

Dictamen Consejo de Estado, Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

Nº de expediente: 1909/2007 (JUSTICIA)Ref: 1909/2007

Fecha de Aprobación: 15/11/2007

Se trata de un documento de particular interés en razón del calado y novedad del nuevo reglamento.

INDICE INTERACTIVO

(PULSE SOBRE EL EPÍGRAFE AL QUE DESEE ACUDIR)

PRIMERO. CONTENIDO DEL PROYECTO DE REAL DECRETO	3
SEGUNDO. CONTENIDO DEL EXPEDIENTE (DESARROLLO Y PROCESO)	7
CONSIDERACIONES SOBRE TRAMITACIÓN Y HABILITACIÓN NORMATIVA.....	16
III. HABILITACIÓN NORMATIVA Y RANGO	17
CONSIDERACIONES GENERALES.....	18
4.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL:	18
4.2. MARCO NORMATIVO DE LA REGLAMENTACIÓN PROYECTADA:	20
4.3. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DISPOSICIÓN PROYECTADA:.....	21
<i>A. La reproducción de preceptos legales en normas de rango reglamentario:</i>	<i>22</i>
<i>B. El desarrollo reglamentario de la ley orgánica:.....</i>	<i>24</i>
<i>C. La invocación expresa de títulos competenciales:</i>	<i>27</i>
4.4. LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS:	28
4.5. LA COORDINACIÓN ENTRE LA AEPD Y LAS AGENCIAS AUTONÓMICAS:.....	31
V. Y VI. COMENTARIO CONCRETO DE PROYECTO DE REAL DECRETO Y DEL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LOPD	33
ART. 6.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN:	34

ART. 6.2. LOS TRATAMIENTOS EXCLUIDOS:.....	35
ART. 6.3. LAS DEFINICIONES (ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO):	39
A. <i>Ficheros de titularidad privada y pública (artículo 5.1.l) y m)</i> :.....	39
B. <i>Responsable del fichero o del tratamiento (artículo 5.1.q)</i> :	41
C. <i>Tratamiento de datos (artículo 5.1.t)</i> :.....	41
D. <i>Documentación y soporte (artículo 5.2, letras f) y ñ)</i> :.....	41
ART. 6.4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (TÍTULO VIII):	42
<i>Observaciones particulares sobre la aplicación de los niveles de seguridad</i>	43
A. <i>Aplicación de los niveles de seguridad</i> :.....	43
B. <i>El documento de seguridad (artículo 88)</i> :.....	46
C. <i>Los medios de identificación y autenticación (artículo 93)</i> :	47
VII. OTRAS OBSERVACIONES	49
7.1. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA CALIDAD DE LOS DATOS (ARTÍCULO 8):	49
7.2. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO (ARTÍCULO 17):	49
7.3. COSTE DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS (ARTÍCULOS 17 Y 24.3):.....	49
7.4. PROCEDIMIENTO (ARTÍCULO 25):	51
7.5. EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN (ARTÍCULO 35):	51
7.6. DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS DECISIONES BASADAS ÚNICAMENTE EN UN TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS (ARTÍCULO 36):	52
7.7. REQUISITOS PARA LA INCLUSIÓN DE DATOS EN LOS FICHEROS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO (ARTÍCULO 38):	52
7.8. INSCRIPCIÓN DE OFICIO DE FICHEROS DE TITULARIDAD PÚBLICA (ARTÍCULO 63):	53
7.9. CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE (ARTÍCULO 65):.....	54
7.10. CÓDIGOS TIPO (TÍTULO VII):	54
7.11. DEPÓSITO Y PUBLICACIÓN DE LOS CÓDIGOS TIPO (ARTÍCULO 77):	54
7.12. RESPONSABLE DE SEGURIDAD (ARTÍCULO 95):.....	55
OTROS.....	55

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2007, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de V. E. de 19 de septiembre de 2007, con registro de entrada el día 21 de septiembre siguiente, ha examinado el expediente sobre un proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

De antecedentes resulta:

Primero. Contenido del proyecto de Real Decreto

El expediente versa sobre un proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Dicho proyecto está fechado el 10 de septiembre de 2007.

El proyecto consta de preámbulo, un artículo único, dedicado a la aprobación del Reglamento de desarrollo de la LOPD, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final. Tras estas disposiciones complementarias, se incluye el texto del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

El preámbulo del proyecto de Real Decreto comienza recordando en su apartado I que la LOPD derogó la hasta entonces vigente Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) y adaptó nuestro ordenamiento jurídico a 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 los datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así, a diferencia de la LORTAD, la LOPD comprende en su ámbito el tratamiento automatizado y no automatizado de datos de carácter personal (artículo 1).

La LOPD declaró subsistentes las normas reglamentarias existentes en la materia (en especial, el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos -AEPD-, el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD, y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal) y habilitó al Gobierno para la aprobación o modificación de las disposiciones

reglamentarias necesarias para su aplicación y desarrollo. Junto a ello, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, atribuyen competencias en materia sancionadora a la AEPD, siendo preciso su desarrollo reglamentario, con la peculiaridad de que ambas normas se ordenan a la tutela de los derechos de las personas físicas y jurídicas.

Según el preámbulo (apartado II), el Reglamento se orienta a dotar de coherencia a la regulación reglamentaria en materia de protección de datos de carácter personal, en todo lo relacionado con la transposición de la Directiva 95/46/CE, y a desarrollar los aspectos novedosos de la LOPD, además de aquellos en los que la experiencia aconseja un cierto grado de precisión que dote de seguridad jurídica al conjunto del sistema.

De conformidad con lo anterior, el Reglamento de desarrollo de la LOPD viene a abarcar el ámbito tutelado por los Reales Decretos 1332/1994 y 994/1999, teniendo en cuenta la necesidad de fijar criterios aplicables a los ficheros y tratamientos de datos personales no automatizados. Además, desarrolla los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la AEPD, de conformidad con la atribución de competencias realizada por las citadas Ley 34/2002 y Ley 32/2003.

El preámbulo finaliza con una exposición de la estructura y contenido del Reglamento de desarrollo de la LOPD (apartado III).

El artículo único del Real Decreto proyectado aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo texto se incluye a continuación de su parte final.

La disposición transitoria primera prevé que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto, deberán notificarse a la AEPD las modificaciones que resulten necesarias en los códigos tipo inscritos en el Registro General de Protección de Datos para adaptar su contenido a lo dispuesto en el Título VII del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

La disposición transitoria segunda establece los plazos de implantación de las medidas de seguridad, introduciendo diferentes previsiones en atención al tipo de fichero, el nivel de seguridad exigible y la existencia o no del fichero a la entrada en vigor del Real Decreto.

La disposición transitoria tercera prevé que no será de aplicación lo previsto en el Reglamento de desarrollo de la LOPD a las solicitudes para el ejercicio de los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación que se hubieran efectuado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, rigiéndose por la normativa anterior.

En términos semejantes, la disposición transitoria cuarta señala que los procedimientos ya iniciados a la entrada en vigor del Real Decreto se

regirán por la normativa anterior. Por su parte, la disposición transitoria quinta establece que no será de aplicación el Real Decreto a las actuaciones previas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, aplicándoseles la normativa anterior. Por el contrario, el Real Decreto sí se aplicará a las actuaciones previas que se inicien después de su entrada en vigor.

La disposición derogatoria prevé la derogación del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, y todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Real Decreto.

La disposición final establece que el Real Decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Tras la parte final del proyecto de Real Decreto, se inserta un índice del Reglamento de desarrollo de la LOPD (al que, en adelante, se hará referencia como "el Reglamento").

La parte dispositiva del Reglamento se divide en 159 artículos, agrupados en nueve títulos, algunos de los cuales se dividen, a su vez, en capítulos y estos, en ocasiones, en secciones. El Reglamento cuenta, además, con una disposición adicional única, dedicada a productos de software.

El Título I del Reglamento contiene una serie de disposiciones generales (artículos 1 a 7).

En particular, el artículo 1 establece que el Reglamento tiene por objeto el desarrollo de la LOPD y que el Capítulo III de su Título IX desarrolla las disposiciones relativas al ejercicio por la AEPD de la potestad sancionadora en aplicación de lo previsto en la LOPD, el Título VII de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Los artículos 2 y 3 se dedican, respectivamente, al ámbito objetivo y territorial de aplicación del Reglamento. El artículo 4 precisa los tratamientos excluidos. El artículo 5 contiene una serie de definiciones, a los efectos de la aplicación del Reglamento. Por su parte, el artículo 6 dispone que, en los supuestos en que el Reglamento señale un plazo por días, se computarán únicamente los hábiles, en tanto que si el plazo se señala por meses, se

computará de fecha a fecha. El artículo 7 trata de las fuentes accesibles al público.

El Título II establece los principios de la protección de datos (artículos 8 a 22). Se divide en tres capítulos, dedicados respectivamente a la calidad de los datos (artículos 8 a 11), el consentimiento para el tratamiento de los datos y el deber de información al interesado (artículos 12 a 19) y el encargado del tratamiento (artículos 20 a 22).

El Título III regula los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (artículos 23 a 36), a cada uno de los cuales dedica uno de los cuatro capítulos en que se subdivide.

El Título IV establece una serie de disposiciones aplicables a determinados ficheros de titularidad privada (artículos 37 a 51). En particular, dedica su Capítulo I a los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito (artículos 37 a 44) y su Capítulo II a los tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial (artículos 45 a 51).

El Título V regula las obligaciones previas al tratamiento de datos (artículos 52 a 64). El contenido de este título se organiza en dos capítulos, que tratan de la creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad pública (Capítulo I, artículos 52 a 54) y la notificación e inscripción de los ficheros (Capítulo II, artículos 55 a 64).

El Título VI trata de las transferencias internacionales de datos (artículos 65 a 70). Tras unas disposiciones generales a las que dedica su Capítulo I (artículos 65 y 66), este título regula en su Capítulo II las transferencias a Estados que proporcionen un nivel adecuado de protección (artículos 67 a 69) y en su Capítulo III las transferencias a Estados que no proporcionen un nivel adecuado de protección (artículo 70).

El Título VII se dedica a los códigos tipo (artículos 71 a 78).

El Título VIII versa sobre las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal (artículos 79 a 114).

Su contenido se estructura en cuatro capítulos dedicados, respectivamente, a las disposiciones generales en la materia (Capítulo I, artículos 79 a 87), el documento de seguridad (Capítulo II, artículo 88), las medidas de seguridad aplicables a los ficheros y tratamientos automatizados (Capítulo III, artículos 89 a 104) y las medidas de seguridad aplicables a los ficheros y tratamientos no automatizados (Capítulo IV, artículos 105 a 114).

El Título IX regula los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos (artículos 115 a 159).

El Capítulo I versa sobre las disposiciones generales a todo el Título IX (artículos 115 y 116). El Capítulo II regula el procedimiento de tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (artículos 117 a 119). El Capítulo III trata de los procedimientos relativos al ejercicio de la

potestad sancionadora (artículos 120 a 130). El Capítulo IV regula los procedimientos relacionados con la inscripción o cancelación de ficheros (artículos 131 a 137). El Capítulo V se ocupa de la regulación de los procedimientos relacionados con las transferencias internacionales de datos (artículos 138 a 145). El Capítulo VI regula el procedimiento de inscripción de códigos tipo (artículos 146 a 153). Y su Capítulo VII contiene reglas aplicables a otros procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en concreto, el de exención del deber de información al interesado (artículos 154 a 157) y el relativo a la autorización de conservación de datos para fines históricos, estadísticos o científicos (artículos 158 y 159).

Finalmente, la disposición adicional única del Reglamento establece que los productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos personales deberán incluir en su descripción técnica el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de este Reglamento.

Segundo. Contenido del expediente (desarrollo y proceso)

Además de la versión definitiva de la disposición proyectada, la Orden comunicada de V. E., y un índice numerado de documentos, se integran en el expediente:

a) Una copia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (Boletín Oficial del Estado de 14 de diciembre de 1999).

b) Una copia de 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 los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

c) Primera versión del proyecto de Real Decreto, fechado el 28 de noviembre de 2006.

Esta "primera versión" del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que se identifica en el expediente como "borrador", carece de parte expositiva y de Real Decreto aprobatorio propiamente dicho. Consta de 154 artículos, agrupados en nueve títulos, una disposición adicional única ("Productos de software") y una disposición transitoria única ("Plazos de implantación de las medidas de seguridad").

Esta versión fue remitida para informe a la Secretaría General Técnica de los Ministerios del Interior, Cultura, Economía y Hacienda y Fomento y a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Asimismo, fue sometido a la consideración de la AEPD.

En su informe de 19 de enero de 2007, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura realiza una valoración positiva del Reglamento. Tras exponer sucintamente los antecedentes, objeto y estructura del proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, realiza diversas observaciones de índole material y formal. Entre las primeras, considera que ha de armonizarse el Reglamento con otras disposiciones en proyecto (como la Ley para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas) y procederse a la revisión de ciertos aspectos de su Título IX. Además, destaca que el Proyecto no contenga una disposición final relativa a la entrada en vigor.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, en un informe de 6 de febrero de 2007, realiza diversas observaciones a la tramitación de la disposición proyectada, criticando la falta de las preceptivas memorias justificativa y económica. Por lo que se refiere a la parte dispositiva del Reglamento, realiza observaciones a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 15, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 33, 34, 37, 40, 41, 50, 51, 62, 78, 81, 83, 85, 90, 93, 100, 106, 114, 115 y 128. Junto a ello, se realizan observaciones de índole formal y se sugiere la introducción de disposiciones complementarias.

La Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, en su informe de 23 de marzo de 2007, realizó varias observaciones de índole formal (artículos 2 y 21) y sustantiva (artículos 4, 5, 20, 22, 29, 30, 63), así como a la tramitación de la reglamentación proyectada. El informe pone de manifiesto las dificultades que pueden suponer diversas previsiones (medidas de seguridad aplicables a los ficheros no automatizados) para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A tal efecto, propone la ampliación de los plazos fijados en la disposición transitoria segunda para la implantación de las aludidas medidas en los ficheros policiales y el establecimiento de mecanismos de colaboración entre los órganos judiciales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para proceder a la puntual cancelación de los antecedentes policiales.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por oficio de 17 de enero de 2007, remitió a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia las observaciones formuladas al Proyecto por la mercantil Informa, S. A., en escrito de 15 de enero de 2007, fundamentalmente, a la anterior redacción del artículo 2.2 del Reglamento.

