

940-0419  
Procedimiento Nº: E/04661/2019

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 12/09/2018, se recibe reclamación de Dña. **A.A.A.** (reclamante) contra el MINISTERIO DE DEFENSA (en adelante, el reclamado) por haber cedido sus datos personales mediante la entrega de su denuncia de **\*\*\*FECHA.1** a los denunciados que la destinan a interponer una demanda judicial en su contra en 2018.

Su denuncia se dirigió contra el **\*\*\*PUESTO.1 en \*\*\*COMUNIDAD.AUTONOMA.1** Don **B.B.B.** (en lo sucesivo terc 1) y el **\*\*\*PUESTO.2**, D. **C.C.C.** (terc 2) responsables de la gestión del vestuario que se asignó al personal femenino destinado en el acuartelamiento (...) desde 2014. Matiza la reclamante que aunque la denuncia la presentó solo con su nombre, las medidas sobre el vestuario afectaban a todas las mujeres mandos militares del acuartelamiento, pero *“solo se pudieron ejercitar, tal y como marca nuestra normativa militar, de forma individual sin que pudiera haber una denuncia conjunta por todas las afectadas por las órdenes dadas.”* Su denuncia presentada en la Unidad de Protección al Acoso, (UPA) del Ministerio de Defensa, fue por hechos constitutivos de ilícito disciplinario por *“discriminación por razón de sexo”*.

La reclamante desempeña sus funciones de **\*\*\*PUESTO.3** en el Ejército de Tierra, (...), en **\*\*\*LOCALIDAD.1**, acuartelamiento que también alberga a la Delegación de Defensa en **\*\*\*COMUNIDAD.AUTONOMA.1**.

Acompaña:

A) (documento uno), copia de su denuncia, en impreso normalizado que porta el literal *“Formulario de denuncia por acoso sexual y por razón de sexo”*, en *“tipo de acoso”* marcado *“por razón de sexo”*, con un apartado para completar los datos de la persona acosada que contiene: nombre y apellidos, DNI, destino, número de teléfono. Como unidad de presentación, figura marcada la opción *“jefe de la unidad de protección de acoso UPA”*. En datos del personal militar denunciado figuran los de *“terc 1 y terc 2”*, y cita dos compañeros como testigos con sus nombres y DNI.

En el formulario no se indica clausula alguna sobre el tratamiento de datos, responsable y sede ante la que ejercitar los derechos.

Junto al formulario, se indica que acompaña alguna documentación como correos electrónicos, parte de 18/06/2016, pero solo acompaña escrito de narración de los hechos, en el que indica:

-El asunto se inicia en 2014 cuando fue destinada al acuartelamiento (...) de **\*\*\*LOCALIDAD.1**, *“donde se me asignó como vestuario el que la Delegación de Defensa en **\*\*\*COMUNIDAD.AUTONOMA.1** tenía para uso de los aspirantes a tropa profesional en los ciclos de selección y que se usaban un par de veces al año con motivo de la realización de pruebas físicas. Así, la propia Delegación me hizo entrega de la llave de acceso a esa dependencia”*.

En el escrito, se manifiesta que la reclamante presta servicios en el área de expedientes administrativos y que los vestuarios son usados *“por los cinco mandos para ducharse tras la realización de la habitual actividad deportiva.”*

Manifiesta que *“Dicho espacio era usado de forma permanente por cinco mujeres destinadas en el acuartelamiento, alternando con el uso eventual de los aspirantes a dicho espacio, que se hallaba convenientemente señalado como vestuario femenino.”*, y que a veces, también, por inclemencias del tiempo, como la lluvia, el vestuario femenino era usado para pruebas *“de flexiones, abdominales y salto horizontal dentro del mismo”*, *“haciendo la prueba de salto vertical en el vestuario masculino”*.

