

La Agencia Española de Protección de Datos como garante del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal

(The Spanish Data Protection Agency as a guarantee of the fundamental right to the protection of personal data)

Puente Escobar, Agustín

Eusko Ikaskuntza. Miramar Jauregia. Miraconcha, 48.
20007 Donostia – San Sebastián

BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 13-41]

Recep.: 22.02.05

Acep.: 17.10.08

El texto versa sobre la Agencia Española de Protección de Datos: su naturaleza, su régimen jurídico, su independencia. Además también aborda el marco competencial de la protección de datos, la estructura, organización y funciones de esta autoridad y algunas nuevas competencias relativas a la regulación de las comunicaciones electrónicas.

Palabras Clave: Agencia Española de Protección de Datos. Funciones de la Agencia de Protección de Datos. AGPD y competencia en regulación de las comunicaciones electrónicas.

Testuak Datuen Babeserako Espainiako Agentziaren (DBEA) inguruan jarduten du: haren jatorria, erregimen juridikoa eta independetzia azaltzen ditu. Era berean, datuen babes-neurrien eskuduntza, egitura, antolaera eta funtzioak zein komunikazio elektronikoen arautzeari buruzko azken eskuduntzetako batzuk aipatzen ditu.

Giltza-Hitzak: Datuen Babeserako Espainiako Agentzia. Datuen Babeserako Agentziaren funtzioak. DBEA eta komunikazio elektronikoak arautzeko eskuduntza.

Le texte porte sur l'Agence Espagnole de Protection des Données : sa nature, son statut juridique, son indépendance. Il aborde également le cadre de compétences de la protection des données, la structure, l'organisation et les fonctions de cette autorité et ses nouvelles compétences en matière de régulation des communications électroniques.

Mots Clé : Agence Espagnole de Protection des Données. Fonctions de l'Agence de Protection des Données. AGPD et compétence en matière de régulation des communications électroniques.

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental de las personas a la protección de sus datos de carácter personal reviste dos características que prácticamente le son propias: es un derecho de configuración sumamente reciente, dado que sólo cabe hacer referencia con propiedad al mismo dentro de los últimos treinta o treinta y cinco años, y es un derecho cuya configuración se ha ido produciendo de forma progresiva, dentro de ese lapso al que acabamos de referirnos, de forma que sólo en las épocas más recientes ha sido reconocido universalmente como tal derecho fundamental.

A ello ha contribuido esencialmente la regulación de este derecho en los distintos Estados y, en aún mayor medida, la adopción de diversos instrumentos internacionales, con distinto valor normativo y adoptados con una finalidad muy diversa, que han venido a desarrollar los principios esenciales que configuran lo que hoy es universalmente conocido como derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

En el desarrollo de este derecho fundamental ha cobrado especial relevancia la necesidad, apreciada desde la adopción de las primeras normas que vinieron a reconocerlo, de que su tutela se atribuyese a un órgano específico, dotado de una serie de poderes concretos y caracterizado, esencialmente, por su independencia frente al poder político.

Surgen así, desde la adopción de la primera norma de ámbito nacional y omnicompreensivo reguladora de la protección de datos de carácter personal, la Ley sueca de 1973, las comúnmente denominadas Autoridades de Control en materia de Protección de Datos, hoy existentes en todos los Estados que han abordado la regulación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

La relevancia del papel de las autoridades independientes de control en materia de protección de datos ha quedado definitivamente consagrada en el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, comúnmente conocido como Constitución Europea.

El artículo II-68 de la Constitución Europea establece en su apartado 1 que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”, señalando en su apartado 3, tras haber perfilado los elementos básicos del derecho fundamental, que “el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Del mismo modo, el artículo I-51 del texto dispone, en su apartado 2, que

la ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos

volviendo a añadir que “el respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes”.

De ahí que pueda señalarse que tras la firma de la Constitución Europea sea posible concluir sin duda alguna que, como ya se desprendía de otros instrumentos internacionales y de la doctrina de los Tribunales Constitucionales, la protección de datos de carácter personal sea un auténtico derecho fundamental de los individuos, teniendo las autoridades encargadas de velar por el mismo una naturaleza que pudiera asimilarse a las de los denominados Órganos Constitucionales, al encontrarse su reconocimiento expresado en el propio texto constitucional europeo.

A lo largo de este trabajo se analizará el régimen regulador de las autoridades de control, tanto en el ámbito supranacional como en el nacional, deteniéndose posteriormente en el estudio de la Agencia Española de Protección de Datos, su naturaleza, competencias y organización.

1. LAS AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES REGULADORAS DE LA MATERIA

1.1. El Convenio 108 y las Directrices de las Naciones Unidas

Como ha venido a señalar la mayor parte de la doctrina, es el Convenio número 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el primer instrumento internacional que viene a establecer como requisito para la existencia de una adecuada regulación del derecho fundamental a la protección de datos la existencia de una o varias autoridades en cada Estado, encargadas de velar por el cumplimiento de los principios establecidos en el Convenio.

Así dispone el artículo 13.2 a) del mencionado Convenio que “cada parte designará a una o más autoridades cuya denominación y dirección comunicará al Secretario General del Consejo de Europa”.

No obstante, el propio Convenio limita las funciones de dichas autoridades en su artículo 13.3, dado que sólo prevé que cada autoridad

facilitará informaciones acerca de su derecho y su practica administrativa en materia de protección de datos y tomará toda clase de medidas apropiadas, con arreglo a su derecho interno y solamente a los efectos de la protección de la vida privada, para facilitar informaciones fácticas relativas a un tratamiento automatizado determinado efectuado en su territorio con excepción, sin embargo, de los datos de carácter personal que sean objeto de dicho tratamiento.

