

Algunas consideraciones sobre los drones y su impacto en el Derecho Civil*

Some considerations about drones and their impact on Civil Law

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz (España)**

luis.vazquezdecastro@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-1715-7365>

ICÍAR CORDERO CUTILLAS

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Jaime I (España)

icordero@uji.es

 <https://orcid.org/0000-0002-1226-413X>

Resumen: El uso cada vez más extendido de los, comúnmente, denominados drones está planteando muchas cuestiones en el ámbito jurídico. El Derecho Civil no ha podido permanecer ajeno ante este nuevo panorama y este reciente marco que puede propiciar fácilmente la lesión de los derechos, sobre todo, de la personalidad. De este modo, el Derecho Civil ha de enfrentarse al

Recepción: 07/03/2023

Aceptación: 11/04/2023

Cómo citar este trabajo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis y CORDERO CUTILLAS, Iciar, “Algunas consideraciones sobre los drones y su impacto en el Derecho Civil”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 7, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 125-150, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i7.06>

* Este trabajo es resultado del Proyecto de investigación financiado Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica; REF PID 2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033, del que es investigadora principal la Dra. Margarita Castilla Barea.

** En comisión de servicios.

reto de la protección de los datos personales, la intimidad, el honor y la propia imagen o la propiedad intelectual. No obstante, incluso en un ámbito que, en cierto modo puede parecer lejano, como es el contractual, la utilización de los drones ha tenido su impacto.

Abstract: *The increasingly widespread use of drones raises many questions in the legal field. Civil Law has not been able to remain oblivious to this new scenario and this recent framework, that can easily lead to the injury of our rights. In this way, Civil Law must face the challenge of the protection of personal data, privacy, honour, and image or intellectual property. However, even in an area that, in a certain way, may seem distant, such as the contractual one, the use of drones has had its impact.*

Palabras clave: drones, protección de datos, derechos de la personalidad, propiedad intelectual.

Keywords: *drones, data protection, personality rights, intellectual property.*

Sumario: 1. CONCEPTO DE DRON Y SUS IMPLICACIONES PRÁCTICAS. 2. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS Y LOS DRONES. 3. LOS DRONES RECREATIVOS Y LA DENOMINADA “EXCEPCIÓN DOMÉSTICA” DEL RGPD. 4. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES. 5. EL PRINCIPIO DE MINIMIZACIÓN DE DATOS. 6. LOS CONTRATOS ENTRE RESPONSABLES Y ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO. EL ART. 82 RGPD. 7. DRONES Y PROPIEDAD INTELECTUAL. 8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN. 9. DRONES Y DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y LA PROPIA IMAGEN.

1. CONCEPTO DE DRON Y SUS IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Los drones o VANT (Vehículo Aéreo No Tripulado), también denominado RPAs (por sus siglas en inglés Remotely Piloted Aircraft) o UAVs (*Unmanned Aerial Vehicle*) están de moda, aunque no son ninguna novedad, pues se vienen empleando en el ámbito militar desde hace décadas¹.

El uso civil de aeronaves no tripuladas² es cada vez más habitual, ya sea con fines profesionales, comerciales o lúdicos, incluso hospitalarios (traslado de órganos para trasplantes), con toda la problemática jurídica que puede dar lugar un mal uso de ellos. En cualquier caso, son dispositivos que pueden resultar muy útiles y que, de hecho, ya están presentes en nuestras vidas.

También se ha demostrado la utilidad de los drones en trabajos agrícolas para la fumigación y control de plagas, en trabajos de construcción con accesos imposibles, en

¹ Sobre las características técnicas de los drones, cfr. CASTELL I MARQUÉS, M., “Drones recreativos. Normativa aplicable, responsabilidad civil y protección de datos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, nº 1 (enero-marzo 2019), Ensayos, pp.297-333. Esta autora escribe refiriéndose sobre todo a los drones recreativos, que son los que tienen usos exclusivamente recreativos o domésticos frente a los que tienen fines profesionales.

² El dron se podría definir como el sistema constituido por la aeronave no tripulada (el piloto nunca está a bordo) más un equipo de control remoto, que puede llegar a ser altamente tecnificado.

labores de rescate y en situaciones de emergencia como operaciones en alta mar o en la lucha contra los incendios forestales. Hasta la Dirección General de Tráfico los emplea desde el 1 de agosto de 2019 para sancionar el uso del móvil, no utilizar el cinturón de seguridad, no respetar señales como ceda el paso o línea continua, etc. Veremos cuánto tarda la DGT en utilizar los drones para controlar los excesos de velocidad. Por ahora, sólo tienen cámara de altísima resolución, pero no radar.

Un ejemplo interesantísimo de uso civil, que está al caer, es el uso de drones para el reparto comercial. Amazon lleva años planteándolo y, de hecho, tiene varias patentes. Una de ellas cuenta con la particularidad respecto a los miles de drones que ya existen de que es capaz de reconocer gestos manuales y comandos de voz. Obviamente, para que pueda funcionar, antes el cliente tendría que cederle a Amazon sus datos (imagen y voz) para que el dron le pueda reconocer en el momento de la entrega. Si se ceden dichos datos voluntariamente al contratar el servicio, se estaría prestando el consentimiento para su tratamiento, de modo que el servicio de reparto sería “legal”.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en su informe sobre “Drones y Protección de datos”, dice que las principales aplicaciones con drones son la videovigilancia, la inspección de infraestructuras, levantamientos topográficos, inspecciones y /o tratamientos en agricultura de precisión, y otros servicios de fotografía y video (para cine y tv, servicios inmobiliarios...), servicios de acceso a internet, etc.³ Sin contar todas las aplicaciones que están por venir.

La configuración por defecto de cualquier dron incluye al menos un GPS y una cámara de video, y a partir de ahí se pueden añadir todo tipo de dispositivos de adquisición y procesamiento de datos como cámaras termográficas, cámaras de visión nocturna, escáner 3D, dispositivos WIFI y/o Bluetooth, sistemas de detección de dispositivos móviles, etc., lo que determinará, en definitiva, la existencia de un tratamiento de datos⁴.

Desde un punto de vista jurídico, un dron podría ser considerado un bien mueble (art. 335 CC) compuesto, es decir, formado por diferentes partes o piezas, entre las cuales suele hallarse un programa de ordenador, que se integran entre sí.

³ Se trata de una guía “Drones y Protección de Datos” que vamos a seguir en las líneas siguientes y que establece una serie de pautas y recomendaciones específicas para el uso de dichos dispositivos, tanto de uso profesional como de uso personal o recreativo o doméstico.

⁴ Y es que lo relevante no es el uso del dron *per se*, sino el equipo de captación de datos que puede existir a bordo del dron y su posterior tratamiento. En la mayoría de sus usos los drones tratan datos, lo que desencadena, evidentemente, la aplicación del marco legal de protección de datos. La tecnología incorporada ofrecerá así la posibilidad de recopilar, registrar, organizar, almacenar, utilizar y combinar datos que permitan a los operadores identificar personas directa o indirectamente. El problema, en definitiva, no es lo que estos aparatos son capaces de hacer-que es mucho, como se puede apreciar-sino el uso que posteriormente se dé a esa información. El material obtenido por las cámaras integradas en los drones es susceptible de utilizarse en fines comerciales, profesionales, privados, en investigaciones policiales o en intervenciones de los servicios de inteligencia gubernamentales. Cfr. GONZÁLEZ PUENTE, C., y GONZÁLEZ BOTIJA, F., “Los drones y los derechos fundamentales en la UE”, *Revista Universitaria Europea*, nº 29, julio-diciembre 2018, p. 82.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LOS DRONES

Para salir al quite de toda la problemática jurídica que plantea el uso de los drones, en especial todo lo referente al consentimiento de los interesados, la Agencia Española de Protección de Datos ha tenido que dar criterios de actuación, tanto en lo que se refiere al consentimiento de los afectados como al principio de minimización de los datos⁵.

La Agencia señala que, teniendo en cuenta la definición de dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, los operadores de drones que registren y/o procesen imágenes, videos, sonido, datos biométricos, datos de geolocalización, datos de telecomunicaciones relacionados con una persona identificada o identificable están sujetos a la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD).

Hay que tener en cuenta que, en ocasiones, un dato puede identificar directamente a una persona como, por ejemplo, su fotografía, pero en otras la identificación no es directa y requiere de un tratamiento adicional, como puede ser información de geolocalización, o mediante el enriquecimiento con información adicional de otras fuentes como, por ejemplo, internet, y aunque *a priori* la persona no fuera identificable el resultado final sería que la identificación es posible gracias al cruce de informaciones de distintas fuentes. Tanto si el dato recogido mediante drones identifica inequívocamente a una persona como si su identificación se pueda realizar *a posteriori*, la normativa de protección de datos es aplicable.

