

Dictamen en relació amb la consulta formulada per el Delegado de Protecció de Dades de un departament relativa a la habilitació per tractar categories especials de dades de les persones que participen en processos de selecció de personal mitjançant la gravació de les proves d'avaluació psicològica.

Se presenta ante la Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta formulada per el Delegado de Protecció de Dades de un departament relativa a la habilitació per tractar categories especials de dades de les persones que participen en processos de selecció de personal mitjançant la gravació de les proves d'avaluació psicològica.

En la consulta se expone que:

salvamento previstas en el Decreto 184/2022, de 10 de octubre, de denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos en los que se organiza el Gobierno y la Administración de la Generalidad de Cataluña y de acuerdo con la previsión legal del arte. 17 de la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, le corresponde al Consejero (...) proceder a las convocatorias de acceso a las diferentes categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad de Cataluña y, por tanto, establecer las bases de la convocatoria.

(...)

En varios procesos selectivos que se han ido llevando a cabo hasta la fecha, se ha realizado una prueba psicológica para los aspirantes a las diversas categorías del cuerpo de Bomberos, si bien por una mayor garantía de las personas entrevistadas, en las bases de la próxima convocatoria se quiere introducir la grabación de imagen y voz de la entrevista . Como se ha adelantado, esto repercutiría en una mayor garantía para las personas candidatas ya que facilitaría un mejor conocimiento de la realización de las pruebas, aportaría objetividad en la valoración de las pruebas y, por tanto, todo el proceso selectivo ganaría en transparencia y, además, serviría como evidencia para ser utilizada en posibles recursos posteriores y, por tanto, los particulares podrían utilizar la grabación para la defensa de sus posibles reclamaciones. En esta prueba está prevista la participación del tribunal de selección y un asesor especialista, cuyo perfil permita realizar la mejor valoración psicológica de las personas aspirantes.

(...)

En relació amb això, pido que emita informe sobre:

1- Si la habilitación legal que dispone el responsable del tratamiento para la realización de pruebas psicológicas en el proceso selectivo en artículo 17.6 de la Ley 5/1994, de 4 de mayo, es cobertura suficiente para tratar las categorías especiales de datos personales, al amparo del artículo 9.2 del RGPD

2- *En caso afirmativo, si esta cobertura legal está motivada por el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social o, en la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en el ejercicio de su función judicial.*

3- *Requerimientos específicos necesarios de la grabación.*

4- *En caso de que la única alternativa posible para el tratamientos de las categorías especiales de datos sea el consentimiento explícito de las personas interesadas, cuáles deberían ser los requerimientos necesarios a establecer para las medidas alternativas para garantizar su objetivado.”.*

Analizada la consulta, y vista la normativa vigente aplicable, de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica, emito el siguiente dictamen:

Y

(...)

II

El DPD del Departamento expone que corresponde al Consejero la aprobación y el establecimiento de las bases de las convocatorias de acceso a las diferentes categorías de un determinado cuerpo de funcionarios.

En relación con estas convocatorias, el DPD indica que se están planteando introducir en las bases de la próxima convocatoria la grabación de la imagen y la voz de la entrevista correspondiente a las pruebas psicológicas, para una mayor garantía de las personas entrevistadas. Se argumenta al respecto que “ *esto repercutiría en una mayor garantía para las personas candidatas ya que facilitaría un mejor conocimiento de la realización de las pruebas, aportaría objetividad en la valoración de las pruebas y, por tanto, todo el proceso selectivo ganaría en transparencia y, además, serviría como evidencia para ser utilizada en posibles recursos posteriores y, por tanto, los particulares podrían utilizar la grabación para la defensa de sus posibles reclamaciones*”. También se especifica que en esta prueba está prevista la participación del tribunal de selección y un asesor especialista, cuyo perfil permita realizar la mejor valoración psicológica de las personas aspirantes.

