



Fecha: 17 de agosto de 2020

DICTAMEN 2/2020

Relativo a la utilización de alternativas al binomio "hombre/mujer" en la cumplimentación de la variable "Sexo" en los formularios, y a las garantías en el tratamiento de dichos datos.

ANTECEDENTES (Síntesis)

- I. Tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una consulta en materia de protección de datos personales formulada desde un organismo público de la Junta de Andalucía, relativa a la utilización de alternativas al binomio "hombre/mujer" en la cumplimentación de la variable "Sexo" en los formularios que se ponen a disposición de la ciudadanía, y a las garantías en el tratamiento de dichos datos.
- II. En la consulta se hace referencia a que 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 a que en el mismo sentido se pronuncia el artículo 10.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Por otra parte, recuerda el consultante que el Instituto Nacional de Estadística, al que conforme el artículo 26 de la Ley 12/89, de 9 de mayo, de la función estadística pública, le corresponde la propuesta de normas sobre conceptos, definiciones, unidades, estadísticas, clasificaciones, nomenclaturas y códigos para la clasificación de los datos y la presentación de resultados, codifica esta variable en base a la definición que la Organización Mundial de la Salud hace de la variable «sexo»: Hombre/ Mujer.

Se hace mención igualmente al artículo 47 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, que recoge obligaciones específicas para la administración andaluza: *«La Administración de la Junta de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, deberá adoptar las medidas necesarias para que los documentos administrativos sean adecuados a la diversidad sexogenérica de las personas LGTBI y a la heterogeneidad del hecho familiar»*, añadiéndose en la consulta algunas definiciones incluidas en el artículo 3 de la mencionada Ley:

«Identidad sexual y/o de género: La vivencia interna e individual del sexo y/o género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceras personas, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a



través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.

*«**Intersexualidad**: Variedad de situaciones en las cuales una persona ha nacido con una configuración anatómica (genitales externos e internos), hormonal o genética que no responde a las definiciones binarias de hombre y mujer.»*

Y también se hace referencia a lo que la misma establece en su artículo 6.5:

«Todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género, tendrán derecho a la privacidad, sin que puedan ser objeto o víctimas de injerencias en su vida privada. Ninguna persona estará obligada a revelar su orientación sexual, identidad de género o comportamiento sexual.»

- III. El organismo consultante plantea la posibilidad de incluir una tercera opción de "otros", junto con las opciones "hombre/mujer" para cumplimentar la variable «sexo» en la recogida de datos, y solicita al Consejo, en relación con lo anterior, un pronunciamiento en torno a la siguientes cuestiones:

"- Introducir la opción de «otros» junto con las opciones de «hombre/mujer» en la respuesta a la variable «sexo» en los formularios, ¿supone efectivamente la recogida de datos especialmente sensibles conforme lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de protección de datos?; en tal caso, ¿podemos considerar que estamos ante uno de los supuestos de legitimidad del tratamiento conforme el artículo 9.2.j) del Reglamento?

"- ¿Quedarían garantizados los derechos de la persona interesada al prestar el consentimiento explícito junto con las garantías adecuadas del artículo 89.1 del Reglamento? Y en concreto en relación a estas garantías, ¿sería suficiente la seudonimización de los datos?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. De conformidad con lo establecido en los artículos 43.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA) y en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), corresponde al Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, como autoridad autonómica de protección de datos personales, y dentro de su ámbito competencial, el ejercicio de las funciones y potestades establecidas en los artículos 57 y 58 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Reglamento General de Protección de Datos o RGPD).

Es función de la Dirección del Consejo, de acuerdo con el artículo 48.1 e) LTPA, "[r]esponder las consultas que en materia de transparencia o protección de datos le planteen las administraciones y entidades sujetas a esta Ley", siendo el órgano que plantea la consulta una de estas administraciones o entidades.

Segunda. El artículo 4 RGPD, en su apartado 1), define "datos personales" como "toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de



localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

Es evidente, por tanto, que el tipo de datos a que hace referencia la consulta, asociados a la persona cuya información figure en los correspondientes formularios, ha de considerarse como "datos personales", y su tratamiento se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales mencionada anteriormente, salvo que fuera de aplicación alguna de las excepciones establecidas en el artículo 2.2 RGPD.