También señala la Agencia que, la normativa específica para la utilización del espacio aéreo trabaja en paralelo con la normativa que defiende el derecho a la protección de datos personales de acuerdo con las obligaciones generales que señala el art. 26 del Real Decreto 1036/2017, de 15 de Diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, donde se establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en materia de protección de datos personales y protección de la intimidad. Por tanto, además de las previsiones que establece la normativa aeronáutica mencionada, deberá tenerse en cuenta que el RGPD y la LOPDGDD son de plena aplicación a cualquier tratamiento de datos personales que tenga lugar con el uso de un dron con independencia del ámbito profesional o aficionado al que esté asociado la operación del dron.

Desde la perspectiva que atañe estrictamente a la protección de datos, la Agencia declara que las operaciones con drones se pueden clasificar en dos categorías principales según la finalidad de la operación.

De un lado, están aquellas en las que la finalidad de la operación implica por sí misma un tratamiento de datos personales, como es el caso de la videovigilancia o la vigilancia de personas por cualquier otro tipo de sensor (por ejemplo, el seguimiento de dispositivos

⁵ En relación con la protección de datos y los drones con la LOPD anterior puede verse PAUNER CHULVI, C., “El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos”, Revista De Derecho Político, 1(95), 83–116. <https://doi.org/10.5944/rdp.95.2016.16233>.

móviles) y, por otro lado, estarían aquellas operaciones en las que la finalidad de la operación *a priori* no incluiría el tratamiento de datos personales.

Las operaciones que, no lo incluyen, según la Agencia, son las menos frecuentes y en ellas se pueden incluir operaciones con drones con configuraciones muy básicas que pueden o no incluir sistemas de posicionamiento GPS para asistencia al vuelo, pero carecen o no hacen uso alguno de dispositivos de captación de imágenes, sonido o cualquier otro tipo de datos o información personal.

También pueden englobarse en esta categoría operaciones en el ámbito recreativo con drones provistos de GPS y cámaras, pero en las que el uso de las imágenes capturadas se restringe al uso doméstico o no permiten en ningún caso la identificación de una persona.

Afirma la Agencia que, en estos casos, antes de compartir en internet imágenes o videos capturados con un dron es necesario asegurarse de que no contienen imágenes o datos relativos a personas, vehículos, viviendas u otros objetos que puedan conducir a la identificación de sujetos, y en caso afirmativo anonimizarlas mediante técnicas de difuminado o similares⁶.

Dentro de este segundo tipo de operaciones, están aquellas con riesgo de tratamiento de datos personales de forma colateral o inadvertida, esto es, operaciones como la inspección de infraestructuras, levantamientos topográficos, inspecciones y /o tratamientos en agricultura u otros servicios de fotografía y vídeo (para cine, televisión, publicidad, etc.,) que, aunque no sea el objetivo de la operación, existe el riesgo de que se produzca la captura de datos personales de forma inintencionada o inadvertida. Esto puede ocurrir bien porque sea inevitable capturar en segundo plano determinadas imágenes de personas, bien por la captura de otro tipo de información (viviendas próximas, zonas de recreo, vehículos, etc.) o bien por las características concretas de la operación, por ejemplo, la realización de operaciones fuera del alcance visual del piloto.

El primer tipo de operaciones, como hemos dicho, tiene por finalidad intrínseca el tratamiento de datos personales. Es el caso de la videovigilancia, grabación de eventos o cualquier otra aplicación en la que la finalidad de la operación implique ese tratamiento de datos *per se*, como el seguimiento de identificadores de dispositivos móviles. Evidentemente se aplica de forma directísima el RGPD y la LOPDGDD.

3. LOS DRONES RECREATIVOS Y LA DENOMINADA “EXCEPCIÓN DOMÉSTICA” DEL RGPD⁷

⁶ Pone la Agencia los siguientes ejemplos: se utiliza una cámara de muy baja resolución que no capta una imagen definida del rostro de una persona de tal forma que permita su identificación, pero la imagen de esa persona aparece en su vivienda de manera que el lugar en el que está puede permitir su identificación. O la imagen no permite identificar a la persona que conduce un vehículo, pero sí registrar su matrícula, lo que sí posibilitaría su identificación. En ambos casos sería necesario llevar a cabo un postproceso o edición de las imágenes con el fin de impedir la identificación de las personas mediante técnicas de difuminado de imágenes.

⁷ Sobre esta cuestión, LOZA CORERA, M. (María), “Sobre la “excepción doméstica”, <https://dpd.aec.es/category/gdpr/>, 1 Febrero 2021 (consultado el 8 Abril 2021).

Interesa destacar que la Agencia Española de Protección de Datos, en su Guía, no distingue entre drones con un uso profesional y drones con un uso doméstico o personal o recreativo. Sus recomendaciones se refieren a ambos. No obstante, procede examinar, brevemente, cuándo se puede hablar de un dron con finalidad recreativa, dado que están teniendo especial importancia en estos momentos.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, ya contemplaba la excepción doméstica en su art. 3.2 y establecía que “las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”. En su Considerando 12 concretaba “que debe excluirse el tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, como la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones”.

El RGPD en su art. 2.2 c) establece de modo idéntico que “el presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales (...) c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”.

Por su parte su Considerando 18 concreta que “no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el TJUE. Así, podemos citar la sentencia de 6 de noviembre de 2003⁸, en la que se niega que pueda apreciarse la excepción doméstica cuando el tratamiento de datos consiste en “la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas” (ap.47). De manera que deberá aplicarse la normativa, relativa a la protección de datos, siempre que los datos personales recogidos, por medio del dron, se difundan a través de una página de libre acceso para cualquier persona o sea muy alto el número de personas invitadas a contactar con dicha página⁹. O la sentencia del TJUE

⁸ STJUE (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, procedimiento penal entablado contra Bodil Lindqvist (ECLI:EU:C:2003: 596).

⁹ En este sentido se ha pronunciado la AEPD en su informe 0615/2008. En este, se afirmaba que procedía la aplicación de la LOPD en el caso de unos particulares que compartían fotos de sus hijos, realizando actividades extraescolares, en sus páginas web. Dice: “En definitiva, para que nos hallemos ante la exclusión prevista en el art. 2 LOPD, lo relevante es que se trate de una actividad propia de una relación personal o familiar, equiparable a la que podría realizarse sin la utilización de Internet, por lo que no lo serán aquellos supuestos en que la publicación se efectúe en una página de libre acceso para cualquier persona o cuando el alto número de personas invitadas a contactar con dicha página resulte indicativo de

(Sala Cuarta) de 11 diciembre 2014¹⁰, en la que se afirma que la obtención de imágenes de personas por medio de un sistema de videovigilancia, instalado por una persona física en su vivienda familiar y que cubre también el espacio público, no constituye un tratamiento de datos efectuado en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Por tanto, en la medida que un dron obtenga imágenes en un espacio público, tampoco podrá acogerse a dicha excepción.

En cuanto al uso de Redes Sociales, el GT29 establecía en el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea que “el tratamiento de datos personales por los usuarios corresponde en la mayoría de los casos a la exención doméstica, pero existen casos en que las actividades de un usuario no se benefician de esta exención”. Así, por ejemplo, el GT29 entiende que se trasciende una actividad puramente personal o doméstica cuando: a) la red social se utiliza como una plataforma de colaboración para una asociación o una empresa; b) el acceso a la información del perfil va más allá de los contactos elegidos, en particular, cuando todos los miembros que pertenecen al servicio de red social pueden acceder a un perfil; c) los datos son indexables por los motores de búsqueda.

Después de la publicación del RGPD, el Consejo de Europa publicó en 2018 el *Handbook on European Data Protection* elaborado junto con la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA), el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se afirma que “el acceso de los ciudadanos a internet y la posibilidad de utilizar plataformas de comercio electrónico, redes sociales y blogs para compartir información personal acerca de sí mismos y de otras personas hace que sea cada vez más difícil distinguir el tratamiento de datos para actividades personales del tratamiento de datos para actividades no personales. La consideración de las actividades como puramente personales o domésticas depende de las circunstancias”. “(...) es crucial que los usuarios sean conscientes de que subir información de otras personas sin obtener su consentimiento puede violar los derechos a la privacidad y la protección de datos de esas personas”.

4. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES

En virtud de la normativa sobre datos personales, el afectado tiene que consentir el tratamiento de datos personales que le conciernan. El consentimiento del interesado es definido por el RGPD en su art. 4.11 como “toda manifestación de voluntad libre,

que dicha actividad se extiende más allá de lo que es propio de dicho ámbito”. Y es que lo personal o doméstico puede aparecer entremezclado, como afirmó la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 junio 2006 (Fundamento de Derecho Tercero), en cuyo caso los tratamientos personales o domésticos quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa sobre datos al no tener como finalidad exclusiva el uso personal. También señala la citada sentencia que no hay que entender que el tratamiento se desarrolla en el ámbito personal cuando es realizado por un único individuo, pues “por ejercicio de una actividad personal no debe entenderse ejercicio de una actividad individual. No deja de ser personal aquella actividad de tratamiento de datos que aun siendo desarrollada por varias personas físicas su finalidad no trasciende de su esfera más íntima o familiar”. “Será personal cuando los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efecto en esos ámbitos”.