Por su parte, la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, en informe sin fechar, sugiere la reconsideración del nivel de medidas de seguridad (nivel alto) que se exige en el artículo 78 del Reglamento a los datos de tráfico y de localización, frente al exigido en el régimen vigente del Real Decreto 994/1999 (nivel medio) y en el propio Reglamento para los datos relativos a infracciones administrativas o penales

(nivel medio, conforme al artículo 78.2). Se critica, en esta línea, la ausencia en el expediente de justificación de ese nivel de exigencia y se sugiere dar trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración del Proyecto a las entidades que puedan verse afectadas por esa previsión.

En un informe de 20 de febrero de 2007, la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información realiza una serie de observaciones sobre el tratamiento deparado a los datos procedentes de la interceptación legal de comunicaciones.

Con fecha 17 de enero de 2007, la AEPD emitió el informe previsto en el artículo 37.1.h) de la LOPD y el artículo 5.b) de su Estatuto, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

En su extenso informe, la AEPD valora positivamente el texto normativo sometido a su consideración, sin perjuicio de lo cual formula numerosas observaciones, la mayoría de las cuales, tanto formales como sustantivas, han sido incorporadas, en mayor o menor medida, a la reglamentación en proyecto (artículos 5, 7, 10, 11, 20, 27, 28, 35, 46.2, 51.1, 54, 64, 77, 78, 79, 84, 89, 91, 92, 93, 100, 106, 107, 108, 117, 124.1, 131.1, 136.2, 143.2 y 149.2, y disposición transitoria segunda).

d) Segunda versión del Proyecto, de 30 de abril de 2007. Esta versión consta de preámbulo, un artículo único, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD y una disposición derogatoria. A continuación, se inserta un índice del Reglamento y su parte dispositiva, integrada por 154 artículos, organizados en nueve títulos. La parte final del Reglamento estaba constituida por una disposición adicional y cuatro disposiciones transitorias.

e) Esta versión fue remitida para alegaciones a las siguientes entidades y organismos: Consejo de Consumidores y Usuarios, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de Colegios de Médicos de España, Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, Asociación de Ingenieros e Ingenieros Técnicos en Informática (ALI), Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Comisiones Obreras (CC OO), Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA-STV), Confederación Intersindical Gallega (CIGA), Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA), Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directos (FECEMD), Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y

Navegación de España, Consejo General de Colegios de Procuradores de España, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Autocontrol-Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial, Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación (COITT), ONO, Telefónica Móviles de España, Unión Profesional, Federación para la Protección Intelectual (FAP), Productores de Música (PROMUSICAE), Business Software Alliance (BSA), Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión (AIE), Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), Entidad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), Microsoft Ibérica, S. R. L., en España, Consejo de Coordinación Universitaria, Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECM-FECM), Asociación Multisectorial de la Información (ASEDIE), Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF), Telefónica de España, S. A. U., France Telecom España, S. A. U., Cableuropa, S. A. U., Jazz Telecom, S. A. U., Tele2 Telecomunicaciones, S. A. U., Vodafone España, S. A. U., Xfera Móviles, S. A. U., Euskaltel, T-Online Telecomunicaciones Spain, S. A. U., Grupo Deutsche Telekom, Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), Comisión de Libertades e Informática (CLI), Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD), Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), Asociación Española de Empresas de Consultoría (AEC), AENOR, Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT), Asociación Nacional de Empresas de Internet (ANEI), Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y de Telecomunicaciones de España (AETIC), Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC), Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), Asociación Usuarios de Internet (AUI), Asociación de Internautas (AI), Asociación Española de Usuarios de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (AUTELSI), Instituto Nacional de Tecnologías de la Información (INTECO), Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), Consejo General del Notariado de España y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Han presentado alegaciones las siguientes entidades: Consejo de Consumidores y Usuarios (22 de mayo de 2007), Consejo General de la Abogacía Española (24 de mayo de 2007), Consejo General de Colegios de Médicos de España (25 de mayo de 2007), Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos (25 de mayo de 2007), Consejo General de

Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España (24 de mayo de 2007), Asociación de Ingenieros e Ingenieros Técnicos en Informática (ALI) (25 de mayo de 2007), Comisiones Obreras (CC OO) (29 de mayo de 2007), Unión General de Trabajadores (UGT) (28 de mayo de 2007), Asociación Española de Banca (AEB) (25 de mayo de 2007), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) (25 de mayo de 2007), Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA) (25 de mayo de 2007), Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directos (FECEMD) (que presentó dos escritos, uno sin fechar y otro de 13 de junio de 2007), Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (25 de mayo de 2007), Consejo General de Colegios de Procuradores de España (escrito sin fechar), Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Autocontrol (escrito sin fechar), Telefónica Móviles de España, S. A. U., y Telefónica de España, S. A. U. (informe de 24 de mayo de 2007), Unión Profesional (22 de mayo de 2007), Productores de Música (PROMUSICAE) (25 de mayo de 2007), Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) (24 de mayo de 2007), Asociación Multisectorial de la Información (ASEDIE) (escrito sin fechar), Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF) (escritos de 20 de marzo y 25 de mayo de 2007), France Telecom España, S. A. U. (21 de mayo de 2007), Jazz Telecom, S. A. U. (25 de mayo de 2007), Tele2 Telecomunicaciones, S. A. U. (escrito sin fechar), Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) (mayo de 2007), Comisión de Libertades e Informática (CLI) (25 de mayo de 2007), Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas (ANABAD) (23 de mayo de 2007), Asociación Española de Empresas de Consultoría (AEC) (tres escritos de 25 de mayo de 2007), AENOR (25 de mayo de 2007), Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) (escrito sin fechar), Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y de Telecomunicaciones de España (AETIC) (escrito de mayo de 2007), Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC) (24 de mayo de 2007), Asociación de Internautas (AI) (escrito sin fechar), Consejo General del Notariado de España (escrito de 20 de mayo de 2007) y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (25 de mayo de 2007).

Junto a los anteriores, obra en el expediente un informe del Consejo General de Economistas, de 3 de julio de 2007, dirigido a la AEPD, en el que se formulan observaciones a los artículos 79 y 94 del Reglamento.

f) Cuadro-resumen de las alegaciones formuladas en trámite de audiencia, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (julio de 2007), en el que se exponen de manera concisa las razones que han llevado a la aceptación o, en su caso, rechazo de las alegaciones formuladas en trámite de audiencia.

g) Informe de la Agencia Catalana de Protección de Datos, de 29 de mayo de 2007.

Esta agencia autonómica de control centra sus observaciones a la proyectada reglamentación en la necesidad de que la misma incorpore mayores referencias a las autoridades autonómicas de control (artículo 41 de la LOPD) en aquellos preceptos en que se regulan funciones y competencias de la AEPD (códigos tipo, transferencias internacionales de datos, procedimientos de la AEPD, entre otras materias).

h) Informe de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, de 4 de junio de 2007.

Las observaciones de esta autoridad autonómica versan sobre numerosas materias reguladas en el Reglamento en proyecto. En particular, se exponen las razones que motivan su oposición a las definiciones de ficheros de titularidad pública y privada contenidas en el artículo 5 del Reglamento y a la regulación de los datos de las personas fallecidas (artículo 2.2). También se formulan numerosas consideraciones sobre la necesidad de que se incorporen previsiones que garanticen la coordinación entre el Registro General de Protección de Datos y los registros creados por las autoridades autonómicas de control y la actuación de éstas y la AEPD. Se señala la conveniencia de que se incluya una disposición final sobre la entrada en vigor de la reglamentación proyectada. Y, finalmente, se formulan observaciones a la parte dispositiva del Reglamento (artículos 4, 55, 64, 70, 81 y 104, entre otros).

i) Informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos, de 18 de junio de 2007.

Este informe trata, en primer lugar, de los fundamentos constitucionales de la reglamentación en proyecto, examinando la jurisprudencia constitucional en materia de desarrollo de los derechos fundamentales y la cláusula del artículo 149.1.1 de la Constitución. En su examen del contenido del Reglamento (artículos 2.2, 4, 5, 6, 9, 11, 20, 21, 24, 25, 27, 30 y 33, entre otros), se exponen las dudas sobre la suficiencia del rango de la norma examinada para colmar las exigencias de ciertas cuestiones cuya regulación se aborda (por ejemplo, los ficheros de titularidad pública y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición). También realiza algunas observaciones sobre la necesaria coordinación de competencias entre AEPD y agencias autonómicas.

j) Tercera versión del Proyecto (12 de julio de 2007). Esta versión del proyecto de Real Decreto consta de preámbulo, un artículo aprobatorio, cuatro disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. Tras el índice del Reglamento de desarrollo, se incluye su parte dispositiva, integrada por 158 artículos, divididos en nueve títulos, y su parte final, integrada por una disposición adicional.

Este texto fue remitido al Ministerio de Administraciones Públicas, a los efectos de la aprobación previa por el Ministro, prevista en el artículo 67.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

k) Aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de 4 de septiembre de 2007, de conformidad con lo establecido en el artículo 67.4 de la LOFAGE.

A dicha aprobación previa se adjuntan algunas observaciones específicas. Así, se advierten algunas erratas (preámbulo y fórmula promulgatoria), se propone reformar los artículos 11.3 y 24 del Reglamento y se sugiere añadir un precepto relativo al consentimiento en las solicitudes electrónicas dirigidas a las Administraciones públicas y una disposición final que establezca el régimen de entrada en vigor de la disposición proyectada. También se destaca que no se han incorporado las preceptivas memorias ni el informe de impacto de género ni el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Además, se realizan unas consideraciones adicionales sobre la distribución competencial en materia de protección de datos y su incidencia en el contenido del Reglamento. En este sentido, se establece una diferenciación entre el régimen contenido en los Títulos II a VIII del Reglamento, que contienen normas sustantivas, relacionadas con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, y aspectos relativos al ejercicio del derecho que resultan decisivos en la configuración de su contenido, de conformidad con el artículo 149.1.1 de la Constitución. Frente a ello, el Título IX del Reglamento establece el régimen de los procedimientos tramitados por la AEPD y, por tanto, sus preceptos no son aplicables a las autoridades autonómicas de protección de datos. Establecida esa distinción, se propone introducir en el texto del Proyecto una disposición final en la que se invoque el título competencial en que se funda la aprobación de la norma proyectada (artículo 149.1.1ª de la Constitución). Se señala, no obstante, que algunas Comunidades Autónomas pueden promover controversias competenciales pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional, dicho precepto "no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional" (STC 228/2003, de 18 de diciembre). Por ello, se apunta el aludido riesgo y se recuerda que algunas Comunidades Autónomas (Illes Balears y Aragón) han asumido funciones normativas sobre "los ficheros de titularidad de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma y los entes u organismos de cualquier clase vinculados o dependientes de éstas".

l) Versión definitiva de la disposición en proyecto (10 de septiembre de 2007).

m) Memoria justificativa, de 10 de septiembre de 2007.

Principia la memoria indicando los motivos que han aconsejado la elaboración de una norma que desarrolla a nivel reglamentario la LOPD. Entre ellas, destaca el hecho atípico de que la referida Ley Orgánica carezca de exposición de motivos y que las normas reglamentarias que se encuentran transitoriamente en vigor son anteriores a la misma y regulan sólo algunos de sus aspectos. Además, se alude a la necesidad de desarrollar por vía reglamentaria los aspectos novedosos de la LOPD en el marco de la Directiva 95/46/CE (ampliación del ámbito de aplicación a los ficheros y tratamientos no automatizados de datos de carácter personal), así como de aclarar algunas dudas suscitadas por la Comisión Europea en relación con la transposición del artículo 7 de la citada Directiva (Primer Informe, de 15 de mayo de 2003). Dichas deficiencias, cubiertas hasta ahora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional y las resoluciones y los informes de la AEPD, han de superarse, objetivándose en una norma de desarrollo de la LOPD. La memoria continúa exponiendo el proceso de elaboración de la disposición en proyecto, el régimen transitorio previsto y la estructura y contenido del Reglamento proyectado, destacando los elementos más relevantes incorporados a sus nueve títulos (cancelación de los datos de personas fallecidas, definiciones, fuentes accesibles al público, encargado del tratamiento, derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación -desarrollo de las previsiones legales y posibilidad de ejercicio a través de representante-, ficheros de solvencia patrimonial, responsable del fichero y responsable del tratamiento, transferencias internacionales de datos, medidas de seguridad de ficheros y tratamientos no automatizados, procedimientos tramitados ante AEPD). Concluye con un anexo que relaciona las entidades consultadas en trámite de audiencia.

n) Memoria económica, de 10 de septiembre de 2006 (debe decir "2007").

Este documento destaca que, desde la perspectiva de valoración de costes que le es propia, la novedad esencial de la disposición en proyecto consiste en la extensión de la aplicación de las medidas de seguridad a los ficheros y tratamientos no automatizados de datos de carácter personal, frente al régimen vigente (Real Decreto 994/1999) que los limita a los tratamientos automatizados.

Desde esta perspectiva, se analiza el impacto económico en una y otra clase de ficheros, basándose las valoraciones en una muestra de 893.568 ficheros, correspondientes a los ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos a 21 de mayo de 2007. La distribución de esos ficheros

-según su titularidad y medidas de seguridad, el sistema de tratamiento o el sector en que se ubican, entre otros criterios- se contiene en el anexo a la memoria, de 11 de septiembre de 2007.

La memoria entiende que la reglamentación proyectada sólo supondrá un incremento de gasto para los ficheros automatizados a los que se imponga un nivel de seguridad mayor que el previsto en el Real Decreto 994/1999. Para los ficheros no automatizados se realiza una estimación diferenciando las medidas de seguridad en técnicas y organizativas.