Tercera. Los principios relativos al tratamiento de datos personales están establecidos, como sigue, en el artículo 5.1 RGPD:

"Los datos personales serán:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);*
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);*
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);*
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);*
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).*"

Estos principios han de cumplirse siempre, cualquiera que sea la naturaleza de los datos y la finalidad del tratamiento, que, por otra parte, solo será lícito si se cumple una de las siguientes condiciones, según establece el artículo 6.1 RGPD:

- "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".

Por último, es necesario hacer referencia a que, de acuerdo con el artículo 9.1 RGPD, "*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*".

Esta prohibición de tratamiento de las llamadas "categorías especiales de datos" no es de aplicación, en virtud del artículo 9.2 RGPD, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- "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;*
- b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;*
- c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;*
- e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;*
- f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;*
- g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;*
- h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*
- i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,*



j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado."

Por otra parte, y como consecuencia del principio de "licitud, lealtad y transparencia" es necesario, de acuerdo con los artículos 13 y 14 RGPD ofrecer a los interesados determinada información sobre el tratamiento; entre la información que es preciso ofrecer cuando los datos personales se obtengan del interesado está la de *"si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de no facilitar tales datos"* [art. 13.2.e) RGPD].

Cuarta. De forma generalizada, los formularios que las Administraciones Públicas ponen a disposición de los interesados incluyen la recogida de datos identificativos tanto de los propios solicitantes como de terceras personas, ya sea por su naturaleza de representantes en el correspondiente procedimiento o por estar relacionadas -de una u otra forma- con la tramitación y resolución del mismo.

Entre estos datos identificativos es habitual que se incluya la variable "sexo", que se suele cumplimentar eligiendo entre las opciones "hombre" y "mujer". Y, de hecho, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, los poderes públicos están obligados a *"[i]ncluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo"* [artículo 20 a)], a fin de garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación. Obligación que, como no podía ser de otra manera, se recuerda en el artículo 10.1 a) de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

En ambos casos, las leyes referidas integran esta obligación en un artículo dedicado a la realización de estadísticas e investigaciones (o estudios), por lo que, en su aplicación, se recurre a una metodología que asegure la calidad en la obtención de las variables que se persigue analizar, así como la estandarización y homogeneidad en su tratamiento y la compatibilidad, comparabilidad y posibilidad de reutilización con otras estadísticas que podrían mejorar el alcance de los resultados que se obtienen.

De ahí que la cumplimentación de dicha variable se acoja a los estándares definidos por el Instituto Nacional de Estadística, que en relación con la variable estadística "sexo" indica lo siguiente: *"El sexo se refiere al sexo biológico de la persona. Según la OMS¹, el «sexo» hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que definen a hombres y mujeres, mientras que el «género» se refiere a los roles, conductas, actividades y atributos construidos socialmente que una cultura determinada considera apropiados para hombres y mujeres. De acuerdo con esta descripción, la OMS considera que «hombre» y «mujer» son categorías de sexo, mientras que «masculino» y «femenino» son categorías de género"*.

Por lo tanto, las categorías que se contemplan en la variable "sexo" son las correspondientes a "hombre" y "mujer", en referencia al sexo biológico; dato además que puede ser contrastable con los documentos oficiales que identifican a las personas (documento nacional de identidad o pasaporte) o los que constan en los registros públicos (como el Registro Civil), existiendo además un

1 OMS: Organización Mundial de la Salud



procedimiento legal establecido para que cualquier persona que reúna los requisitos exigidos por la norma pueda modificar este dato tanto en el Registro Civil como en sus documentos identificativos.

Por lo demás, resulta evidente que el dato "sexo" así entendido no se incluiría dentro de las categorías especiales de datos, y la legitimidad para recabar dicha información en los formularios que se ponen a disposición de las personas interesadas por parte de los poderes públicos vendría dada por la aplicación de la normativa de igualdad de género antes mencionada, que obliga a dichos poderes públicos a incluir dicha variable en la recogida de datos.

Quinta. La razón de ser de la consulta reside en la obligación establecida en el artículo 47 (*"Documentos administrativos"*) de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, que dice así: *"La Administración de la Junta de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, deberá adoptar las medidas necesarias para que los documentos administrativos sean adecuados a la diversidad sexogenérica de las personas LGTBI y a la heterogeneidad del hecho familiar"*. Término de "diversidad sexogenérica" que, según define el artículo 3.q) de la propia Ley 8/2017, *"abarca la diversidad de situaciones referidas tanto a la orientación e identidad sexual como al derecho a la autodeterminación de género"*. Así, pues, el mandato contenido en el transcrito artículo 47 se incardina derechamente a la consecución del objeto esencial de dicha Ley, a saber, *"garantizar los derechos y la igualdad de trato por razón de orientación sexual, identidad sexual e identidad de género de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero y/o intersexuales (LGTBI), y de sus familiares, en la Comunidad Autónoma de Andalucía"* (artículo 1.1).