¹⁰ STJUE (Sala Cuarta) 11 diciembre 2014, asunto C-212/13, (ECLI:EU:C:2014:2428).

específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

La delimitación conceptual que establece el RGPD introduce el término “inequívoco” que no estaba en la Directiva 95/46 derogada. Así, atendiendo a lo dispuesto en el Considerando 32, el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal.

En este sentido, el considerando citado ejemplifica -sin ánimo exhaustivo, pero con una clara vocación pedagógica-determinadas formas a través de las cuales el interesado puede expresar su consentimiento, señalando que tal manifestación “podría incluir marcar una casilla en una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales”. Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el RGPD, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento.

Asimismo, la LOPDGDD hace mención a lo recogido en el RGPD y se excluye por tanto lo que se conocía como “consentimiento tácito”, indicando además que en cuanto al consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que se otorga para todas ellas.

El consentimiento ha de ser libre, señala el Considerando 42 del RGPD. No lo será cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección, o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno¹¹. El consentimiento ha de ser informado, condición evidente de libertad. El interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. Por tanto, resultará necesario que la información sea facilitada al interesado antes del tratamiento, en caso contrario, no podrá ser considerado lícito.

En atención a las particularidades que presenta el tratamiento de datos a través de drones, señala Castells i Marqués¹² que cumplir con dicho deber de información puede resultar complicado. Una propuesta interesante es la formulada por la Agencia Catalana de Protección de Datos (ACPD), en su informe CNS 12/2014, de 17 de marzo de 2014. Este defiende que se podría informar a los afectados a través de la colocación de carteles informativos, tomando como referencia el modo previsto en el anexo de la Instrucción

¹¹ El Grupo de Trabajo del artículo 29 -en su dictamen 15/2011-, ha expresado que tal libertad consiste en que “el interesado puede hacer una elección real y no haya ningún riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas significativas en caso de que no consienta. Si las consecuencias del consentimiento socavan la libertad de elección de la persona, el consentimiento no es libre”. En el mismo sentido se pronunció la Agencia Española de Protección de Datos al indicar que un consentimiento libre “supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento”, en un informe jurídico sobre los caracteres del consentimiento definido por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre (Protección de Datos de Carácter Personal).

¹² CASTELLS I MARQUÉS, M., op. cit., p. 326.

1/2009, de 10 de febrero, sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia (DOGC nº 5322, de 19 de febrero)¹³. Sin embargo, para los drones destinados a fines recreativos, cumplir con dicho deber de información resulta excesivamente gravoso. Es, por esta razón, que la opción adoptada en Francia es atractiva. Conforme con el folleto informativo, elaborado y distribuido por el Ministerio del Medio Ambiente, resulta suficiente (cuando el dron está equipado con una cámara u otro dispositivo capaz de registrar datos) que se informe a las personas físicas, que se encuentran dentro de su alcance, y se responda a sus preguntas con el fin de obtener su consentimiento¹⁴.

El informe sobre “Drones y Protección de Datos” de la AEPD, sin perjuicio de acudir a su “Guía para el cumplimiento del deber de informar”, señala la necesidad de “habilitar mecanismos para llevar a cabo el derecho de información con relación al tratamiento de datos personales que se realiza, teniendo en cuenta la peculiaridad de los drones, pero sin olvidar que la información proporcionada deberá ser clara y transparente, y puede proporcionarse por medios electrónicos. Por lo tanto, se deberá de encontrar el modo más apropiado de informar a quienes van a verse afectados por el tratamiento de datos: informar mediante señalizaciones u hojas informativas, publicaciones en redes sociales, periódicos, folletos, posters, etc., en los que conste la identidad del responsable del tratamiento, su finalidad y se facilite a los afectados indicaciones claras y específicas para el ejercicio de sus derechos”.

5. EL PRINCIPIO DE MINIMIZACIÓN DE DATOS¹⁵

El responsable del tratamiento debe adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas en aras de la protección de datos desde el diseño (art. 25.1 RGPD). Ello implica que, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento (p.ej., software de análisis de video anónimo o de reconocimiento facial) como en el momento del propio tratamiento (p.ej., recogida de los datos) hay que tener en cuenta los principios que rigen la protección legal de datos personales, los cuales se encuentran contenidos en el art. 5 RGPD. Dicha obligación de implementación de medidas depende en gran medida de su viabilidad técnica y económica (art. 25.1 RGPD). Por lo que únicamente tienen que adoptar aquellas que se encuentran disponibles en el mercado por un precio razonable.

En atención a la gran capacidad que algunos drones tienen de recopilar datos de carácter personal, cobra una relevancia especial cumplir con el principio de minimización de datos. En virtud de éste, el responsable del tratamiento solamente puede recoger para su

¹³ Para cumplir con dicho objetivo, deberían instalarse tantos carteles como fuesen necesarios para garantizar que las personas afectadas tienen conocimiento del uso de drones. Sin embargo, ACDP admite que el uso de este mecanismo en espacios abiertos no delimitados no resulta efectivo. Por esta razón, propone que el responsable del tratamiento comunique a la autoridad de protección de datos, que resulta competente, las medidas compensatorias que tienen pensado emplear para dar cumplimiento al deber de información de los afectados. De esta manera, dicha autoridad podría pronunciarse sobre su adecuación a la normativa de protección de datos y, si procede, proponer otras complementarias o sustitutivas.

¹⁴ Citado por CASTELLS I MARQUÉS, M., op. cit., p. 327.

¹⁵ Seguimos a CASTELLS I MARQUÉS, M., op. cit., p. 327 ss.

tratamiento (y someterlos a dicho tratamiento) aquellos que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. De modo que, por ejemplo, en caso de querer tomar imágenes en un espacio público, deberá optar por una cámara fotográfica a una térmica o infrarroja (las cuales pueden incluso detectar una persona que se encuentra dentro de una edificación), salvo que ello quede justificado por los fines perseguidos con el tratamiento. O, en caso de haberse recopilado datos de carácter personal durante la operación de vuelo, deberá proceder a la destrucción de aquellas partes que permitan la identificación del afectado (p.ej. difuminando el rostro de las personas o las matrículas de los automóviles) en un momento posterior. Ello resulta absolutamente necesario, puesto que los datos de carácter personal deben ser cancelados y no pueden conservarse cuando han dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados. Esto implica que los originales de las imágenes tomadas deben ser conservados tras haber eliminado toda la información personal.

Además, la minimización de datos se persigue con la privacidad por defecto. Esta obliga al responsable del tratamiento a aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que solo se recojan, procesen y almacenen los mínimos datos posibles, en atención a los fines específicos del tratamiento (art. 25.2 RGPD). En el caso de los drones, entre las medidas que debe adoptar para cumplir con el principio de minimización de datos, es necesario señalar el empleo de tecnologías de anonimato. Entre ellas, destaca el software de análisis de vídeo anónimo (“anonymous vídeo analytics software”), el cual detecta -por medio de un algoritmo- los rostros humanos en un vídeo y procede a su eliminación en tiempo real, sin llevar a cabo ningún reconocimiento facial.

En el informe de la AEPD al que tan reiteradamente nos estamos refiriendo, la Agencia, respecto de las operaciones con drones con riesgo de tratamiento de datos personales de forma colateral o inadvertida, dice que es necesario, entre otras, observar las siguientes recomendaciones:

- Minimizar la presencia de personas y objetos que permitan su identificación (bañistas, matrículas de vehículos, transeúntes, etc.) en el lugar de la operación. Para ello es conveniente realizar los vuelos en horarios en los que no exista gran afluencia de público o controlando el acceso a la zona de vuelo si fuera posible.
- Minimizar la captura de imágenes a lo absolutamente necesario, reduciendo las posibilidades de que puedan aparecer personas inadvertidamente en las imágenes, y considerando la posibilidad de no capturar el vuelo completo, sino solo aquellos momentos que sean necesarios. Esta recomendación de la AEPD se puede extender a cualquier tipo de captura de datos.
- Promover y aplicar características de privacidad desde el diseño, como, por ejemplo, ajustar la resolución de la imagen al mínimo necesario para ejecutar el propósito del tratamiento, reducir la granularidad de la geolocalización con el mismo propósito; aplicar técnicas para anonimizar imágenes (automáticamente durante la captura o procedimientos para hacerlo inmediatamente después) o mecanismos para iniciar y detener la captura de datos en cualquier momento durante la operación; implantar protocolos de

comunicaciones seguros que impidan a terceros el acceso a las transmisiones de los datos capturados o incluso al control del propio dispositivo, o incluir mecanismos que permitan el cifrado de los datos capturados y almacenados en el propio dron.

- Para lugares en los que inevitablemente habrá personas, realizar la captura de imágenes de forma que no puedan ser identificadas, por ejemplo, realizando capturas únicamente a distancia suficiente para que la identificación de estas no sea posible.
- Evitar el tratamiento de otro tipo de datos personales como la captura indiscriminada de identificadores de dispositivos móviles.
- Evitar el almacenamiento de información innecesaria relativa a personas. Por ejemplo, si las imágenes tienen por finalidad un levantamiento topográfico de una zona de costa, carecería de sentido almacenar imágenes que permitan la identificación de los bañistas que se encuentran en dicha zona.