La memoria concluye considerando que la disposición proyectada no implica incremento de gasto ni disminución de ingreso para la Hacienda Pública estatal.

Este documento se acompaña de un cuadro comparativo entre el Real Decreto 994/1999 y el proyecto de Reglamento sometido a consulta, en materia de medidas de seguridad.

ñ) Informe de impacto de género, de 11 de septiembre de 2007, en el que se indica que las medidas que se incluyen en la reglamentación proyectada no implican impacto alguno por razón de género.

o) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, de 17 de septiembre de 2007, previsto en el artículo 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Este informe expone sucintamente los antecedentes, estructura, contenido y objeto del proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD. Señala asimismo la habilitación legal en que se funda y resume la tramitación seguida.

En tal estado el expediente, fue remitido al Consejo de Estado para la emisión de dictamen.

Ya en este Consejo de Estado el expediente, fue solicitada audiencia por AETIC, ASNEF, FECEMD, UNESPA y CEOE, que fue concedida por plazo de diez días.

Dentro del plazo concedido al efecto, presentaron escrito de alegaciones, con fecha 15 de octubre de 2007, AETIC, ASNEF y FECEMD.

AETIC formula observaciones a la disposición transitoria segunda del Proyecto y a numerosos artículos del Reglamento, así como a la disposición adicional única, en términos cercanos a los ya expresados en trámite de audiencia. Formula algunas consideraciones adicionales sobre el Título IX del Reglamento.

Por su parte, ASNEF objeta la redacción del artículo 38.1.a) y de la Sección Segunda del Capítulo I del Título IV del Reglamento ("tratamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés").

En su escrito de alegaciones, FECEMD objeta los artículos 5.1.q), 12.1, 18 y 46.3 del Reglamento en proyecto.

Consideraciones sobre tramitación y habilitación normativa

I. Objeto y competencia

El presente expediente versa sobre un proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El Consejo de Estado emite dictamen en virtud de la consulta preceptiva que, en materia de proyectos de "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones", establece el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

II. Tramitación del expediente

Por lo que se refiere a la tramitación del expediente, se han atendido las prescripciones contenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en cuanto al procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general establecido en su artículo 24, pues constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- el texto definitivo del proyecto de Real Decreto sometido a consulta, las memorias económica y justificativa de su acierto, legalidad y oportunidad, el informe de impacto de género, así como el informe de la Secretaría General Técnica del departamento proponente. Asimismo, se han incorporado al expediente las versiones anteriores de la reglamentación sometida a consulta.

Ha sido recabado el informe de la Agencia Española de Protección de Datos -AEPD-, conforme a lo previsto en artículo 37.1.h) de la LOPD y el artículo 5.b) de su Estatuto, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

Se ha concedido audiencia a los sectores afectados y consta la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 67.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

No obstante, cabe destacar, en primer lugar, que la memoria económica proporciona estimaciones aproximadas del número y porcentaje de ficheros que se verán potencialmente afectados por el nuevo Reglamento, ofreciendo cifras estimativas de los costes que la implantación de las medidas de seguridad representarán para los responsables de ficheros privados, automatizados y no automatizados, y los que habrán de asumir los titulares de los ficheros que hayan de implantar, en virtud de la nueva regulación, un nivel mayor de seguridad. Por lo que se refiere al impacto

económico en la Hacienda Pública estatal, se concluye que la disposición proyectada no implica disminución de ingresos ni incremento de gastos. Esta conclusión contrasta, sin embargo, con las observaciones al Proyecto realizadas, por ejemplo, por el Ministerio del Interior -letra c) del antecedente segundo del presente dictamen-, y con el hecho de que la elevación de las medidas de seguridad afecta a ficheros tanto de titularidad pública como de titularidad privada.

Por otra parte, el informe de cierre de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente, de 17 de septiembre de 2007, se limita a aludir a la base normativa del Proyecto, su estructura, contenido, habilitación y objeto. No constan en el expediente, en consecuencia, las razones que han llevado a aceptar o rechazar las observaciones que han formulado la Agencia Catalana de Protección de Datos, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, la Agencia Vasca de Protección de Datos y el Ministerio de Administraciones Públicas. El Consejo de Estado recuerda la importancia que tienen los informes del proponente en el seno de los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general, al exponer los fundamentos de la aceptación o, en su caso, rechazo de las observaciones formuladas en la tramitación seguida.

Sin perjuicio de las reflexiones anteriores, se entienden suficientemente atendidas las prescripciones normativas que, para la elaboración de iniciativas normativas como la ahora sometida a consulta, contiene nuestro ordenamiento.

III. *Habilitación normativa y rango*

En relación con el Proyecto, ha de estarse a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

En particular, su disposición final primera ("Habilitación para el desarrollo reglamentario") prevé que "el Gobierno aprobará, o modificará, las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley".

Por otra parte, la disposición transitoria tercera ("Subsistencia de normas preexistentes") establece que, "hasta tanto se lleven a efectos las previsiones de la disposición final primera de esta Ley, continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes y, en especial, los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo; 1332/1994, de 20 de junio, y 994/1999, de 11 de junio, en cuanto no se opongan a la presente Ley".

Atendidos estos fundamentos normativos, se considera que la iniciativa ahora considerada cuenta con suficiente habilitación normativa y su rango -real decreto- es el adecuado.

Consideraciones generales

A juicio del Consejo de Estado, el adecuado tratamiento de la materia cuya regulación constituye objeto del Proyecto consultado exige abordar brevemente el análisis de una serie de cuestiones relevantes en el ámbito de la protección de datos.

Se tratará, en concreto, del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (4.1), el marco normativo en que se inserta el Proyecto consultado (4.2), el fundamento constitucional de la disposición proyectada (4.3), la incidencia de las competencias autonómicas en la materia (4.4) y la coordinación entre AEPD y agencias autonómicas (4.5).

4.1. El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal:

El punto de partida de cualquier análisis de este derecho lo constituye el artículo 18.4 de la Constitución en el que se establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". En este precepto encuentra su fundamento o engarce constitucional el derecho a la protección de datos.

De este precepto, o, mejor dicho, de su ubicación sistemática, se desprende un dato esencial que permite una primera aproximación a una correcta caracterización de este derecho, cual es el hecho de que se regule en nuestra Constitución como derecho fundamental, con todas las consecuencias que ello implica, que son especialmente importantes en lo relativo a los mecanismos de protección que cabe activar en caso de que se produzca una vulneración de este derecho.

Es conocida la evolución jurisprudencial que realizó el tránsito desde la concepción "instrumental" del derecho a la protección de datos, ligado antes al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución que al citado artículo 18.4. Son capitales en esa evolución dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional (290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre), recaídas en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD). La primera ratifica la constitucionalidad de la existencia de la Agencia de Protección de Datos, con competencias en todo el territorio nacional, en cuanto garante de un derecho fundamental que debe tener un contenido homogéneo. La segunda, por su parte, consolida una evolución jurisprudencial constitucional que ha ido configurando el derecho a la

protección de datos, desde el reconocimiento del derecho a la intimidad y privacidad hasta el derecho a la autodeterminación informativa.

Dichas resoluciones -que acudieron a la cláusula del artículo 10.2 de la Constitución- operaron el cambio de concepción hasta entonces imperante en relación con el artículo 18.4 de la Constitución, entendido como mero "apéndice" o complemento del derecho a la intimidad, para convertirlo en un derecho fundamental independiente. Esta "construcción" se sustentaba, al tiempo, "en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental", como el de la Resolución 45/1995 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, o 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 los datos personales y a la libre circulación de estos datos, entre otros documentos.

En particular, fue la STC 290/2000 la que definitivamente reconoció que el derecho a la protección de datos deriva directamente de la Constitución y ha de considerarse como derecho autónomo e independiente. Dicho derecho persigue garantizar a las personas "un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. (...) El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos (...). De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos" (fundamento jurídico sexto). El contenido de este derecho "consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y

resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele" (fundamento jurídico séptimo).

4.2. Marco normativo de la reglamentación proyectada:

Como ya se ha adelantado, las disposiciones de orden internacional o europeo en materia de protección de datos personales han sido anteriores a las internas españolas (no, sin embargo, a las de otros países de nuestro entorno, caso de Alemania). Así, cabe citar el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (1981), que establece los principios y derechos que cualquier legislación estatal dirigida a proteger los datos de carácter personal debe recoger y cuya aprobación sirvió de base para que se desarrollaran numerosas iniciativas internacionales.

Pero sobre todo cabe destacar 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 los datos, así como otras Directivas de carácter sectorial que también prestan atención a la protección de datos (por ejemplo, en el campo del transporte aéreo o en los sectores de las comunicaciones electrónicas, las telecomunicaciones -caso de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas- o el comercio electrónico).

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, dos son las leyes que han regulado esta materia: la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Frente a aquella, a la que, como se señaló anteriormente, derogó, la vigente LOPD se aplica a los ficheros y tratamientos automatizados o no automatizados. De este modo, a partir de su entrada en vigor, la protección de datos se desvincula de la informática y se aplica a cualquier tratamiento de datos personales, quedando superada la relación intimidad-informática. Con este cambio de planteamiento, que

obedece a la transposición por dicha Ley Orgánica de la citada Directiva 95/46/CE, varía sustancialmente el régimen jurídico aplicable a esta materia.

En este marco normativo (Directiva-LOPD) se inserta el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LOPD. Esa inserción, como ha sido advertido a lo largo de la tramitación del expediente, plantea algunas dificultades, fundamentalmente por la distinta sistemática de la Directiva y la LOPD y la incorporación parcial que de aquella realizó la Ley Orgánica vigente. En consecuencia, y así lo señaló la AEPD en su informe de 17 de enero de 2007 -letra c) del antecedente segundo-, con la disposición en proyecto se persigue lograr una interpretación armónica de la LOPD con la Directiva, aclarar las dudas surgidas en la interpretación de sus preceptos, superar sus deficiencias de estructura y sistemática y, por último, dotar a la LOPD de un desarrollo normativo integral, dirigido a superar las insuficiencias derivadas de la pervivencia de los desarrollos reglamentarios parciales de la LORTAD.

4.3. El fundamento constitucional de la disposición proyectada:

La disposición final del proyecto establece que "se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

La inclusión de esta disposición final obedeció a la sugerencia realizada por el Ministerio de Administraciones Públicas -letra k) del antecedente segundo- en trámite de aprobación previa. En concreto, se consideraba que podía diferenciarse en la parte dispositiva del Reglamento entre normas sustantivas (Títulos II a VIII) y adjetivas (Título IX). Aquellas serían las relacionadas con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y los aspectos relativos al ejercicio del derecho que resultan decisivos en la configuración de su contenido, de conformidad con el artículo 149.1.1 de la Constitución. Frente a ellas, se encuentran las disposiciones reguladoras de los procedimientos tramitados por la AEPD (Título IX), que no se consideran aplicables a las autoridades autonómicas de protección de datos.

El Consejo de Estado considera adecuada la invocación del referido título competencial, toda vez que el Reglamento proyectado establece, en el marco de la LOPD, las condiciones básicas que hacen referencia al contenido primario del derecho, es decir, las que pueden considerarse las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, ciertas premisas o presupuestos previos) que son imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad a que se refiere el aludido precepto constitucional. En este sentido, ha

señalado el Tribunal Constitucional que el artículo 149.1.1 de la Constitución engloba los criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas condiciones básicas, "tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (...); los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho" (STC 61/1997 y 173/1998); en relación con este último aspecto, también afirmaba la STC 290/2000 la posibilidad de que, junto a la normación como aspecto esencial del citado artículo 149.1.1, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto contuvieran una "dimensión institucional", siempre que sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute. En definitiva, según la doctrina constitucional, el reiterado artículo 149.1.1 "constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante (...) que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico" (STC 61/1997, f.j. 7, y STC 188/2001, f.j. 12).

Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de las observaciones concretas que posteriormente se realizarán en relación con determinados preceptos, el Consejo de Estado considera que el proyecto se ha producido en términos respetuosos a la hora de fijar dichas condiciones básicas.

Sin embargo, se quiere llamar la atención sobre tres aspectos relativos, respectivamente, a la reproducción de normas de la LOPD que tienen carácter orgánico (disposición final segunda de la LOPD) (A), el desarrollo reglamentario de preceptos de la ley orgánica (B) y la posible invocación de otros títulos atributivos de competencia al Estado (C).

A. La reproducción de preceptos legales en normas de rango reglamentario:

La primera cuestión presenta un interés primario desde la perspectiva de la técnica normativa (Directrices de 22 de julio de 2005), en el sentido de que las reproducciones de preceptos legales en normas de orden reglamentario han de evitarse y, de producirse, han de respetar el tenor literal de la misma, sin introducir modificaciones que puedan generar confusión en la aplicación de la norma -en este sentido, la Directriz número 4 concluye indicando que "deberán evitarse, por tanto, las incorporaciones de preceptos legales que resulten innecesarias (por limitarse a reproducir literalmente la ley, sin contribuir a una mejor comprensión de la norma) o que induzcan a confusión (por reproducir con matices el precepto legal)"-.

Esa reproducción de preceptos de rango legal orgánico en una disposición de orden reglamentario presenta, empero, mayor repercusión desde la perspectiva competencial, pues la jurisprudencia constitucional ha

deslindado con precisión el ámbito propio de la ley orgánica y el de las condiciones básicas ex artículo 149.1.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha destacado en reiteradas ocasiones que el artículo 81.1 de la Constitución no es una cláusula atributiva de competencias a favor del Estado (STC 5/1981), aunque constituya un límite a las posibilidades normativas de las Comunidades Autónomas pues, "en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas" de modo que "las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE".

