.

El reclamado, en alegaciones al acuerdo de inicio manifiesta que en ningún caso puede ser considerado que los datos recabados no son acordes con *el principio de minimización* puesto que su tratamiento viene establecido por una obligación legal, por lo que en ningún caso debe entenderse inadecuado e impertinente su tratamiento.

Sin embargo, para este caso concreto tal manifestación no puede aceptarse puesto que el tratamiento de los datos aun estando previsto en normas puede resultar excesivo e impertinente con la finalidad prevista.

En el documento *Aviso Legal*, epígrafe *Política de privacidad* de la sede electrónica establece que *“Los datos que se requieren serán los estrictamente necesarios, adecuados y pertinentes para la finalidad por la que se recogen y serán almacenados en un fichero automatizado cuya finalidad es el almacenamiento de la información de los terceros que se relacionan con la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias por medios electrónicos.”* Y que *“Asimismo se informa que los datos personales que se faciliten a través de los distintos formularios o solicitudes de esta sede electrónica serán tratados en los términos descritos en las cláusulas informativas que figuran el pie de los mismos”*, y en el formulario se indica en el

epígrafe *Finalidad del tratamiento*: “*Gestionar la actuación administrativa que se inicia con la presente solicitud*”, cláusula genérica que no especifica cual es la finalidad perseguida, ni determina que datos y su destino.

El reclamado ha alegado también que la Sentencia nº 83/2023, de fecha 23 de enero, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, obliga a registrar como de genero no binario a una persona de nacionalidad alemana que reside en Sevilla.

Es cierto que la sentencia señala que “*De todo lo expuesto concluimos que, con estimación sustancial del recurso de apelación, debemos revocar la sentencia apelada y acoger la pretensión del apelante de que entre los datos suministrados por el mismo al llevar a cabo la cumplimentación de la solicitud de inscripción en el Registro Central de Extranjeros, se modifique ésta en el sentido de que, en lugar de figurar como sexo el de hombre, conste como tal el de “indeterminado”, “X” o expresión equivalente al ser la que figura en la documentación oficial extendida por las autoridades de Alemania, país del que es nacional*”.

Por tanto, la sentencia acoge la necesidad de que en los registros no haya disparidad de datos, acogiendo los que figuran como propios del interesado según su legislación. Además, el caso planteado y sentenciado en la resolución judicial no guarda similitud alguna con el caso que examinamos.

Por otra parte, olvida el reclamado que también es cierto que la legislación española vigente, concretamente la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en el Registro Civil, solamente posibilita el cambio del sexo masculino al femenino o viceversa, pero no a un tercer género o indeterminado, y la propia sentencia advierte de la dudosa aplicación de esta norma al supuesto que es objeto del recurso y, que es en ausencia de regulación legal ante el caso debatido, en lo que la juzgadora de instancia ha fundamentado su resolución.

Se desprende de lo anterior que la actuación del reclamado vulnera el principio de minimización contemplado en el artículo 5.1.c) del RGPD, tipificado en el artículo 83.5.a) del citado Reglamento.

V

Tipificación de la infracción del artículo 5.1.c) del RGPD

La infracción que se le atribuye al reclamado se encuentra tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD, que considera que la infracción de “*los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9*” es sancionable, de acuerdo con el apartado 5 del mencionado artículo 83 del citado Reglamento.

La LOPDGDD en su artículo 71, *Infracciones*, señala que: “*Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica*”.



Y en su artículo 72, considera a efectos de prescripción, que son: *“Infracciones consideradas muy graves:*

1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679. (...).”

VII

Segunda obligación incumplida: infracción del artículo 9.1 del RGPD

El artículo 9 del RGPD establece:

“1. Quedan prohibidos el tratamiento de 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 la orientación sexual de una persona física”.

Y en el apartado 2:

“2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concorra una de las circunstancias siguientes:

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;”

También el artículo 9.1 de la LOPDGDD que:

“1. A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.”

Existe una categoría especial de datos de carácter personal, recogidos en el artículo 9.1 RGPD, que se diferencia del resto de datos personales en que su tratamiento se encuentra prohibido. No obstante, esta prohibición no es aplicable en ciertos casos cuando no concurre alguna de las excepciones que se contemplan en el artículo 9.2 del RGPD.