Cuando se trata de operaciones que tienen por finalidad un tratamiento de datos personales de forma intrínseca, todas las recomendaciones anteriores también se aplican, evidentemente. Además, la AEPD señala otras adicionales, algunas de las cuales son las siguientes:

- Elegir la tecnología a bordo más adecuada a la finalidad que se persigue con la operación y adoptar todas las medidas adecuadas de privacidad por defecto, evitando la recopilación y tratamiento posterior de datos innecesarios.
- Tomar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado a los riesgos para los derechos y libertades de las personas, en particular para prevenir cualquier tratamiento no autorizado durante la fase de transmisión de los datos capturados.
- Eliminar o anonimizar cualquier dato personal innecesario lo antes posible tras la recopilación.
- Incorporar opciones de configuración respetuosas con la privacidad y funciones predeterminadas como parte de un enfoque de privacidad desde el diseño.

6. LOS CONTRATOS ENTRE RESPONSABLES Y ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO. EL ART. 82 RGPD

Todo tratamiento de datos trae consigo una serie de directrices que deben cumplirse de conformidad al RGPD. En este caso hay que tener clara cuál es nuestra posición en el tratamiento, es decir, si somos responsables del tratamiento o somos encargados del tratamiento. El responsable del tratamiento es la entidad que determina los fines y medios para el tratamiento de los datos personales. El encargado del tratamiento es la persona física o jurídica que trata los datos personales siguiendo las directrices determinadas por el responsable del tratamiento. Por norma general, el operador del dron será considerado como encargado de tratamiento, ya que su actuación se debe al encargo que le realiza un tercero. Y será este tercero -responsable del tratamiento- quien determine qué trabajo debe

realizarse y la forma correcta de hacerlo. Esta relación debe formalizarse a través de un contrato de encargo de tratamiento con los requisitos exigidos en el RGPD.

Se ha señalado¹⁶ que el contrato del encargo de tratamiento es un contrato que tiene su origen en un tratamiento de datos personales que realiza un sujeto (el responsable del tratamiento) y cuya gestión (total o parcial) es encargada a un tercero ajeno a ese responsable del tratamiento (por tanto, se trata de un tercero no vinculado por una relación de dependencia laboral o administrativa con el responsable del tratamiento). El encargado de tratamiento deberá actuar, para poder ser considerado como tal, siguiendo las instrucciones del responsable. De ahí que ya sea posible dar una definición de este contrato. Es aquel acuerdo por el cual una persona encomienda la gestión (tratamiento) de datos personales de los que es responsable (responsable del tratamiento) a un tercero (encargado del tratamiento) que, aunque no medie relación de dependencia entre ellos, deberá gestionarlos, siempre en atención a las finalidades del responsable del tratamiento, siguiendo las instrucciones de este último sin poderse desviar de ellas.

La regulación normativa de este contrato se halla en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, ya citada, que se remite prácticamente al RGPD, donde ahí sí que hay un cierto desarrollo de este contrato¹⁷.

Ante la pregunta de si se considera cesión de datos las comunicaciones a encargados de tratamiento, la respuesta es que no, ya que estas no se consideran cesiones de datos, porque para poder prestar el servicio que conlleva el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable, necesita acceder a ellos¹⁸.

En cuanto a sus características, podría ser tanto a título oneroso como gratuito. En el primer caso, el encargado del tratamiento recibe una contraprestación por la gestión de los datos personales del responsable del tratamiento. En el segundo caso, el encargado del tratamiento no recibe ninguna contraprestación por esa gestión. En este sentido, el art. 28.3 del RGPD no señala nada, aunque probablemente lo mejor hubiera sido establecer lo que afirma la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil cuando en el art. 582-2.1 afirma que “el contrato de servicios se presume retribuido”. No se cierra la puerta a que sea un contrato gratuito, pero la realidad de las cosas, al menos en el sector privado, muestra que es retribuido.

¹⁶ GRIMALT SERVERA, P., GONZÁLEZ MÉNDEZ, A., “El contrato de encargo de tratamiento y otros contratos sobre los datos personales”, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Coordinado por Mariano Yzquierdo Tolsada, José Manuel Almudí Cid, Miguel Angel Martínez Lago, Vol. 13, 2014 (Contratos sobre bienes inmateriales II), p. 30.

¹⁷ El art. 28.3 del Reglamento señala que “el tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable”.

¹⁸ El art. 33 de LOPDGDD señala lo siguiente: “El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos siempre que se cumpla lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente Ley Orgánica y en sus normas de desarrollo”.

También desde un punto de vista de la naturaleza jurídica, este contrato engendra una obligación de hacer y esta puede ser de medio o de resultado. En el primer caso sería de servicios en el sentido del Código Civil. En el segundo, estaríamos ante un contrato de obra. Esto es, en el primer supuesto, la obligación del encargado del tratamiento se limita a un actuar diligente, donde el resultado no sería la clave para determinar si el encargado del tratamiento ha cumplido o no, esto es, el encargado no se obligaría a obtener un resultado concreto, sino simplemente a poner todo su conocimiento y actuar diligente para intentar obtener un resultado. En el segundo, el encargado del tratamiento viene obligado a obtener un determinado resultado¹⁹. Según la intención de las partes, el contrato del que estamos tratando sería de servicio propiamente dicho o de obra.

Respecto de los sujetos, aparecen dos bien diferenciados: el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento. El responsable del tratamiento es, según el art. 4 del RGPD, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los medios y fines del tratamiento, de tal manera que la responsabilidad última sobre el tratamiento le está atribuida. Según el RGPD, el responsable deberá adoptar medidas apropiadas, incluida la elección de encargados, de forma que garantice y esté en condiciones de demostrar que el tratamiento se realiza conforme al mismo (principio de responsabilidad activa)²⁰.

De acuerdo con el art. 4 del RGPD, el encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. El encargado, junto con la capacidad de prestar consentimiento, requerirá de una especial capacitación (la clásica “lex artis”) que, como dice el art. 28.1 del RGPD, “ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado”. La primera consecuencia de lo anterior es que el encargado del tratamiento no puede ser un trabajador del responsable, como ya he dicho.

Interesa destacar que tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados. Igualmente tendrá la consideración de

¹⁹ La tendencia actual es un contrato genérico, el contrato de servicios, que, a su vez, contiene el contrato de servicios propiamente, tal como lo conocemos en el Código Civil y el contrato de obra. En la propuesta de Código Civil que presenta la Asociación de Profesores de Derecho civil, el título VIII del Libro V trata sobre los contratos de servicios y luego en los diversos capítulos habla del contrato de obra y de diversos contratos de servicios. Cfr. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid 2018. En el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), el contrato de servicios es definido en el art. IV.C 1:101 como aquel contrato en el que tiene lugar la realización de una actividad a favor de la otra parte a cambio de una remuneración. Y el contrato de obra, entendido como tarea de elaboración de bienes corporales-muebles e inmuebles-, o de bienes intangibles queda recogido como una modalidad del tipo general denominado contrato de servicios.

²⁰ En este sentido, para demostrar que el encargado ofrece garantías suficientes, el Reglamento General de Protección de Datos prevé que la adhesión a códigos de conducta o la posesión de un certificado de protección de datos pueden servir como mecanismos de prueba.

responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilizase los datos para sus propias finalidades.

Quizás lo más esencial del encargado de tratamiento es que actúa bajo las instrucciones del responsable del tratamiento y que el tratamiento de datos que gestiona el encargado del tratamiento es en atención a las finalidades del responsable.

Y es que, como se ha dicho, el encargado del tratamiento no tiene poder de decisión, por eso debe actuar siguiendo las instrucciones del responsable. Es posible, como se ha señalado²¹, que, en el actuar del día a día, el encargado del tratamiento pueda tomar decisiones concretas en torno al tratamiento, pero lo hará porque el responsable del tratamiento se lo ha permitido, decisiones que deben respetar en todo caso las instrucciones dadas por el responsable del tratamiento. Y siempre gestionará los datos en beneficio del responsable del tratamiento, no para usos y beneficios propios (el encargado actúa por cuenta del responsable del tratamiento), porque en caso contrario (que los destine para finalidades propias del encargado del tratamiento) ya no se estará ante un encargado del tratamiento, sino ante un responsable del tratamiento (con independencia de lo que diga el contrato). No sería un encargo del tratamiento, sino una comunicación de datos.

Algún problema se podría plantear con la posibilidad de subcontratación por el encargado del tratamiento, que se debe establecer en el contrato. El RGPD exige la autorización previa por escrito del responsable del tratamiento para que el encargado del tratamiento pueda recurrir a otro encargado (subencargado) para desarrollar el servicio encomendado, cuando esto conlleve el tratamiento de los datos personales por parte de un tercero.