La STC 135/2006 ha declarado que "lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas" (STC 173/1998, FJ 7; en similares términos, posteriormente, STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2, y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 12). Recuerda esa STC que la jurisprudencia constitucional ha establecido tres criterios de interpretación fundamentales en lo que se refiere a las relaciones entre los artículos 81 y 148 y 149 de la Constitución: "De un lado, que el ámbito de la reserva de Ley Orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado -así se establece de forma implícita en la práctica totalidad de las resoluciones de este Tribunal que han abordado este tema- (...) de otro lado, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de Ley Orgánica debe cohererse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas" (STC 173/1998, FJ 7). Y, por último, que esa definición sistemática se ha traducido en la reserva al Estado ex art. 81.1 CE de "la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o "en cuanto tal", en tanto que se atribuye la regulación de la "materia" sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (STC 127/1994, 61/1997 y, en relación concretamente con el derecho de asociación, STC 67/1985 y 157/1992)" (fundamento jurídico segundo).

Lo anterior ha de ponerse en conexión con la competencia que al Estado reconoce el artículo 149.1.1 de la Constitución. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha entendido que en materia de derechos fundamentales "la capacidad normadora del Estado ex art. 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la

regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares antes señalados, y que, de otro, se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho (que es la finalidad que justifica la competencia estatal del art. 149.1.1 CE)".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en definitiva, traza una separación entre el desarrollo del derecho fundamental, reservado a la ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución), y las condiciones básicas de su ejercicio que puede establecer el Estado (artículo 149.1.1), constituyendo éstas los "requisitos mínimos indispensables" que guarden una conexión directa e inmediata con las facetas esenciales configuradoras del derecho fundamental de que se trate, a través de los cuales se garantice la igualdad de todos los españoles en su ejercicio.

Por consiguiente, se entiende por este Consejo de Estado que el Proyecto sometido a consulta debe extremar las cautelas a la hora de reproducir preceptos de la LOPD que, por razones de sistemática o claridad expositiva o de regulación de la materia, se considera preciso incorporar al mismo, pues, como se ha expuesto, el artículo 149.1.1 de la Constitución -único fundamento explicitado de la reglamentación proyectada- no puede considerarse cobertura ad hoc de las normas de la LOPD reproducidas, en la medida en que el ámbito de la mayoría de éstas (desarrollo del derecho fundamental) es distinto del plano en el que se insertan las normas que integran la reglamentación proyectada y no son mera reproducción de aquéllas (establecimiento de condiciones básicas).

B. El desarrollo reglamentario de la ley orgánica:

En línea con la consideración anterior, ha de examinarse sucintamente la relación entre la ley orgánica y la instancia normativa reglamentaria. Como dato primario, ha de significarse la indudable diferencia que existe entre la mera reproducción -con o sin matices de relieve- de preceptos de una ley orgánica en una norma reglamentaria y el desarrollo de las previsiones de la ley orgánica reguladora de un derecho fundamental por parte de una norma de rango reglamentario.

En términos generales, la colaboración de la ley orgánica y ley ordinaria en materia de derechos fundamentales presenta caracteres peculiares. Así, la jurisprudencia constitucional ha sido restrictiva a la hora de enjuiciar la hipotética colaboración entre ambos tipos de normas. Por la propia naturaleza de la ley orgánica y las limitaciones inherentes al propio concepto de "desarrollo" de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la ley orgánica aborde ese "desarrollo"

correspondiendo al legislador ordinario competente, estatal o autonómico, la regulación de la "materia" sobre la que se proyecta el derecho fundamental.

Esa llamada al legislador ordinario se ve aún más precisada en el caso de la norma reglamentaria. En este sentido, la propia STC 292/2000 declaró que "la fijación de los límites de un derecho fundamental (...) no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales" (fundamento jurídico 11º) y, de producirse, "debe quedar reducida a los casos en que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliar de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, 137/1986, de 6 de noviembre, 254/1994, de 15 de septiembre)".

Desde esta perspectiva, la norma reglamentaria que colabora en la precisión de los mandatos de la ley orgánica es en sí misma parte integrante del grupo normativo del derecho fundamental concreto. Por tanto, en sus determinaciones es consecuencia y complemento de las previsiones de la ley orgánica.

Este esquema normativo, que es el elegido por el titular de la iniciativa normativa considerada, no plantea especiales complejidades en aquellos aspectos en que las Comunidades Autónomas han asumido competencias de distinto grado e intensidad. Sería el caso, por ejemplo, del reconocimiento genérico del haz de derechos en que se descompone el derecho fundamental a la protección de datos en relación con los ficheros de su competencia, de donde se sigue que las normas contenidas en el Reglamento sobre el ejercicio de esos derechos se dictan al amparo de la cláusula del artículo 149.1.1 de la Constitución, de modo que se asegure la igualdad de los españoles en sus relaciones con dichos ficheros y en el ejercicio ante los mismos de los referidos derechos.

Las dificultades surgen en relación con aquellas materias sobre las que prima facie las Comunidades Autónomas carecen de competencia.

La LOPD ha establecido, a favor de la AEPD, una reserva de competencia sobre las transferencias internacionales de datos (artículos 33 y 34), correspondiéndole "ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos" - artículo 37.I)-, función que, sin embargo, no corresponde a las agencias autonómicas de control (artículo 41.1). En desarrollo de estas previsiones, el Título VI y Capítulo V del Título IX del Reglamento contemplan únicamente las competencias del Director de la AEPD.

Esta regulación ha sido criticada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. En concreto, la primera ha destacado que el artículo 156.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 29 de julio) atribuye a la

Generalidad de Cataluña la competencia ejecutiva en materia de protección de datos de carácter personal, incluyendo en todo caso la inscripción y el control de los ficheros de titularidad pública, sin hacer distinción en cuanto a las transferencias de datos sobre las que deba efectuarse esa función de control. De ello deduce el obligado reconocimiento de la competencia autonómica de autorización de dichas transferencias internacionales de datos.

El Consejo de Estado, como ya ha advertido en la segunda de las consideraciones del presente dictamen, estima de primera importancia en la tramitación de los expedientes los informes o escritos en los que se exponen las razones que llevan al proponente a aceptar o rechazar las sugerencias y observaciones que han sido realizadas por los órganos y entidades consultadas. En el presente caso, ya ha sido señalado, dichos documentos no obran en el expediente. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, debe consignarse la diferente acogida que, según su objeto, han tenido las observaciones de las agencias autonómicas de control. En este sentido, las apelaciones a la mayor colaboración, o a la plasmación normativa de la competencia autonómica, han tenido una clara acogida en el Título V del Reglamento (por ejemplo, en lo relativo a la notificación e inscripción de ficheros), pero nulo eco en el Título VI, relativo a las transferencias internacionales de datos.

Sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará en cuanto a la coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección de datos, quiere aquí destacarse que la falta de pronunciamiento del Ministerio proponente en relación con las alegaciones de las agencias autonómicas, unida a la invocación del artículo 149.1.1 de la Constitución, podría ser entendida como reconocimiento de que las previsiones del Título VI del Reglamento constituyen "condiciones básicas" en materia de transferencias internacionales de datos, cuando lo cierto es que en el esquema de la LOPD, y en la redacción actual del Reglamento, la autorización de dichas transferencias corresponde en exclusiva al Director de la AEPD, sin cabida para el eventual reconocimiento de una potestad semejante de las agencias de control autonómicas.

La constatación de dicho carácter exclusivo de la competencia de la AEPD en la materia se cohonesto con dificultad con la invocación que la disposición final del proyecto de Real Decreto hace al artículo 149.1.1 de la Constitución, como sustento del entero Reglamento.

En definitiva, se llama la atención sobre la necesidad de que se realice un mayor esfuerzo en la determinación de qué extremos de la reglamentación proyectada constituyen auténticas condiciones básicas, a los efectos del referido artículo 149.1.1 de la Constitución.

C. La invocación expresa de títulos competenciales:

La tercera cuestión apuntada ha sido abordada por el Consejo de Estado en anteriores dictámenes.

Así, en el Dictamen del expediente número 336/2006 se recordaba que el Tribunal Constitucional ha distinguido con claridad "entre el deber estatal de identificar formal y expresamente sus normas básicas (...) y la inexistente obligación del legislador de invocar expresamente el título competencial que ampara sus leyes" (así, la STC 233/1999 o la STC 164/2001). Desde esta perspectiva, se consideraba en el aludido dictamen que la mención del artículo 149.1.1 de la Constitución como fundamento de la regulación proyectada expresaba con suficiente claridad la vocación o pretensión de la norma estatal respecto de las competencias autonómicas, dado que tanto las bases como las condiciones básicas ordenan y limitan el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, por lo que tienen carácter "vinculante o limitativo" para ellas. Lo anterior, en cualquier caso, no suponía obstáculo para afirmar que, si en algún supuesto fuera dudoso que el artículo 149.1.1 de la Constitución pudiera ser cobertura suficiente para un concreto precepto, y este pudiera encontrar amparo en otro título competencial, se sugiriera la conveniencia de que se explicitara ese otro título competencial, a fin de lograr una mayor seguridad jurídica y evitar controversias innecesarias.

En esta línea de consideraciones, las agencias autonómicas de control de datos -letras g), h) e i) del antecedente segundo- han expuesto sus dudas acerca del alcance del invocado artículo 149.1.1 de la Constitución en relación con la totalidad del proyecto consultado. Así, entre otras cuestiones, se ha señalado que las reglas de procedimiento contenidas en su Título IX podrían encontrar amparo en el artículo 149.1.18 de la Constitución, antes que en el aludido artículo 149.1.1 de la Constitución.

El Consejo de Estado considera que dicha sugerencia ha de ser examinada a la luz de lo declarado por el Tribunal Constitucional (STC 290/2002), en el sentido de que, junto a la normación como aspecto esencial del citado artículo 149.1.1, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto pueden contener una "dimensión institucional", siempre que sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Desde esta perspectiva, puede ampararse en dicho título competencial la fijación en el Título IX del Reglamento de las líneas esenciales de los procedimientos a través de los cuales la AEPD ejerce sus competencias.

Existen, sin embargo, aspectos de dicho Título IX (su Capítulo IV) y del Título V del Reglamento ("Obligaciones previas al tratamiento de datos") que antes que ese carácter de "condiciones básicas" parecen presentar el de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, conforme al

artículo 149.1.18 de la Constitución. Así, dichos Títulos regulan las actuaciones de la AEPD y de las agencias autonómicas de control y la colaboración entre ellas en materia de notificación e inscripción de ficheros, estableciendo un mínimo normativo que se podría considerar como "base", en el sentido dado por la jurisprudencia constitucional a esta noción (STC 50/1999). Esa condición de bases ex artículo 149.1.18 de la Constitución ha de conectarse, además, con el objetivo de garantizar "a los administrados un tratamiento común" ante las agencias de control. Las Comunidades Autónomas, partiendo de dichas bases, podrán establecer las normas adicionales de desarrollo que estimen pertinentes.

Se sugiere, en definitiva, que se considere la posible inclusión en la disposición final única del proyecto de Real Decreto de la mención de otros títulos competenciales en que el mismo se funda, así como la precisión de los preceptos que se dictan en amparo de cada uno de ellos.

4.4. La incidencia de las reformas estatutarias en materia de protección de datos:

Algunas de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han introducido preceptos relativos al derecho a la protección de datos en relación con los ficheros de titularidad pública (artículo 31 de la Ley Orgánica 6/2006, de 29 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 28 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; artículo 32 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; artículo 16.3 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón). Junto a ellos, han regulado la protección de datos de carácter personal desde la perspectiva competencial, atribuyéndose competencias ejecutivas (Cataluña y Andalucía), de desarrollo legislativo y ejecución (Illes Balears) o compartidas (Aragón). En línea con dichas reformas se encuentran las ya iniciadas de otros Estatutos de Autonomía, actualmente en tramitación, caso de Castilla y León, Castilla-La Mancha y Canarias.

El creciente protagonismo normativo e institucional de las Comunidades Autónomas en materia de protección de datos, incluida la creación de futuras agencias de control -además de las ya mencionadas-, es otra razón que sugiere la conveniencia de extremar las cautelas a la hora de determinar las condiciones básicas del ejercicio del referido derecho fundamental. A estos efectos ha de recordarse que la STC 290/2002 declaró que sólo la reserva a una única autoridad (la AEPD) de la competencia sobre todos los ficheros, con independencia de su ubicación y naturaleza, puede garantizar la efectividad del derecho a la protección de los datos de

carácter personal, lo que conecta con la competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.1 de la Constitución, que excepcionalmente implica, además de una reserva normativa, una perspectiva institucional. De lo anterior se ha deducido la legitimidad del monopolio de la competencia estatal (AEPD) sobre todos los ficheros privados. Pero no ha supuesto un límite a la competencia de las Comunidades Autónomas para crear sus propias agencias de control (artículos 148.1.1 de la Constitución y 41 de la LOPD) y otorgar a éstas funciones de inscripción y control, en términos generales, sobre los ficheros de titularidad pública de la respectiva Administración pública y sus personificaciones.

Ilustrativa de la medida y ponderación con la que se obrase a la hora de determinar dichas condiciones imprescindibles o necesarias, a fin de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho y que, en cuanto tales, "requieren un tratamiento uniforme" (STC 173/1998), es la argumentación de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sobre las definiciones de ficheros de titularidad privada y pública contenidas en el artículo 5.1 del Reglamento, letras l) ("los ficheros de los que sean responsables las entidades sometidas al derecho privado, no vinculados en ningún caso con el ejercicio de potestades de derecho público, incluyendo aquellos de los que sean responsables las fundaciones del sector público, salvo en su caso, las fundaciones públicas sanitarias, las sociedades del sector público empresarial del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, con independencia de su estructura accionarial, y las Corporaciones de Derecho público, en cuanto dichos ficheros no se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de las potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica") y m) ("los ficheros de los que sean responsables los Órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las Instituciones Autonómicas con funciones análogas a las mismas, las Administraciones Públicas Territoriales, las entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas con personalidad jurídico pública y sometidas al derecho administrativo, las Universidades Públicas y las Corporaciones de derecho público, en este último caso, siempre y cuando dichos ficheros se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de las potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica").