La Sentencia dictada por el T.C. 67/2022, de 02/06/2022, recurso de amparo 6375-2019, considera de especial trascendencia constitucional la cuestión planteada porque le permite sentar doctrina sobre un problema relativo a un derecho fundamental que no

había sido suficientemente tratado, definiendo en presencia de qué causa de discriminación nos encontramos al analizar el supuesto que se le presenta para su análisis, partiendo de la distinción entre las nociones de sexo y género, sin olvidar condiciones personales como puedan serlo la *orientación sexual* y la *identidad de género*.

“El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias).

Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana”.

Por su parte, aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico”.

Y continua “Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art. 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la «aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...] la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación». Independientemente del alcance normativo que se dé a las nociones de sexo y género, ni una ni otra pueden ser definidas en sentido estricto como derechos, sino como condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales y que conforman uno de los muchos elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana (art. 10 CE), la propia identidad personal”.

También el T.C. en su sentencia se refiere a la orientación sexual y la identidad de género, señalando que *“También son condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, refiriéndose la primera a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, y la segunda a la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento. Pero además de ser condiciones personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH), tal y como se deriva de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que atribuye al concepto de «vida privada» una definición amplia, que abarca el derecho a la integridad física y psicológica de una persona, incluyendo en esa noción de integridad su vida sexual y su orientación sexual...; algunos aspectos de la identidad física y social de la persona...; o la identidad de género de las personas trans ... Además, el art. 8 CEDH protege el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral”*.

Hay que recordar que la variable presente en el formulario era la de “sexo/genero”, y las respuestas u opciones posibles “hombre/mujer/no binario”.

El modelo de formulario con la cuestión planteada por el reclamado no se ajusta a la finalidad perseguida, supuestamente la de obtener datos con fines estadísticos, cuestión que ya ha sido expuesta en los fundamentos anteriores y que vulnera el *principio de minimización* por considerarse que los datos de esta forma recabados no son necesarios y resultan excesivos.

Por otra parte, la inclusión de la respuesta/opción *no binario* dentro de la variable *sexo/genero* tampoco guarda relación *strictu sensu* con la opción *sexo*, que sería la recogida en la norma a efectos estadísticos a fin de garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación de conformidad con el artículo 20.a) de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el artículo 11 de la ley 1/2020, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres, que de manera similar establecen: *a) Incluir sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que realicen*”, sino que se vincularía con una cuestión de identidad de género y que es introducida en el formulario sin justificación alguna.

La inclusión de dicha respuesta en la variable “sexo” altera el sentido de las normas toda vez que en la recogida de datos prevista se modificaría el concepto normalmente aceptado al pasar al concepto de “*sexo sentido*”, incardinado en el de identidad de género.

La cumplimentación de dicha variable se basa en los estándares definidos por el INE, que en relación con la variable estadística “sexo” indica lo siguiente: *“El sexo se refiere al sexo biológico de la persona. Según la OMS, el “sexo” hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que definen a hombres y mujeres”*, mientras que el “*género*” se refiere a se refiere a la construcción social y cultural que define las diferentes características emocionales, afectivas, intelectuales, así como los comportamientos que cada sociedad asigna como propios y naturales de hombres o de mujeres, pero puede haber personas que no se identifican con estas características

de hombres y mujeres y así, aparte del masculino y femenino habría otros géneros. De esta manera, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas.

Mientras que *“orientación sexual”*, es la atracción afectiva, romántica, sexual y psicológica que la persona siente de modo sostenido en el tiempo y se describe distinta a la identidad de género.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyen en sus garantías sobre la no discriminación, listas de fundamentos prohibidos de discriminación. Esas listas no mencionan explícitamente la orientación sexual ni la identidad de género, pero concluyen con las expresiones *“cualquier otra condición”* o *“cualquier otra condición social”*. El uso de esas expresiones demuestra que la intención era que esas listas fueran abiertas e ilustrativas; en otras palabras, los fundamentos de discriminación no están cerrados.

Queda claro que orientación sexual e identidad de género son aspectos distintos. En su jurisprudencia, observaciones generales y observaciones finales, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han sostenido uniformemente que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con arreglo al derecho internacional. Además, hace tiempo que los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos han reconocido la discriminación que existe debido a la orientación sexual y la identidad de género.

En el mismo sentido, diversos mecanismos de protección de los Derechos Humanos a nivel internacional, como los Comités, han afirmado que los Estados tienen la obligación de proteger a las personas de la discriminación debido a su orientación sexual. Esta posición aparece reflejada en decisiones del Comité de Derechos Humanos – (caso Toonen c. Australia de 1994) y en observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité de los Derechos del niño del comité contra la tortura, del comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Por ejemplo, en su observación general, el comité de derechos económicos sociales y culturales señala que los Estados parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el pacto. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que el derecho a la no discriminación del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye la orientación sexual y la identidad de género.