Esta autorización puede ser específica (identificación de la entidad concreta) o general (sólo autorizando la subcontratación, pero sin concretar la identidad). En el supuesto que la autorización sea de carácter general, el encargado informará al responsable de la incorporación de un subencargado o su sustitución por otros subencargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios. Puede ser de utilidad establecer en el acuerdo la forma (que en todo caso deberá constar por escrito) y el plazo para que el responsable pueda manifestar su oposición.

En todo caso, el subencargado del tratamiento debe estar sujeto a las mismas condiciones (instrucciones, obligaciones, medidas de seguridad...) y en la misma forma que el encargado del tratamiento en lo referente al adecuado tratamiento de los datos personales y a la garantía de los derechos de las personas afectadas. En caso de incumplimiento por el subencargado, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento en lo referente al cumplimiento de las obligaciones del subencargado.

En cuanto a los elementos objetivos, el contrato entre el encargado del tratamiento y el responsable del mismo supondrá necesariamente un tratamiento de datos personales. Son dos los elementos: la existencia de un tratamiento de datos y que ese tratamiento de datos

²¹ GRIMALT SERVERA, P., GONZÁLEZ MÉNDEZ, A., op.cit., p. 46.

sea un tratamiento de datos personales. No voy a entrar en el concepto de dato personal y sí contestar a la pregunta relativa a qué tratamientos puede llevar a cabo un encargado sobre los datos que le han sido encomendados. El encargado puede realizar todos los tratamientos, automatizados o no, que el responsable del tratamiento le haya encomendado formalmente. La definición de tratamiento nos permite concretarlos atendiendo al ciclo de vida de la información: recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción. En todo caso, deben quedar claramente delimitados en el contrato que se adopte.

Respecto a los elementos formales, el art. 28.9 del RGPD establece que el contrato constará por escrito, incluso en formato electrónico. Ello plantea dos cuestiones: el porqué de este requisito de forma y, en segundo lugar, si estamos ante un contrato formal en cuanto a su validez.

Evidentemente, la forma permite, como mínimo, acreditar la celebración del contrato y su contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

Seguramente, y con esto se contesta a la segunda pregunta, se trata de una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, y, por tanto, su incumplimiento no supondrá la nulidad del contrato, como mucho alguna sanción de tipo administrativo²².

En cuanto al contenido del contrato, como mínimo, dice el RGPD, debe establecerse el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos responsables y categorías de interesados, la obligación del encargado de tratar los datos personales únicamente siguiendo instrucciones del responsable²³, la asistencia del encargado al responsable, siempre que sea posible, en la atención al ejercicio de los derechos de los interesados, el deber de confidencialidad²⁴, los derechos de los

²² Ahora bien, no sería recomendable para nada hacer un contrato en forma oral, aunque teóricamente, pudiéramos hacerlo según nuestro Código Civil (art. 1278 CC.). Piénsese en el caso de un contrato verbal entre responsable y encargado del tratamiento, tercero, en definitiva, que gestiona los datos personales de los que el primero es responsable. En realidad, habría que hablar más bien de cesión de datos, quizás no jurídicamente, pero sí materialmente, con el peligro subyacente que, al no haber ni el “cedente” ni el “cesionario” solicitado el consentimiento del afectado para la “cesión de sus datos”, aun cuando se probase que el “cesionario de los datos personales” ha actuado exclusivamente como “encargado del tratamiento”, podría ser irrelevante y ser sancionados ambos, “cedente” y “cesionario” por la cesión sin mediar el consentimiento del afectado.

²³ Se debe documentar de forma precisa las instrucciones respecto del encargo realizado. Es necesario identificar de forma clara y concreta cuáles son los tratamientos de datos a realizar por el encargado del tratamiento, atendiendo al tipo de servicio prestado y a la forma de prestarlo. Es especialmente necesario determinar de forma clara las comunicaciones a terceros que el responsable encomienda al encargado o que se derivan del servicio prestado.

²⁴ Hay que establecer la forma en que el encargado del tratamiento garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se han comprometido, de forma expresa, a respetar la confidencialidad. El cumplimiento de esta obligación debe quedar documentado y a disposición del responsable del tratamiento.

interesados²⁵, la colaboración en el cumplimiento de las obligaciones del responsable²⁶, el destino de los datos al finalizar la prestación²⁷, y, por último, la colaboración con el responsable para demostrar el cumplimiento²⁸.

Hay obligaciones específicas para los encargados en el RGPD²⁹. Son obligaciones propias que no se circunscriben al ámbito del contrato que los une al responsable y que pueden ser revisadas separadamente por las autoridades de protección de datos. Por ejemplo:

- Deben mantener un registro de actividades de tratamiento. Está regulado en el art. 30 del RGPD y en el art. 31 LOPDGDD.
- Deben determinar las medidas de seguridad aplicables a los tratamientos que realizan, de conformidad con lo establecido en el art. 32 del RGPD.
- Deben designar a un Delegado de Protección de Datos.

Además, los Encargados pueden adherirse a códigos de conducta o certificarse en el marco de los esquemas de certificación previstos por el Reglamento.

Referente a prohibiciones específicas, en el contrato se tiene que prever expresamente que el encargado del tratamiento no podrá comunicar los datos personales a terceros y,

²⁵ En el contrato hay que establecer la forma en que el encargado del tratamiento asistirá al responsable en el cumplimiento de la obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos establecidos en el Capítulo III del Reglamento General de Protección de Datos (acceso a los datos personales, rectificación, derecho al olvido, limitación del tratamiento, portabilidad de datos, oposición). El acuerdo deberá establecer de forma clara si corresponde al encargado del tratamiento atender y dar respuesta a las solicitudes de estos derechos o bien establecer expresamente que su única obligación es comunicar al responsable del tratamiento que se ha ejercido un derecho. En el primer supuesto, el contrato debe establecer la forma y los plazos para atender o, en su caso, dar respuesta a las solicitudes de ejercicio de derechos. En el segundo supuesto, debe establecerse la forma y el plazo en que la solicitud y, en su caso, la información correspondiente al ejercicio del derecho se debe comunicar al responsable del tratamiento. En cuanto al derecho de información de las personas afectadas, se trata de un derecho no sujeto a solicitud y, por tanto, no sujeto a las previsiones del artículo 28.3 del Reglamento. Pese a ello, en aquellos casos en que el encargado deba realizar la recogida de datos es recomendable establecer en el contrato la forma y el momento en que debe darse el derecho de información.

²⁶ Se debe establecer la forma en que el encargado ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la aplicación de las medidas de seguridad que correspondan, la notificación de violaciones de datos a las Autoridades de Protección de Datos, a los interesados, la realización de las evaluaciones de impacto relativa a la protección de datos y, en su caso, la realización de consultas previas. El cumplimiento de esta obligación queda supeditado a la naturaleza del tratamiento realizado y a la información que esté a disposición del encargado.

²⁷ Hay que prever si, una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, el encargado del tratamiento debe proceder a la supresión o a la devolución de los datos personales y de cualquier copia existente, ya sea al responsable o a otro encargado designado por el responsable. El contrato debe establecer de forma clara cuál de las dos opciones es la elegida por el responsable, así como la forma y el plazo en que debe cumplirse. En todo caso, los datos deberán ser devueltos al responsable cuando se requiera la conservación de los datos personales, en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros. No obstante, el encargado puede conservar una copia con los datos debidamente bloqueados, mientras puedan derivarse responsabilidades de la ejecución de la prestación.

²⁸ Es preciso establecer la obligación del encargado de poner a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, realizadas por el responsable o por otro auditor autorizado por el responsable.

²⁹ Antes, la Directiva 95/46 se centraba sobre todo en la actividad de los responsables.

por supuesto, tratar los datos sin respetar las instrucciones del responsable o utilizarlos para fines del propio encargado del tratamiento.

En cuanto a las acciones de responsabilidad civil, al amparo del art. 82, el RGPD reconoce el derecho a una indemnización efectiva y solidaria, a toda persona que haya sufrido daños y perjuicios (“materiales o inmateriales”) como consecuencia de una infracción del mismo, sin perjuicio de otras acciones, entre ellas la prevista en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para la compensación de daños por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la del art. 1902 CC.³⁰.

Quienes sufran daños, en definitiva, como consecuencia de una infracción de la normativa sobre protección de datos dispondrán de una pretensión indemnizatoria frente al infractor o frente a quien ostentara una posición de garante sobre el infractor. El art. 82³¹ reconoce el derecho de los titulares de datos personales a ser compensados por los daños y perjuicios causados por los responsables o los encargados del tratamiento (el operador del dron, recordemos) por incumplimiento de los deberes que les impone el propio Reglamento.

Para que prospere una acción de responsabilidad civil *ex. art. 82 RGPD*, el reclamante habrá de acreditar que concurren los elementos siguientes: la condición de responsable o encargado del tratamiento del reclamado; una infracción de la normativa sobre la protección de datos personales prevista en el RGPD³²; los daños y perjuicios sufridos; y una relación de causalidad entre infractor y resultado dañoso.