Su discrepancia, fundada ante todo en la inclusión de determinadas estructuras institucionales en el concepto de fichero de titularidad privada - artículo 5.1.l) del Reglamento-, expresa la dificultad de acomodar la totalidad de su parte dispositiva a la configuración constitucional y jurisprudencial de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la Constitución. Dicha disconformidad -no resuelta finalmente en el Reglamento- no se ha de

traducir, a juicio del Consejo de Estado, en una observación de legalidad, pero sí ha de servir para poner de relieve que una tal definición -fichero de titularidad pública- es susceptible de generar problemas de encaje con las normas de organización institucional y de atribución competencial de las Comunidades Autónomas -como es el caso del artículo 2.2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid-. Una norma como la ahora examinada no es el cauce para incidir en la cuestión de las personificaciones instrumentales de las Administraciones públicas pero, en la medida en que delimita qué ha de entenderse por fichero de titularidad pública o privada, implicaría, según la referida agencia autonómica de control, una suerte de desapoderamiento al excluir su competencia, por vía de definición de estos ficheros, sobre unas entidades que sí se incluyen en el ámbito de aplicación de su ley reguladora (Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid).

El Consejo de Estado considera que la definición de fichero de titularidad pública del señalado artículo 5.1.m) carece del efecto que le atribuye la aludida agencia autonómica de control. Esta norma reglamentaria desarrolla la LOPD y, entre ellos, sus artículos 20, 37 y 41, de los que no resulta una definición de fichero de titularidad pública, cuya supervisión, allí donde existan, corresponde a las agencias autonómicas de control. La deseable unicidad del concepto no puede derivar en la imposición, como "condición básica", de una definición que imponga límites a la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas autonómicas, con el resultado de eludir el control de los ficheros de los que sean titulares algunas de dichas personificaciones. El concepto de fichero de titularidad pública ofrecido por el Reglamento, en síntesis, resultaría de aplicación a los ficheros públicos de la Administración estatal, sin afectar a las especialidades derivadas de las disposiciones organizativas de las Comunidades Autónomas. Debe hacerse notar, en definitiva, que la LOPD no contiene definiciones de las clases de ficheros y parece responder al criterio de la naturaleza del titular -pública y privada- para diferenciarlos.

Se sugiere, por ello, que dichas definiciones se supriman o bien se formulen de manera genérica y no exhaustiva -aunque, en este sentido, llama la atención la omisión de toda referencia a los ficheros de la Seguridad Social-, atendiendo a los criterios usualmente empleados por la AEPD -la naturaleza pública o privada del responsable o el ejercicio de potestades o funciones públicas, entre otros-.

4.5. La coordinación entre la AEPD y las agencias autonómicas:

La LOPD prevé la posibilidad de creación de agencias autonómicas de control de datos (artículo 41 de la LOPD). Algunas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes en materia de autoridades autonómicas de control (Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid, Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, y Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos) y otras cuentan con una previsión específica de creación, caso del artículo 75.5ª del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril).

En dichas disposiciones se establecen los correspondientes rasgos de dichas entidades, sus competencias y los procedimientos con arreglo a los cuales ejercen sus potestades de supervisión y control, aunque sea de manera sucinta.

El marco estatutario actualmente existente permite apreciar una mayor precisión y amplitud de las competencias que se fijan en materia de protección de datos de carácter personal, alcanzando a la inscripción y control de ficheros o tratamientos (artículo 156.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 75.5ª del Estatuto de Autonomía de Aragón; artículos 42.2.3º y 82 del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

En particular, en esta materia de notificación e inscripción de ficheros se ha venido manteniendo por la AEPD (informe 0000-2002) el diferente alcance de las competencias del Registro General de Protección de Datos (artículo 39 de la LOPD) y los registros que para el ejercicio de sus competencias pueden crear las Comunidades Autónomas (artículo 41.2 de la LOPD). En particular, se ha entendido que los artículos 37.j) y 41.1 de la LOPD prescriben la existencia de un único registro estatal que cumpla la función de publicidad de los tratamientos consagrado en el artículo 21 de la Directiva 95/46/CE, entendida como garantía esencial de la posibilidad del ejercicio por los ciudadanos afectados de sus derechos derivados del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. De lo anterior resultaría que, frente al Registro General de Protección de Datos, los registros que pueden crear las Comunidades Autónomas son meros registros administrativos de los tratamientos, instrumentales de la actividad de la correspondiente agencia autonómica, que no cumplen la función de publicidad referida. No existiría, por tanto, un sistema de "doble inscripción registral", sino un sistema de inscripción obligatoria en el registro estatal, complementado con la inclusión de los tratamientos en el registro autonómico correspondiente, para finalidades instrumentales de las competencias propias (artículo 41.2 de la LOPD). En consecuencia, no se ha admitido hasta la fecha que la obligación de notificación y posterior

inscripción en el Registro General de Protección de Datos de los tratamientos quede sometida a una previa notificación e inscripción en un Registro de ámbito autonómico, que enjuiciaría, con carácter previo, la posibilidad de dicha inscripción, lo que podría afectar a otras competencias de la AEPD (autorización previa de las transferencias internacionales de datos).

Este entendimiento de los mecanismos de publicidad instaurados en la LOPD parece continuar en los artículos 55 y siguientes del Reglamento. No obstante, algunos de los aspectos de dicha regulación parecen apuntar a la superación de la perspectiva puramente administrativa de dichos registros autonómicos (artículos 55.3 o 57), en tanto que otros refuerzan el sistema vigente (artículos 59 y 64), hipótesis que parece más respetuosa con el marco normativo en la materia, estatutario y orgánico.

En cualquier caso, el Consejo de Estado entiende que la regulación de los aspectos en los que se llama a la coordinación y colaboración entre los registros estatal y autonómico de ficheros o protección de datos podría merecer un tratamiento más adecuado y quizás más extenso y sistemático en el Reglamento.

En este sentido, el actual artículo 55.3 prevé el traslado de la inscripción efectuada en un Registro autonómico al Registro estatal, el cual, en caso de que esa comunicación o traslado no se produzca, puede solicitarlo a la instancia autonómica o, en su defecto, proceder a la inclusión de oficio del fichero en el Registro. Una solución más adecuada en el marco de la publicidad de los tratamientos pasaría por prever mecanismos obligatorios de comunicación o traslado de las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos (y así parece preverlo el precepto -"dará traslado"-). Desde esta perspectiva, se sugiere la reconsideración del actual párrafo segundo del artículo 55.3 del Reglamento, en el bien entendido de que, ante el incumplimiento por el registro autonómico de su obligación de traslado de la inscripción, el Registro estatal se limite a instar de la AEPD la inscripción de oficio del fichero (artículo 63), sin solicitar dicha comunicación del registro autonómico una vez incumplido el deber de traslado. Se entiende, en definitiva, que ha de darse la mayor de las prioridades a la publicidad del fichero o tratamiento, sin que la introducción de mecanismos sucesivos de comunicación, petición o traslado de inscripciones parezca ir en línea con la consecución de dicha finalidad primordial, como garantía esencial de la posibilidad del ejercicio por los ciudadanos de sus derechos derivados del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal.

V. y VI. Comentario concreto de proyecto de Real Decreto y del Reglamento de desarrollo de la LOPD

El proyecto de Real Decreto sometido a consulta presenta diversas deficiencias desde la perspectiva de la técnica normativa. En este sentido, se sugiere su revisión a la luz de las Directrices números 10, 38, 40 y 93. Junto a ello, ha de destacarse que son continuas las referencias en el mismo al propio proyecto cuando, en realidad, la referencia ha de ser realizada al Reglamento que se aprueba por el mismo (disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta y disposición derogatoria).

Asimismo, ha de señalarse que la disposición transitoria segunda, en su apartado 1.a), establece la obligación de implantación de las medidas de seguridad de nivel medio para aquellos ficheros automatizados que contengan "un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos, respecto de las medidas de este nivel que no fueran exigibles conforme a lo previsto en el artículo 4.4 del Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados de carácter personal, aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, debiendo mantener la aplicación de las medidas previstas en los artículos 17, 18, 19 y 20 de dicho Reglamento".

A estos efectos, ha de destacarse que dichas medidas se encuentran recogidas en los artículos 96, 97, 98 y 100 del Reglamento en proyecto. No parece preciso el mantenimiento de la referencia a esos preceptos del Reglamento de 1999, toda vez que si las medidas ya están implantadas no ha lugar a su supresión y, si no se hubieran implantado, han de instaurarse con arreglo a lo previsto en esta disposición transitoria. Todo ello, además, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44.3.h) de la LOPD.

Finalmente, ha de destacarse que numerosos órganos y entidades que han informado el Proyecto han sugerido la conveniencia de que se introdujera una disposición final relativa a la entrada en vigor de la reglamentación proyectada, sugerencia que, sin embargo, no ha sido atendida. A juicio del Consejo de Estado, dicha opción no es en sí misma objetable, dando lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo 2.2 del Código Civil. No obstante, en la medida en que la disposición en proyecto contiene un régimen transitorio de carácter complejo se sugiere que se reconsidere la incorporación de una disposición final que fije su fecha de entrada en vigor.

El Consejo de Estado, ante todo, quiere avanzar su valoración general positiva de la iniciativa normativa emprendida y que ahora le es sometida a su consideración. La disposición en proyecto constituye, sin duda, un

producto normativo de envergadura, que ha merecido, desde una perspectiva global, el parecer conforme de cuantos lo han informado.

Adelantado el parecer conforme del Consejo de Estado, han de realizarse, no obstante, diversas observaciones sobre el ámbito objetivo de aplicación de la norma (6.1), los tratamientos excluidos (6.2), las definiciones (6.3) y las medidas de seguridad (6.4).

Art. 6.1. Ámbito objetivo de aplicación:

Ante todo, ha de destacarse que el artículo 2.1 del Reglamento en proyecto presenta una diferencia notable con el artículo 2.1 de la LOPD, al omitir el inciso final de éste ("por los sectores público y privado"). En la medida en que esta divergencia puede introducir un factor de confusión en la aplicación de la norma se sugiere que el precepto reglamentario incorpore la redacción legal.

A lo largo de la tramitación del expediente ha suscitado diversas observaciones la redacción del artículo 2.2 del Reglamento - antiguo artículo 20.4-, relativo a la exclusión del ámbito de aplicación de los datos referidos a las personas fallecidas. Las primeras versiones, tributarias de la doctrina de la AEPD en la materia, se han visto sustituidas por la actual, en la que se establece lo siguiente:

"Este Reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o de hecho, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiera lugar a ello, la cancelación de los datos".

La citada redacción guarda un acusado paralelismo con el artículo 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Lógicamente, es posible establecer diferencias entre el régimen general de protección de datos de carácter personal y el acceso y la conservación de las historias clínicas (artículo 17 de la Ley 41/2002), sobre las que no es preciso entrar en el presente dictamen.

Por lo que se refiere al régimen establecido, el Consejo de Estado considera genérica en exceso la referencia a los sujetos legitimados ("personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o de hecho"), sin que en el expediente se haya ofrecido criterio alguno que sustente esta opción normativa. Debe tenerse en cuenta que los herederos del fallecido sí ostentan una serie de derechos e intereses legítimos sobre el patrimonio del causahabiente (herencia) y sobre bienes intangibles de la personalidad (honor e imagen). Dichos derechos e intereses cuentan con cauces

adecuados para su ejercicio y defensa en el seno del ordenamiento (Código Civil y 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), encontrando en materia de protección de datos un adecuado complemento en el precepto comentado. De conformidad con este planteamiento, es lógico que susciten dudas los términos empleados en la redacción del precepto comentado en lo que se refiere a la "vinculación de hecho" con el fallecido, que puede venir referida no sólo a una relación personal (como, por ejemplo, una relación de afectividad estable, análoga a la conyugal), sino también a una relación comercial o contractual preexistente entre fallecido e interesado, sin que el Reglamento precise dicha cuestión. Por consiguiente debe valorarse la posibilidad de precisar este aspecto y de aclarar los términos en que actualmente está redactado el artículo examinado, a fin determinar cuáles son esos vínculos por "razones de hecho" con el fallecido que legitiman a una persona para solicitar la cancelación de los datos de éste.

Desde una perspectiva distinta, debe tenerse en cuenta que la cancelación de los datos procede cuando sean inexactos, en todo o en parte, incompletos o hayan dejado de ser pertinentes o necesarios para la finalidad para la cual habían sido recabados o registrados (artículo 4 de la LOPD). Dicha inexactitud puede derivar, precisamente, del fallecimiento del interesado o afectado, toda vez que los datos personales se refieren a personas físicas, siendo así que, desde un punto de vista jurídico, la personalidad se extingue con el fallecimiento. Ello legitimaría al responsable del fichero a cancelar esos datos de oficio en el momento mismo en que tuviera un conocimiento fehaciente del fallecimiento o de su titular, supuesto este que puede entenderse implícitamente previsto en el artículo 4.4 LOPD, en la medida en que dicho precepto reconoce al responsable del fichero la facultad de cancelar de oficio los datos inexactos. Y ello sin perjuicio de que corresponda en cada supuesto al responsable del fichero o, en última instancia, a la agencia de control competente y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, valorar la pertinencia de la cancelación solicitada por los sujetos legitimados o de la negativa a la misma, por parte de aquél.

Art. 6.2. Los tratamientos excluidos:

El artículo 2.2 de la LOPD regula lo que se han denominado "tratamientos excluidos", en tanto que su artículo 2.3 trata de los ficheros a los que la LOPD es de aplicación supletoria, en todo aquello que no ha sido previsto por su normativa específica (por ejemplo, el censo electoral).

El Reglamento regula los primeros en su artículo 4, pero no dedica precepto específico a los segundos. Dicho artículo 4 del Reglamento, en línea con lo anteriormente indicado, reproduce el precepto legal con matices, algunos de los cuales no enervan el sentido y finalidad de la LOPD, aunque otros sí plantean dudas de diverso alcance.

Sin perjuicio de recomendar que todo el precepto se ajuste a la dicción legal y, por consiguiente, que se consigne la expresión "fichero" donde el Reglamento emplea "tratamiento", la primera de las divergencias existentes entre ambos preceptos se encuentra en la letra a), según la cual quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento -artículo 2.2.a) de la LOPD- los ficheros y tratamientos "realizados o mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares".