Ahora bien, la introducción de la identidad de género identificando a su titular, tendría que efectuarse en todo caso, siempre que exista relación entre lo que se pregunta, con la finalidad para la que se quiere obtener para que el dato deba ser tratado, sin que se trate de obtener los datos por tenerlos, sin finalidad específica alguna y, en este caso, el formulario *“Conciliación previa en conflictos laborales”* y cuyo objeto es que los empresarios y trabajadores implicados en reclamaciones de índole laboral logren avenencia y acuerdo evitando la vía judicial, ningún valor aporta la inclusión de la cuestión de género, ni se examina o considera este aspecto, por lo que carece de sentido introducir una respuesta con dicho alcance, sin conexión alguna con el objeto

del mismo. En ese sentido, no se aprecia necesidad alguna en el tratamiento de dicha respuesta a la hora de rellenar el formulario.

En todo caso, se presenta un formulario en el que si bien no hace referencia explícita a la orientación sexual o la vida sexual, se puede deducir que si no se brinda la respuesta *hombre/mujer* y se puntea la opción *no binario* se puede considerar relacionada con la vida sexual, puesto que en el fondo lo que se viene a poner de manifiesto es una cuestión que podría guardar relación con manifestar sus creencias al ser la identidad de género una cuestión interna de cada uno, según se deriva de la definición efectuada por el Comité Interamericano de Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 /04/2012 que lo define como: *“La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo signado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*

Es decir, se está cuestionando sobre su sexo sentido, con el que se identifica, si coincide con el asignado al nacer: *mujer/hombre*, o *no binario*, cuando su sexo sentido, con el que se identifica, no coincide con el asignado al nacer, que se sale del objetivo y la finalidad del formulario dentro del contexto *Conciliación previa*, que no está orientado ni establecido en ese sentido y no se ha de obligar a las personas a manifestar o a declarar sobre sus creencias personales e íntimas. Dicha prohibición, encuentra su fundamentación, tal y como señala el precepto transcrito, en evitar situaciones discriminatorias, como las que podrían producirse al existir un inventario o registro en el que constase la orientación sexual de las personas o recogida de la identidad de género sin una finalidad determinada o sin base legítima, o de creencias.

La misma sentencia del TC a la que se aludía en el apartado 2, de este mismo fundamento señala en referencia a la identidad de género que: *“Tal y como se ha reconocido, como presupuesto argumental en el fundamento jurídico anterior, la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el art. 14 CE”*.

No obstante, la prohibición del artículo 9.1 no es aplicable en ciertos casos cuando concurre alguna de las excepciones que se contemplan en el artículo 9.2 del RGPD y, en ese sentido, conforme a lo antedicho, en el presente supuesto no concurre una excepción del artículo 9.2 del RGPD que levante la prohibición que éste recoge.

Por tanto, se concluye que el reclamado ha vulnerado el artículo 9.1 del RGPD que encuentra su tipificación en el artículo 83.5.e) del citado Reglamento.

VII

Tipificación de la infracción del artículo 9.1 RGPD

La infracción que se le atribuye al reclamado se encuentra tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD, que considera que la infracción de *“los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9”* es sancionable, de acuerdo con el apartado 5 del mencionado artículo 83 del citado Reglamento.

La LOPDGDD en su artículo 71, *Infracciones*, señala que: *“Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica”*.

Y en su artículo 72, considera a efectos de prescripción, que son: *“Infracciones consideradas muy graves:*

1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

(...)

e) El tratamiento de datos personales de las categorías a las que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, sin que concurra alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto y en el artículo 9 de esta ley orgánica.

(...)”.

VIII

Régimen aplicable a las Administraciones Públicas

El artículo 83 *“Condiciones generales para la imposición de multas administrativas”* del RGPD en su apartado 7 establece: *“Sin perjuicio de los poderes correctivos de las autoridades de control en virtud del artículo 58, apartado 2, cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro.”*

La LOPDGDD en su artículo 77, *Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento*, establece lo siguiente:

“1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

(...)

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

(...)

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución declarando la infracción y estableciendo, en su caso, las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido, con excepción de la prevista en el artículo 58.2.i del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación.