Manifiesta que *“eso fue hasta el año pasado”* comenzando a detallar que en una primera ocasión se encontró a un Suboficial de la Subdelegación dentro del vestuario femenino recogiendo una bicicleta, motivo por el que le expresó su malestar a terc 2 (uno de los denunciados). Manifiesta que *“ante dicha queja, terc 1 y 2 decidieron la reducción del vestuario femenino solo a taquillas y duchas, excluyendo el espacio que antecede de lavabos WC, poniendo este ultimo de uso común y así, continuaron aparcando las bicicletas en ese espacio.”*

Manifiesta la reclamante que cumplimentó un parte, pero solicitó que solo se trasladara a terc 1 como último recurso para llegar a una solución pacífica del asunto, (no se aporta copia) que no alcanzó satisfactorio fin para la reclamante, pues se suspendió el uso por un periodo muy amplio por unas pruebas de selección. El relato se extiende a las vicisitudes de uso de dicho espacio, pasando en mayo 2017 con la emisión de una normativa de uso del vestuario, que se le envió por correo electrónico explicando los intercambios de correos con terc 1 y terc 2, con el fin de poder compatibilizar el uso del vestuario. Finaliza indicando que el vestuario femenino sigue estando ocupado por el órgano de selección de la Delegación.

Manifiesta la reclamante que como último extremo, y considerando la situación insostenible consiguió la asignación de un espacio como vestuario por el jefe de su acuartelamiento, que *“aunque provisional” “se ha convertido en definitiva”*.

B) Manifiesta la reclamante que como trámite de su denuncia, la Subsecretaria del Ministerio designó un instructor que figuraba adscrito al servicio del **\*\*\*CENTRO.1** en

**\*\*\*LOCALIDAD.1**, y que dicha investigación concluyó con resolución de archivo dictada el 9/10/2017 por el Subsecretario de Defensa sin declaración de responsabilidad de los denunciados (se acompaña como documento dos copia de la misma). Indica la reclamante que no se contiene motivación jurídica ni el recurso que contra ella procede, y solicitó copia de las actuaciones y al serle desestimado “*ha interpuesto recurso contencioso-administrativo en base a lo probado en el Juzgado Togado Militar Territorial n **RR** de \*\*\*LOCALIDAD.1. (Dil. Pv. nº **XX/XX/18**)*”, en la actualidad pendiente de resolverse.

La resolución del Subsecretario de 9/10/2017 indica: “*Examinada la información previa instruida con ocasión del parte formulado por la **\*\*\*PUESTO.3...contra...**”y al no revestir los hechos denunciados los requisitos necesarios para su consideración como una conducta de acoso por razón de sexo”, “**ACUERDA** no incoar procedimiento alguno y el archivo de las actuaciones.” “*notifíquese a la **\*\*\*PUESTO.3...***”.*

C) Aporta como documento tres un acuerdo del Subsecretario de Defensa de 17/01/2018 en el que destaca: “*De acuerdo con el precedente informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, y por los propios antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que se da por reproducidos a efectos de la necesaria motivación, ACUERDO: Denegar su solicitud de entrega de copia de las actuaciones dimanantes de la denuncia presentada. “La presente resolución deberá ser comunicada a la interesada haciéndole saber que la resolución por la que se deniega la entrega de la documentación no es firme en vía administrativa y contra la misma podrá interponer recurso de alzada ante la Ministra de Defensa en el plazo de un mes a partir de la notificación”* La reclamante informa que este acuerdo junto con el de 9/10/2017 por falta de motivación están recurridos ante la jurisdicción militar.

D) Manifiesta la reclamante que “Conocedores los dos denunciados de la resolución de la Subsecretaría de Defensa sobre el archivo de las actuaciones y la denegación del recurso”, (sin indicar el medio por el que conocen, pues no figuran en el pie del acuerdo como sujetos a notificar) “*ambos interpusieron demanda penal contra mí*” abriéndose en el Juzgado Togado Militar nº RR Diligencias Previas nº **YY/YY/18** y “*me imputaron delitos de injurias, calumnias y denuncia falsa*”, y en ambas demandas penales “*fueron acompañadas de la copia escaneada íntegra de la denuncia precitada de **\*\*\*FECHA.1** que yo interpose ante la UPA del Ministerio de Defensa.*”

Terc 2, en su declaración en el Juzgado el **ZZ/ZZ/18** (folio 4 que se adjunta como documento nº, no señala el documento y no es aportado como tal), fue preguntado, manifestando que “*esta copia le fue entregada íntegramente por el Instructor de la Investigación Previa el día 29/08*”, al que identifica por su nombre y apellidos.