La Agencia Vasca de Protección de Datos, en su informe de 18 de junio de 2007, ha considerado que esta redacción no se ajusta a la interpretación jurisprudencial del citado precepto legal pues, según la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2006, el tratamiento será personal "cuando los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad", cuando la finalidad del tratamiento "no sea otra que surtir efecto en estos ámbitos" y "cuando no se pretenda una finalidad profesional".

A juicio del Consejo de Estado, la precisión incorporada por el Reglamento introduce criterios importantes para delimitar qué tratamientos se encuentran excluidos de la aplicación de la LOPD y su normativa de desarrollo. Entiende incluso que es respetuosa con la doctrina jurisprudencial en la materia.

Mayores dudas suscita, en cambio, la letra c) del comentado artículo 4 del Reglamento proyectado. Así el artículo 2.2 de la LOPD, en su letra c), establece lo siguiente:

"El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:

c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos".

Este segundo inciso, sin embargo, recibe una redacción diversa en el Reglamento. En concreto, se prevé que "tendrán esta consideración aquellos tratamientos respecto de los que el responsable del fichero haya

comunicado previamente a la Agencia Española de Protección de Datos sus características generales y su finalidad".

Como se ha señalado en trámite de audiencia, la redacción del aludido inciso en el Reglamento parece hacer depender la propia naturaleza o finalidad del fichero y, en consecuencia, su exclusión del régimen de la LOPD, de la comunicación de sus características generales y finalidad a la AEPD, de tal suerte que, en caso de omitirse dicha comunicación, el fichero quedaría incluido en el ámbito de aplicación de la LOPD.

No cabe introducir semejante criterio de distorsión en una norma de rango reglamentario, de modo que parezca que la LOPD puede ver excepcionado su régimen -en el sentido de incluir lo excluido- por vía reglamentaria, por lo que se sugiere seguir la redacción legal.

También ha suscitado dudas el alcance del segundo y tercer párrafo de esta letra c) del artículo 4 del Reglamento, conforme a los cuales:

"No obstante, los interesados podrán solicitar de la Agencia Española de Protección de Datos que verifique la licitud del tratamiento de sus datos en los supuestos contemplados en el párrafo anterior.

La Agencia Española de Protección de Datos podrá recabar del responsable del fichero la asistencia que precise para el ejercicio de su potestad de verificación, limitándose a responder al interesado que hubiera efectuado la solicitud acerca del hecho mismo de la realización de la verificación, sin ninguna indicación sobre su resultado".

Esta potestad de verificación encuentra su cobertura en el artículo 28.4 de la Directiva 95/46/CE, conforme al cual:

"Toda autoridad de control entenderá de las solicitudes que cualquier persona, o cualquier asociación que la represente, le presente en relación con la protección de sus derechos y libertades respecto del tratamiento de datos personales. Esa persona será informada del curso dado a su solicitud.

Toda autoridad de control entenderá, en particular, de las solicitudes de verificación de la licitud de un tratamiento que le presente cualquier persona cuando sean de aplicación las disposiciones nacionales tomadas en virtud del artículo 13 de la presente Directiva. Dicha persona será informada en todos los casos de que ha tenido lugar una verificación".

El señalado artículo 13 de la Directiva habilita a los Estados miembros para la imposición de limitaciones en el ejercicio de algunos derechos en relación con los tratamientos que se desarrollan en determinadas materias o ámbitos de actividad pública (seguridad pública, defensa, intereses económicos, entre otros). El juego de los artículos 13 y 28 de la Directiva 95/46/CE permite, en suma, a las autoridades de control de los Estados miembros verificar la licitud de los tratamientos de datos personales en relación con los cuales la legislación de aquellos ha establecido las limitaciones que admite la propia Directiva 95/46/CE (artículos 6, 10, 11, 12

y 21). Es decir, en esos supuestos en los que, por la importancia del interés público en presencia, se decide implantar una serie de limitaciones al régimen general de protección de los datos de carácter personal instaurado por la Directiva 95/46/CE, no queda excluida a limine la competencia supervisora de las autoridades de control.

Esta conclusión es trasladable, con los matices que seguidamente se señalarán, a "los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada" del artículo 2.2.c) de la LOPD. Y ello porque, frente a la exclusión sin ambages que la misma hace de su régimen respecto de los ficheros "personales o domésticos" y los sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, el responsable de los ficheros incluidos en la aludida letra c) del artículo 2.2 ha de comunicar previamente a la AEPD la existencia, características generales y finalidad del fichero en cuestión. De este modo, al prever que la AEPD ha de tener conocimiento de su existencia y finalidad se establece ya un mínimo control sobre tales ficheros.

A la luz de esta previsión concreta podría considerarse que la LOPD ofrece implícitamente cobertura para la atribución de dicha potestad de verificación de la licitud del tratamiento a la AEPD, amparada, por otra parte, por su artículo 37.n).

Al respecto han de hacerse dos observaciones, una de carácter particular y otra de alcance más general.

Por lo que se refiere a la primera, ha de resaltarse que el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE limita esa potestad de verificación de las agencias de control a la comprobación de la licitud del tratamiento, limitándose su función ad extra (hacia el solicitante de la verificación) a la información de que la misma ha tenido lugar. De ello se deduce que las agencias, y así resulta del proyectado artículo 4.c) del Reglamento, pueden controlar los extremos que en su día le fueron comunicados por el responsable del fichero y, entre ellos, el respeto a la finalidad indicada, esto es, que los datos que nutren el fichero excluido continúan siendo objeto de tratamiento en los términos y para la finalidad concreta que fueron comunicados a la Agencia.

Y por lo que hace a la observación de índole general, entiende el Consejo de Estado que, sin perjuicio de su previsión específica para los ficheros examinados, el reconocimiento expreso de dicha potestad de verificación a favor de la AEPD podría haber merecido en el Reglamento en proyecto un precepto específico en el que, sin perjuicio de aquella concretización, se realizara dicha atribución con carácter general en relación con aquellos ficheros que presenten los caracteres previstos en el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE, que viene a corresponderse con los artículos 22 a 24 de la LOPD, en relación con su artículo 2.3.

Art. 6.3. Las definiciones (artículo 5 del Reglamento):

La amplia relación de definiciones que contiene la reglamentación proyectada ha generado numerosas observaciones por parte de los organismos y entidades a los que ha sido sometida la iniciativa normativa considerada. Gran parte de esas definiciones provienen de los Reales Decretos 1332/1994 y 994/1999, aunque algunas han sido modificadas, a fin de mejorar su alcance e intelección.

Se ha advertido por el Consejo de Estado que ha sido precisamente en este ámbito en el que se ha producido una leve separación entre los preceptos de la LOPD y los del Reglamento proyectado, con la proclamada intención de armonizar dichas definiciones con las contenidas en la Directiva 95/46/CE. Esa disparidad no es en sí misma objetable, siempre que pueda producirse una interpretación conforme, en el sentido indicado por la jurisprudencia comunitaria (Asunto 14/83, Von Colson and Kamann, Sentencia de 10 de abril de 1984; Asunto 103/88, Fratelli Costanzo, Sentencia de 22 de junio de 1989). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene declarado que "corresponde a la jurisdicción nacional dar a la ley adoptada para la aplicación de la Directiva, en la medida en que le sea concedido un margen de apreciación por su Derecho nacional, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario". En consecuencia, las directivas pueden emplearse como criterio para desentrañar el sentido de la norma nacional, y aun para integrar las lagunas del Derecho patrio. Sin embargo, ese principio ha de respetar los límites que imponen el propio Derecho nacional, los principios generales del Derecho comunitario y la directiva de que se trate en el caso concreto.

En esta situación de leve divergencia, no objetable y que puede suplirse en el seno del grupo normativo sin acudir a interpretaciones contra legem, se encuentran entre otras las definiciones de destinatario o interesado - artículo 5.1.h) y artículo 2.g) de la Directiva-, fichero -artículo 5.1.k) y artículo 2.c) de la Directiva-, tercero -artículo 5.1.r) y artículo 2.f) de la Directiva- y tratamiento de datos -artículo 5.1.t) y artículo 2.b) de la Directiva-, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá sobre este último concepto.

Junto a lo anterior, algunas de las definiciones que contiene el Reglamento merecen un comentario específico.

A. Ficheros de titularidad privada y pública (artículo 5.1.l) y m):

Ya se ha señalado con anterioridad (punto 4.4 de las presentes consideraciones) que las definiciones ahora comentadas han suscitado

diversas objeciones, algunas de ellas debidas a su defectuosa formulación inicial y otras de mayor calado, relativas a su adecuación competencial. Entre estas últimas destacan las de las agencias autonómicas de control o supervisión de datos, que han dudado de la utilidad que dichas definiciones pueden alcanzar si se tienen en cuenta las normas ya dictadas en la materia por las Comunidades Autónomas, de incidencia primordial en materia de ficheros públicos, y aquellas que serán dictadas tras las recientes reformas estatutarias (ya se ha aludido, con anterioridad, a la cuestión de la notificación e inscripción de los tratamientos). El Consejo de Estado ha afirmado en anteriores ocasiones que "los poderes públicos no pueden dejar de ejercitar sus competencias ante la hipótesis de un cambio de titularidad, cesión o transferencia de las mismas, pues prevalece, dentro de un esquema de lealtad institucional y cooperación, el interés público superior en juego, que puede exigir el adecuado y puntual ejercicio de los poderes y competencias constitucional y legalmente atribuidos" (Dictamen número 2476/2006). Ello, en el bien entendido de que en la hipótesis de aprobación de una reforma estatutaria con cambios en la titularidad de las competencias, o en los mecanismos de ejercicio de las propias por la posible concurrencia de competencias sobre una misma materia, el despliegue previo de aquellas potestades no inmoviliza al nuevo titular de la competencia o vacía de contenido sus nuevas potestades, pudiendo actuarlas a su voluntad -creando una autoridad de control o dictando las disposiciones que estime precisas en relación con los ficheros públicos de su Administración pública y organismos vinculados a la misma-, con los nuevos límites que resulten de la distribución competencial vigente en cada momento. En definitiva, la definición por una norma estatal de lo que sean, a los efectos de su esfera propia de actuación, los ficheros públicos y privados en nada afecta a la competencia autonómica para establecer normas específicas relativas a su organización administrativa y al derecho de protección de los datos de carácter personal ante sus autoridades de control, dentro del respeto, siempre y en todo caso, a las normas de la LOPD y aquellos preceptos de su Reglamento de desarrollo que tengan el carácter de condiciones básicas conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución.

Junto a ello, ha de destacarse la complejidad de las definiciones que ahora se comentan. Ya se sugirió con anterioridad que la definición de fichero de titularidad pública podría simplificarse, atendiendo, por ejemplo, a los criterios suministrados por la doctrina de la AEPD.

Y por lo que se refiere a la definición de fichero de titularidad privada, el Consejo de Estado advierte de su carácter parcial, en el sentido de que, a diferencia de lo previsto en el artículo 25 de la LOPD (que hace referencia a "persona, empresa o entidad titular"), el Reglamento atiende únicamente a

la perspectiva institucional. Se sugiere colmar esta omisión de modo que la definición abarque la pluralidad de sujetos a los que se refiere la LOPD.

B. Responsable del fichero o del tratamiento (artículo 5.1.q):

Este precepto introduce un inciso final ("aunque no lo realizase materialmente") no previsto en el artículo 3.d) de la LOPD. Dicha diferencia, sin embargo, no es objetable. El régimen del responsable del fichero en la LORTAD distinguía entre titular del fichero y responsable del fichero, si bien tal distinción desapareció en la LOPD. La norma vigente considera responsable a "toda persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". En ese poder de decisión sobre la finalidad y uso que se da al tratamiento, que no tiene que ir acompañado de la realización de las actividades que integran el tratamiento, radica la esencia de la figura del responsable que ahora se examina.

A juicio del Consejo de Estado, la redacción de este precepto, que incorpora la jurisprudencia que distingue al responsable del fichero del responsable del tratamiento (STS de 5 de junio de 2004, 28 de febrero y 26 de abril de 2005) y la relativa a las operaciones de deduplicación (SAN de 29 de abril de 2005 y 20 de abril de 2006) no entraña problemas de legalidad, máxime cuando cualquier alteración del régimen de responsabilidad del responsable del fichero o tratamiento, en eventual perjuicio de un encargado del tratamiento, encuentra freno en los artículos 20, 21 y 46 del Reglamento.

C. Tratamiento de datos (artículo 5.1.t):

En relación con esta definición cabe destacar que allí donde el artículo 3.b) de la LOPD emplea el verbo "permitir" y el artículo 2.d) de la Directiva "facilitar", el Reglamento utiliza "implicar". Esta diferencia puede ser corregida en el Reglamento sin dificultad.

D. Documentación y soporte (artículo 5.2, letras f) y ñ):

El Reglamento define estos dos términos de manera parcialmente coincidente, ya que en ambos se hace referencia a dispositivos físicos de almacenamiento, descripción que parece más acorde con la definición de soporte que ya contenía el artículo 2.10 del Reglamento de medidas de seguridad de 1999. Se sugiere una revisión de la definición de ambos conceptos, a fin de evitar duplicidades innecesarias o solapamientos.

E. Perfil de usuario (artículo 5.2.i): De conformidad con el criterio alfabético seguido en la relación de definiciones incorporada en los dos apartados del comentado artículo 5 del Reglamento, se sugiere que la definición de perfil de usuario se sitúe tras la de "incidencia" y antes de la de "recurso".

Art. 6.4. Las medidas de seguridad (Título VIII):

La preocupación por la seguridad de los datos de carácter personal es una constante en nuestro Derecho y en las normas europeas en la materia.

Así, el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa núm. 108, de 28 de enero de 1981, establece que se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de los datos, contra la destrucción accidental o no autorizada o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados.

Por su parte, el artículo 17.1 de la Directiva 95/46/CE dispone lo siguiente:

"Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.

Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse".