Posteriormente, las Directrices para la regulación de los ficheros automatizados de datos, aprobadas por la Resolución 45/95, de 14 de diciembre de

1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señalaron específicamente, en su principio octavo ("supervisión y sanciones") que

La Ley de cada Estado designará una autoridad que, de acuerdo con el sistema legal del mismo, sea responsable de supervisar el cumplimiento de los principios señalados con anterioridad. Esta autoridad deberá ofrecer garantías de imparcialidad respecto de las personas o agencias responsables del tratamiento de los datos y garantías de competencia técnica. En caso de violación de las previsiones de la Ley nacional que implemente los principios enumerados anteriormente, deberán implantarse sanciones penales o de otra naturaleza, junto con las adecuadas indemnizaciones.

No obstante, se trata en este caso de meras directrices encaminadas a su cumplimiento por parte de los Estados integrados en la Asamblea, pero que carecen de carácter vinculante ni otorgan la facultad de adoptar medidas en caso de incumplimiento.

En todo caso, los textos a los que se acaba de hacer referencia, unidos a las distintas leyes nacionales de protección de datos adoptadas durante las décadas de los setenta y ochenta, vinieron a configurar como uno de los requisitos esenciales de cualquier legislación nacional en materia de protección de datos el establecimiento de una autoridad encargada específicamente de garantizar el cumplimiento de los principios que delimitan este derecho fundamental.

Las distintas autoridades creadas durante ese período resultan muy diferentes entre sí, tanto en lo referente a su organización dentro de la estructura del Estado, como en lo que atañe a sus competencias.

En este sentido Téllez Aguilera¹, siguiendo a Heredero Higuera, se refiere a la existencia de tres modelos de autoridades de control:

- a) El primero, integrado por aquellos países cuya legislación atribuye a órganos administrativos y no independientes la realización de funciones no vinculantes que sirvan de base para una subsiguiente actuación de otro órgano. Así sucedería en los países nórdicos y, en el ámbito sancionador, en Italia.
- b) El segundo, formado por los países donde existen autoridades independientes de protección de datos que ejercen funciones de fiscalización y tienen potestades sancionadoras, aunque su estructura, de Comisión o de Órgano Unipersonal, y su ubicación en la estructura, resulte variable. A este grupo pertenecerían las autoridades de Francia, Portugal, Holanda, España o las de la mayoría de los Estados incorporados a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, entre otras.

1. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*. Madrid: Ed. Edisofer, 2001; pág. 208.

- c) El tercer modelo correspondería a aquellos países cuyas legislaciones “atribuyen la fiscalización en materia de protección de datos a un comisario”, tales como Alemania, Austria, Reino Unido, Irlanda o Polonia.

1.2. La Directiva 95/46/CE

En este marco, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece los criterios para la regulación de un modelo relativamente uniforme de autoridades de control en materia de protección de datos, recogiendo en su artículo 28 los principios que habrán de regir su actividad y las competencias mínimas que deberán atribuirse a las mismas.

El Considerando 62 de la Exposición de Motivos de la Directiva recuerda

que la creación de una autoridad de control que ejerza sus funciones con plena independencia en cada uno de los Estados miembros constituye un elemento esencial de la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Viene así a consagrarse el principio esencial que habrá de regir el funcionamiento de las autoridades de control, cual es la necesaria independencia en el ejercicio de sus funciones, recalcado de forma terminante en el artículo 28.1 de la Directiva, según el cual “estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia”.

Al propio tiempo, los Considerandos 63 y 64 se refieren a otros tres principios esenciales que han de gobernar el funcionamiento de cualquier autoridad de control:

- La necesidad de que la autoridad sea dotada de los recursos necesarios que garanticen el ejercicio de las competencias previstas en la Directiva.
- La obligación de que la autoridad contribuya “a la transparencia de los tratamientos de datos efectuados en el Estado miembro del que dependa”, lo que implicará asimismo el estricto cumplimiento del principio de transparencia en la actividad de dicha autoridad.
- El deber de colaboración y ayuda mutua que habrán de prestarse las autoridades de los distintos Estados miembros en el desarrollo de su actividad, “de forma que se garantice el pleno respeto de las normas de protección en toda la Unión Europea”.

Precisamente con la finalidad de garantizar ese principio de colaboración, previsto en el artículo 28.6 de la Directiva, la misma crea, en su artículo 29 el denominado Grupo de Trabajo de protección de las personas en lo que respec-

ta al tratamiento de sus datos personales, cuya contribución al desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y la delimitación de su contenido en los más diversos ámbitos no puede negarse en ningún caso, habiéndose considerado sus dictámenes y opiniones² como una auténtica parte del acervo comunitario en esta materia por un gran sector de la doctrina.

Junto con estos principios, el artículo 28.7 de la Directiva añade un último y fundamental deber de confidencialidad de "los miembros y agentes de las autoridades de control", incluso después de haber cesado en sus funciones.

Desde el punto de vista organizativo, la Directiva no se inclina por ninguno de los modelos a los que nos referimos en un momento anterior, permitiendo a los Estados miembros determinar el que se ajuste en mejor medida a su tradición jurídica y organización institucional o administrativa. Sin embargo sí sienta de forma terminante las competencias mínimas que deberán desempeñarse por la autoridad de control para que la misma pueda considerarse conforme a lo previsto en la propia norma comunitaria.

A tal efecto, la Directiva viene a realzar expresamente tres competencias específicas en su artículo 28.3, estableciendo de forma dispersa, en el resto del artículo 28, otras funciones que deberán ser tenidas en cuenta, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios de independencia, transparencia y cooperación que la misma consagra.