E) La reclamante indica que existe en Defensa un “*Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas*”, Resolución 400/38199/2015, de 21/12, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20/11/2015, que determina como principio general la confidencialidad y el deber de secreto, elementos que se contienen y desarrollan en la Ley Orgánica 8/2014 de 4/12, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS).

Para la reclamante, la entrega de la copia de su denuncia vulnera la ley de procedimiento administrativo al proporcionar documentos en los que los denunciados no son interesados, habiéndose entregado en este caso en fase de investigación, cuando no se

puede hablar en ese momento de expediente ni de acceso al mismo, vulnerándose su deber de secreto en lo referido a sus datos personales.

Finaliza indicando que ha solicitado a la Subsecretaria de Defensa que les sea exigida responsabilidad disciplinaria a las personas encartadas, sin haber obtenido respuesta.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió, el 8/11/2018, de conformidad con art. 9.4 del Real Decreto-ley 5/2018 (BOE 30/07/2018) al traslado la reclamación al MINISTERIO DE DEFENSA a “la atención del responsable del tratamiento o de su Delegado de Protección de Datos”, de conformidad con art. 9.4 del Real Decreto-ley 5/2018 “para que analice dicha reclamación y le comunique al reclamante la decisión que adopte al respecto”. Se añade “Asimismo, en el plazo de un mes desde la recepción de este escrito deberá remitir a esta Agencia la siguiente información:

1. *Copia de las comunicaciones, de la decisión adoptada que haya remitido al reclamante a propósito del traslado de esta reclamación, y acreditación de que el reclamante ha recibido la comunicación de esa decisión.*
2. *Informe sobre las causas que han motivado la incidencia que ha originado la reclamación.*
3. *Informe sobre las medidas las medidas adoptadas para evitar que se produzcan incidencias similares.*
4. *Cualquier otra que considere relevante”.*

TERCERO: Con fecha 14/01/2019, la reclamante presenta escrito indicando que no ha recibido escrito alguno.

CUARTO: Con fecha 21/02/2019, se recibe escrito del Delegado de Protección de Datos del Ministerio de Defensa en el que (Subsecretaria de Defensa) responde al requerimiento.

1) Aporta copia de un escrito en el que el Delegado de Protección de Datos se dirige al Subsecretario del Ministerio de Defensa, indicado que se remite la reclamación para que determine si considera oportuno su envío a la \*\*\*DIR.GENERAL.1, dado el destino de los dos militares a los que la reclamante atribuye el incumplimiento de la LOPD, o si es tramitada por esa Subsecretaria. “En cualquiera de los dos supuestos, una vez analizada se elaborará un informe en el que consten las causas que han motivado la incidencia.”

2) Se acompaña un escrito de 13/12/2018 de la \*\*\*DIR.GENERAL.1, asunto: “reclamación y solicitud de información” , “anexos reclamación AEPD” en la que se solicita por el \*\*\*DIR.GENERAL.1 en relación con la documentación anexa que por el Coronel Secretario del \*\*\*CENTRO.1 (\*\*\*CENTRO.2) se elabore un informe sobre las causas que han motivado la incidencia que ha originado la reclamación contra los dos miembros “del \*\*\*CENTRO.2 de \*\*\*LOCALIDAD.1”. Se acompaña copia del informe emitido por el que fue designado instructor del procedimiento, \*\*\*PUESTO.2 del \*\*\*CENTRO.2, de 17/12/2018, y que como se ha mencionado, originado por la denuncia de la reclamante finalizó en archivo por acuerdo del Subsecretario del Ministerio de Defensa.

Manifiesta el citado instructor que se procedió a remitir copia numerada del expediente a los dos denunciados para que efectuaran alegaciones de conformidad con el artículo 54 de la Ley 8/2014 que regula el régimen disciplinario de las FAS, en el párrafo 1 *“se notificará al expedientado con copia de toda la documentación recibida”*. Con posterioridad realizó un informe.

En cuanto a que se ha denegado total o parcialmente el acceso, indica que el *“no ha denegado el acceso a la documentación”*.

3) Aporta un escrito de entrega a la reclamante de *“respuesta del Subsecretario de Defensa”* de 25/01/2019 adoptado en relación con la reclamación presentada ante la AEPD, firmado el recibí por la reclamante el 13/02/2019.