En suma, esta Ley plantea a la Administración de la Junta de Andalucía la necesidad de determinar cómo los formularios administrativos pueden reflejar la capacidad que tienen las personas LGTBI de declararse integrantes de este colectivo, al tiempo que se respeta la normativa reguladora de la protección de datos personales.

Pues bien, la Administración consultante parte de la premisa de que la fórmula para atender dicho mandato sea **"[i]ntroducir la opción de «otros» junto con las opciones de «hombre/mujer» en la respuesta a la variable «sexo» en los formularios"**. Y la primera cuestión que plantea la consulta acerca de esta fórmula es la siguiente: **"¿supone efectivamente la recogida de datos especialmente sensibles conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de protección de datos?"**.

Atendiendo al uso de la variable "sexo" al que hicimos referencia en la anterior Consideración Jurídica, parece evidente que la introducción del valor "otros" como posible respuesta, de modo alternativo a las respuestas "hombre" y "mujer", supone la conversión de dicha variable en un campo que recoge asimismo datos sobre la diversidad sexogenérica de las personas LGTBI. La inclusión de dicha alternativa cambiaría, por tanto, el sentido actual de la recogida de datos, pues se pasaría del concepto de "sexo biológico" -aceptado como estándar por el Instituto Nacional de Estadística y con la legitimidad para su tratamiento que se señaló anteriormente- a otra noción más amplia subsumidora también de datos concernientes a la orientación e identidades sexuales.

En consecuencia, la materia objeto de consulta incide en las categorías especiales de datos delimitadas en el artículo 9.1 RGPD, toda vez que entre ellas se mencionan expresamente los *"datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física"*. Debe notarse que el RGPD ha supuesto a este respecto una mayor precisión en la acotación de esta categoría de datos en comparación con la Directiva 95/46/CE, que se limitaba a apuntar los datos relativos a la vida sexual



(artículo 8.1)². La versión definitiva del artículo 9.1 RGPD tiene su origen en una enmienda formulada por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Reglamento de la Comisión, en la que sugería añadir a la “vida sexual” ya mencionada en ésta “la orientación sexual o la identidad de género”³. Con ello, el Parlamento Europeo no venía sino a proseguir la línea tendente a dar un tratamiento común a las cuestiones de orientación sexual y de identidad de género característica de algunos relevantes documentos elaborados en la órbita europea [así, baste citar la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 31 de marzo de 2010, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género].

Aunque durante el procedimiento de elaboración del RGPD se abandonase la específica referencia explícita a los datos relativos a la “identidad de género” propuesta por el Parlamento Europeo en su enmienda, parece evidente que éstos guardan una muy estrecha relación con los datos concernientes a la “vida sexual o a la orientación sexual” protegidos en el definitivo artículo 9.1 RGPD. Y, en este sentido, no ha de causar extrañeza que un sector influyente de la doctrina europea considere que los datos relativos a la transexualidad se hallan directamente bajo el ámbito de cobertura del reiterado artículo 9.1 RGPD⁴.

Así, pues, en lo concerniente a la opción “otros”, serían de aplicación las garantías que establece el RGPD para las categorías especiales de datos. Y, en particular, la determinación de la causa legitimadora del tratamiento, que, en el ámbito genérico en que se plantea la consulta -“los formularios administrativos” en general-, no podría ser otra que el consentimiento explícito de los interesados [artículo 9.2 a) RGPD], habida cuenta de que “[n]inguna persona estará obligada a revelar su orientación sexual, identidad de género o comportamiento sexual” (artículo 6.5 de la tantas veces reiterada Ley 8/2017). En este sentido, los formularios deberían contener instrucciones claras acerca de que la cumplimentación de esta opción “otros” es voluntaria y que, por tanto, es preciso el consentimiento explícito para su tratamiento.