En cuanto a esas competencias esenciales de las autoridades de control, el artículo 28.3 de la Directiva dispone que las mismas deberán disponer de:

- poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de un tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control;
- poderes efectivos de intervención, como, por ejemplo, el de formular dictámenes antes de realizar los tratamientos, y garantizar una publicación adecuada de dichos dictámenes, o el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, o el de dirigir una advertencia o amonestación al responsable del tratamiento o el de someter la cuestión a los parlamentos u otras instituciones políticas nacionales;
- capacidad procesal en caso de infracciones a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva o de poner dichas infracciones en conocimiento de la autoridad judicial. Además, las decisiones de la autoridad de control lesivas de derechos podrán ser objeto de recurso jurisdiccional.

2. Pueden consultarse en el sitio web http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup_en.htm.

De este modo, aún no optándose por la adopción de un modelo determinado de autoridad de protección de datos, la Directiva exige que las mismas puedan ejercer facultades de inspección, supervisión (incluso mediante la adopción de medidas cautelares) y sanción, bien directamente, bien mediante la comunicación de los hechos a la autoridad judicial que pueda, con arreglo al derecho nacional, imponer las sanciones.

Además, como ya se indicó, junto con estas funciones, la Directiva impone a los legisladores nacionales la atribución de otras competencias que garanticen el cumplimiento de los principios contenidos en la misma. Entre ellas cabe señalar las siguientes:

- La autoridad deberá ser consultada en la adopción de disposiciones que se relacionen con la protección de datos.
- La autoridad deberá entender de las solicitudes planteadas por los ciudadanos sus representantes y dar conocimiento del curso de dicha solicitud.
- La autoridad entenderá de las solicitudes de verificación sobre la licitud de los tratamientos a que se refiere el artículo 13 de la Directiva.
- La autoridad deberá presentar un informe periódico sobre su actividad, como garantía del principio de transparencia.

Por último, no debe olvidarse el papel otorgado a las autoridades de protección de datos en virtud de otras normas del acervo comunitario que regulan la colaboración en materia policial y judicial.

Así, el Convenio de Schengen dispone en su artículo 114.1 que

cada Parte contratante designará a una autoridad de control que, respetando el Derecho nacional, se encargue de ejercer un control independiente sobre el fichero de la parte nacional del Sistema de Información de Schengen y de comprobar que el tratamiento y la utilización de los datos introducidos en el Sistema de Información de Schengen no atentan contra los derechos de la persona de que se trate.

Del mismo modo, el Convenio Europol establece en su artículo 23.1 que

cada Estado miembro designará una autoridad nacional de control cuya tarea consistirá en vigilar, de manera independiente y con arreglo a la legislación nacional, la licitud de la introducción y la consulta de datos y de la transmisión en cualquier forma de datos personales a Europol por parte del Estado miembro de que se trate, y en garantizar que no se vulneren los derechos de las personas.

Por último, el Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, señala en su artículo 17.1 que

cada Estado miembro designará una o varias autoridades nacionales de supervisión, que serán responsables de la protección de los datos personales y realizarán una supervisión independiente de los datos personales incluidos en el Sistema de Información Aduanero.

En consecuencia, como puede observarse, la importancia y las competencias de las autoridades de protección de datos en el marco regulatorio supranacional del derecho fundamental a la protección de datos resultan crecientes. Además, no debe olvidarse que en muchos supuestos las autoridades de protección de datos creadas o reguladas de acuerdo con el régimen previsto en las normas que hemos venido citando han sido dotadas por las legislaciones nacionales de otras competencias vinculadas en mayor o menor medida a su gestión, esencialmente en el marco de la regulación del comercio electrónico, las telecomunicaciones o el acceso a la información de las Administraciones Públicas, como tendremos la ocasión de señalar en un momento posterior.

2. REGULACIÓN EN ESPAÑA. MARCO REGULATORIO Y COMPETENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Como hemos visto, la mayor parte de las disposiciones internacionales reguladoras de la protección de datos prevén la posibilidad de que exista en cada Estado miembro una o varias autoridades de control que velen por el ejercicio de este derecho fundamental. Esta previsión se funda en la necesidad de tener en cuenta las especialidades de los distintos Estados, tanto en lo referente a su modelo territorial como en cuanto al modelo de organización institucional que pueda existir en los mismos.

En particular, y dentro del marco europeo, tiene especial relevancia el modelo de organización territorial de los Estados Miembros, de tal forma que resulta posible la existencia de autoridades de protección de datos en ámbitos territoriales inferiores al Estado. Así sucede, por ejemplo, en el caso de Alemania, en que existe un Comisario Federal de Protección de Datos, así como distintos Comisarios en cada uno de los länder que la componen. Del mismo modo, aún fuera de la Unión Europea, en el modelo Suizo coexisten una autoridad estatal de protección de datos y autoridades cantonales, con independencia de la extensión de los distintos cantones.

Esta posibilidad ha sido igualmente tenida en consideración por el legislador español. De este modo, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, prevé la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos en su artículo 35, pero asimismo tiene en consideración el modelo autonómico consagrado en nuestra Constitución, permitiendo a las Comunidades Autónomas constituir autoridades autonómicas de control, en su artículo 41.

Según dicho precepto, en su apartado 1,

las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 37, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l), y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 46 y 49, en relación con sus específicas competencias serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control, a los que garantizarán plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido.

En consecuencia, el legislador ha establecido una doble limitación en el régimen de las autoridades autonómicas de control, dado que, desde el punto de vista de su ámbito objetivo de competencias, las autoridades autonómicas únicamente desarrollarán su actividad en relación con “ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial”. Por otra parte, desde el punto de vista competencial, las autoridades autonómicas únicamente podrán desarrollar las competencias enumeradas en el citado artículo 41.1, así como, tal y como prevé el artículo 41.2, “crear y mantener sus propios registros de ficheros para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos”³.