En el escrito figura una parte denominada *ANTECEDENTES* en la que se indica que la reclamante interpuso un escrito como constitutivo de ilícito disciplinario de discriminación de sexo, en el que *“a su entender”* consideraba responsables a dos personas. Dicha denuncia, determinó que el Subsecretario, competente en la materia disciplinaria, designara un instructor para que efectuara una información reservada previa al amparo de lo previsto en el apartado 9.1.2 del protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las FFAA, aprobado por Consejo de Ministros el 20/11/2015.

En el apartado *“Causas que han motivado la incidencia que ha originado la reclamación”*, indica que a los dos denunciados por la reclamante, se les entregó por el Instructor de la información previa copia de la documentación recibida, y que los datos personales formaban parte de la documentación del expediente, cuya *“copia se entregó a los implicados para que pudieran presentar alegaciones”*. Se advierte que en el protocolo citado, en el apartado 3.7 se señala que el derecho a la intimidad y confidencialidad no podrán limitar los derechos e intereses legítimos de las partes implicadas (termino que utiliza el protocolo), y en este sentido, *“resulta obvio que los denunciados son parte interesada e implicadas en el procedimiento, no siendo lógico negar a los denunciados la consideración de implicados.”*

*“Por lo que se refiere a la naturaleza de la información previa, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas sentencias”* menciona literalmente siete de distintos años, 2003, 2004, 2015, 2016 y 2018, *“que en aquellos casos en los que la toma de declaración lo sea sobre personas que razonablemente pudieran ser posteriormente objeto del correspondiente expediente disciplinario, deberá hacerse con la preceptiva instrucción de derechos del declarante, so pena de no poder utilizar posteriormente en su contra lo reconocido por un interesado en una información reservada si previamente no se le ha instruido de sus derechos.”* Manifiesta que *“El parte que inicia cualquier investigación que pueda dar lugar a responsabilidad debe ser entregado a las partes afectadas para que puedan ejercitar su defensa en tiempo y forma”*. Los dos denunciados eran parte implicada en la denuncia, y darles conocimiento del parte de denuncia en el seno de una información previa para que hicieran alegaciones sobre las acusaciones sobre ellos vertidas, no afectaría a la confidencialidad ni al respeto a la intimidad de la reclamante, pues el propio protocolo hace esa salvedad. El traslado de la documentación se hizo para un fin determinado, cuál era el de hacer alegaciones, y así lo hizo constar el instructor del procedimiento. Una vez acordada la no incoación de expediente disciplinario se comunicó a los mismos dicha terminación, y se *“resolvió no entregarle a ninguno de ellos copia de lo actuado”*.

En el apartado *“Medidas adoptadas para evitar que se produzcan incidencias similares”*, manifiesta que se va a realizar actividades de concienciación y formación, con



especial referencia a los principios relativos al tratamiento de datos, pertinencia y limitación en relación con los fines para los que son tratados.

QUINTO: Con fecha 9/07/2019 se recibe escrito de la reclamante en el que reitera la reclamación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

De acuerdo con los poderes de investigación y correctivos que el artículo 58 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) otorga a cada autoridad de control, y según lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5/12, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

### II

El RGPD define:

4.7 “*responsable del tratamiento*» o «*responsable*»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;” En este caso el responsable del tratamiento sería el Subsecretario de Defensa, órgano competente para resolver el procedimiento y gestor de los datos del expediente.

Por tanto, se debe distinguir al responsable del tratamiento, responsable de las eventuales infracciones en materia de protección de datos, del personal incardinado en el seno del mismo, que lleva a efecto las labores de tratamiento en su nombre, como pudiera ser en este caso el funcionario instructor, el cual según el citado artículo está en la categoría del artículo 4.10: “*personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado*” persona contra la que no se dirige esta reclamación.

### III

La reclamante incide en que su reclamación ante esta AEPD es porque se presentó una demanda judicial penal contra ella por las personas contra la que ella denuncia ante Defensa, con copia íntegra de su denuncia de genero con su identificación, empleo, destino y número de teléfono particular en la fase de información reservada.