En todo caso, conviene destacar que el legislador europeo ha querido dotar de la máxima tutela a datos que afectan de plano al asunto objeto de esta consulta. Una singular prevención que ha mostrado asimismo nuestro legislador orgánico al desarrollar o complementar en este ámbito lo dispuesto por el RGPD, como lo pone de manifiesto la circunstancia de que incluya a la “orientación sexual” entre las categorías especiales de datos a las que se proyecta la importante garantía establecida en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD)⁵.

- 2 No obstante, ya en el marco de la Directiva, la tendencia era considerar en la mayoría de los casos que los aspectos atinentes a orientación sexual o identidad de género afectaban a esta categoría especial de datos (Mark Bell: *Data collection in relation to LGTBI People. Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 2017, págs. 6-7).
- 3 Enmienda núm. 103 [Informe sobre la Propuesta de Reglamento de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 23 de noviembre de 2013 (A7-0402/2013)].
- 4 Thilo Weichert: “Comentario al artículo 9”, *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar* (Kühling/Buchner, Hrsg.), 2. Auflage, Beck, München, 2018, pág. 330. En este sentido, el cambio de identidad sexual ya se había catalogado en Italia como dato especialmente protegido en la Sentencia n. 9785/2015 de la Corte de Casación, sección I, de 13 de mayo de 2015.
- 5 Según reza el citado artículo 9.1: “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. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos



La cualificada tutela proporcionada a esta categoría de datos, unida al principio de minimización que debe inspirar todo tratamiento [art. 5.1 c) RGPD], permiten llegar a la conclusión de que la exigencia del artículo 47 de la Ley 8/2017 se satisface con la sola inclusión de la opción "otros" en los formularios, sin necesidad de que éstos descendan a identificar de forma individualizada la diversidad de situaciones referidas a la orientación, identidad sexual o al derecho a la autodeterminación de género. Especificación que, en su caso, sí podría necesitarse cuando este dato sea determinante para la adecuada resolución de un concreto procedimiento administrativo; pero esta cuestión excede del ámbito de esta consulta, que se plantea en términos genéricos respecto de los formularios administrativos en general.

Sexta. Dicho lo anterior, quizá no sea inoportuno apuntar los posibles inconvenientes que la fórmula sugerida por la Administración consultante puede entrañar para el desenvolvimiento de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

En efecto, de asumirse la nueva utilización de la variable "sexo" para recoger no "el sexo binario", sino otro tipo de información relativa a la diversidad sexogenérica, podría fundadamente dudarse de que se estuviera dando un adecuado cumplimiento a la normativa sobre igualdad de género en lo que se refiere a la realización de las estadísticas sobre hombres y mujeres, dado que la nueva recogida de datos se habría apartado del estándar establecido por el Instituto Nacional de Estadística (véase *supra* la Consideración Jurídica Cuarta). Es obvio además que la calidad del dato se resentiría, al no poder ser un elemento, en su caso, contrastable y verificable como lo era en su uso original, ya que se trataría, en suma, de intentar 'medir' dos conceptos distintos con una única variable.

Estos inconvenientes podrían, tal vez, sortearse si se incluyese en los formularios, de modo diferenciado y complementario a la consignación de la variable "sexo", una pregunta, con la formulación adecuada, que permitiera a las personas marcar que no se sienten representadas con la mera mención al sexo biológico consignado en la variable "sexo"⁶. De este modo, quien voluntariamente quisiera y diera su consentimiento para el tratamiento de esa respuesta -que sería considerada como una "categoría especial de dato"-, señalaría la casilla correspondiente, permitiéndose de esta forma incluir la diversidad sexogenérica en el correspondiente formulario y mantener además la variable "sexo" con su utilización estadística consolidada. En el formulario -claro está- debería figurar claramente el carácter voluntario de la correspondiente respuesta, así como la recogida del consentimiento para el tratamiento del dato.

Séptima. Acto seguido, y para el caso de que se considerase involucrado el tratamiento de categorías especiales de datos -como así sucede, según hemos comprobado-, la consulta plantea la siguiente cuestión: **"¿podemos considerar que estamos ante uno de los supuestos de legitimidad del tratamiento conforme el artículo 9.2.j) del Reglamento?"**. Según establece este precepto, es posible el tratamiento de categorías especiales de datos cuando el mismo *"es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de*

datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda". Garantía que -circunscrita al tratamiento cuya "finalidad principal" sea identificar tales datos- tiene por objeto asegurar que *"la prestación del consentimiento no dará cobertura a la creación de «listas negras» [...]"* (apartado V del Preámbulo de la LO 3/2018).