Además, la Ley Orgánica 15/1999 prevé la necesidad de cooperación entre las autoridades de control Estatal y autonómicas en su artículo 41.3⁴ y otorga al Director de la Agencia Española de Protección de Datos determinados poderes de control en el artículo 42, según el cual

cuando el Director de la Agencia de Protección de Datos constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia podrá requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento. Si la Administración Pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración.

3. Realmente esta competencia se atribuye a las Comunidades Autónomas y no a las autoridades autonómicas, dado que parece referirse a la posibilidad de autocontrol por la Administración autonómica de los tratamientos desarrollados por la misma, más que a una competencia de publicidad de los tratamientos, expresamente excluida de las competencias de las autoridades por el Artículo 41.1. Así, podrán existir Comunidades en las que no se establezca ninguna regulación especial, pero en las que se creen estos registros que podríamos denominar “instrumentales” de la actividad de la Administración autonómica.

4. Ejemplo de ello es la firma por las Agencias española, madrileña, catalana y del País Vasco del Convenio por el que se crea el Sistema integrado de información registral (SIDIR), con la finalidad de facilitar la inscripción de los ficheros de titularidad pública en los registros de cada una de las autoridades.

El contenido de estos preceptos ha dado lugar a diversas opiniones. Así Freixas Gutiérrez lo critica, por considerar que limita “de manera desproporcionada” las competencias de las Comunidades Autónomas⁵. Por el contrario, otros autores como Vizcaíno Calderón⁶, teniendo en cuenta la opinión de otros autores como Lucas Murilo de la Cueva y Garriga considera que “el sistema de la Ley es adecuado e idóneo a los fines de la misma”.

En todo caso, la cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la regulación que en esta materia contenía la derogada Ley Orgánica 5/1992, Reguladora del Tratamiento de Datos de Carácter Personal, pero que también toma en consideración el régimen previsto en la Ley Orgánica 15/1999.

Partiendo de la consideración de la protección de datos como un derecho fundamental, el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia interpreta el ámbito de las competencias de la Agencia Española y las autoridades de control de las Comunidades Autónomas, a la luz del Texto Fundamental, indicando, en primer lugar

que cuando la LORTAD establece límites al uso de la informática en cumplimiento del mandato del art. 18.4 CE, tales límites han de ser los mismos en todo el territorio nacional «ex» art. 81 CE. Pues si los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestra Constitución reconoce son «fundamento del orden político» (art. 10.1 CE) y, por tanto, constituyen el estatuto jurídico básico de los ciudadanos, sólo mediante esa proyección general es posible garantizar la protección de los derechos a que se refiere el art. 18.4 CE, con independencia de que tales límites a la informática también contribuyen a la salvaguardia del específico derecho fundamental a la protección de datos personales.

De igual modo, continua la Sentencia,

es significativo que el constituyente haya querido introducir mediante la cláusula del art. 149.1.1 CE la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto competencial y, a este fin, que haya apoderado al Estado para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas «condiciones básicas» que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles. Imponiendo así un límite a las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde éstas ostenten un título competencial. Y si bien el alcance del art. 149.1.1 CE es «esencialmente normativo», como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de

5. FREIXAS GUTIERREZ, Gabriel. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y Prácticos*. Barcelona, Ed. Bosch, 2001; pág. 320.

6. VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Madrid, Ed. Cívitas, 2001; pág. 422.

noviembre, F. 6, por referirse a «la regulación» de esas condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance.

Así, concluye la Sentencia, en el mencionado Fundamento Jurídico 14:

De lo anterior se desprende, pues, que la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas «ex» art. 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales.

A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros.

En todo caso, las autoridades autonómicas de protección de datos deberán dotarse de las competencias y respetar los principios previstos en la Directiva 95/46/CE.

En la actualidad existen únicamente tres Leyes autonómicas por las que se crean autoridades de protección de datos: la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid⁷, la Ley 5/2002, de 19 de abril, de Creación de la Agencia Catalana de Protección de Datos, y la 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. No obstante, durante el año 2004 fueron sometidos a informe de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme exige el artículo 37 de la Ley Orgánica, los Anteproyectos de Ley de Protección de Datos de la Comunidad Valenciana y de Castilla-La Mancha, habiéndose también emitido en el año 2005 informe en relación con el Anteproyecto presentado por la Xunta de Galicia.

7. Que deroga la Ley 13/1995, de 21 de abril, de Regulación del uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid.

3. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

3.1. Naturaleza y régimen jurídico

Como Recuerda Vizcaíno Calderón⁸,

entre bastidores de cada uno de los preceptos de la Ley se encuentra la Agencia (Española)⁹ de Protección de Datos en cuanto Autoridad reguladora o de control que ha de velar por el cumplimiento de la normativa y que, desde la perspectiva del afectado, es su interlocutor cualificado a efectos de peticiones, reclamaciones e información para el ejercicio de sus derechos.

La Agencia Española de Protección de Datos fue creada por la Ley Orgánica 5/1992 como órgano independiente encargado de velar por el cumplimiento de la Ley, optándose por la creación de un órgano específico de control de tipo unipersonal, frente a los distintos modelos existentes en el momento de su creación.

Siguiendo este modelo, la Ley Orgánica 15/1999 configura a la Agencia Española de Protección de Datos como un “ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada”.

Por su parte, el artículo 1.1 del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de junio¹⁰, señala que la Agencia “es un ente de Derecho público de los previstos en el artículo 6, apartado 5, del texto refundido de la Ley General Presupuestaria”.

No obstante, tras la derogación del mencionado artículo 6.5 por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Agencia española de Protección de Datos queda incluida entre las instituciones mencionadas en la disposición adicional décima de dicha Ley, con arreglo a la cual, la Agencia se registrará por su normativa específica y, supletoriamente, por la propia Ley 6/1997.

Se trata así de un Ente Público con un Estatuto propio que “en su diseño, estructura y funcionamiento refleja ese mensaje de independencia exigido por su propio cometido institucional”¹¹.