Centro la consulta en estos términos y para responder a las cuestiones planteadas por el DPD procede analizar si existe una base jurídica para el tratamiento de los datos objeto de la consulta, determinar cuál es esta base jurídica y, si además de la base jurídica el tratamiento que se desea llevar a cabo cumpliría con el resto de principios y garantías de la normativa de protección de datos.

III

De acuerdo con lo que establecen los artículos 2.1 y 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en adelante RGPD, la normativa de protección de datos se aplica a los tratamientos que se lleven a cabo sobre cualquier 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 número, un número de identificación, datos de localización, un identificador online o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*”.

Así pues, la imagen y, en su caso, la voz de las personas físicas, en este caso, de los participantes en los procesos de selección de personal del cuerpo de bomberos, pero también de las personas que integran el tribunal calificador del proceso de selección (caso de que también sean captadas), son datos personales sometidos a los principios y garantías de la normativa de protección de datos (RGPD y Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Por lo que respecta a la naturaleza de los datos consistentes en la imagen y la voz de personas físicas, en principio, de acuerdo con el RGPD no deben considerarse categorías especiales de datos. En este sentido, si bien el artículo 4.14 del RGPD establece que son datos biométricos: “ *las datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico , relativos a las características físicas , fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirman la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos ,* el considerante 51 especifica que “*El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales , pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física*”.

Por tanto, únicamente se considera que la imagen y la voz son datos biométricos cuando se apliquen medios técnicos que permitan la identificación o la autenticación unívocas de una persona física.

En este sentido, procede tener en consideración los puntos 10 y 12 de las Directrices 05/2022, del Comité Europeo de Protección de Datos, aprobadas el 26 de abril de 2023, sobre el uso de la tecnología de reconocimiento facial en el ámbito de la aplicación de la ley, que ponen de manifiesto la diferencia entre la identificación (destinada a verificar que una persona es quien dice ser) y la autenticación (destinada a encontrar a una persona entre un grupo de individuos, dentro de un área concreta, una imagen o una base de datos) para concluir que: “*Aunque ambas funciones –autenticación e identificación– son diferentes, ambas se relacionan con el tratamiento de datos biométricos relacionados con una persona física identificada o identificable y, por tanto, constituyen un tratamiento de datos personales y, más concretamente, un tratamiento de categorías especiales de datos personales*”.

Es decir, la imagen y la voz de las personas participantes en un proceso selectivo así como los datos del personal que integra el tribunal calificador, en principio y por el mero hecho de ser captados, no deben considerarse un tratamiento de datos biométricos (categorías especiales de datos), siempre que estos datos no se traten con medios técnicos específicos para identificar o autenticar de forma unívoca a las personas participantes.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que las pruebas psicológicas a las que hace referencia la consulta, que se realizan en el marco de un determinado proceso de selección de personal, recogen datos de salud y, por tanto, tienen la consideración de categorías especiales de datos. Por este motivo, la eventual grabación de las pruebas psicológicas de un proceso de selección del personal contendrá datos de salud de los participantes en ese proceso y, por este motivo debe considerarse como un tratamiento de categorías especiales de datos.

Respecto al tratamiento de los datos personales el artículo 4.2) del RGPD considera “*tratamiento*”: *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la 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*”.

El artículo 5.1.a) RGPD establece que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con el interesado. Para que este tratamiento sea lícito es necesario que concurra alguna de las condiciones previstas en el artículo 6 RGPD, respecto de las cuales, en el caso de las administraciones públicas, debe estar especialmente a las previstas en las letras c) “*el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*” y la letra 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*.” Cabe recordar que el tratamiento sólo podrá fundamentarse en estas bases cuando así lo establezca una norma con rango de ley, tal y como se desprende del artículo 6.3 del RGPD y recoge expresamente el artículo 8 de la LOPDGD.

En caso de que se trate de categorías especiales de datos, para levantar la prohibición de su tratamiento prevista en el artículo 9.1 RGPD es necesario que se dé, además, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 RGPD. Entre ellas, a los efectos que nos ocupan hay que tener en consideración las previstas en las letras: 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*” y 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 conforme al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y los intereses del interesado*.”