Dichas disposiciones se han visto acompañadas de otras como la Recomendación de 17 de febrero de 1995, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de datos de carácter personal en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, especialmente en lo que se refiere a los servicios telefónicos, o la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

En nuestro Derecho, a las disposiciones de protección de datos de carácter personal (LORTAD, LOPD y Real Decreto 994/1999) acompañan las normas en materia de secreto de las comunicaciones y protección de datos personales en las redes y servicios, contenidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo, principalmente, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el

que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (artículos 61 y siguientes). Esta preocupación por la seguridad también se ha plasmado en desarrollos normativos específicos en el ámbito de los datos relativos a la salud (Ley 41/2002).

En el ámbito concreto de la protección de datos de carácter personal, la obligación de adoptar las medidas de seguridad previstas en las normas vigentes se impone a los responsables de los tratamientos o los ficheros y los encargados del tratamiento (artículo 79 del Reglamento en proyecto). Esta obligación de medios que opera sobre la base de círculos concéntricos de seguridad, a la que aluden los artículos 9, 20.1.h) y 26.2 de la LOPD, ha pivotado sobre la implantación de mayores niveles de seguridad en atención al carácter de los datos objeto de tratamiento, imponiendo medidas más numerosas y más estrictas al tratamiento de los datos especialmente protegidos (artículo 7 de la LOPD y artículos 4.3 y 23 a 26 del Reglamento de 1999).

El Reglamento consultado dedica a la materia sus artículos 79 a 114, que reproducen gran parte del contenido del citado Reglamento de medidas de seguridad de 1999, con la novedad de abordar la regulación de las medidas de seguridad que habrán de implantarse en los tratamientos no automatizados de datos de carácter personal (artículos 105 a 114).

Observaciones particulares sobre la aplicación de los niveles de seguridad

No obstante la valoración general positiva que merecen dichos preceptos, han de realizarse unas observaciones particulares sobre la aplicación de los niveles de seguridad (A), el documento de seguridad (B) y los medios de identificación y autenticación (C).

A. Aplicación de los niveles de seguridad:

Esta capital cuestión aparece regulada en el artículo 81 del Reglamento (el cual, por otra parte, habría de adaptar su actual división interna a la Directriz número 31).

En relación con su segundo apartado, la AEPD ha considerado criticable que, a los efectos de la implantación de las medidas de seguridad de nivel medio, se especifiquen, dentro de los ficheros o tratamientos de los que sean responsables las entidades del Sistema de la Seguridad Social, aquellos que "se relacionen con el ejercicio de sus competencias en materia de recaudación".

Es posible que dicha extensión de las medidas de nivel medio a la esfera de la recaudación de los recursos de la Seguridad Social sea una mera traslación de las exigidas a los ficheros de los que sea responsable la Hacienda Pública (artículo 4.4 del Reglamento de 1999). Sin embargo, no guarda exacta correspondencia con el propio artículo 81.2 del Reglamento, que impone esas medidas de nivel medio a los ficheros de los que sean responsables las Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias (no sólo de las de recaudación). En cualquier caso, con la actual redacción quedan fuera de la implantación de esas medidas los ficheros relacionados con la vida laboral de los trabajadores. Esta exclusión, a juicio del Consejo de Estado, no se compadece con la importancia que los documentos de la vida laboral pueden presentar para los trabajadores (a los efectos, por ejemplo, de acreditar unos determinados años de cotización), por lo que se sugiere su posible reconsideración.

Una de las cuestiones que ha suscitado mayores objeciones en trámite de audiencia ha sido la aplicación de las medidas de nivel alto a los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal "de los que sean responsables los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas respecto a los datos de tráfico y a los datos de localización".

Diversas entidades han alegado el carácter injustificado de dicha implantación y han destacado sus costes económicos y técnicos, entendiéndolo que bastaría, a los efectos de protección perseguidos, con las medidas de seguridad de nivel medio, acompañadas, en su caso, de alguna de las medidas de nivel alto.

El Ministerio proponente ha señalado al respecto que la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, impone la conservación y, en su caso, cesión de determinados datos de tráfico y de localización en la investigación de delitos, datos que, adecuadamente tratados, pueden dar información esencial sobre el titular de los mismos. La exigencia de las medidas de seguridad de nivel alto estaría dirigida a evitar cualquier manipulación y el acceso indebido a tales datos.

Se infiere así que el establecimiento de dicho nivel de medidas de seguridad a los aludidos datos se encuentra en relación directa con el régimen de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (que incorpora a nuestro Derecho la citada Directiva 2006/24/CE). El amplio elenco de datos que han de ser objeto de conservación conforme al artículo 3 de la Ley 25/2007 eleva el riesgo y

dificultad del tratamiento. En concreto, el artículo 8 de la Ley 25/2007 relega a la LOPD y su normativa de desarrollo la determinación del nivel de las medidas de seguridad aplicables a la conservación y tratamiento de esta clase de datos.

La decisión incorporada al Reglamento en proyecto (exigencia de medidas de nivel alto) no es en sí misma objetable, pero ha de tenerse en cuenta que el Reglamento no constituye, en puridad, una norma de desarrollo de la citada Ley 25/2007, por lo que algunas de las medidas de seguridad de nivel alto en él previstas pueden representar trabas o disfunciones para los fines perseguidos por la citada norma legal.

Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen número 32/2007, de 22 de marzo de 2007, relativo a un anteproyecto de ley que desembocó en la citada Ley 25/2007, los datos que han de conservarse (artículo 3) sólo pueden ser cedidos a los denominados agentes facultados (artículo 6), sin que esa cesión (artículo 9) pueda ser comunicada por el responsable del tratamiento (o sujetos obligados, conforme a su artículo 2) a los titulares de los datos. En este sentido, el artículo 7 de la Directiva 2006/24/CE ("Protección y seguridad de los datos") precisa que los proveedores de servicios han de asegurar que "los datos estarán sujetos a medidas técnicas y organizativas apropiadas para velar por que sólo puedan acceder a ellos las personas especialmente autorizadas". Para el Consejo de Estado, había de evitarse en la redacción del artículo 9 una mención a la exclusión del derecho de acceso a los datos conservados (el artículo 15 de la LOPD no introduce límite alguno a su ejercicio), sin que dicho derecho a priori pareciera perjudicar los fines a que se orientaba la ley. Por ello, se sugería, y así se ha recogido en el vigente artículo 9.1 de la Ley 25/2007, que la finalidad perseguida con esa denegación de acceso por la Directiva se atendiera excluyendo el conocimiento por el interesado de la cesión efectuada a los agentes facultados.

En suma, ciertos extremos del Reglamento, entre ellos, alguna de las medidas de seguridad de nivel alto previstas con carácter general, pueden sufrir disfunciones en su aplicación a la clase de ficheros o tratamientos a los que se viene haciendo referencia, como es el caso de la previsión del artículo 103.4 del Reglamento ("Registro de accesos") relativa a que el período mínimo de conservación de los datos registrados será de dos años, lo que contrasta con el régimen del artículo 5 de la Ley 25/2007, que lo limita, con carácter general, a doce meses desde la fecha de la comunicación, sin que se hayan observado los requisitos que, para la ampliación de dicho plazo a dos años como máximo, prevé el primer apartado del artículo 5 de la citada ley.

Las anteriores consideraciones pretenden, en definitiva, poner de relieve algunas dificultades que presenta la examinada disposición de la

reglamentación en proyecto, a los efectos de lo previsto en la Ley 25/2007. La constatación de dichas disfunciones lleva al Consejo de Estado a sugerir un examen detenido del encaje de las previsiones de ambas disposiciones.

B. El documento de seguridad (artículo 88):

La relevancia que presenta este documento en la totalidad del sistema de medidas de seguridad previsto en el Reglamento ya fue puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en el Dictamen número 3692/97, de 24 de julio de 1997, relativo a un proyecto normativo que posteriormente desembocaría en el Reglamento de medidas de seguridad de 1999.

En dicho dictamen, se indicaba que no sólo el artículo 9 (entonces de la LORTAD, hoy de la LOPD) se enderezaba a la seguridad de los datos, sino todo el cuerpo legal, destacándose "el paso natural desde el derecho fundamental, materia genuina de la Ley Orgánica, al régimen de los aspectos organizativos de los ficheros, cuestión mucho más propia de la potestad reglamentaria". En este ámbito, la figura capital es el responsable del fichero o tratamiento, sobre el que recae primariamente la obligación de garantizar la seguridad de los datos de carácter personal, los sistemas en que se integran y sus tratamientos. Dicha obligación general que recae primariamente sobre el responsable del fichero, señalaba el Consejo de Estado, es idéntica en ficheros públicos y privados, en tanto que las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento de las medidas descritas varían según la titularidad del fichero en cuestión.

El Reglamento en proyecto, frente al vigente de 1999, presenta la novedad esencial de adaptar el régimen de medidas de seguridad a la LOPD, lo que significa la extensión de los tres niveles de seguridad (básico, medio y alto) a todos los tratamientos de datos de carácter personal, automatizados o no automatizados.

Es por ello por lo que, como sugirió la AEPD en el apartado XXIV de su informe -letra c) del antecedente segundo-, podría considerarse superfluo el mantenimiento de lo dispuesto en la letra h) del artículo 88.3 del Reglamento (que establece el contenido mínimo del documento de seguridad), en cuanto obliga a consignar "las medidas de seguridad adoptadas respecto de los ficheros o tratamientos no automatizados".

Esta redacción presenta la adopción de dichas medidas como una suerte de alternativa para el responsable del fichero, que habrá de reflejar en el documento de seguridad las medidas que ha adoptado en relación con los ficheros no automatizados. Una vez que el Reglamento, sin embargo, ha eliminado sus dudas iniciales acerca de la aplicabilidad de los tres niveles de seguridad a todos los ficheros, con sus necesarias modulaciones según sean o no automatizados, la implantación de las medidas a los ficheros no

automatizados carece de margen de maniobra para los responsables de los mismos, que habrán de imponer las exigidas por el Reglamento. Desde esta perspectiva, la previsión del artículo 88.3.h) del Reglamento resulta superflua, por lo que se sugiere la reconsideración de su mantenimiento en el Reglamento, al menos, en sus términos actuales.

Junto a ello, ha de destacarse que el artículo 88.1 encomienda al responsable del fichero o tratamiento (al modo del artículo 8 del Reglamento de 1999) la elaboración del documento de seguridad, lo que no impide la delegación de su llevanza en el encargado del tratamiento, en los términos del artículo 88.6. Este mismo apartado, sin embargo, alude al documento de seguridad del encargado, como una figura diferente a la anterior, a la que se hace referencia en el artículo 82.2 del Reglamento (y a la que, por razones de índole temporal, no aludía el Reglamento de medidas de 1999, que no regulaba siquiera la figura del encargado del tratamiento). No se consigna, sin embargo, por el Reglamento si ese documento de seguridad del encargado ha de reunir el contenido mínimo del apartado tercero del artículo 88, ni si se le aplican las previsiones de actualización y revisión de su apartado séptimo. Además, se prevé que ese documento de seguridad del encargado ha de ser elaborado si el servicio fuera prestado en sus propios locales, ajenos a los del responsable del fichero, supuesto en el que, en su caso, puede completar el documento que ya hubiera elaborado.

A juicio del Consejo de Estado, el lugar idóneo para regular los documentos de seguridad del responsable y, en su caso, encargado del tratamiento, es el artículo 88 del Reglamento. Por razones de adecuada ubicación sistemática se recomienda incluir las disposiciones relativas al documento de seguridad del encargado en el referido precepto.

Finalmente, en relación con esta figura, se sugiere revisar la redacción del segundo párrafo del artículo 82.2 del Reglamento, a fin de evitar la reiteración de la palabra "responsable".

C. Los medios de identificación y autenticación (artículo 93):

Dispone este precepto en su primer apartado lo siguiente:

"El responsable del fichero o tratamiento deberá adoptar las medidas que garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios. Para ello, podrán utilizarse, entre otros, mecanismos basados en certificados digitales electrónicos o en el reconocimiento de datos biométricos".

Estas medidas de seguridad se ubican entre las del nivel básico. La regulación transcrita ha suscitado diversas objeciones en la tramitación del expediente. En lo que aquí interesa, quiere llamarse la atención sobre la

determinación de algunos de los mecanismos que pueden ser empleados para garantizar la correcta identificación y autenticación de los usuarios.

A juicio del Consejo de Estado, esa determinación, aunque no sea exhaustiva, puede no compadecerse con las exigencias derivadas de la invocación del artículo 149.1.1 de la Constitución como fundamento normativo de la totalidad del Reglamento.

Como se señaló con anterioridad, el Tribunal Constitucional ha trazado una separación entre el desarrollo del derecho fundamental, reservado a la Ley Orgánica, y las condiciones básicas de su ejercicio que puede establecer el Estado, conforme al citado artículo 149.1.1 de la Constitución, constituyendo éstas los "requisitos mínimos indispensables" que guarden una conexión directa e inmediata con las facetas esenciales configuradoras del derecho fundamental de que se trate, a través de los cuales se garantice la igualdad de todos los españoles en su ejercicio.

Estas medidas de "identificación y autenticación" entroncan con la salvaguardia del derecho a la protección de datos de carácter personal en cuanto que a través de ellas -letras b) y h) del artículo 5.2 del Reglamento- se establecen los procedimientos de comprobación y reconocimiento de la identidad de los usuarios autorizados. Dichos mecanismos refuerzan las garantías del derecho fundamental, pues constituyen un medio de protección uniforme que permite verificar qué usuario ha accedido a los datos, a los efectos de las posibles responsabilidades derivadas de la destrucción accidental o no autorizada, la pérdida accidental o el acceso, la modificación o la difusión no autorizados de dichos datos.

Esa garantía consiste, prima facie, en la previsión de los mecanismos de protección. Sin embargo, la especificación de cuáles pueden ser esos mecanismos, cuyo establecimiento concreto se deja en manos del responsable del fichero o tratamiento, parece exceder de la competencia estatal para el establecimiento de las "condiciones básicas" que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos, cuando menos, en su generalidad, en lo que se refiere a los ficheros de titularidad pública.