La presentación de una denuncia impulsa el procedimiento, que se inicia de oficio por acuerdo del órgano competente (artículo 58 de la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), indicado su artículo 62:” *Se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de*

*una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.”*

La LORDFAS en su exposición de motivos VII, indica: *“En el procedimiento sancionador, presidido por los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, impulso de oficio, celeridad, eficacia y contradicción, se reconocen los derechos del presunto infractor a la presunción de inocencia, a la información de la acusación disciplinaria, a la defensa, a la audiencia previa, a la utilización de los medios de prueba adecuados y a interponer los recursos correspondientes.”* señalando el artículo 41: *“Principios generales del procedimiento.”*:

1. *Para la imposición de cualquier sanción disciplinaria será preceptivo tramitar el procedimiento que corresponda con arreglo a las normas que en este título se establecen.*
2. *El procedimiento se ajustará a los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, contradicción, impulso de oficio, celeridad y eficacia, y respetará los derechos a la presunción de inocencia, información de la acusación disciplinaria, audiencia previa, defensa del infractor, utilización de los medios de prueba pertinentes y derecho a interponer los recursos correspondientes.*
3. *Antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá ordenar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos, cuando no revistan en principio los caracteres de una infracción disciplinaria ni de delito.”*

artículo 43. *Notificación y comunicación de la resolución.*

*“La autoridad o mando que tenga competencia para sancionar notificará la resolución que haya adoptado al interesado y la comunicará por escrito a quien dio parte y, en su caso, a quien deba ordenar la anotación en la documentación del infractor”*

En esta misma línea, el art. 55.2 de la Ley 39/2015, LPAC, establece que: *“En el caso de procedimiento de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros”,* y añade en el segundo párrafo del art. 55 que: *“Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento”.*

En el presente supuesto, no se hace preciso investigar sobre los supuestos responsables dado que en el parte de denuncia se explica detalladamente quienes son y por qué. Los hechos relatados puede que tampoco hayan de ser controvertidos, siendo lo discutible si se hallan en los parámetros de *“discriminación”* y obedezca además a *“razón de sexo”*.

Es decir, si el relato de la denuncia entra o no en la categoría de, en primer lugar, sancionable disciplinariamente, y a continuación, si ello se debe a un comportamiento de los denunciados discriminatorio por razón de sexo. La Subsecretaria de Defensa valoró que no

se cumple ninguno de los dos fundamentos, ni supone la conducta infracción, decayendo el segundo componente al no existir infracción, es decir indirectamente se indica que no ha habido discriminación y que no la ha habido por razón de sexo.

*“En algunas ocasiones, será necesario determinar con claridad la existencia de esos hechos que presuntamente pudieran generar responsabilidad disciplinaria con anterioridad a la orden de incoación, siendo esta la función de la información previa., de lo que se deduce que “no procedería cuando los hechos presuntamente constitutivos de la infracción y el presunto responsable aparezcan indiciariamente determinados”. La información previa es potestativa, no preceptiva y no se dirige contra nadie sino que tiene en cuenta los hechos. que sirven para para establecer presupuestos de la posterior instrucción, mediante una aproximación al presunto conjunto de hechos (STS 16/01/2004).*

Además, de la información previa puede derivarse la exigencia de responsabilidades disciplinarias, por lo que deben respetarse los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: *«La Administración sancionadora debe evitar que quien razonablemente puede terminar sancionado o sometido a expediente sancionador haga contribuciones de contenido incriminatorio directo que no habría hecho de estar advertido – de sus derechos–» (STS 5.ª, 13-12-2010).*

La información previa puede ser realizada por un instructor designado, pero no cabe duda de que se ha de ordenar expresamente dicha fase de actuación previa. La citada información está admitida para el esclarecimiento de los hechos antes de acordar la incoación del procedimiento.