Se analiza a continuación si el tratamiento objeto de la consulta puede ampararse en alguna de las bases jurídicas que prevé la normativa de protección de datos.

IV

El Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (EBEP), de aplicación al personal funcionario y, en lo que sea procedente, al personal laboral al servicio de las Administraciones de las entidades locales (art. 2.1.c) EBEP), destina el capítulo I del título V a regular el “ Acceso al empleo público y adquisición de la relación de Servicio”. En su artículo 55 establece que:

“ 1-Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.”

“2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) Transparencia*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.”*

En concreto, en lo que se refiere a los procesos selectivos el artículo 61 del EBEP establece:

“1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia , sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto .

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos .

2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados , incluyendo , en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas .

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes , expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas , en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas .

(...)

*5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos , las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de períodos de prácticas , con la exposición curricular por los candidatos , **con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas . Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos .***

(...)"

Por su parte, el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, regula el proceso de selección de personal y establece:

"De acuerdo con los principios enunciados por el artículo 103.1 de la Constitución, la Administración de la Generalidad selecciona a todo su personal con criterios de objetividad, en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes, y mediante convocatoria pública. En el proceso de selección debe acreditarse el conocimiento de la lengua catalana, tanto en la expresión oral como en la escrita." (Artículo 42).

Además, el proceso de selección debe garantizar que se analicen los aspectos relativos a la capacidad e idoneidad de los aspirantes en el desarrollo de las funciones públicas. Así el artículo 43 del Decreto legislativo 1/1997 establece:

*"En la selección del personal hay que tener en cuenta especialmente la adecuación del sistema selectivo al contenido de los puestos de trabajo que deban ocuparse, de forma que se analicen los méritos y la experiencia de los aspirantes y su capacidad y idoneidad para el desarrollo de las funciones públicas. **En este sentido, se pueden incluir en los procedimientos selectivos valoraciones sobre las experiencias adquiridas y los conocimientos teóricos, pruebas médicas o físicas, tests psicotécnicos o profesionales, entrevistas, pruebas prácticas y, en general, otros instrumentos que ayuden a determinar de forma objetiva los méritos, capacidad e idoneidad de los aspirantes en relación con el contenido de los puestos de trabajo que tengan que ocupar.** Asimismo, podrán establecerse pruebas alternativas dentro de un mismo cuerpo o escala en relación con las especialidades correspondientes de los puestos de trabajo que deban proveerse."*

En el caso de los procesos de selección del cuerpo de bomberos la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios, establece en su artículo 17 que:

—1 Para el acceso a las diferentes escalas y categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad se exige cumplir los requisitos establecidos por esta Ley y por la normativa vigente sobre función pública de la Administración de la Generalidad.

-2 Para ingresar en las diferentes escalas del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad, es necesario poseer las titulaciones exigidas o cumplir los requisitos establecidos por el artículo 18 bis, de acuerdo con la siguiente gradación:

- a) *Escala superior, titulación del grupo A.*
- b) *Escala ejecutiva, titulación del grupo B.*
- c) *Escala técnica, titulación del grupo C1.*

-3 Corresponde a la persona titular del Departamento de Gobernación efectuar las convocatorias de acceso a las diferentes categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad.

-4 Las bases de cada convocatoria de acceso a las diferentes categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad deben establecer los requisitos y las condiciones específicas para el ingreso en las diferentes escalas y categorías del Cuerpo. En ningún caso podrá establecerse una limitación en la edad máxima de ingreso distinta a la genéricamente establecida para el ingreso en la función pública.

-5 Si una convocatoria de acceso a las diferentes categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad establece la realización de un curso selectivo, las personas aspirantes que acrediten haber superado uno de similares características quedarán exentas. Durante la realización del curso selectivo, las personas aspirantes tendrán la consideración de personal funcionario en prácticas.

-6 Las pruebas selectivas para el acceso a las diferentes categorías del Cuerpo de Bomberos de la Generalidad son de carácter teórico -práctico y pueden incluir pruebas de capacidad física, médicas, psico-técnicas y de conocimiento .

Pero además, los procesos selectivos se rigen por lo que establecen sus bases reguladoras que deben concretar y desarrollar las previsiones de la normativa de función pública y garantizar el cumplimiento de sus principios reguladores.

Tal y como ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las bases de la convocatoria “constituyen la ley del procedimiento”, se puede citar por todas la STS de 27 de mayo de 2010, que recuerda:

“(…)el criterio jurisprudencial uniforme de que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la ley a la que debe sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos , de tal modo que, una vez firmas y consentidas , vinculan por igual a los participantes ya la Administración, así como a los Tribunales y Comisiones encargados de la valoración de los méritos (...)”.

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña núm. 156/2010, recoge también:

“ Debe recordarse de modo genérico que las bases de la convocatoria constituyen la Ley del Concurso, como hasta la saciedad ha venido repitiendo nuestro Tribunal Supremo . Así lo viene señalando esta Sala, igualmente , en varias resoluciones , cuyos particulares relativos a este extremo se pueden sintetizar en la doctrina de que las partes y los Tribunales Calificadoras o la Comisión de Selección se encuentran vinculados por lo que disponen las bases de la convocatoria , ya que es principio básico en nuestro ordenamiento jurídico aquel a tenor del cual las bases de una convocatoria de un

proceso selectivo vinculan a la Administración, a los Tribunales o Comisiones de Selección que deben juzgar las pruebas y, en fin , a quienes participan en las mismas . Es decir , rige en nuestro Derecho el viejo axioma según el cual , las bases de una convocatoria constituyen la Ley del Concurso” .

Por tanto, se puede concluir que los arts. 6.1.c) y 6.1.e) RGPD, es decir el cumplimiento de una misión en interés público y el cumplimiento de obligaciones legales del responsable del tratamiento, en relación con las previsiones legales del EBEP, el Decreto legislativo 1 /1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública y la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios, con las particularidades recogidas en cada convocatoria constituyen la base jurídica del tratamiento de los datos personales necesarios para la realización de los procesos de selección de personal.

Además, la previsión específica del tratamiento de datos de salud que recogen tanto el EBEP como el Decreto legislativo 1/199, como la Ley 5/1994, de 4 de mayo, citadas, en la medida en que recogen la posibilidad de la realización de pruebas médicas o físicas, tests psicotécnicos o profesionales, constituyen la habilitación para el tratamiento de estas categorías especiales de datos en relación con el artículo 9.2.b) del RGPD, en la medida en que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de las obligaciones del responsable del tratamiento (en cuyo caso el departamento competente para la convocatoria y realización de las pruebas de acceso al cuerpo de bomberos) que la legislación de función pública analizada le impone.

V

Por otra parte, en relación con la consulta concreta efectuada por el DPD sobre la posibilidad de que el consentimiento de los interesados sea la base jurídica de este tratamiento, es necesario efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, tal y como se ha expuesto en el fundamento IV de este informe existe una base jurídica suficiente que habilitaría el tratamiento objeto de la consulta diferente al consentimiento de los interesados, y, en cualquier caso, no parece que el consentimiento de los participantes en el proceso selectivo, pueda ser un consentimiento válido en los términos del RGPD.

Para fundamentar el tratamiento de categorías especiales de datos en el consentimiento de los interesados, este consentimiento debe reunir los requisitos establecidos en los artículos 4.11 y 9.2.a) del RGPD y, por tanto, debe ser un consentimiento libre y explícito .

En cuanto al requisito de que el consentimiento sea libre, el considerante 43 del RGPD expone lo siguiente:

“[...] el consentimiento [...] no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por tanto improbable que el

consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular.”