Asimismo, cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apartado 1 de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.

Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica”.

En el caso examinado, el presente procedimiento sancionador tiene su causa en la presunción de que el reclamado, tal y como se expone en los hechos, ha vulnerado la normativa en materia de protección de datos de carácter personal en lo relativo al principio de minimización y la prohibición del tratamiento de datos especialmente protegidos o sensibles.

De conformidad con las evidencias de las que se dispone, dicha conducta constituye, por parte del reclamado la infracción a lo dispuesto en los artículos 5.1.c) y 9.1 del RGPD.

Hay que señalar que el RGPD, sin perjuicio de lo establecido en su artículo 83, contempla en su artículo 77 la posibilidad de declarar la infracción y establecer las medidas que procedan para corregir los tratamientos de datos personales que no se adecúen a sus previsiones, cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica.

Adicionalmente, contempla el artículo 58 del RGPD en su apartado 2 d) que cada autoridad de control podrá *“ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...”*.

IX

Medidas correctoras

Al haberse confirmado las infracciones procede imponer al responsable la adopción de medidas adecuadas para ajustar su actuación a la normativa mencionada en este acto, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 58.2 d) del RGPD, según el cual cada autoridad de control podrá *“d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado”*. La imposición de esta medida es compatible con la sanción consistente en apercibimiento, según lo dispuesto en el art. 83.2 del RGPD.

Por tanto, se consideraría procedente ordenar al reclamado para que en el plazo de seis meses a partir de la firmeza de la presente resolución para que adecúe los tratamientos que son objeto del presente procedimiento a la normativa aplicable y lo comunique a este organismo. En el texto de este acuerdo se establecen cuáles han sido los hechos que han dado lugar a la vulneración de la normativa de protección de datos, de lo que se infiere con claridad cuáles son las medidas a adoptar, sin perjuicio de que el tipo de procedimientos, mecanismos o instrumentos concretos para implementarlas corresponda a la parte sancionada, pues es quien conoce plenamente su organización y ha de decidir, en base a la responsabilidad proactiva y en enfoque de riesgos, cómo cumplir con el RGPD y la LOPDGDD.

Dichas medidas podrían concretarse, en que se proceda a cumplir con lo exigido por la normativa en materia de protección de datos respecto del tratamiento que se realiza eludiendo en la tramitación de los formularios relativos a *“Conciliación previa en conflictos laborales”* de reclamaciones y demandas judiciales de índole laboral la respuesta/opción *no binario* dentro de la variable *sexo/genero* recogida en la norma a efectos estadísticos, así como en todos aquellos procedimientos, formularios, solicitudes y documentos tramitados ante sus organismos públicos, implementando las pertinentes medidas.

Se advierte que no atender la orden impuesta por este organismo podrá ser considerado como una infracción administrativa conforme a lo dispuesto en el RGPD, tipificada como infracción en su artículo 83.5 y 83.6, pudiendo motivar tal conducta la apertura de un ulterior procedimiento administrativo sancionador.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

RESUELVE:

PRIMERO: Imponer a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO, con NIF **S3511001D**,

- Por infracción del artículo 5.1.c) del RGPD, tipificada en el artículo 85.3.a) del RGPD, una sanción de apercibimiento y.

- Por una infracción del artículo 9.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.e) del RGPD, una sanción de apercibimiento.

SEGUNDO: Archivar a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO, con NIF **S3511001D**, por la infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD.

TERCERO: ORDENAR a la CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO, con NIF **S3511001D**, que en virtud del artículo 58.2.d) del RGPD, en el plazo de seis meses desde que la presente resolución sea firme y ejecutiva, acredite haber procedido al cumplimiento de lo señalado en la misma, ajustando su actuación a la normativa de protección de datos, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho IX, especialmente en cuanto los tratamientos que realiza, eludiendo en la tramitación de los formularios y documentos ante sus organismos públicos, no solamente, como en el caso analizado, los relativos a “*Conciliación previa en conflictos la boraes*” de reclamaciones y demandas judiciales de índole laboral, la respuesta/opción *no binario* dentro de la variable *sexo/genero*, implementada y recogida a efectos estadísticos, implantando y estableciendo las pertinentes medidas.

CUARTO: NOTIFICAR la presente resolución a CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO.

QUINTO: COMUNICAR la presente resolución al Defensor del Pueblo, de conformidad con lo establecido en el artículo 77.5 de la LOPDGDD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos