

En este número:

PAGINA01

1. **Editorial.** *Ricard Martínez*
Un modelo más participativo.

PAGINA03

2. **Apps, Cookies y Big Data.** *M. Àngels Barbarà*

PAGINA06

3. **La entrevista.** *Santiago Bermell*
Problemática de la implementación de condiciones de cumplimiento de la normativa sobre cookies.

PAGINA09

4. **Estudios**
4.I. **La inconstitucionalidad e ilegalidad de la cesión del padrón por los Ayuntamientos para la celebración de la consulta catalana y la posibilidad de su solución a través de una adecuada regulación legal.** *Lorenzo Cotino*

PAGINA19

5. **Artículos**
5.I. **Nuevos derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza, registro de profesionales sanitarios y protección de datos.** *Javier Villegas*
5.II. **Comentarios a la SAN que resuelve como lícita la inspección del móvil de un alumno por parte del director de un centro escolar.** *José Luis Colom*
5.III. **Reflexiones sobre el formulario de adaptación a SEPA desde la perspectiva de la protección de datos.** *Cristina Ribas*

PAGINA30

6. **Jurisprudencia.** *Jordi Saldaña*

PAGINA37

7. **Notas**
7.I. **AEPD, por favor, no me toques las URL.** *Jesús Pérez*
7.II. **La protección de los datos personales en el acceso a la información pública.** *Marta Costa.*

Un modelo más participativo.

Ricard Martínez. Presidente de la APEP.

El pasado 14 de marzo de 2014 celebramos la Asamblea General Ordinaria de APEP presentando con ilusión el esfuerzo de un año. En 2013 la Asociación ganó en solidez, prestigio, presencia pública y relaciones con la industria y el sector. Nuestra presencia internacional siguió consolidándose mediante el trabajo desarrollado en el marco de la Confederation of European Data Protection Organisations, que incorpora ya a siete organizaciones tras la reciente incorporación de ADPO-The Association of Data Protection Officers of Ireland, ARGE DATEN de Austria, y SABI-Stowarzyszenie Administratorów Bezpieczeństwa Informacji de Polonia.

Sin embargo, 2013 ya es pasado y resulta obligado pensar en el futuro inmediato. Todas y cada una de las personas asociadas a la Asociación Profesional Española de Privacidad deben hacerlo. Nuestra aportación por pequeña que sea resulta crucial para APEP. Si queremos que APEP sea sinónimo de prestigio, profesionalidad y confianza, si queremos que la percepción social de nuestro colectivo se la mejor, debemos trabajar en ello no sólo colectiva sino también individualmente. Debemos ser ejemplo.

Precisamente por ello APEP experimenta en los últimos meses un profundo cambio interno en el que todos deberíamos participar y que a todos nos compromete y beneficia. La asociación debe ser regida por una Junta pero ésta no puede ser un ente aislado sino vehículo de las legítimas aspiraciones de cada asociado y asociada. Para ello se han creado grupos de trabajo cuyo dinamismo comienza a rendir frutos.

El Grupo de Menores ha aportado la Jornada sobre "Cómo ejercer la patria potestad en Internet" y trabaja en nuevas aportaciones para 2014. El Grupo sobre Seguridad colabora intensamente con la Junta en los

4. Estudios

4.1. La inconstitucionalidad e ilegalidad de la cesión del padrón por los Ayuntamientos para la celebración de la consulta catalana y la posibilidad de su solución a través de una adecuada regulación legal

Lorenzo Cotino Hueso¹

Asociado APEP. Profesor titular de Derecho Constitucional acreditado a Catedrático, Universitat de València. Coordinador de la Red de Especialistas en Derecho de las TIC www.derechotics.com

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión de Presidencia y Régimen Interior del Ayuntamiento de Barcelona en su sesión de 22 de enero de 2014, a propuesta del grupo UpB (que incluye a ERC) y con el apoyo de CiU e ICV-EuiA, y con la abstención del PSC y el rechazo del PP, aprobó la siguiente proposición-declaración (M1115/10365):

«La Comisión de Presidencia y Régimen Interior acuerda instar al gobierno de la ciudad a ceder el censo municipal en el supuesto de que la Generalidad de Cataluña lo requiera para la celebración de la consulta sobre el futuro político de Cataluña, y a liderar y promover que todos los ayuntamientos

de Cataluña tomen acuerdos en el mismo sentido.»²

Cabe entender que con la cesión del «censo municipal» se hace referencia a los datos relativos al conjunto de personas inscritas en el padrón municipal, que constituye la población del municipio, en tanto necesarios para la gestión y celebración de la referida consulta. Se trataría pues de una cesión de datos del padrón municipal generalizada y masiva, aunque no total. Tal declaración no implica una actuación administrativa y no consta que se haya producido materialmente la comunicación que se proclama. En cualquier caso, es de interés preguntarse la adecuación a la constitucionalidad y legalidad vigente de dicha hipotética cesión.

Quien suscribe no desconoce el contexto en el cual se enmarca la cuestión y, por decirlo de algún modo, su elevado *tono* político y social, si bien, es posible abstraerse del mismo y abordar la cuestión con normalidad jurídica, es decir, haciendo un análisis jurídico constitucional ajeno a la trascendencia política de la cuestión, que no es poca. Obviamente, ninguna cuestión jurídica es susceptible de tener una sola interpretación y menos en el caso presente en el que hay un marco constitucional no muy consolidado, una normativa general de la cuestión muy mejorable y una doctrina no excesiva.

2. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES GENERALES PARA LA CESIÓN DE DATOS ENTRE ADMINISTRACIONES A PARTIR DE LA STC 17/2013

2.1. Una sentencia criticable que aborda directamente la cesión de datos entre Administraciones

Como es sabido, el derecho a la protección de datos personales se entiende implícita y jurisprudencialmente recono-

1. cotino@uv.es, www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto MINECO «Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos» (DER2012-37844) y previamente del Proyecto MICNIN, «Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites», (DER2009-14519-C05-01/JURI), de los que el autor es investigador principal.

2. Traducción libre del original catalán, <http://goo.gl/WjyRnR>

cido en el art. 18. 4º CE, esencialmente, a partir de la STC 290/2000 que determinó su contenido, garantías básicas y en buena medida, su tratamiento en el ámbito administrativo. Desde entonces, ha habido una decena de sentencias del TC con perspectivas y profundidad diferentes. La comunicación de datos en y entre administraciones ha sido objeto de estudios de firmas autorizadas³ y sobre el tema interesa en especial tener en cuenta la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, STC 17/2013, de 31 enero (ponente Ramón Rodríguez Arribas). Esta sentencia resolvió -con nueve

3. VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J.A., «Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de los datos personales en la actividad administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 59, 2001pp. 255-288, 2001. Destacan las monografías de FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas-APDCM, Madrid, 2003 y GUICHOT, E., *Datos personales y Administración Pública*, Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2005 y del mismo autor, «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», en *Revista de Administración Pública*, nº 173, mayo-agosto, 2007, pp. 407-445. También, TRONCOSO REIGADA, A., «La Administración electrónica y la protección de datos personales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16. 2008 y, VALERO TORRIJOS, J., «El alcance de la protección constitucional del ciudadano frente al uso de medios electrónicos por las Administraciones públicas», COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords) *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 139-168 y otros estudios en dicha obra monográfica. BUEYO DIEZ JALÓN, MARÍA, «El tratamiento de datos de carácter personal por las administraciones públicas versus el derecho fundamental a la privacidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº. 23, 2010, 38 pp. Acceso en <http://goo.gl/PH5haQ>

Asimismo y de forma particular sobre la cesión de datos en las Administraciones destacan los estudios de TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, «Comentario al artículo 11»; MESSÍA DE LA CERDA, JESÚS ALBERTO, «Comentario al artículo 11. Consideraciones sobre la regulación de los actos de cesión o comunicación de datos personales» y en particular, CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ, «Comentario al artículo 21. Comunicación de datos entre administraciones públicas», todos en TRONCOSO REIGADA, ANTONIO (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2010.

años de retraso- un recurso de inconstitucionalidad contra la legislación que obliga a los transportistas a comunicar a las autoridades españolas ciertos datos personales de los extranjeros y, por lo que ahora concierne, la cesión de datos -de extranjeros- entre Administraciones públicas, así como el posible acceso por la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de cualquier persona. Esta sentencia, que he analizado y criticado de forma más extensa en otro lugar⁴, ha pasado a ser la referencia constitucional ineludible por cuanto a la comunicación de datos entre administraciones públicas y, en concreto, respecto del acceso a los datos del padrón. Y no hay que obviar que es obligado interpretar la normativa aplicable de conformidad a la doctrina emanada en esta sentencia.

En general, la STC 17/2013 robustece y eleva el nivel de garantías en las comunicaciones de datos, en particular de la Administración (en FFJJ 7º, 8º y 9º), aunque no llega al nivel de exigencia que se reclamaba en el voto particular de Pérez Tremps. Esta sentencia, y con mayor claridad si cabe la coetánea STC 29/2013, caen en la corriente del *eleopedecentrismo*⁵, esto es, hacer de la LOPD centro del universo jurídico, y atribuir un nivel de garantías muy elevado y destacado entre los demás derechos fundamentales. Llama la atención –negativamente a mi juicio- el tratamiento casi

4. Así, en COTINO HUESO, LORENZO, «La doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la comunicación de datos personales en la Administración y la protección de datos de los extranjeros en la sentencia 17/2013, de 31 de enero», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 33, 2013.

5. Desde hace años me sumo a una corriente –minoritaria- que critica la sobredimensión del derecho de protección de datos personales y la percepción de todo el fenómeno jurídico a través de esta ley. Este fenómeno se percibe obviamente entre los que trabajan los ámbitos de privacidad y nuevas tecnologías si bien se produce por una vis expansiva de la regulación y comprensión de este derecho por el legislador y los tribunales. El término se acuña por escrito por PACHECO, ALFONSO, «La Sentencia 29/2013 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional: ¿fin a las grabaciones ocultas por parte de la empresa? El eleopedecentrismo al poder», en www.privacidadlogica.es, 21.3.2013.

constitucional que se confiere a la LOPD en la sentencia. Se interpreta el artículo 18. 4º CE a partir de la LOPD, cuando se trata exactamente de lo contrario. Como consecuencia, las garantías en las cesiones de datos que recoge la LOPD en sus artículos 11 y 21 pasan a ser canon de constitucionalidad del derecho de protección de datos personales, incluso algunas medidas de seguridad que hoy son exigencias del RLOPD parecen adquirir rango constitucional⁶.

2.2. La exigencia constitucional de una ley que dote de cobertura a la cesión de datos y que respete el principio de calidad

La sentencia concibe las comunicaciones de datos sin consentimiento como un límite al derecho de protección de datos, para lo que es necesario una previsión legal (a partir del artículo 11 LOPD). En el FJ 4º se considera que la reserva de ley necesaria para autorizar la cesión, lo es del artículo 53. 1º CE, esto es, reserva de ley ordinaria (y por tanto, en su caso, por ley autonómica). No se alude, pues, a la reserva de ley del artículo 81 CE, esto es, ley orgánica (sólo estatal). La necesidad de ley se reitera para las cesiones de datos entre administraciones (precisamente para la cesión de datos del padrón). En este caso, el TC acude a las exigencias del artículo 21 LOPD para afirmar la necesidad de una ley, ya sea para prever expresamente la cesión de datos, ya sea para permitir una cesión para usos diferentes de los que motivaron la recogida de los datos (FJ 8º). Así pues, parece entenderse que la regulación orgánica de la LOPD respecto de las cesiones dota de la suficiente cobertura para las regulaciones legales de las particulares comunicaciones de datos.

6. En este sentido, cabe mencionar la medida de nivel básico del artículo 91. 2º RLOPD. Es más, la afirmación de la necesaria motivación y justificación de todos los concretos accesos implicaría asumir como exigencias constitucionales algunas de medidas de seguridad de nivel alto del artículo 103 RLOPD, por ejemplo.

A las anteriores exigencias hay que añadir que la ley que autorice la cesión de datos «habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina —esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad— para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.» (FJ 4º). Y el TC afirma que para cumplir con la necesaria proporcionalidad, «la cesión de datos que el acceso regulado por el precepto supone ha de venir rodeado de una serie de garantías específicas» (FJ 8º). El cumplimiento de estas garantías ha de ser susceptible de control. Para el caso concreto, que no es para cesiones masivas, sino para permitir accesos concretos a datos de otra Administración, se entiende como suficiente que la cesión sea para el ejercicio de potestades atribuidas por la ley a las Administraciones y sólo de los datos «estrictamente necesarios» (FJ 8º). Asimismo, se requiere que la ley obligue a la «la necesidad de motivar y justificar expresamente tanto la concreta atribución de la condición de usuario para el acceso telemático a los datos del padrón [...] como los concretos accesos de que se trate.» Todo ello para facilitar el ulterior control jurisdiccional y evitar «un uso torticero de dicha facultad como accesos indiscriminados o masivos» (FJ 9º).

Se trata del principio de calidad de la ley reguladora de derechos fundamentales, es decir, que la ley ha de cumplir con unos cánones de constitucionalidad⁷. A este respecto, no pueden dejar de mencionarse las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 12 de diciembre de 2013 se-

7. Como se señala en el voto particular de Pérez Tremps, «exigencias de la calidad de la Ley vinculadas no sólo al respeto al principio de proporcionalidad sino a la necesidad de que se regulen las instituciones o medidas limitativas de derechos fundamentales con un grado de determinación y certeza suficiente para evitar que se genere grave inseguridad o incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva.»

gún las cuales, la Directiva sobre la conservación de datos es incompatible con la Carta de los Derechos Fundamentales precisamente por no cumplir con los mínimos de calidad en la regulación de garantías de los derechos en juego⁸. De confirmarse el criterio, la calidad de las leyes reguladoras de la protección de datos habría de ser muy superior a la actual.

En cualquier caso, el nivel de garantías para las comunicaciones de datos que fija el TC es más garantista de lo que pudiera parecer. Tanto que podría poner en situación de inconstitucionalidad a buena parte de las leyes que hoy día autorizan comunicaciones de datos sin consentimiento. Se trataría de inconstitucionalidad por falta de proporcionalidad en sentido estricto al no preverse suficientes garantías para la comunicación de datos sin consentimiento que la ley autoriza. Para avalar la comunicación de datos, la sentencia menciona diversas previsiones de cesiones de datos en el ámbito tributario, Seguridad Social, catastro, subvenciones, inspección laboral, etc.⁹ Algunas de estas normas contemplan garantías específicas y en algunos casos podría considerarse que cumplen con la proporcionalidad. No obstante, el ordenamiento se va plagando de más leyes para dotar de cobertura legal a las cesiones de datos sin consentimiento que no incluyen garantías específicas como en las que en

8. Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 Digital Rights Ireland Seitlinger y otros. Acceso al texto completo conclusiones en español: <http://goo.gl/fNADKt>

9. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria), la seguridad social (art. 36 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social), los datos catastrales (arts. 51 a 53 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario), la gestión de subvenciones o ayudas públicas (art. 20.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones) o, en fin, el ejercicio de la función inspectora en el ámbito laboral (art. 9.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

esta sentencia se predicán¹⁰. Por mi parte considero que las posibilidades de regulación del flujo de datos entre administraciones podrían ser mucho más generosas y flexibles, como en otros países de la Unión Europea y al amparo del ordenamiento europeo. Sin embargo, la STC 17/2013 deja un margen estrecho al legislador.

2.3. Las mayores exigencias para admitir cesiones de datos masivas

La pretendida cesión del «censo municipal» por el Ayuntamiento de Barcelona a la Generalitat sería una cesión masiva o generalizada de datos. Y las garantías constitucionales han de ser más elevadas que las de un concreto acceso a los datos del padrón de modo particular e individualizado. A este respecto, la STC 17/2013 en su FJ 7^o exige que cada acceso a los datos ha de ser relativo a un concreto expediente, con una concreta justificación analizable individualmente y, por supuesto, se trate de un acceso específico y no masivo o indiscriminado¹¹. De forma más crítica se

10. Por citar algunas, Ley General de Telecomunicaciones 2003, Disposición adicional novena; Ley 59/2003, de 19 diciembre de firma electrónica, artículo 17; Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación, Disposición adicional vigesimotercera; Ley 26/2006, de 17 julio, Ley de mediación de seguros y reaseguros privados, Disposición adicional novena; Ley orgánica 4/2007, reforma de la Ley orgánica de universidades, Disposición adicional vigésimo primera.

11. Se trata del análisis de la disposición adicional quinta de la ley de extranjería en su segundo apartado que hace posible los accesos concretos a datos de otras Administraciones en materia de extranjería:

«[la comunicación de datos de que se trata] no puede entenderse sino haciendo referencia a la tramitación de un determinado expediente en el que resulta necesaria la constancia de determinado dato que ya obra en poder de otro órgano de la Administración General del Estado, tratándose así de un acceso específico en cada caso ajustado a los datos que resulten precisos para la tramitación de un expediente determinado y no de un acceso masivo o indiscriminado.

» En todo caso, como ya hemos señalado, tal acceso solamente puede producirse cuando ese dato resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente, lo que permite analizar o determinar en cada caso la conformidad del acceso con lo establecido en

vuelve a enunciar este criterio por el TC ya respecto del artículo 16. 3º LBRL que es el que aquí interesa, en el FJ 8º de la sentencia¹².

Así pues, y como punto de partida, podría incluso cuestionarse si el artículo 16. 3º LBRL da cobertura a cesiones masivas, generalizadas o indiscriminadas de datos, pues es algo ya de por sí cuestionable. En cualquier caso, aun admitiendo que sobre la base del artículo 16.3º LBRL cupieran otras cesiones masivas y generalizadas, lo que resulta indiscutible es que las mismas deben contar con mayores garantías que los accesos particulares a datos. Y tal garantía, sin duda, debe proceder de la ley misma que dota de cobertura a la cesión, que no es otra que la que establece atribución legal suficiente de la competencia, como a continuación se analiza.

2.4. Recapitulación de los requisitos constitucionales para la cesión administrativa de datos

A la luz de lo expuesto, para la cesión del censo municipal de Barcelona para la realización de la consulta se requiere ley expresa que prevea la cesión misma de los datos, la finalidad de dicha cesión y la competencia concreta de la administración que ha de recibir los datos y que legitima dicho uso. Asimismo, la regulación legal debe cumplir con

el régimen legal que le resulta de aplicación.» (FJ 7º)

12. «es necesario distinguir entre el análisis y seguimiento de una situación individualizada relativa a un caso concreto y el suministro generalizado e indiscriminado de toda la información contenida en un registro personal. El precepto ha contemplado ambos extremos de manera que cualquier cesión de los datos del padrón debe fundamentarse en la necesidad por parte de la Administración cesionaria actuando en el ejercicio de sus competencias, de conocer, en cada caso concreto, el dato relativo al domicilio de la persona afectada, extremos que han de ser adecuadamente valorados por la cedente a fin de apreciar si los datos que se solicita son realmente necesarios, pertinentes y proporcionados, atendiendo a la competencia que pretende ejercer la Administración cesionaria (art. 4 in fine de la Ley 30/1992)».

garantías constitucionales de calidad, esto es, estableciendo una serie de condiciones o garantías para cumplir con la necesaria proporcionalidad de la medida. Por ello, la regulación debe hacerse con un nivel de garantías superior al que se impone para autorizar el acceso a datos concretos y particulares de otra Administración. Cuanto menos cabe pensar que por ley debe regularse quién es la Administración cedente, qué datos concretos puede ceder, la finalidad de tal comunicación y garantías que deben darse tanto en el procedimiento de solicitud y cesión de los datos cuanto garantías en la trazabilidad de tales datos ante los riesgos concretos que puedan darse por cuanto al desvío de las finalidades legítimas.

Procede, por tanto, buscar dicha regulación legal y examinar si cumple con tales requisitos constitucionales. Para el análisis de la cesión de datos del padrón para la realización de la consulta popular se impone una doble perspectiva del análisis, necesariamente conectada. De un lado, desde la perspectiva de si la legislación local actual dota de cobertura suficiente. Del otro lado, si la cesión de datos municipales es posible en razón de la legislación de la consulta en Cataluña y, por remisión, la legislación electoral. Y como a continuación se expone, la legislación local no es suficiente, sino que tal análisis acaba obligando a analizar la comunicación de datos desde la perspectiva de la legislación de la consulta y la legislación electoral. Y actualmente esta legislación tampoco dota de cobertura legal suficiente a la cesión de datos.

3. LA CESIÓN DE DATOS DEL PADRÓN NO CABE SOBRE LA BASE DE LA CESIÓN DE DATOS DEL PADRÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16. 3º LBRL Y SU HOMÓNIMO CATALÁN NI LA ACTUAL LEY DE CONSULTAS

El TC en su tantas veces citada sentencia que el padrón es:

«el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio, registro gestionado por los propios Ayuntamientos por medios informáticos (art. 17.1 LBRL) en

el que han de inscribirse las personas residentes en un municipio con una triple finalidad, [...] de acuerdo a los arts. 15 y 16 LBRL, determinar la población del municipio, adquirir la condición de vecino y acreditar la residencia y el domicilio habitual. Además de estas funciones la legislación de régimen electoral prevé la elaboración del censo electoral a partir de los datos contenidos en el padrón, los cuales sirven, también, para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico.» (FJ 8)

Y la LBRL “además, de norma reguladora de un fichero como el padrón municipal puede prever cesiones de datos entre Administraciones públicas.» (FJ 8º). El apartado que interesa es el artículo 16. 3º de la LBRL (modificado por la LO 14/2003), en virtud del cual los datos «solamente» «se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten» «cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes». En el mismo sentido, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, establece que «Los datos que constan en el padrón municipal son confidenciales» (art. 40. 2º) y «pueden ser comunicados a otras administraciones públicas que lo soliciten cuando sean necesarias para ejercer las competencias respectivas, y exclusivamente para los asuntos en que sea relevante conocer la residencia o el domicilio.»

El artículo 16. 3º LBRL y su homólogo catalán podrían dar sustento a la previsión legal de la cesión, pero por sí solos no bastan puesto que, según lo visto es necesario también la expresión legal de la finalidad de dicha cesión para la celebración de la consulta y la competencia concreta de la Generalitat de Catalunya que legitime dicho uso. Y para ello, cabe tener en cuenta la –actual- Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum. No cabe entrar ahora en la cuestionable constitucionalidad de esta ley, pendiente de resolución del recurso de inconstitu-

cionalidad núm. 8912-2010. El Pleno del Tribunal Constitucional por Auto de 9 de junio 2011 levantó la suspensión de la misma. Lo que sí que puede considerarse es que la Ley 4/2010 no contempla una regulación del cuerpo electoral que se articule de modo diferente al censo electoral y a la regulación de la legislación electoral estatal¹³. Así, pese a que la ley confiere competencias de la Generalitat para la organización de las consultas, no regula mínimamente los elementos para determinar el cuerpo electoral, de manera que no permite acudir a otra vía que a la de la legislación electoral. Ello excluye la posibilidad de conformar un censo del cuerpo electoral directamente a partir de los datos de los ayuntamientos, es decir, a partir de datos que no procedan del censo electoral regulado por la normativa electoral vigente. Se descarta pues que la legislación local permita la cesión de datos del padrón con finalidad electoral en Cataluña más allá de lo que prevea la legislación específica del censo electoral, que es la que hay que analizar.

4. LA ILEGALIDAD DE LA UTILIZACIÓN DE LOS DATOS DEL CENSO ELECTORAL DESDE LA LEGISLACIÓN ELECTORAL Y LA LOPD

El censo electoral se rige por su normativa específica en razón del artículo 2. 3º LOPD, excepto lo dispuesto de forma concreta en la Disposición adicional segunda, a la que se hace referencia más tarde. Dado que la ley catalana actualmente vigente no configura la consulta de otro modo, sólo la legislación electoral general y no otra es necesariamente la que ha de aplicarse al supuesto de la cesión masiva de datos del censo electoral con finalidad electoral.

13. No hay otra regulación específica que las remisiones a la legislación aplicable para elecciones al Parlamento de Cataluña o en las elecciones municipales «de acuerdo con la legislación aplicable en cada ámbito» (art. 4). También se da la remisión a la «Aplicación subsidiaria de la normativa electoral» en lo no regulado (Disp. Ad. 2º) y a la legislación electoral estatal (Disp. Transitoria 1ª).

Y a la vista de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), no hay duda de que no se dan los presupuestos de la ley para la cesión de datos del padrón municipal por los ayuntamientos directamente a la Generalitat. El censo electoral lo gestiona la Oficina del Censo Electoral, integrada en el Instituto Nacional de Estadística bajo la dirección y supervisión de la Junta Electoral Central (artículo 29. 1º LOREG). En modo alguno el Ayuntamiento, que es un mero órgano colaborador, decide la finalidad o la posible cesión del mismo¹⁴. En virtud del artículo 41 la Oficina del Censo puede facilitar datos del censo y la Junta electoral correspondiente puede suspender la entrega de las copias. Las posibles cesiones o comunicaciones de los datos del censo se regulan específicamente en una Sección a través del artículo 41 de la LOREG y ninguna de ellas permite una cesión del ayuntamiento a la Comunidad Autónoma.

Tanto la Disposición adicional segunda de la LOPD¹⁵ cuanto el artículo 41. 4º la LOREG¹⁶ abren la puerta a una cesión de

14. «3. Los Ayuntamientos [...] actúan como colaboradores de la Oficina del Censo Electoral en las tareas censales.» (art. 29. 3º LOREG) y «tratan de oficio la inscripción de los residentes en su término municipal.» (art. 32. 2º LOREG) y comunican mensualmente las modificaciones del padrón para la actualización mensual del censo» (art. 35. 1º LOREG).

15. «1. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas podrán solicitar al Instituto Nacional de Estadística, sin consentimiento del interesado, una copia actualizada del fichero formado con los datos del nombre, apellidos, domicilio, sexo y fecha de nacimiento que constan en los padrones municipales de habitantes y en el censo electoral correspondientes a los territorios donde ejerzan sus competencias, para la creación de ficheros o registros de población.

2. Los ficheros o registros de población tendrán como finalidad la comunicación de los distintos órganos de cada Administración pública con los interesados residentes en los respectivos territorios, respecto a las relaciones jurídico administrativas derivadas de las competencias respectivas de las Administraciones públicas.»

16. «4. Las comunidades autónomas podrán obtener una copia del censo, en soporte apto para su tratamiento informático, después de cada convocatoria electoral, además de la correspondiente rectificación de aquél.»

los datos del censo. Pero no serían comunicaciones desde un Ayuntamiento a una Comunidad Autónoma, sino de una Administración de nivel estatal a la Comunidad Autónoma (INE, Oficina del Censo o Junta Electoral). No habría mediación por parte de un Ayuntamiento. Según la LOPD esta cesión debe ser «para la creación de ficheros o registros de población» para la finalidad de la competencia respectiva. Y, de nuevo, cabe señalar que se daría el vicio de la falta de determinación legal de la competencia respectiva en razón de la actual Ley 4/2010, de 17 de marzo de las consultas populares, tal y como anteriormente se ha analizado. Es más, aplicando la doctrina del TC respecto de las cesiones de datos, difícilmente puede considerarse que la cesión que contemplan estas leyes cuenten con las garantías mínimas, sino que deberían ser complementadas con la legislación que establezca las finalidades y atribuciones concretas.

Por último, ya desde la perspectiva no jurídica, se hace muy difícil pensar que una Administración de nivel estatal (INE, Oficina del Censo, Junta Electoral) decidiese ceder los datos solicitados a la Administración de la Generalitat de Cataluña con la finalidad de la consulta, cuanto menos, mientras no haya una ley expresa que lo prevea.

5. MECANISMOS DE REACCIÓN POSIBLES FRENTE A LA CESIÓN DE DATOS DEL CENSO POR UN AYUNTAMIENTO

Según se ha expuesto, no se dan los requisitos constitucionales y legales para una hipotética comunicación del “censo electoral” para la realización de la consulta. En este terreno, cabe preguntarse a quién correspondería evitar la cesión de datos del censo municipal y la efectividad de las medidas que se adoptasen.