Sobre el carácter libre del consentimiento, deben tenerse en cuenta también las Directrices 5/2020 del CEPD. De estas Directrices, a los efectos que nos ocupan conviene destacar lo siguiente:

“13. El término «libro» implica elección y control real por parte de los interesados. [...] si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido. [...] La noción de desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado también se tiene en cuenta en el RGPD.

14. A la hora de valorar si el consentimiento se ha dado libremente, deben considerarse también las situaciones concretas en las que el consentimiento se sujeta a la ejecución de contratos o a la prestación de un servicio [...]. En términos generales, el consentimiento quedará invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distinguidas) que impida que éste ejerza su libre voluntad.

[...]

16. El considerando 43 indica claramente que no es probable que las autoridades públicas puedan basarse en el consentimiento para realizar el tratamiento de datos ya que cuando el responsable del tratamiento es una autoridad pública, siempre hay un claro desequilibrio de poder en la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado. Queda también claro en la mayoría de los casos que el interesado no dispondrá de alternativas realistas para aceptar el tratamiento (las condiciones de tratamiento) de dicho responsable.

El CEPD considera que hay otras bases jurídicas que son, en principio, más adecuadas para el tratamiento de datos por las autoridades públicas .”

En base a lo expuesto no parece que la base jurídica del consentimiento sea adecuada para legitimar el tratamiento de los datos de los aspirantes a un proceso selectivo con la finalidad descrita, dado que no se puede considerar que en el caso planteado pudiera haber un consentimiento realmente libre.

En este sentido, podría considerarse que existe consentimiento libre si el interesado dispusiera de una alternativa para cumplir la misma finalidad. Corresponde al responsable del tratamiento analizar si existirían alternativas que permitieran a los aspirantes al proceso selectivo cumplir la misma finalidad en caso de que no prestaran su consentimiento a la grabación de las pruebas. Sin embargo, parece difícil en el contexto de un proceso de selección de personal que debe garantizar, entre otros, los principios de igualdad y transparencia y en el que todos los aspirantes deben tener los mismos derechos y garantías, que se puedan disponer de medios de garantía distintos en función de la elección de los aspirantes.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto no parece que el tratamiento objeto de la consulta pueda fundamentarse en el consentimiento de los participantes en el proceso selectivo.

VI

A pesar de existir una base jurídica que habilite el tratamiento de los datos de salud de los participantes en un proceso de selección de personal, procede tener en consideración que cualquier tratamiento de datos, además de cumplir con el principio de licitud debe respetar el resto de principios y garantías establecidos por la normativa de protección de datos (RGPD y la LOPDGDD).

El principio de minimización exige que los responsables traten sólo los datos personales que sean *“adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con las finalidades del tratamiento”* (art. 5.1.c) RGPD).

No puede obviarse que la captación de la imagen y la voz de los participantes en un proceso selectivo comporta en sí mismo un tratamiento de datos más intrusivo que la realización de las pruebas sin que éstas queden registradas. Desde el punto de vista de la protección de datos, y de acuerdo con el principio de minimización para determinar si el tratamiento es adecuado, es necesario acreditar que existe una relación de proporcionalidad entre el fin pretendido y la forma en que se tratarán los datos de las personas afectadas, así como que no existe otra medida más idónea.

Como ha puesto de manifiesto reiterada jurisprudencia (por todas, la STC 39/2016, de 3 de marzo), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental respeta el principio de proporcionalidad es necesario que ésta cumpla con tres requisitos: que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de ese propósito con la misma eficacia (juicio de necesidad); y, por último, que sea ponderada o equilibrada, al derivarse más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, si la injerencia producida por dicha medida en el titular del derecho objeto de restricción será la mínima para alcanzar el fin legítimo pretendido con su adopción.

Los procedimientos de selección de personal de las administraciones públicas, son procedimientos de concurrencia competitiva basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de transparencia y de publicidad consagrados en el artículo 103.3 en relación con el artículo 23.2 de la CE y la normativa de función pública mencionada.

Además de estos principios, las administraciones públicas deben garantizar que los procedimientos de selección de su personal garanticen la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, entre otros.