#### IV

Del protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas, conviene destacar los siguientes puntos:

##### 3.7 “intimidad y confidencialidad”

*“El Ministerio de Defensa se compromete a salvaguardar el derecho a la intimidad y confidencialidad ante la presentación de todo parte militar o denuncia en materia de acoso, así como en los procedimientos que se inicien al efecto protegiendo todos los datos que sirvan para identificar a la víctima de acoso.*

*La confidencialidad no impedirá que la persona que deba conocer de los hechos por razón de su cargo o función acceda a los datos e información necesaria para el ejercicio del mismo.*

*El derecho a la intimidad y confidencialidad no podrán limitar los derechos e intereses legítimos de las partes implicadas.”*

El punto 9 titulado “Medidas de protección” señala:

*“La protección para garantizar la dignidad personal de la víctima, supone la puesta a su disposición de toda la información sobre el procedimiento junto con las medidas cautelares y provisionales que pudiera corresponder tanto cuando el acoso revista el carácter de delito como de falta disciplinaria.*



*Incluye el conjunto de medidas de atención de carácter médico y psicológico y asesoramiento profesional, social y jurídico.*

*También, comprende las medidas de seguimiento y de acompañamiento de la víctima que pudiera necesitar.*

*En todo momento, se respetarán los principios de confidencialidad, indemnidad frente a represalias y celeridad de las actuaciones.*

*Se garantizará la adecuada reserva en el tratamiento de las denuncias y el procedimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.*

*El incumplimiento del deber de reserva dará lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria...”*

#### *9.1.2 “Inicio del procedimiento”.*

*Las autoridades con potestad disciplinaria, una vez recibido el formulario, parte o escrito por acoso y según los indicios y la gravedad de los hechos adoptarán una de las siguientes actuaciones:*

- El inicio de una información previa para el esclarecimiento de los hechos.*

*Para la instrucción de esta información previa, se designará a un militar ajeno a la unidad de destino de los implicados en el supuesto de acoso, que deberá ser de mayor antigüedad o empleo que ellos y que recibirá todo el apoyo necesario por parte de la unidad de la víctima.*

*En esta información previa deberán regir los principios de celeridad y confidencialidad.*

- La incoación de un expediente disciplinario por falta muy grave.*
- La remisión de la denuncia al juzgado togado militar o fiscalía jurídica militar correspondiente.”*

#### *9.1.3 “Tramitación y plazos”.*

*El procedimiento disciplinario se tramitará de conformidad con lo previsto en el Título III Capítulo III de la LORDFAS y teniendo en cuenta el artículo 50 de la citada Ley...”*

*El Manual de buenas prácticas para el mando ante situaciones de acoso, que elabora el Observatorio Militar para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en las Fuerzas Armadas que se puede consultar en la web, indica:*

### **INTERVENCIÓN FRENTE A LA SITUACIÓN DE ACOSO**

*En el supuesto de que pese a las actuaciones de prevención y de alerta temprana se produjera en su unidad una situación de acoso, el Mando debe actuar de forma inmediata*

*para evitar los efectos sobre la víctima, indicado una serie de principios generales entre los que figura:*

*Confidencialidad: entendida como reserva en los trámites y en lo actuado, teniendo conocimiento exclusivamente los interesados y a quien por razón de su cargo corresponda.*

*Protección de la intimidad y de la dignidad: el procedimiento ha de respetar la intimidad y la dignidad de todas las personas implicadas.*

*Indemnidad frente a las represalias: se ha de garantizar a los denunciantes, testigos y demás intervinientes la indemnidad frente a cualquier tipo de represalias.*

*Presunción de inocencia: se garantizará el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución a la presunción de inocencia de todos los implicados en los supuestos de acoso.*

## V

En este supuesto la AEPD se centra en valorar si la cesión de la denuncia de la reclamante a los denunciados en fase de actuaciones previas o de investigación, a través de la entrega de la denuncia a los denunciados supone infracción de la normativa de protección de datos por parte de la Subsecretaría de Defensa (responsable del tratamiento).

Esta cesión no deja de constituir un tratamiento cualificado. Esta entrega de datos personales sale del ámbito de la entidad competente para tramitar la denuncia a unos terceros, los denunciados, que en este caso eran el **\*\*\*PUESTO.1** y el **\*\*\*PUESTO.2** de la misma, que destinan los datos a un fin concreto, debiendo valorar si dadas las circunstancias y la normativa vigente se ha producido una violación de la normativa de protección de datos pudiendo suponer una cesión o una revelación de datos o se habilita dicha cesión y conocimiento de esos datos.