8. Op. cit. Pág. 387.

9. La denominación Agencia Española de Protección de Datos viene determinada por el artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de noviembre.

10. En cuanto a su vigencia, debe recordarse que la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “Hasta tanto se lleven a efecto 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”.

11. Miguel VIZCAÍNO CALDERÓN. Op. Cit. Pág 357.

En el ejercicio de sus funciones públicas, y sin perjuicio de las especialidades, la Agencia se somete a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al propio tiempo, y aún cuando el artículo 37.3 permite que los puestos de trabajo de la Agencia puedan ser desempeñados por personal funcionario o laboral, en atención a la función desempeñada por los mismos, el estatuto de la Agencia indica en su artículo 37.2 que la relación de puestos de trabajo de la Agencia comprenderá los puestos de trabajo a desempeñar por personal funcionario, señalando, en relación con los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral, que la relación deberá expresar "los factores que, en función de las tareas integrantes de cada puesto de trabajo, determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario".

En materia contable, la Agencia deberá ajustarse al Plan General de Contabilidad Pública, quedando, como no podía ser de otra forma, sometida a la fiscalización del Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Administración del Estado.

En cuanto a sus presupuestos, el Estatuto recuerda expresamente la aplicación directa a la Agencia de la Ley General Presupuestaria, debiendo elaborar anualmente un anteproyecto de presupuesto, con la estructura que señale el Ministerio de Economía y Hacienda, al que habrá de remitirlo para su ulterior elevación al Gobierno a fin de que sea integrado con la debida independencia en los Presupuestos Generales del Estado.

Por último, debe hacerse referencia a las especialidades existentes en lo referente a la contratación por parte de la Agencia. Según el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 15/1999 la Agencia estará sujeta en esta materia al derecho privado.

Este precepto no hace sino reiterar lo que ya disponía el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 5/1992, que había sido considerado derogado por la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, según informó la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, a solicitud de la propia Agencia.

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, solicitado nuevamente informe en relación con el régimen de contratación de la Agencia Española de Protección de Datos, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado consideró que el artículo 35.2 de la nueva Ley, según el cual, la Agencia en su contratación se somete al derecho privado, derogaba lo establecido en esta materia por la legislación de contratos, no considerándose el mismo a su vez derogado por el Texto Refundido, aprobado por Real decreto 2/2000, de 16 de junio.

Por ello, la Agencia someterá su contratación al derecho privado, sin perjuicio del necesario respeto de los principios de publicidad, transparencia y concu-

rrerencia, a lo que también se refería el mencionado informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

3.2. La independencia de la Agencia

Como ya se indicó, el requisito de independencia de las autoridades de protección de datos frente a la actuación de otros poderes públicos es una de las condiciones *sine qua non* para que sea posible considerar que las legislaciones nacionales reguladoras de las mismas cumplen plenamente con los requisitos de transposición de la normativa comunitaria en esta materia.

Los criterios que permiten enjuiciar la existencia de esa independencia son variados. En este sentido, no existen en el marco de la Unión Europea dos autoridades de las que quepa apreciar la concurrencia de unos mismos factores que garanticen su independencia, si bien la misma es predicable de la totalidad de las mismas.

En ocasiones, la independencia se manifiesta mediante la configuración de la autoridad en forma de Comisión, en la que se integran representantes de los distintos poderes de Estado¹². En otras, es la dependencia del Parlamento y no del Gobierno la que pone de manifiesto esa independencia¹³, dándose el supuesto de que incluso en ocasiones parte del personal de la autoridad, además de su órgano rector, es designado por el Parlamento¹⁴. También existen supuestos en que la independencia se manifiesta en la propia naturaleza de la autoridad, aún cuando los órganos rectores de la misma son designados por el Gobierno de la Nación¹⁵.

La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, parte de la consagración del principio de independencia, en su artículo 35.1, señalando que la Agencia “actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones”.

Este principio se desarrolla en el artículo 1.2 del estatuto de la Agencia, cuando se señala que la misma “actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia”.

Como puede comprobarse, a diferencia de lo establecido en relación con otros reguladores o autoridades de control generales o sectoriales, tales como el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de

12. Como sucede, por ejemplo, en el caso de las Comisiones portuguesa, francesa o italiana.

13. Como en el caso de Hungría.

14. Así sucede en la República Checa, en que los inspectores son designados por el Senado y están sometidos al mismo régimen que el Presidente de la autoridad.

15. Tal es el caso de Austria o los Países Bajos.

Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o la Comisión Nacional de la Energía, la Agencia Española de Protección de Datos no queda incluida en la estructura orgánica de ningún Departamento ministerial u otro órgano de la Administración General del Estado, sino que su independencia frente a los mismos es plena, no existiendo una relación jerárquica, dado que la Ley únicamente atribuye al Ministerio de Justicia la función de ser el punto de comunicación de la Agencia con la Administración General del Estado, pero en ningún caso somete a aquélla al ámbito de dicho departamento. De este modo, la Agencia está dotada de una autonomía, quizá comparable a la del Banco de España, lo que influirá en el ámbito de las competencias atribuidas legalmente a la misma, como posteriormente veremos.

Han sido muchos los autores que han analizado las notas a través de las cuales se materializa el principio de independencia¹⁶ en la actividad de la Agencia Española de Protección de Datos.