La potestad de inspección y actuación sobre los ayuntamientos catalanes y la Administración de la Generalitat es competencia asumida por Cataluña y regulada por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Pro-

tección de Datos. Y la Directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos a afirmado la legalidad de la cesión del padrón de Barcelona a la Generalitat sobre la doble base legal del artículo 16. 3º LBRA y el también referido artículo 40.3 del texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.¹⁷ Así las cosas, de producirse la cesión, no habría actuación alguna en el marco natural, que es el de las autoridades de protección de datos. Ello conlleva la necesidad de pensar vías menos naturales frente al hipotético ilícito, como es en el ámbito electoral y el penal.

Desde la legislación electoral, en primer término, el incumplimiento de la normativa, es decir, la cesión de datos del censo fuera de los presupuestos previstos, podría generar responsabilidad sancionadora del artículo 153. 1º LOREG, con multa de 300 a 3.000 euros a sancionar por la Junta electoral correspondiente. Más allá de la sanción habría que estar a los medios y facultades de la Junta electoral para evitar la actuación ilegal por las autoridades. En segundo término, la cesión ilegal del censo podría suponer la concreta comisión del delito electoral específicamente regulado en el artículo 139. 1º LOREG, por cuanto a la conservación y exhibición del censo. A nadie escapa que se trataría de una vía forzada por el tipo penal y que daría con no pocas dificultades. Desde el Código Penal, la cesión ilegal del censo podría considerarse la posible comisión de varios de los tipos previstos en los artículos 197 y siguientes del Código Penal. Al tratarse de una cesión generalizada de datos cabría la actuación del Fiscal sin necesidad de denuncia por el afectado (artículo 201. 2º CP).

Resulta claro que no parece el ámbito penal el más apropiado para una cesión ilegal de datos entre administraciones, máxime cuando entra en el terreno de lo cuestionable la legalidad de la misma y cuando son decenas los supuestos de cesiones de datos entre Administraciones en España

17. Así en *El Economista* del Jueves, 23 de enero de 2014 <http://goo.gl/E1jwwn>.

igual de cuestionables. Ello, en buena medida supondría instrumentar penalmente lo que es un conflicto político. También es cierto que en este terreno de lo especulativo la vía penal podría ser el único medio de alcanzar medidas efectivas frente a una cesión de datos ilegal. Tales medidas para evitar la lesión del derecho fundamental podrían adoptarse por la vía de las medidas cautelares judiciales que se adoptaren a solicitud del Fiscal -o de los afectados.

6. POSIBLES VÍAS PARA SALVAR LA CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE UNA CESIÓN DE DATOS DE LOS AYUNTAMIENTOS A LA GENERALITAT PARA LA CELEBRACIÓN DE LA CONSULTA

Sin perjuicio de lo visto hasta ahora, considero que sí que sería posible que la Comunidad de Cataluña pudiera acceder y emplear datos del censo municipal. En esencia, es preciso regular legalmente la cesión, su finalidad, la atribución y competencias que la justifican y establecer un mínimo de garantías en tal regulación. Y esta regulación creo que está al alcance del legislador catalán. Aunque el margen de actuación del legislador autonómico en materia de protección de datos no es preclaro¹⁸, la STC 17/2013 abre la puerta a que las autorizaciones legales de cesión de datos, esto es, restricciones al derecho, se hagan por ley no orgánica y, por tanto, ley del artículo 53. 1º CE, que puede ser autonómica. La competencias actualmente vigentes de Cataluña en materia electoral y de consultas populares justificarían sin problema una regulación legal que permita el acceso a los datos del censo electoral para la realización de las polémicas consultas populares y, en concreto, la tan discutida consulta sobre el futuro político de Cataluña.

Desde marzo de 2013 se iniciaron los trámites de una Pro-

18. Entre otros COTINO HUESO, LORENZO, «Protección de datos personales, Sociedad de la información y reforma del Estatuto de Autonomía» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, Nº. 16, 2005, pp. 195-228. [Acceso aquí](#)

posición de Ley de consultas populares no refrendatarias y participación ciudadana y existe un texto de marzo de 2013¹⁹; en el mismo no se regula de forma específica el censo (vocablo que ni aparece) y son escasas las referencias sobre el padrón municipal como fuente de los datos que confieren los derechos de voto y participación²⁰. El artículo 10 expresa que «durante todo el procedimiento de consulta se debe garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal.» No obstante y pese a esta afirmación sin mayor alcance jurídico, no hay una mínima regulación de la procedencia de los datos del padrón al que se alude, ni se afirma la existencia de cesiones de datos, ni, por tanto, se contempla garantía alguna respecto de las posibles cesiones que deban producirse. Como consecuencia, con el texto de dicha proposición de ley no se salvan los referidos vicios de constitucionalidad y legalidad para una cesión de datos del padrón por los municipios a fin de la celebración de la consulta.