La distinción entre cesión de datos o tratamiento dirigido en este caso a terceros, y mantenimiento de la confidencialidad del deber de secreto se determina entre otras, en la SAN, Sec. 1ª, de 9-11-2005 (rec. 371/03 ) que examina la diferencia entre ambas figuras señalando dicho "*deber de secreto*" es un concepto más restringido que el de "*cesión de datos*" pues este último implica, además de desvelar datos secretos, un elemento volitivo cualificado, en cuanto que se haya previsto y querido por el responsable del tratamiento que la información que se comunica pueda ser utilizada por tercero o terceros con algún fin concreto."

La resolución de la Subsecretaría de archivo se dicta el 9/10/2017 sin declaración de responsabilidad de los denunciados, y según declaró el instructor la copia de las actuaciones se entrega en agosto 2017, siendo utilizada en 2018 por los denunciantes.

La cesión de dichos datos puede venir establecida en una norma de rango legal. El artículo 11 de la LOPD, así lo señalaba.

*"1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.*

*2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:*

*a) Cuando la cesión está autorizada en una ley."*

El artículo 6 de la LOPD dispone que *"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa",* y en su apartado segundo precisa que *"No será preciso el consentimiento ..... cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado... "*

Por un lado, puede existir una ley que excepcione el consentimiento para el tratamiento, por otra parte, como otra posible base legítima del tratamiento del artículo 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE, el interés legítimo de los cesionarios con dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito sin contar con el consentimiento del afectado, a saber: por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos; y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El mismo sentido se contiene el precepto detallado por el RLOPD, artículo 10 que señalaba:

*1. Los datos de carácter personal únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello.*

*2. No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:*

*a) Lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular cuando concurra uno de los supuestos siguientes:*

El tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la LOPD.

*El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas.*

*b) Los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.*

*3. Los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:*

*a) Se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario.*

La parte subrayada del apartado 2 b) fue anulada por fallo del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 8/02/2012, en la que se contenía la decisión prejudicial del TSJUE de 24/11/2011, (asunto C-468/10 y C-469/10), significando que no es exigible que los datos procedan de fuente accesible al público, como presupuesto inexcusable para aplicar dicha excepción, sin perjuicio de que esta circunstancia pueda ser tomada en consideración para ponderar los derechos e intereses en conflicto en el cada caso concreto.

Del mismo modo en el nuevo RGPD remite la posibilidad de tratamiento sin consentimiento del afectado en dos modalidades:

*-artículo 6.1.c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento."*

*-6.1.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;*

Sobre el interés legítimo en el nuevo RGPD, el considerando 47 de RGPD deduce que *"Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades en el ejercicio de sus funciones"*

## VI

Sobre La entrega de la documentación que integra la denuncia a los denunciantes con el fin de efectuar alegaciones que manifiesta el instructor fue lo que orientó su entrega, y que da lugar a conocer en su totalidad los hechos denunciados en fase, parece ser, de actuaciones previas, la AEPD no se pronuncia sobre el ajuste a la normativa procesal administrativa por parte del instructor en dicha fase. Hay que señalar que en la fase de actuaciones previas, cabe también el derecho a no responder si se desconocen los hechos, y en este caso los sujetos a investigar, los hechos y las circunstancias estaban bien predeterminados.

Por otro lado, las garantías que se contemplan en el art. 24.1 de la Constitución Española (CE), respecto de las que, si bien en principio aparecen referidas al proceso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado reiteradas veces son extensivas a todo procedimiento sancionador, e indica: *"Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."*

El artículo 6 de la LOPD que dispone *"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa"*

Debe entenderse que el tratamiento sin consentimiento de en este caso de la reclamante parte de que tanto hechos como sujetos relacionados en el asunto, eran sobradamente conocidos por los denunciados y por la denunciante, que habían mantenido reuniones, discutido e intercambiado correos para intentar solucionar la cuestión, no considerándose que se vulnera el deber de secreto cuando los hechos y datos ya eran conocidos por las partes, pues no se revelan a terceros ni salen del círculo de tramitación que le es propio, poniendo de manifiesto hechos que ya se conocían y que son necesarios conocer para responder a las cuestiones.