7. DRONES Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Se ha dicho³³ que, según las cifras oficiales de la Agencia Española de Seguridad Aérea, alrededor del 95 % de los operadores comerciales de drones registrados en España se dedican a trabajos de filmación y fotografía. Estos datos estadísticos, nos dice este autor citado, basta por sí solo para dar buena cuenta de la relevancia y del impacto que el uso

³⁰ RUBÍ PUIG, A., “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, nº 4 (octubre-diciembre 2018), p. 54.

³¹ Art. 82: “1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; 2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable; 3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado segundo si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios”.

³² No tiene por qué ser únicamente una infracción del RGPD, sino también de aquellas normas de los propios Estados miembros, tal como señala el Considerando 146 RGPD.

³³ CABRERA RODRÍGUEZ, J., “Drones y propiedad industrial e intelectual”, *Derecho de los drones*, director Moisés Barrio Andrés, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 275 ss.

de los drones puede suponer para el desarrollo de la propiedad intelectual, aunque la literatura española acerca de este tema sea escasa.

Señala Cabrera Rodríguez que el concepto de dron se puede plantear desde, al menos, tres puntos de vista diferentes: como sujeto, como objeto y como medio o instrumento. El primero de ellos toma en consideración la capacidad del dron para generar autónomamente obras susceptibles de protección jurídica bajo la propiedad intelectual. Desde el segundo punto de vista, el dron pasaría a concebirse como algo protegible en sí mismo, es decir, como objeto de derechos. El tercer punto de vista, por último, enfatiza la capacidad del dron de funcionar (o de ser utilizado) como un medio o instrumento para generar obras protegibles.

El primero de los planteamientos expuestos choca con un principio tradicional de este sector del derecho, esto es, que el régimen de propiedad intelectual se asienta sobre la premisa de un creador humano. En principio, el reconocimiento y la atribución de derechos exclusivos sobre determinados bienes intangibles obedece esencialmente a la voluntad de proteger, promover e incentivar el “trabajo creativo”. Es decir, el trabajo humano³⁴.

Por lo demás, como se ha afirmado³⁵, la capacidad del dron para generar autónomamente obras susceptibles de protección jurídica choca también, en segundo lugar, con el concepto jurídico-positivo de dron que se asume en el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto. En concreto, tal como se explica en su Exposición de Motivos: “El concepto de (...) vehículos aéreos no tripulados o UAVs (por sus siglas en inglés, “Unmanned Aerial Vehicle”), ha venido siendo interpretado por la comunidad internacional como comprensivo de las aeronaves que vuelan sin un piloto a bordo, y que pueden, o bien ser controladas plenamente por el piloto remoto, aeronaves pilotadas por control remoto, o bien estar programadas y ser completamente autónomas, aeronaves autónomas en terminología de la Organización Internacional de Aviación Civil (...). Este real decreto, en coherencia con la convención internacional en la materia (el Convenio de Aviación Civil Internacional) y las normas de derecho comparado no regula el uso de aeronaves civiles no tripuladas que no permiten la intervención del piloto en la gestión del vuelo, las denominadas aeronaves autónomas, cuyo uso en el espacio aéreo español y en el que España es responsable de la prestación de servicios de tránsito aéreo no está permitido”.

³⁴ Señala SAIZ GARCÍA, C. (“Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, enero 2019, p. 12) que la protección de las obras creadas por un derecho de autor exige autoría humana. Desde la actual configuración de nuestro ordenamiento jurídico, afirma, no es posible que un resultado fruto exclusivamente de la labor intelectual no humana acceda a la protección del Libro Primero del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El principio de autoría, fundamento del sistema continental europeo del derecho de autor, se opone a la posibilidad de que nazca un derecho de esta naturaleza si el resultado no es fruto de la labor de la inteligencia humana. Hasta ahora nadie, aparte del ser humano, tenía capacidad natural de crear. Sin embargo, la cuestión puede ya no ser tan clara hoy en día.

³⁵ CABRERA RODRÍGUEZ; J., *op.cit.*, p. 277.

Hay que hacer notar ³⁶que la capacidad para generar obras protegibles por derechos de autor presupone un concepto de dron como sistema autónomo dotado de un determinado grado de inteligencia artificial. Sin embargo, este tipo de dron resulta aparentemente incompatible con el concepto jurídico-positivo del RD 1036/2017. Al menos en la medida en que el RD 1036/2017 excluye y proscribiera incorporando así el criterio del Convenio de Aviación Civil Internacional-el uso de “aeronaves civiles no tripuladas que no permiten la intervención del piloto en la gestión del vuelo”.³⁷

Sí tienen cabida en esta legislación, no obstante, los drones dotados de un cierto grado de autonomía e inteligencia artificial³⁸. Primero, porque la norma sólo proscribiera, en sentido estricto, el uso de aquellos drones que no permiten, en absoluto, la intervención del piloto en la gestión del vuelo. Y, segundo, porque el propio RD 1036/2017 sí regula expresamente el uso de drones con capacidad técnica suficiente para operar de forma especialmente autónoma como, por ejemplo, cuando el Real Decreto regula las operaciones aéreas “más allá del alcance visual del piloto”, es decir, aquellas operaciones que se realizan sin contacto visual directo con la aeronave pilotada por control remoto. No obstante, también en estos casos, al final, interviene el factor humano.

Como es sabido, los derechos de autor atribuyen en exclusiva a su titular un conjunto de derechos, morales y patrimoniales, sobre su obra artística, literaria y científica. Para que una creación constituya una obra protegible por derechos de autor, el art. 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril exige la concurrencia de un elemento de originalidad, que no aparece definido por una norma positiva³⁹ y, además, que la autoría sea humana⁴⁰.

³⁶ CABRERA RODRÍGUEZ, J., op. cit., p. 277.

³⁷ De acuerdo con su artículo 4: “...el uso de aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) requerirá, en todo caso, que su diseño y características permitan al piloto intervenir en el control del vuelo, en todo momento”.

³⁸ CABRERA RODRÍGUEZ, J., op. cit., p. 278.

³⁹ Afirma SAIZ GARCÍA (Cfr. SAIZ GARCÍA, C., op. cit., p. 18 ss.) que la fórmula abierta y genérica como la recogida en el art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual evita tener que ir modificando el concepto de obra cada vez que aparece una nueva forma expresiva, aunque deja todo el peso de su precisión en manos de los tribunales. En este sentido, parece que la tendencia jurisprudencial es acoger el término en sentido objetivo, identificando la obra original con la obra novedosa, que se diferencie exteriormente de las que ya se conocen dentro de su género

⁴⁰ Fundamento de que la autoría sea humana es que la ley de Propiedad Intelectual reconozca los derechos morales que protejan la relación del autor con su obra. Pero que también encuentra su reflejo en la definición del concepto de originalidad como condición para la atribución de protección jurídica a una determinada obra o creación. En palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una determinada obra puede ser protegida por derechos de autor: “...siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo”.

Sin embargo, hace tiempo que se viene atestiguando cómo los sistemas autónomos son capaces de intervenir activamente en la creación de obras tradicionalmente protegidas por derechos de autor⁴¹.

En términos generales, las soluciones jurídicas que se han propuesto a la intervención activa de los sistemas autónomos en la creación de obras potencialmente protegibles pueden resumirse básicamente en tres alternativas. La primera de ellas pasaría por concebirlas como obras derivadas (art. 11 y 96 de la Ley de Propiedad Intelectual) del programa de ordenador incorporado al sistema autónomo responsable de su creación. Y, a falta de una intervención humana en el uso del programa de ordenador, atribuir los derechos de autor sobre la creación generada por el sistema autónomo al titular de los derechos sobre su *software*.

La segunda alternativa consistiría en atribuir directamente los derechos de autor al propio sistema autónomo responsable de la creación de la obra. Y una tercera propuesta sería rechazar frontalmente todo lo anterior, entendiendo que no se trata de un problema de si hay autoría humana o no, sino una cuestión de baremación del *quantum* de originalidad predicable de la aportación del usuario humano del programa.⁴²

En el caso de los drones, se dan las circunstancias necesarias para que se vean protegidas las obras generadas por ellos por la ley de protección intelectual ya que, en principio, se cumplen los dos requisitos esenciales para ello: autoría humana y originalidad.

En el primer caso, aunque hablemos de sistemas autónomos, y los drones lo son, siempre hay una intervención humana, aunque con alguna matización que ya hemos hecho. En los drones existe presencia del factor humano.

En cuanto a la originalidad, ya hemos comentado que no existe una definición legal de este concepto que es normativo y evolutivo. Serán los tribunales los que decidan que es “originalidad” en cada caso.

Alguna cuestión podría plantear la titularidad cuando se trata de un contrato entre responsables y encargados del tratamiento. Cuantos más detalles se vayan precisando del responsable al encargado del tratamiento, cuanto más definidas sean las instrucciones del primero al segundo, probablemente se aplique el art. 7 LPH, sobre la obra colaborativa (responsable, encargado y, probablemente también, autor del programa informático). Y, desde luego, si las instrucciones no dejan margen alguno, en cuanto a la libertad creativa, al encargado del tratamiento, la autoría, en vez de ser de este último, probablemente habría que decir que es del responsable y del autor del programa informático.