En este contexto, para determinar si la grabación de la imagen y la voz de las pruebas psicotécnicas es una medida proporcionada procede, en primer lugar, analizar si ésta supera el juicio de idoneidad, en el sentido de que sea adecuado para conseguir objetivo propuesto.

Según indica el DPD en su consulta, la finalidad de este tratamiento sería *“ una mayor garantía para las personas candidatas ya que facilitaría un mejor conocimiento de la*

realización de las pruebas, aportaría objetividad en la valoración de las pruebas y, por tanto, todo el proceso selectivo ganaría en transparencia y, además, serviría como evidencia para ser utilizada en posibles recursos posteriores y, por tanto, los particulares podrían utilizar la grabación para la defensa de sus posibles reclamaciones” . Ciertamente, en caso de que nos ocupa, la grabación de la imagen y la voz de las pruebas psicotécnicas es una medida que permite tener constancia de la realización de la prueba y que ésta se ha efectuado respetando los principios aplicables a los procesos selectivos.

Hay que poner de manifiesto que, los procesos selectivos de las administraciones públicas deben efectuarse de forma que quede constancia del cumplimiento de los principios de mérito y capacidad, entre otros, tal y como ha recogido una amplia jurisprudencia, por todas se puede citar la Sentencia n.º 1290/2020, de 14 de octubre del TS, que anulaba un proceso selectivo por entender que la ausencia de parámetros y criterios preestablecidos de cómo debía desarrollarse la entrevista, así como de criterios de puntuación, desnaturalizaban el proceso selectivo y que, además, no se disponía de prueba que pudiera cumplir con la finalidad de valorar la adecuación de los conocimientos y capacidades de los aspirantes.

En este sentido, puede concluirse que la grabación de las pruebas puede ser necesaria y adecuada como medio de prueba para el ejercicio de sus derechos por parte de los aspirantes al proceso selectivo así como para que el tribunal pueda justificar la evaluación efectuada.

En segundo lugar, debe efectuarse el juicio de necesidad que permita determinar que no exista una medida más moderada para la consecución del propósito perseguido con la misma eficacia que comporta la grabación de las pruebas realizadas.

Dada la naturaleza de las pruebas a llevar a cabo, no parece que pueda justificarse la existencia de una medida más moderada que permita alcanzar el mismo objetivo con la misma eficacia. En este sentido, ya existen precedentes de la grabación de este tipo de pruebas en los procesos de selección de la policía. Al respecto, las Sentencias n.º 266 y 267, de 17 de mayo de 2022 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, se pronunciaban sobre las entrevistas en el curso de formación de los Agentes de los Cuerpos de Policía del País Vasco. En estas sentencias el tribunal reconoce la relevancia de la grabación de la entrevista entendiendo que es la única forma de poder evaluarla en sede jurisdiccional cuando se impugna su valoración. Así, el tribunal efectúa las siguientes consideraciones:

“De esas precisiones se saca como conclusión la relevancia de la grabación de la entrevista, que es la única forma que permite ser evaluada en los términos que fuera pertinente en sede jurisdiccional, cuando se impugna su valoración .

Debemos coincidir con el recurso de apelación que la ausencia de grabación impide y limita al apelante poder ejercitar con plenitud el derecho a la tutela judicial efectiva, que conduce a que, a los efectos que nos ocupan , no pueda considerarse que se cumple en este caso con la exigencia de motivación , en los términos que hemos ratificado siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo .

No está en cuestión en la actualidad , y en el momento en que se desarrollaron en este caso las entrevistas, la disponibilidad de medios para materializar la grabación de la

entrevista, con independencia de que no lo exigen expresamente las bases de la convocatoria”.

Por último, procede determinar si la medida es ponderada o equilibrada, para derivarse más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre el derecho a la protección de datos de las personas interesadas.