Ese *"salvo que la Ley disponga otra cosa"* permite entender que no es necesario el

consentimiento del afectado, cuando el artículo 24.1 de la CE permite el tratamiento, lo que exigirá una ponderación del caso concreto y desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el artículo 4 de la LOPD. En definitiva, la posibilidad de tratar los datos de una persona sin contar con su consentimiento pueda entenderse amparada si deriva de la Ley, en este caso por concurrencia con el derecho fundamental contenido en el art. 24.1 de la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido considerando que constituyen partes de la tutela judicial efectiva, el derecho a la no indefensión, el derecho a la defensa, a ser informado de la acusación y a la presunción de inocencia.

Por otra parte, será necesario proceder a una ponderación entre los derechos y fines que amparan a los titulares de estos derechos y frente al derecho a la protección de datos de la afectada.

Para realizar esta ponderación es preciso tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo al derecho que se ejerce, el tipo de información que se facilita y su relevancia, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles y la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información. En este caso, se han de tener en cuenta.

- 1) El derecho a contradicción en la respuesta o alegación,
- 2) Los hechos ya eran conocidos por ambas partes, excepto que la denuncia es cursada por la vía de “*discriminación por razón de sexo*”, consideración que no impide que los denunciados tuviera conocimiento de dicha denuncia, cuyos datos más importantes de identidad y razón de los hechos eran conocidos previamente,
- 3) Finalidad y momento en que se utilizan los mismos. Si bien son obtenidos en 2017, agosto, antes de finalizar el procedimiento, son utilizados, tras la resolución del procedimiento que archiva la denuncia, en 2018, para la interposición de una demanda judicial, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva de los denunciados,

Considerando todos estos elementos, se estima que la intromisión en el derecho fundamental de la reclamante a que no se conozcan sus datos que figuraban en la denuncia, en este caso concreto y dadas las circunstancias, parece adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su defensa en actuaciones previas como para interponer demanda judicial si lo consideran adecuado a sus intereses. Y en este caso por las circunstancias concretas y ser imprescindible para su defensa, prevalece sobre el conocimiento de los datos de la reclamante, que eran conocidos por los reclamantes desde que se les comenzó a plantear la cuestión en el año 2014.

En este caso, la denuncia estaba claramente dirigida a los denunciados, no hay otros sujetos, que son los directamente investigados. Asimismo, del relato de hechos se aprecia que la cuestión controvertida que motiva la denuncia viene de largo, es conocida por las partes, se intercambiaron correos electrónicos, se entrevistaron por la cuestión, se puso un parte en el 2016 contra los denunciados. Si bien se desconoce el recorrido, alcance y contenido de las actuaciones previas, está bien pudo haberse limitado a toma de declaración de los denunciados, pero los hechos, circunstancias y elementos que formaban parte de la denuncia eran conocidos por ambas partes por el devenir del tiempo, añadiendo la reclamante a la denuncia el motivo de discriminación por razón de sexo. Lo que se denuncia al incidir en que se dio a conocer la denuncia íntegra que era por discriminación por razón de sexo es que se pudo vulnerar la confidencialidad, o perjudicar los derechos de



la afectada. Nominalmente la entrega de documentos en fase de investigación no tiene por qué afectar a los derechos de la parte contraria, cuando los principios del derecho sancionador son a conocer los hechos que se imputan, a defenderse contra ellos, y además en este caso ya se conocían las circunstancias y sujetos por el devenir del tiempo. Además, el hecho de que se utilice la denuncia obtenida para ejercitar acciones penales es consecuencia lógica de la interposición de la citada denuncia y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, considerando que el acceso proporcionado a los denunciantes de la denuncia de la reclamante se hizo para que alegaran en el procedimiento, no siendo inhabitual en fase de actuaciones previas cuando se estima adecuado y pertinente dicho traslado, que en este caso era una cuestión, y asunto conocido por los denunciados, no vulnera la normativa de protección de datos, al ser su finalidad además en este caso, la de la tutela judicial efectiva.

Es por ello que la utilización de los datos de la reclamante, en este supuesto, estaba amparada por el ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva, y la falta de consentimiento de la reclamante está justificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD, sin que por ello puede entenderse que su conducta constituya infracción administrativa alguna en materia de protección de datos.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

**SE ACUERDA:**

1. PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.
2. NOTIFICAR la presente resolución al reclamante y reclamado.

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 según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1/10 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1/10, 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 13/07, 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.

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