6 Por ejemplo: "¿Considera Vd. que pertenece a algún colectivo LGTBI?", o "Marque si no se siente representado/a con las alternativas a la cumplimentación de la variable «sexo»", o "Marque si no se identifica con las alternativas «hombre/mujer», o la formulación que se considere más adecuada.



conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado".

A este respecto es importante señalar que los tratamientos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos son habitualmente posteriores al tratamiento inicial que necesita recabar los datos para cumplir con su finalidad, debiendo determinarse previamente la legitimidad que da cobertura dicho tratamiento inicial y que los datos utilizados sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para poderlo llevar a cabo. Será un tratamiento posterior el que, con las garantías adecuadas, permita el tratamiento con fines de archivo, investigación o estadísticos. Por lo tanto, no sería aplicable directamente una legitimación basada en dichos fines para recabar -sin consentimiento explícito- los datos objeto de consulta, ya que dicho consentimiento, como hemos visto, es necesario para el tratamiento inicial.

Cuestión distinta es el diseño de un formulario específico para realizar encuestas que incluya datos relativos a la diversidad sexogenérica, para el cual habría que diseñar una metodología específica, analizar los datos a incluir, estudiar la anonimización o seudonimización del tratamiento y la necesidad de recabar los correspondientes consentimientos explícitos; pero este escenario se aleja del mandato del artículo 47 de la Ley 8/2017, que es el objeto de la consulta.

Octava. La consulta termina formulando los siguientes interrogantes: "**¿Quedarían garantizados los derechos de la persona interesada al prestar el consentimiento explícito junto con las garantías adecuadas del artículo 89.1 del Reglamento? Y en concreto en relación a estas garantías, ¿sería suficiente la seudonimización de los datos?**".

Según establece el artículo 89.1 RGPD: "*El tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos estará sujeto a las garantías adecuadas, con arreglo al presente Reglamento, para los derechos y las libertades de los interesados. Dichas garantías harán que se disponga de medidas técnicas y organizativas, en particular para garantizar el respeto del principio de minimización de los datos personales. Tales medidas podrán incluir la seudonimización, siempre que de esa forma puedan alcanzarse dichos fines. Siempre que esos fines pueden alcanzarse mediante un tratamiento ulterior que no permita o ya no permita la identificación de los interesados, esos fines se alcanzarán de ese modo*".

En cualquier caso, ha de tenerse presente a este respecto que "[e]l fin estadístico implica que el resultado del tratamiento con fines estadísticos no sean datos personales, sino datos agregados, y que este resultado o los datos personales no se utilicen para respaldar medidas o decisiones relativas a personas físicas concretas" (Considerando 162 del RGPD).

Pues bien, la respuesta a la primera de las cuestiones apuntadas -relativa a la garantía de los derechos de las personas interesadas que presten consentimiento explícito- ha de ser afirmativa, ya que en la propia formulación de la consulta se incluye la aplicación de lo que requiere el mencionado artículo; pero ha de entenderse dicha cuestión referida al ulterior tratamiento con fines de archivo, de investigación o estadísticos, no al tratamiento inicial con la finalidad por la que se recogen los datos en el formulario correspondiente, el cual -como ya se ha mencionado- ha de estar igualmente rodeado de las debidas garantías.

Por lo que hace al interrogante de si la seudonimización sería suficiente garantía, debe necesariamente tomarse en consideración que son numerosas las medidas técnicas y organizativas



que ha de tomar el responsable del tratamiento; medidas que están establecidas fundamentalmente en el Capítulo IV RGPD. La seudonimización no es sino otra medida más que menciona el artículo 89.1 RGPD entre las diversas que podrían utilizarse para dichos tratamientos.

No obstante, este interrogante puede interpretarse en el sentido de que lo que verdaderamente se cuestiona es si puede bastar con la seudonimización, sin necesidad, por tanto, de que se llegue a la anonimización de datos para realizar los tratamientos. La respuesta a esta cuestión dependerá fundamentalmente de la aplicación del resto de garantías, por supuesto, y de si los fines del tratamiento pueden lograrse de modo anonimizado, siendo entonces preferible este método. En cualquier caso, para determinar lo anterior, sería preciso definir claramente los fines del tratamiento.

En Sevilla, a 17 de agosto de 2020.