Entre las comparecencias en la elaboración de esta ley²¹, la Directora de la Autoritat Catalana de Protecció de Da-

19. Nº expediente 202-00029/10 (Tramitación por urgencia) *Butlletí Oficial Del Parlament De Catalunya* Núm. 50, 27 de març de 2013, pp. 6 y ss. Puede accederse al mismo en

<http://www.parlament.cat/activitat/bopc/10b050.pdf#page=6>

20. Así, se regula en su artículo 5 que son personas legitimadas para votar quienes estén debidamente inscritos como domiciliados en el padrón de algún municipio de Cataluña. De igual modo, el artículo 10. 4º dispone que de un padrón municipal del ámbito de la consulta han de ser escogidos los miembros de las mesa. También, el artículo 14. 3º dispone que habrá una lista de las personas inscritas al padrón que puedan ejercer el derecho de voto, que será custodiada por el personal de la administración convocante. Respecto de la recogida de firmas en las iniciativas ciudadanas, en el artículo 24 se hace referencia a la comprobación de la inscripción en el padrón, mediante certificado del Institut d'Estadística de Catalunya o por las secretaría competente.

21. *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, X Legislatura Sèrie C - Número 182, Segon període 30 de juliol de 2013, Comissió d'Afers Institucionals, Sessió núm. 14. Acceso en

<http://www.parlament.cat/activitat/dspcc/10c182.pdf>

des abordó muchas cuestiones e inquietudes de todo interés sobre el tratamiento de los datos²². Aunque un diputado puso *el dedo en la llaga* sobre el origen de los datos para la consulta y la posible cesión de los mismos²³ y también se preguntó quién sería el depositario de los datos del censo si se regulara una ley electoral, no hubo una contestación al respecto. Por cuanto a lo que aquí concierne, se considera que el principio de finalidad dota de cobertura suficiente el uso de los datos del padrón. En cualquier caso, no se cuestionó la utilización y obtención del padrón o no se afirmó una necesaria regulación legal de la cesión de datos para la celebración de consultas o las necesarias garantías que deben regularse en la ley en razón del principio de calidad. En las preguntas, una diputada afirmó la posibilidad de que el Gobierno de Cataluña elaborase un censo alternativo a través de los datos que proporcionan las tarjetas sanitarias²⁴ y la Directora²⁵ señaló posibles problemas por cambio de finalidad. Otro compareciente, el catedrático de Derecho Constitucional Carles Viver Pi-Sunyer, al respecto de la formación del censo partió de que los datos se tienen y que sólo hace falta actualizarlos, si bien no vio «demasiado problema»²⁶.

Son muchos otros los problemas jurídico-constitucionales que genera la consulta catalana, y muy posiblemente de mayor calado que el de la protección de datos. No obstante,

22. En la comparecencia se hace referencia a la actualización de los datos del padrón en términos de calidad de los datos, asimismo se aborda quienes tratan, manejan y custodian la lista de los electores. También es de interés la preocupación por la recogida de las firmas en iniciativas ciudadanas y sobre la seguridad de la información respecto de los órganos o empresas que puedan participar en la gestión del proceso y aspectos de tramitación electrónica.

23. Diputado Josep Rull i Andreu *Ibidem*, pp. 49-50. «Haría falta que hubiera una transmisión de datos del censo pactada, acordada, de la Administración General del Estado a la misma Generalidad de Cataluña?»

24. *Ibidem* p. 49, diputada Carina Mejías

25. *Ibidem*, p. 50.

26. *Ibidem*, pp. 51 y ss. en concreto, p. 53.

la procedencia de los datos a través de los que se articule la consulta sí que es un problema de constitucionalidad y de legalidad que tiene una relativamente fácil solución a través de la regulación legal expresa. Creo que bastaría hacer referencia a la obligación de la cesión de datos por los ayuntamientos a la Generalitat y los presupuestos y requisitos para dicha comunicación. Habrían de atribuirse las competencias y funciones concretas de los distintos órganos respecto de los datos personales. Deberían asimismo contemplarse en la ley las finalidades para las que dichos datos del censo podrían utilizarse en el marco de la celebración de la consulta y el distinto régimen jurídico respecto de las distintas finalidades (votaciones, selección de participantes y gestores, campañas informativas. También cabría regular

quienes podrían llegar a ser los destinatarios de los censos municipales y bajo qué condiciones según se trate o no de administraciones, partidos u otros sujetos. Sería de interés establecer alguna garantía respecto de las condiciones de seguridad específicas que puedan darse, ya se usen o no medios electrónicos. La actual legislación electoral española puede ser fuente de inspiración por cuanto regula el tratamiento del censo y las garantías para la cesión de datos. Si se sigue el modelo estatal difícilmente podrá considerarse que la ley no cuenta con las garantías mínimas que hasta ahora nadie ha cuestionado en la legislación electoral. Asimismo, puede tenerse en cuenta la más avanzada normativa de protección de datos en el ámbito de la Iniciativa Ciudadana Europea regulada en 2011 a nivel europeo²⁷.

27. COTINO HUESO, LORENZO, «El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos», en *Revista de Derecho Político*, nº 81, 2011, pp. 323-378 acceso completo en [dialnet](#).