Se pone de relieve, también en este ámbito, la insuficiencia de la cláusula competencial invocada por la disposición final única del proyecto de Real Decreto para dar cobertura a la totalidad de las previsiones reglamentarias.

A juicio del Consejo de Estado, la constatación de esas dificultades ahonda en la necesidad de precisar lo que son verdaderas condiciones básicas del ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos. En este punto concreto, en nada padecería la disposición comentada si se suprimiera su segundo inciso. En consecuencia, se sugiere la reconsideración del precepto en los términos indicados.

VII. Otras observaciones

El Consejo de Estado, finalmente, ha detectado diversos extremos de la regulación proyectada que merecen una reflexión adicional. Además, recomienda realizar una revisión general del texto, pues se han observado distintas deficiencias en la redacción del Reglamento (artículos 20.3, párrafo segundo, 33.1 -en relación con el artículo 16.5 de la LOPD-, 34.c) -en relación con el artículo 13.1 de la LOPD-, 59.1, 66.1 -en el que la remisión correcta parece ser al artículo 70 del propio Reglamento, y no al 69-, 69.1 - la cita ha de hacerse al artículo 37.f) de la LOPD-, 113.2, 133 - debe seguirse la redacción propuesta por la AEPD-, y 145.3).

7.1. Principios relativos a la calidad de los datos (artículo 8):

Se ha detectado una cierta divergencia entre el párrafo segundo de su quinto apartado y el artículo 4.4 de la LOPD, pues mientras éste alude directamente a la cancelación de los datos inexactos o incompletos, el Reglamento introduce la posibilidad de rectificar o cancelar, en apariencia, en este segundo caso, sin necesidad de proceder con posterioridad a la sustitución de los datos cancelados por los correctos o rectificadas. El precepto reglamentario ha de respetar el contenido del precepto legal citado, por lo que habrá de modificarse en todo aquello que no se ajuste a su espíritu y tenor literal.

7.2. Revocación del consentimiento (artículo 17):

Por razones de coherencia del precepto, se sugiere que, del mismo modo en que se ha incluido el contenido y la referencia al artículo 16.3 de la LOPD en su segundo apartado, se siga dicha mecánica en el cuarto apartado, en relación con el artículo 16.4 de la LOPD.

7.3. Coste del ejercicio de los derechos (artículos 17 y 24.3):

La Directiva 95/46/CE trata esta cuestión empleando diversas expresiones. De una parte, en materia de derecho de acceso (artículo 12), precisa que el ejercicio será libre y sin gastos excesivos, en tanto que el derecho de oposición ha de poder ejercerse sin gastos para el interesado (artículo 14).

Por su parte, el artículo 17.2 de la LOPD dispone lo siguiente:

"No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación".

De este modo, frente a las modulaciones del Derecho comunitario, la ley española prevé la gratuidad del ejercicio de los derechos de protección

de datos, pues ese es el sentido en que ha sido entendida la dicción legal relativa a la no exigencia de contraprestación alguna.

El artículo 24.3 del Reglamento proyectado prevé que "el ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición no podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan". Esta disposición se completa en su segundo párrafo, en el que se indica que "no se considerarán conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y el presente Reglamento los supuestos en que el responsable del tratamiento establezca como medio para que el interesado pueda ejercitar sus derechos el envío de cartas certificadas o semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste excesivo para el interesado".

Por su parte, el artículo 14.4 ("Forma de recabar el consentimiento") establece que "deberá facilitarse al interesado un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de los datos. En particular, se considerará ajustado al presente Reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido".

Y el artículo 17.1 ("Revocación del consentimiento") dispone que "el afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. En particular, se considerará ajustado al presente Reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido".

Llama la atención la disparidad de fórmulas empleadas en el texto proyectado (ingreso adicional, ingreso alguno, medio gratuito). El Consejo de Estado considera que, a la vista de los antecedentes legales, debería emplearse una única redacción en materia de ejercicio de los derechos, de modo que se indique que el mismo, gratuito, no supondrá ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento procedente del interesado o afectado (artículos 14.1 y 24.2). Finalmente, sin embargo, no se ha optado por introducir la referencia a la gratuidad para la revocación del consentimiento en el artículo 17.1 (que sí figura en el artículo 9 de la Directiva 2002/58/CE), aunque posteriormente se alude a los medios gratuitos que han de ponerse a disposición de los interesados a tal efecto, que son coincidentes con los de la manifestación de la negativa al tratamiento de los datos (artículo 14). Por ello, se considera que la

referencia a la gratuidad en el inciso inicial del artículo 17.1 del Reglamento es una adición que se inserta con toda lógica en el sistema diseñado por el Reglamento, por lo que se sugiere su introducción en el citado precepto.

Finalmente, entiende el Consejo de Estado que son trasladables a los aludidos preceptos las consideraciones anteriormente vertidas en relación con el alcance del artículo 149.1.1 de la Constitución, en el sentido de que lo que efectivamente puede considerarse condición básica es, a estos efectos, la precisión de que el medio para manifestar la negativa al tratamiento y la revocación del consentimiento o para ejercitar los aludidos derechos sea sencillo y gratuito. La determinación de qué medios concretos son idóneos a tal efecto -en una lista cerrada- podría exceder, una vez más, lo estrictamente necesario a los efectos de garantizar la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de esos derechos y facultades.

7.4. Procedimiento (artículo 25):

El artículo 25.7 del Reglamento en proyecto prevé que "el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición podrá modularse por razones de seguridad pública".

Las limitaciones a dicho ejercicio sólo pueden establecerse por norma con rango legal y, de hecho, la LOPD establece aquellos casos en que, por razón de los intereses en presencia, es posible modular el ejercicio de los citados derechos (artículos 22 a 24).

El Consejo de Estado considera indebido un apoderamiento tan indeterminado e impreciso, sin delimitación de sus aspectos esenciales, por lo que sugiere que, a fin de ajustar el aludido precepto reglamentario al régimen de la LOPD, se añada un inciso en el sentido de indicar que el ejercicio de aquellos derechos podrá modularse por razones de seguridad pública "en los casos y con el alcance previsto en las leyes".

7.5. Ejercicio del derecho de oposición (artículo 35):

Se sugiere que se suprima la referencia a "en los términos previstos en el artículo 25 del presente Reglamento" (relativo al procedimiento de ejercicio de los derechos), que no aparece ni en el artículo 28 (derecho de acceso), ni en el artículo 32 (derechos de rectificación y cancelación) del Reglamento.

7.6. Derecho de oposición a las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado de datos (artículo 36):

Este precepto trae causa del artículo 13 de la LOPD que no limita la impugnación de valoraciones a los tratamientos automatizados, admitiéndola también para los no automatizados. Dicha limitación, sin embargo, sí aparece en el artículo 15 de la Directiva 95/46/CE.

No se objeta esta decisión del Reglamento en proyecto, pero ha de hacerse notar que aquellas impugnaciones de valoraciones que versen sobre decisiones fundadas en tratamientos no automatizados cuentan con la cobertura directa de la LOPD.

7.7. Requisitos para la inclusión de datos en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito (artículo 38):

La regulación de los requisitos que posibilitan la inclusión de datos de carácter personal determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado en esta clase de ficheros ha generado numerosas observaciones en la tramitación del expediente.

La redacción actual del artículo 38.1.a) es la siguiente:

"Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa".

El Consejo de Estado no objeta esta redacción, pero considera que no obstante la amplitud de su enunciado, aún deja márgenes para distintas interpretaciones, una de las cuestiones que han sido más objetadas en el trámite de audiencia pública.

En este sentido, ha de destacarse que las disposiciones reguladoras de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros y los departamentos de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo) excluyen de su conocimiento las consultas, quejas o reclamaciones que se les dirijan cuando tengan conocimiento de que el asunto a que se refieran se encuentre o haya sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial (artículo 5.1 del Reglamento y artículo 11.2.d) de la citada Orden). La utilización por los usuarios de servicios financieros de los Comisionados y defensores del cliente para atender sus quejas o reclamaciones se entiende sin perjuicio de la utilización de otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, en especial, en la normativa arbitral y de consumo. De las citadas disposiciones se deduce que esos órganos emiten informes de los que pueden resultar conductas de las entidades que prestan servicios financieros indiciarias del "quebrantamiento de normas de

transparencia o protección a la clientela", o en los que se detecten indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o competencia, o de otra naturaleza, supuestos en los que habrán de ponerse los hechos en conocimiento del organismo de supervisión al que esté adscrito, a los efectos oportunos (artículo 15 del Reglamento de los Comisionados).

Resulta, por consiguiente, que el interesado que no ha entablado una reclamación en los términos del artículo 38.1.a) del Reglamento proyectado puede, sin embargo, haberse dirigido a alguno de los referidos órganos de defensa de sus derechos como usuario de servicios financieros. No parece lógico que la entidad que puede incurrir en alguna de las conductas descritas en el citado artículo 15 del Reglamento de Comisionados pueda, en tanto se resuelve la queja o reclamación (4 meses, conforme al artículo 12.1 del señalado Reglamento), comunicar los datos de dicho cliente a un fichero de esta clase.

Los términos del artículo 38 del proyectado Reglamento tampoco parecen admitir la inclusión del supuesto descrito en su segundo apartado, conforme al cual "no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos" enunciados en su primer apartado, pues la queja o reclamación ante esos servicios de defensa del cliente no participan de la naturaleza de reclamación judicial arbitral o administrativa a que se refiere el citado apartado 1.a) del artículo 38.

En definitiva, se entiende que procede valorar la situación expuesta y el valor que haya de darse, a los efectos de los citados ficheros a las quejas o reclamaciones que se formulen ante los servicios de defensa de los clientes de las entidades financieras.

7.8. Inscripción de oficio de ficheros de titularidad pública (artículo 63):

En este precepto se confiere la legitimación para instar esa inscripción de oficio tanto al Registro General de Protección de Datos (apartado primero), como a la AEPD (apartado tercero). El Consejo de Estado entiende que la competencia reside en la AEPD, en tanto que al Registro General le corresponde instar de aquella dicha inscripción de oficio. En este mismo sentido, en el artículo 55.3 del Reglamento se prevé que el Registro General de Protección de Datos puede solicitar de las autoridades de control autonómicas el traslado de la inscripción de ficheros realizada en sus registros, procediendo, en defecto de esa comunicación o traslado, a la inclusión de oficio del fichero en el propio Registro. De conformidad con lo expuesto, parecería más adecuado que sea la AEPD la que pueda solicitar ese traslado o comunicación (en línea con lo previsto en el propio artículo

55.1, en cuanto la Agencia es la destinataria de la notificación, para la posterior inscripción en el Registro estatal) y, en su defecto, instar la inscripción de oficio en el Registro General de Protección de Datos.

7.9. Cumplimiento de las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (artículo 65):

Este precepto puede considerarse innecesario, en la medida en que opera como simple recordatorio de que las transferencias internacionales de datos han de ajustarse en todo caso a lo previsto en la LOPD y su Reglamento de desarrollo. Se sugiere, en consecuencia, su supresión.

Junto a ello, se entiende más adecuado que en los artículos 69.2 y 70.3 se sustituya la expresión "podrá acordarse" por "se acordará", pues la redacción actual da a entender que la observancia del procedimiento regulado en los artículos 142 a 145 del Reglamento es puramente potestativa para la AEPD.

7.10. Códigos tipo (Título VII):

El Consejo de Estado ha advertido una aparente contradicción entre el artículo 72.3 del Reglamento ("Los códigos tipo promovidos por una empresa deberán referirse a la totalidad de los tratamientos llevados a cabo por la misma") y el artículo 73.2.a), que prevé que los códigos tipo deberán incluir como mínimo, con suficiente grado de precisión, los tratamientos sometidos al mismo.

Dado que la adopción de estos códigos por las Administraciones Públicas y las Corporaciones de Derecho Público simplemente se prevé en el Reglamento (artículo 72.4), ha de entenderse responsable que los destinatarios de las referidas normas son, en ambos casos, las empresas. Se sugiere reconsiderar esta aparente disparidad de criterio.

7.11. Depósito y publicación de los códigos tipo (artículo 77):

Se ha objetado en trámite de audiencia la rúbrica de este precepto -letra e) del antecedente segundo, informe del Consejo General de Colegios de Médicos de España, de 25 de mayo de 2007-, al emplear el término "publicación" en vez del de "publicidad", más acorde con el sentido y tenor literal del precepto (artículo 77.3), observación que parece ajustada a este Consejo de Estado. Se sugiere armonizar ambos términos en la redacción final del precepto.

7.12. Responsable de seguridad (artículo 95):

El segundo párrafo de este precepto (que reproduce casi en sus términos literales el artículo 16 del Reglamento de medidas de 1999) dispone que "en ningún caso esta designación (la del responsable o responsables de seguridad) supone una delegación de la responsabilidad que corresponde al responsable del fichero o al encargado del tratamiento de acuerdo con este Reglamento".

Dicha referencia al régimen del Reglamento ha de entenderse hecha a los artículos 20 a 22 del mismo, dedicados al encargado del tratamiento. Sin embargo, esas previsiones reglamentarias no afectan al régimen de responsabilidad del responsable del fichero y el encargado del tratamiento, que tiene su cobertura en los artículos 12 y 43.1 de la LOPD. En cualquier caso, se sugiere que, con ocasión de esta iniciativa normativa, se considere la posibilidad de sustituir el término "delegación" por otro más correcto en técnica jurídica, como "exoneración".

Otros

7.13. Publicidad de las resoluciones (artículo 116): El régimen contenido en este precepto, en su último inciso, es propio de un régimen transitorio, por lo que se sugiere su reconversión en una disposición complementaria de esa clase (Directriz número 40).

7.14. Aplicación supletoria (artículo 121): Este precepto presenta caracteres propios de una disposición final (Directriz número 42).

7.15. Inmovilización de ficheros (artículo 122): No se considera necesaria la cita en la rúbrica de este precepto a los procedimientos tramitados conforme a la LOPD, por lo que se sugiere su supresión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones realizadas en el cuerpo del presente dictamen, procede elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 15 de noviembre de 2007

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.