Téllez Aguilera¹⁷ resume los distintos aspectos en que se materializa la independencia de la Agencia, señalando que

la característica de la independencia de la APD se hace patente en diversos aspectos: el hecho de que el Director de la misma sólo pueda ser removido de su cargo por causas legalmente tasadas (art. 36,3 LOPDCP)¹⁸, que en el cumplimiento de sus funciones no esté sujeto a las instrucciones de ninguna otra autoridad (art. 36.2 LOPDCP), que la APD cuente con una autonomía patrimonial y presupuestaria (arts. 35.4 y 35.5 LOPDCP), o que la Memoria Anual se remita al Ministerio de Justicia no como destino final, sino para que éste la haga llegar a las Cortes Generales (Art. 8 EAPD) y que sólo se relacione con el Gobierno a través de este Ministerio (art. 1.2 EAPD) son algunos buenos ejemplos de ello, resultando palmario lo dispuesto en el artículo 16.1 del EAPD.

En resumen, las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 y el Estatuto de la Agencia vienen a garantizar, a través de diversos aspectos, que la Agencia Española de Protección de Datos actuará en el ejercicio de sus competencias, con total independencia de los poderes públicos, lo que redundará en el buen desempeño de sus funciones de control, referidas a la totalidad de los tratamientos llevados a cabo tanto por el sector público como por el privado.

16. En especial, téngase en cuenta el estudio realizado por Fernando LÓPEZ RAMÓN: "La Agencia de Protección de Datos como administración independiente en el derecho español y comunitario europeo", en "Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales", publicado por la Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 1996. Págs. 255 y ss., que analiza la independencia de la Agencia en sus elementos normativo, personal, funcional, financiero y relacional. Véase también Miguel VIZCAÍNO CALDERÓN: Op. cit. Págs 388 y ss.

17 Op. cit. Pág. 211.

18. Si bien María Mercedes SERRANO PÉREZ: "El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado". Ed Thomson Civitas. Madrid, 2003. Pág 472., critica el hecho de que el Estatuto de la Agencia recoja la posibilidad del Gobierno de separar al Director, antes de la expiración de su mandato, por el incumplimiento grave de las obligaciones del cargo, "expresión que conlleva una fuerte carga política".

3.3. Funciones de la Agencia

La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal enumera en su artículo 37.1 las funciones de la Agencia, debiendo recordarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la propia Ley, dichas funciones vienen especialmente atribuidas a su Director, en cuanto impliquen el ejercicio de potestades de derecho público.

La doctrina ha tratado de establecer distintas clasificaciones de las funciones llevadas a cabo por la Agencia. Así Del Peso Navarro y Ramos González¹⁹ distinguen entre funciones jurídicas, administrativas y reguladoras de la seguridad, a las que Serrano Pérez²⁰ añade las inspectoras y sancionadoras, desligándolas de las administrativas.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, a la que ya se hizo referencia con anterioridad, sistematiza las funciones de la Agencia, indicando en su Fundamento Jurídico 8 que

la Agencia de Protección de Datos dispone de potestades administrativas expresamente atribuidas por dicha Ley. En primer lugar, la potestad de investigación o de inspección que le reconoce el art. 39 para obtener información y, en su caso, pruebas sobre los hechos que contravengan lo dispuesto en la LORTAD. En segundo término, la potestad sancionadora, que la Agencia de Protección de Datos ha de ejercer en los términos previstos en el Título VII [art. 36, apartado g)], con la particularidad, cuando se trate de infracciones de una Administración Pública, que tal potestad queda limitada a la facultad de dictar una resolución indicando las medidas que han de adoptarse para corregir el incumplimiento de las previsiones legales en esta materia (art. 45). En tercer lugar, una potestad de resolución de las reclamaciones de los afectados por incumplimiento de las previsiones de dicha Ley [art. 36, apartado d)] en relación con el art. 17.1, con sujeción al procedimiento establecido por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de julio. Y, por último, una potestad normativa, ceñida en lo esencial a dictar las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD [art. 36, apartado c) y m) «in fine»], con miras a su debida aplicación en ámbitos determinados de actividad.

De las distintas clasificaciones posibles cabría efectuar una partiendo de la sistemática seguida por el propio Estatuto de la Agencia. A tal efecto, podría señalarse que la Agencia tiene una función básica que integra a todas las restantes, pudiendo las mismas clasificarse en cuatro apartados esenciales: las relacionadas con los afectados, las vinculadas con la elaboración y aplicación de normas jurídicas, las relacionadas directamente con quienes intervienen en el tratamiento de datos de carácter personal y otras funciones atribuidas a la Agencia por la Ley Orgánica y por su Estatuto, entre las que cobran una importancia creciente las relacionadas con la actividad internacional de la Agencia.

19. "LORTAD. Análisis de la Ley" 2ª edición. Madrid, Ed. Díaz de Santos. 1998; pág. 173.

20. Op. cit. Pág. 474.

Como acaba de indicarse, las funciones de la Agencia pueden considerarse englobadas en la que le atribuye con carácter general el artículo 1.1 de su Estatuto, cual es la de garantizar el cumplimiento y aplicación la Ley Orgánica 15/1999 o, dicho de otro modo, y siguiendo el artículo 37.1 de la propia Ley Orgánica

velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

En efecto, tanto en su actuación vinculada al ciudadano titular del derecho como con terceros que traten datos del mismo, la actividad de la Agencia debe siempre guiarse por la finalidad de velar y garantizar el ejercicio por el ciudadano de su derecho fundamental.

Incluso la colaboración de la Agencia en la elaboración de las normas jurídicas o la adopción por la misma de Instrucciones, a las que posteriormente nos referiremos, tienen por objeto asegurar que no exista en el Ordenamiento jurídico norma alguna que pueda dificultar o impedir el ejercicio del derecho fundamental o plantee problemas en la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 y sus normas de desarrollo.

Esta función se complementa necesariamente con la garantía de la transparencia en el funcionamiento de la Agencia, no sólo en cuanto al necesario respecto a los principios rectores del derecho fundamental a la protección de datos, sino esencialmente en lo referente a la necesidad de divulgación de dichos principios y del modo en que tanto la propia Agencia como los órganos jurisdiccionales encargados de conocer los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra sus resoluciones, interpretan esos principios en su actuación diaria.