⁴¹ Cfr. los distintos supuestos que trae a colación CABRERA RODRÍGUEZ, op. cit., p. 279, que abocan a la comunidad jurídica a plantearse la configuración de estas creaciones desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual y, muy en particular, a considerar la posibilidad de una autoría no humana.

⁴² CABRERA RODRÍGUEZ estudia exhaustivamente tanto la posibilidad de una autoría no humana como la originalidad en algunos de los campos en que los drones tienen un papel muy relevante: la información geoespacial y cartografía, los espectáculos y competiciones deportivas. (Cfr. CABRERA RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 281 ss.).

8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN

Como afirmaba Navas Navarro⁴³, el dron, como máquina inteligente, plantea cuestiones interesantes en el ámbito de la responsabilidad civil. Por un lado, debe precisarse la responsabilidad que debe atribuirse al poseedor de un bien de este tipo y, por otro, suscita cuestiones interesantes en materia de responsabilidad civil del fabricante.

En principio es de aplicación el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre,⁴⁴ por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del Aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea. Sobre esta base, dejando a un lado a los drones calificados por sus dimensiones y peso como meros juguetes, tenemos, en orden a la responsabilidad por daños causados por los mismos:

a) Responsabilidad civil del fabricante de drones, por funcionamiento anormal o defectuoso del aparato *ex art.* 136 LGDCU (debe tenerse en cuenta que, a mayor nivel de automatización del aparato, mayor riesgo en su operación). El defecto de fabricación puede ser *per se* o por el diseño del software o el hardware que lleve incorporados y también por falta de información suficiente al usuario para control de la aeronave⁴⁵. En este tema es también importante saber sobre quien recae la responsabilidad, al margen del fabricante, cuando el defecto no es propiamente de fabricación sino de diseño, con intervención de otras personas, perfectamente individualizadas. Probablemente el concepto de productor, en este caso, podrá ampliarse incorporando al “ingeniero diseñador”, siempre que sea un tercero ajeno a la esfera del primero, es decir, no trabaje

⁴³ NAVAS NAVARRO, S., “Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 20, 2016, p. 82. Esta autora afirma que la mayoría de los drones no son robots propiamente dichos, ya que no tienen capacidad de autoaprendizaje o de tomar decisiones.

⁴⁴ Este Decreto siguió vigente hasta el 1 de enero de 2022.

⁴⁵ En este sentido son interesantes las apreciaciones de NAVAS NAVARRO, S. (op.cit., pág. 104): “En primer lugar, en relación con las “clases de defectos”, en la medida en que los robots corpóreos u otras máquinas inteligentes son cada vez más sofisticados, el acento -quizá no sea aventurado pensar-habrà que ponerlo sobre todo en su diseño, de suerte que los defectos, que hagan que el robot o máquina sea considerado “defectuoso/a”, sean más frecuentemente defectos de diseño que de fabricación. A su vez, el grado de sofisticación de los mismos implica una precisión mayor en las advertencias, informaciones e instrucciones que el fabricante deba suministrar al adquirente del robot, esto es, más información, pero también más técnica, con necesidad incluso de algún tipo de conocimiento específico, por parte del poseedor de la máquina inteligente, para comprender completamente la información suministrada. Esta se torna más compleja, lo que puede llevar a que el defecto de información sea, junto al defecto de diseño, un tipo de defecto más frecuente que el defecto de fabricación cuando de robots y máquinas inteligentes se trate. Con base en ello, si se sigue haciendo recaer, como en la normativa vigente, la responsabilidad sobre el fabricante, la inversión en alta tecnología, por parte de éste, podría verse reducida si no frenada. En búsqueda del equilibrio entre inversión en investigación tecnológica y responsabilidad frente a terceros, la solución no debe ser inmunizar al fabricante en caso de determinados defectos (...), sino que, quizá otra opción pudiera ser diferenciar el criterio de “atribución de la responsabilidad según el tipo de defecto”. En esta dirección, se podría mantener la responsabilidad objetiva en relación con los defectos de fabricación; mientras que la responsabilidad subjetiva con una presunción *iuris tantum* de culpa podrá ser la más adecuada a los daños que ocasionen los defectos de diseño y de falta de información y de los que deba responder el fabricante”.

para él. El perjudicado podría dirigirse contra él con base en el art. 128 del TRLGDCU, que no excluye el ejercicio de otras acciones indemnizatorias que aquél pudiera tener a su alcance⁴⁶.

b) Responsabilidad civil del operador de vuelo⁴⁷. ¿Es posible hablar de una responsabilidad por riesgo en el caso de daños producidos por un dron? ¿Constituye una actividad peligrosa la realizada por estas máquinas, de tal modo que haya que hablar de una culpa presunta con inversión de la carga de la prueba?⁴⁸

¿Qué nos dice el Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre sobre este tema? No habla de que el dron realice actividades peligrosas, pero a juicio de Velasco Perdigonés⁴⁹, el hecho de que el citado Decreto imponga al operador de un dron la obligación de disponer de una póliza de seguro u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad civil frente a terceros por los daños que pueda ocasionar, nos habla del carácter cuasi-objetivizador de la responsabilidad, lo que nos hace sospechar, efectivamente, de que estamos ante una actividad de riesgo⁵⁰ o una actividad anormalmente peligrosa, aunque no es fácil definir qué se puede entender por tal⁵¹.

⁴⁶ En el Real Decreto de 2017 citado, el art. 15 afirma también que “los fabricantes de aeronaves pilotadas por control remoto serán responsables de las aeronaves que fabriquen”.

⁴⁷ Sobre este tema son interesantes las consideraciones que realiza VELASCO PERDIGONES, J.C., “Fundamentos para la atribución de responsabilidad civil extracontractual en la “era tecnológica””, *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Privado*, Coordinador: Manuel Paniagua Zurera, Tirant lo Blanch, 2020, pp.139 ss. Dice este autor, en la página 140: “La robótica, la inteligencia artificial, los drones, los vehículos autónomos, los patinetes de propulsión eléctrica, etc., están suponiendo una modificación en la conducta y comportamiento del ser humano. Esta manifestación, a veces, que no siempre, ha de ir de la mano de la correspondiente evolución normativa y adaptación al nuevo panorama social. Los nuevos aparatos tecnológicos no son ajenos al daño de bienes jurídicos de terceros. Ante la producción de un perjuicio patrimonial desencadenado por un elemento tecnológico, hace que nos preguntemos acerca de las razones o motivos por los que un sujeto ha de responder, denominándose a estos razonamientos como criterios, factores o fundamentos de la responsabilidad civil. Este estudio tiene por objeto esclarecer los criterios de imputación de la responsabilidad civil extracontractual para aquellos daños producidos por los nuevos elementos de la tecnología, teniendo en cuenta el papel preponderante de la culpa en nuestro ordenamiento jurídico. En base a ello, la finalidad no es otra que precisar las razones por la que un sujeto tiene que responder ante un hecho dañoso producido por el uso de determinados aparatos de la tecnología. Nuestro sistema de responsabilidad civil acoge varios criterios de imputación, los cuales han supuesto una evidente inseguridad jurídica para los agentes que se ven involucrados ante un hecho dañoso, ya que la jurisprudencia ha desempeñado un papel preponderante. La inseguridad se incrementa cuando pretendemos hacer una primera aproximación o esclarecimiento de cuáles han de ser los criterios exigibles ante la producción de un daño que tiene como causa el uso de ciertos aparatos de la tecnología”.

⁴⁸ Hay que tener en cuenta que el riesgo como único elemento para la atribución de responsabilidad no es suficiente para imponer la obligación de indemnizar, sino que se requiere de otro elemento, la culpa. La aplicación de la teoría del riesgo sin culpa se estaría fundando en un criterio puramente objetivo, y el legislador cuando considera que una actividad puede ser generadora de importantes riesgos y que ha de protegerse la indemnidad de la sociedad, suele proceder a la promulgación de normas que la objetiven.

⁴⁹ VELASCO PERDIGONES, J.C., op.cit., p. 154.

⁵⁰ Hay que tener en cuenta que algunos tipos de drones han sido excluidos expresamente de su ámbito de aplicación: los que se utilicen de forma exclusiva para exhibiciones aéreas, actividades deportivas, recreativas o de competición y para las que conlleven actividades lúdicas propias de aeronaves de juguetes.

⁵¹ Una actividad anormalmente peligrosa podría reputarse como aquella en la que existe un riesgo superior al normal o riesgo considerado anormal según los estándares medios, traduciéndose éste en la alta

Dicha actividad peligrosa va unida a un componente de culpa, que se aproxima al dolo o culpa grave de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (LNA). Desde esta perspectiva, el operador del dron ha de conocer el riesgo que producen tales aparatos y, por ello, tiene que tomar las medidas de seguridad que la prudencia y la razón de un hombre medio impone, con el objeto de salvaguardar los bienes y derechos de terceros que puedan verse afectados por el eventual daño. El operador es quien ha de controlar al aparato tecnológico, pues solo éste es quien tiene físicamente el poder de control del mismo. Ante un riesgo que se conoce y que es previsible (es previsible que un dron caiga y dañe a personas o cosas), y que no se adopten, como señala Velasco Perdigonés⁵², las medidas idóneas para la no producción del daño, se ha de responder. Es decir, “una conducta puede reputarse como negligente si ante la previsión de un eventual daño por un riesgo inminente, no se tomaron las medidas adecuadas de previsión de quien los usa”⁵³.