En este caso, parece que la medida podría aportar mayores beneficios en caso de conflicto respecto al resultado final de la prueba que perjuicios a las personas afectadas. Hay que tener en consideración que, en definitiva, la grabación de los datos de los participantes en los procesos de selección, siempre que como se expondrá a continuación las bases reguladoras lo prevean con las correspondientes garantías, deben aportar beneficios a los interesados en la medida que se tratará de información que podrá ser aportada por ellos en caso de litigio sobre el resultado del proceso.

En cualquier caso, corresponde al órgano encargado de la aprobación de las bases de la convocatoria la realización de este juicio de ponderación que, ya adelantamos que, como se analiza en el fundamento VII de este informe, se deberá de efectuar en el marco de la correspondiente Evaluación de Impacto de Protección de Datos (AIPD).

Por último, hay que poner de manifiesto que superado el juicio de proporcionalidad, las bases de la convocatoria que prevean la grabación de las pruebas psicotécnicas, deben establecer las garantías específicas del tratamiento de los datos personales. Entre otros aspectos, las bases deben determinar las medidas de seguridad que se implementarán, los plazos de conservación que, en todo caso no deben ser superiores a lo que resulte necesario para cumplir la finalidad para la que los datos han sido recogidos o grabadas, o la limitación de su acceso a las personas interesadas ya los juzgados y tribunales para atender las posibles impugnaciones de los procedimientos, etc.

VII

En relación con la necesidad de elaboración de una AIPD, el artículo 35 del RGPD establece la obligación de los responsables del tratamiento de llevarla a cabo con carácter previo al inicio del tratamiento, cuando sea probable que por su naturaleza, alcance, contexto o fines comporten un alto riesgo por los derechos y libertades de las personas físicas, alto riesgo que, según el propio RGPD, se ve incrementado cuando los tratamientos se realizan utilizando nuevas tecnologías (apartado 1).

Por su parte, el artículo 28.2 de la LOPDDDD enumera algunos supuestos en los que se entiende probable la existencia de un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas, entre los cuales, “cuando se produjera un tratamiento *no meramente incidental o accesorio de la categorías especiales de datos a que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas*” (letra c) o “cuando el tratamiento implicase una *evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante la análisis o predicción de aspectos referidos al su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias*

o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos ” (letra d)

Además, para facilitar a los responsables de los tratamientos la identificación de aquellos tratamientos que requieren una AIPD, el RGPD dispone que las autoridades de control deben publicar una lista con los tratamientos que requieran de una AIPD. Esta Autoridad considera que es necesario realizar una AIPD en los tratamientos incluidos en la siguiente [lista](#), disponible en la web de la Autoridad.

En el presente caso, hay que tener en consideración que concurrirían las circunstancias a las que se ha mencionado, en la medida en que debe entenderse que comportaría una valoración de sujetos (los aspirantes) y la recogida de datos sobre su personalidad, en definitiva, categorías especiales de datos, utilizando medios tecnológicos.

En consecuencia, en este contexto está clara la necesidad de llevar a cabo una AIPD con carácter previo al tratamiento. A estos efectos, puede resultar de interés consultar la [Guía práctica sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos](#), disponible en la web de la Autoridad.

Conclusiones

El tratamiento de los datos necesarios para la realización de las pruebas de los procesos de selección de personal, incluidos los datos de salud de los participantes, tiene como base jurídica el cumplimiento de una misión en interés público y el cumplimiento de obligaciones específicas de las administraciones competentes establecidas por la normativa de función pública.

La grabación de las pruebas psicotécnicas requiere, además de su previsión en las correspondientes bases de las convocatorias (con la concreción y determinación de las garantías específicas necesarias), la previa realización de una AIPD.

No parece que la base jurídica del consentimiento sea adecuada para legitimar el tratamiento de los datos de los aspirantes a un proceso selectivo con la finalidad descrita, dado que no puede considerarse que en el caso planteado pudiera haber un consentimiento realmente libre, ni la posibilidad de establecer medios alternativos que garantizaran el principio de igualdad que debe regir los procedimientos selectivos.

Barcelona, 6 de junio de 2023