En este sentido, en la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente al año 2003²¹, se señala como uno de los objetivos esenciales de su actuación el logro de la mencionada transparencia. En particular se indica que

la Agencia es un órgano que controla el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales. Como ente regulador resulta muy beneficioso que sus criterios cuenten con la máxima difusión. Los sectores implicados en la protección de datos personales, y, muy en especial, los profesionales que asesoran a los mismos así lo demandan cada día más. Por tanto la transparencia, la accesibilidad a la información y la cercanía al órgano de control han sido preocupaciones prioritarias para la Agencia Española de Protección de Datos en 2003.

A tal efecto, se recuerda en la Memoria la realización de tres actividades esenciales durante el año 2003, en aras a garantizar la transparencia en la actividad

21. Pág. 19.

de la Agencia: la modificación de su imagen institucional, la presentación de una nueva página web, en la que se contiene una gran cantidad de información referida a la actividad de la Agencia, a fin de que sus criterios puedan ser conocidos por los destinatarios de la Ley Orgánica y, por último, la modificación de la Ley Orgánica 15/1999, introducida por el artículo 82.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que introduce un apartado segundo al artículo 37 de la Ley Orgánica en cuya virtud "Las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos se harán públicas, una vez hayan sido notificadas a los interesados"²², con lo que se da pleno conocimiento a la doctrina derivada de la actividad de la Agencia.

Esta función esencial de velar y garantizar el cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 se materializa a través de las distintas funciones atribuidas a la Agencia por la Ley y por su Estatuto. A continuación se enumerarán las mismas, siguiendo la sistemática a la que se hizo referencia con anterioridad, si bien se hará especial referencia a las vinculadas con quienes intervienen en el tratamiento de datos de carácter personal y que carecen de carácter coercitivo, por ser quizá las menos conocidas, al margen del ejercicio de las competencias de inspección y sanción.

Así, en **relación con los afectados**, la Agencia Española de Protección de Datos desarrolla las siguientes competencias:

- Atender a sus peticiones y reclamaciones.
- Informar a los ciudadanos de los derechos reconocidos en la Ley.
- Promover campañas de difusión a través de los medios y realización de diversas actividades.
- Velar por la publicidad de los tratamientos, publicando anualmente una lista de los mismos y manteniendo el Registro General de Protección de Datos.

La atención de las peticiones y reclamaciones de los ciudadanos se desarrolla esencialmente a través de dos actuaciones básicas: la tramitación de los procedimientos de tutela de los derechos reconocidos por la Ley Orgánica, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la misma y la investigación de las reclamaciones formuladas por aquéllos en caso de que de las mismas pudieran derivarse indicios de la realización de actividades contrarias a la Ley Orgánica, que pudieran implicar la iniciación de un procedimiento sancionador.

Por otra parte, la Agencia Española de Protección de Datos cuenta con un área específica de atención al ciudadano, en que se atienden más de 30.000 consultas anuales formuladas por los ciudadanos en relación con el ejercicio de sus derechos.

22. Desarrollado por la Instrucción 1/2004, de 22 diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre Publicación de sus Resoluciones.

Por último, la función relacionada con la publicidad de los tratamientos debe considerarse vinculada a los interesados, en el sentido de que dicha publicidad tiene como objeto fundamental el que los ciudadanos puedan conocer los tratamientos existentes en un momento determinado, con la finalidad de poder ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, tal y como se deriva de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 15/1999.

En cuanto a las funciones relacionadas con la **elaboración y aplicación de las normas**, el artículo 5 del Estatuto de la Agencia señala que la Agencia:

- Informará preceptivamente los proyectos de disposiciones generales de desarrollo de la Ley Orgánica.
- Informará preceptivamente cualesquiera proyectos de ley o reglamento que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica.
- Dictará instrucciones y recomendaciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la Ley Orgánica.
- Dictará recomendaciones de aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad de los datos y control de acceso a los ficheros.

La importancia otorgada al informe preceptivo de la Agencia Española de Protección de Datos en la elaboración de las disposiciones generales directa o indirectamente relacionadas con el derecho fundamental a la protección de datos ha crecido de forma exponencial en los últimos años, de forma que la práctica totalidad de las disposiciones con rango de Ley y un gran número de reglamentos son sometidos a dicho informe, amén de las disposiciones directamente relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999. Especialmente relevante en los últimos años ha sido el papel de la Agencia en la elaboración de las disposiciones referidas, entre otros, a los sectores del comercio electrónico, las telecomunicaciones, la sanidad o los seguros.

En cuanto a la elaboración de instrucciones y recomendaciones ha sido abundante la literatura referida a la naturaleza de las mismas²³. No obstante, la

23. En particular, TÉLLEZ AGUILERA. Op. cit. Pág 214., recuerda la Exposición de Motivos de la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, en la que se indica que “no es finalidad de esta Instrucción efectuar innovación alguna dentro de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal sino, simplemente, aclarar y facilitar a todos los interesados en un único texto, el procedimiento seguido por la Agencia para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la diversidad de normas que se refieren al movimiento internacional de datos”. Obsérvese que la fecha de dicha Instrucción es prácticamente la misma que la de la STC 290/2000, por lo que la doctrina contenida en la misma no podía haber sido tenida en cuenta en la adopción de la Instrucción. Frente a ello, la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, señala que “El artículo 37.1 c) de la Ley Orgánica 15/1999 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la función de «dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley». La potestad normativa de la Agencia ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre”.

Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, ya transcrita en otros lugares, vino a reconocer a la Agencia una “potestad normativa” en la elaboración de las instrucciones, asimilando así sus potestades a las de otros órganos distintos del Gobierno, cuyas circulares o instrucciones se encuentran dotadas de un efecto similar al de las normas reglamentarias, aunque lógicamente subordinadas a la Ley y al Reglamento. Así, las instrucciones de la Agencia tendrían un efecto normativo similar al de las circulares del Banco de España o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otros.