En conclusión⁵⁴: “La creación de un riesgo que puede catalogarse como superior al normal, conlleva inexcusablemente a que el agente o usuario de tales aparatos tenga que elevar los estándares de pericia y diligencia. En ese sentido, y ante las circunstancias de riesgo y previsibilidad del daño que pueden comportar estos elementos de la tecnología, se tenga como consecuencia la indispensabilidad de que sea el responsable el que acredite que extremó toda la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso, teniendo en cuenta que se le ha de exigir un progresivo aumento del cuidado al disponer del control de un peligroso aparato. Por las circunstancias y configuración de los drones, vehículos autónomos y robots, el control puede verse frustrado, ya que el usuario no puede evitar del todo la producción de un hipotético daño”.

Dos son, pues, los elementos de esta responsabilidad en materia de culpa: la aplicación de la doctrina del riesgo, en cuanto que se puede decir que el dron realiza actividades anormalmente peligrosas, de las que existe un riesgo superior en relación con los estándares medios. Y, en segundo lugar, la necesidad del elemento culpabilístico, resultando insuficiente el cumplimiento de los reglamentos reguladores de la actividad para la exoneración de responsabilidad. El operador del dron tiene una clara obligación de previsión del daño, ya que es el que mejor conoce su actividad y el riesgo que comporta, así como la adaptación de su conducta ante la previsión de un inminente daño, debiendo elevar los estándares de pericia y diligencia en su utilización. La doctrina del riesgo radicaría aquí en un dolo o culpa grave por lo que la catalogación del carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño justificaría la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa⁵⁵.

probabilidad que existe para que se produzca el resultado lesivo. (Cfr. VELASCO PERDIGONES, J.C., op. cit., pág 159).

⁵² VELASCO PERDIGONES, J.C., op. cit., p.160.

⁵³ VELASCO PERDIGONES, J.C., op. cit. p.160.

⁵⁴ VELASCO PERDIGONES, J.C., op. cit., p.161.

⁵⁵ Hay que señalar, por otro lado, que los drones excluidos del Decreto 1036/2017 se registrarán por la Ley de Navegación Aérea de 1960, con sus reformas correspondientes. Desde el punto de vista de la

Todo lo anterior hay que coherenciarlo con la LNA, que se aplica también a los drones en el ámbito de la responsabilidad civil.

De acuerdo con la citada Ley, la doctrina del riesgo estaría contemplada en el art. 121 LNA, con el dolo o culpa grave como criterio de imputación, desapareciendo entonces las limitaciones indemnizatorias que sí se recogen en el art. 120 LNA. El demandado deberá indemnizar a la parte demandante si esta ha acreditado una cuantificación mayor de daños que los máximos previstos en la LNA. Este resultado es independiente de la cantidad legalmente asegurada.

Pero también cabe la posibilidad de una responsabilidad objetiva, cuando en el daño no ha intervenido ningún tipo de culpa, de acuerdo con el art. 120 LNA⁵⁶. Se trataría, en el pensamiento de la LNA, de una actividad de riesgo que justificaría esta responsabilidad objetiva junto con la exigencia de suscribir un seguro de responsabilidad civil y existiría una limitación indemnizatoria.

9. DRONES Y DERECHO A HONOR, LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y LA PROPIA IMAGEN

La infracción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen puede ir unida al uso de los drones. Por ejemplo, cuando se captan imágenes para uso personal. Es importante tener en cuenta que no deben publicarse en internet de forma que puedan estar accesibles a un número indeterminado de personas cuando sea posible identificar a personas o cuando muestren espacios de uso privado como por ejemplo viviendas, jardines, terrazas, etc. Hay que tener en cuenta, dice la Agencia de Española de Protección de datos, que incluso en aquellos casos en los que se trate de un tratamiento personal o doméstico al que no sea de aplicación la normativa de protección de datos, la información capturada por el dron puede incidir en el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen de las personas⁵⁷.

responsabilidad civil extracontractual, se aplica el sistema de responsabilidad objetiva que preside la Ley de Navegación Aérea.

⁵⁶ Art. 120 LNA: “La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”.

⁵⁷ El informe de la Agencia trae a colación el caso de una persona que utiliza un dron para realizar grabaciones que visualiza personalmente sin llevar a cabo ninguna distribución de imágenes en internet o con terceros. Solamente capta imágenes personales y de su familia, aunque en ocasiones pueda capturar imágenes de espacios en los que viven personas o personas que transitan en los espacios en los que se lleva a cabo las grabaciones. Esa persona entiende que su actividad se encuentra dentro de un uso familiar o doméstico y no le es de aplicación la normativa de protección de datos. Para la Agencia esta actividad es exclusivamente personal o doméstica en la medida en que se realiza por una persona física y no tiene conexión con alguna actividad profesional o mercantil, por lo que efectivamente no le es de aplicación la normativa de protección de datos personales. No obstante, señala también, hay una obligación de respetar las zonas privadas (tales como jardines, patios, terrazas, interior de viviendas, etc.) y de todas aquellas áreas en las que exista una expectativa razonable de privacidad, incluso en las zonas públicas, ya que se podría infringir el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas. La excepción doméstica o personal tiene que ver con el hecho de que la acogida de imágenes se realice sin asociar las imágenes de

Pero también la aplicación del RGDP no excluye a la vez el ataque al derecho a la imagen, el honor y la intimidad personal y familiar. La guía de la Agencia sobre el uso de los drones pone un ejemplo muy claro. Lo hace en forma de pregunta⁵⁸ y, básicamente, lo que puede suceder es lo siguiente: puede haber tratamiento de imágenes tanto por el dueño del hotel-subida de las imágenes de los clientes a la página Web del hotel-como del que hace el reportaje-por ejemplo, publica en su canal de YouTube ese reportaje-. Es evidente que se puede producir un ataque al derecho a la imagen de los clientes del hotel o a su intimidad, por ejemplo, en el caso de que haya imágenes de personas en zonas de spa o de piscina.

En definitiva, como consecuencia de la toma de imágenes o fotogramas con un dron, pueden producirse intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), resultando de aplicación entonces la protección otorgada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPH). Podríamos incluso hablar de vulneración del derecho al honor si, la imagen de una persona captada mediante un dron se sube a una red social o una página web y se vierten comentarios ofensivos o vejatorios sobre la misma. En este supuesto, tendríamos que acudir, además, a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en concreto, a los preceptos aplicables en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Así sucederá, señala Castells i Marqués⁵⁹ en caso de “captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos” (art.7.5 LOPH). En función de si hay afectación en la vida íntima o no, deberá de reputarse como una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o al derecho a la propia imagen. Como es conocido, mientras que el primero persigue proteger “la esfera de lo privado y de lo íntimo” (STC 197/1991, de 17 de octubre), el segundo garantiza que sea el titular del mismo quien decida “si permite la captación o difusión de su imagen por un tercero” (STC 14/2003, de 28 de enero).

Sin embargo, no toda captación de la imagen de una persona constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Habrá que ver cuáles son los usos sociales y las circunstancias concurrentes. Por ejemplo, si se utiliza el dron, sean con fines personales o con fines profesionales y se siguen las recomendaciones de la Agencia

sujetos a una identificación adicional o indexación de los contenidos de la grabación, sin que se realice un seguimiento sistemático de áreas o personas (por ejemplo, mediante zoom o creación de bancos de grabaciones) y si la distribución tiene un carácter realmente limitado a un círculo doméstico que no afecte a los derechos y libertades de las personas.

⁵⁸ “Mi cliente me ha encargado un trabajo para promocionar su hotel, he realizado un reportaje en el que aparecen huéspedes en las zonas del spa, piscina y en instalaciones deportivas. ¿Puede mi cliente publicarlo en su página Web? ¿Puedo publicarlo en YouTube para promocionar mis servicios de reportaje fotográfico?”

⁵⁹ CASTELLS Y MARQUÉS, M., op. cit., p. 323.

Española de Protección de Datos para intentar evitar esas intromisiones (por ejemplo, tratamiento posterior de las imágenes para borrarlas, etc.).

En la medida que se haya producido una intromisión ilegítima, podrá reclamarse al autor de la misma una indemnización por daño moral, cuya cuantía dependerá de las circunstancias del caso y de la gravedad de la lesión efectivamente producida (art. 9.3 LOPH), junto con la adopción de todas las medidas necesarias para impedir intromisiones posteriores (art. 9.2 LOPH).

Podría tener especial importancia la observación del interior de un domicilio, por medio de un dron, que será considerado como una violación a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), resultando absolutamente indiferente que el propio morador no hubiese colocado obstáculos para impedir la visión exterior (por ejemplo, bajando las persianas o cerrando las cortinas).