Por otra parte, en el **ámbito internacional** el papel de la Agencia Española de Protección de Datos ha crecido también de forma exponencial en los últimos años, siendo la Agencia parte integrante del Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, al que se hizo referencia con anterioridad, así como de las Autoridades Comunes de Control creadas por los Convenios de Schengen, Europol, Cooperación en materia aduanera y por la Decisión Eurojust.

Además, la Agencia Española de Protección de Datos representa al estado español en el Comité Consultivo creado por el artículo 18 del Convenio 108 del Consejo de Europa, siendo además la autoridad designada a los efectos previstos en su artículo 13, citado en un lugar anterior.

Asimismo, cabe hacer referencia a los distintos grupos y conferencias creados por las propias autoridades de control, tales como la Conferencia Europea de Autoridades de Protección de Datos o la Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos u otros grupos creados en su seno, pero dotados de importantes funciones consultivas, como el Grupo Internacional de Protección de Datos en las Telecomunicaciones (conocido como “Grupo de Berlín”).

En el ámbito bilateral, la Agencia mantiene estrechas relaciones con la práctica totalidad de las autoridades de protección de datos actualmente existentes, debiendo hacerse referencia a la realización de dos Proyectos de Hermanamiento, en el marco del Programa PHARE de la Unión Europea, con la Oficina Checa de Protección de Datos personales y la próxima iniciación de un tercer proyecto con la autoridad de protección de datos de Bosnia-Herzegovina.

Por último, en los últimos años se ha potenciado el desarrollo de esta materia en el ámbito iberoamericano, mediante la creación en la denominada “Declaración de La Antigua”, de 6 de junio de 2003, de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, integrada por representantes e la práctica totalidad de los Estados iberoamericanos²⁴.

La Agencia Española de Protección de Datos ostenta, en febrero de 2005, la Vicepresidencia del Grupo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, la Presidencia y la Secretaría Permanente de la Red Iberoamericana de Protección de Datos y la Presidencia de la Autoridad Común de Control de Europol.

24. Más información sobre la Red puede consultarse en el sitio web de la Agencia www.agpd.es.

A todo ello, debe añadirse la presencia de la Agencia en los distintos grupos creados en el seno de la Unión Europea y de la OCDE en la lucha contra el “spam”, en virtud de las competencias atribuidas a la misma por la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la información, a las que posteriormente nos referiremos. En particular, resulta interesante mencionar la presencia de la Agencia en el denominado “London action plan” y la firma de un memorandum de entendimiento con la Oficina Federal de Comercio de los Estados Unidos, a fin de llevar a cabo acciones conjuntas de colaboración en esta materia.

En cuanto a las funciones que implican una **relación con quienes intervienen en el tratamiento de datos**, pueden sistematizarse del siguiente modo:

- Emitir las autorizaciones previstas en la Ley.
- Requerir medidas de corrección.
- Ordenar, en caso de ilegalidad, el cese en el tratamiento y la cancelación de los datos.
- Ejercer la potestad de inmovilización de ficheros, prevista en el artículo 49 de la Ley Orgánica.
- Ejercer la potestad sancionadora.
- Recabar de los responsables o encargados la ayuda e información que precise en el desempeño de sus funciones.
- Autorizar las transferencias internacionales de datos.
- Colaborar con los responsables o encargados para lograr el cumplimiento de la Ley.

De entre todas las funciones a las que acaba de hacerse referencia quizá sea la menos conocida, pero probablemente, la que mayor importancia reviste en la práctica, la citada en último lugar. Dicho en otros términos, desde su creación la doctrina ha venido poniendo el énfasis en la función coercitiva de la Agencia Española de Protección de Datos, olvidando que una gran parte de sus esfuerzos se centran no en el ejercicio de una labor correctora, sino en la realización de actividades de claro carácter preventivo que, por una parte, permitan garantizar el respeto del derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos personales y, por otra, eviten precisamente el último recurso de la iniciación de procedimientos sancionadores por la existencia de conductas que revistan indicios de vulneración de la Ley Orgánica 15/1999.

Entre estas actuaciones “preventivas” pueden citarse, sin ánimo de ser exhaustivos, las siguientes:

- La participación de la Agencia en actividades divulgativas o formativas en relación con el derecho fundamental a la protección de datos personales,

tanto de ámbito general como sectorial. Así, durante el año 2004 se participó en más de 250 jornadas, congresos o conferencias. Además, la Agencia colaboró directamente en la organización de diversos seminarios y cursos, en distintos ámbitos.

- La firma de Protocolos de colaboración con distintas organizaciones o corporaciones (Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales, Universidades o Asociaciones empresariales o profesionales, entre otros), encaminados a la realización de actividades que faciliten el cumplimiento por sus miembros de las exigencias contenidas en la Ley Orgánica 15/1999.
- La creación de grupos de trabajo de carácter sectorial, además de los derivados de los protocolos a los que se acaba de hacer referencia, con la finalidad de analizar en profundidad las implicaciones de la normativa de protección de datos en el sector y resolver los problemas que la misma pueda plantear en ese ámbito.
- El fomento de la autorregulación, mediante la colaboración en la elaboración de los códigos tipo, regulados por el artículo 32 de la Ley Orgánica 15/1999, dentro de lo que podría denominarse una “fase previa informal” de discusión en profundidad del texto elaborado por los interesados en su adopción, previa a la tramitación del procedimiento de notificación e inscripción del código en el Registro General de Protección de Datos.
- La resolución de las cuestiones concretas planteadas por quienes intervienen en el tratamiento de datos, bien mediante la celebración de reuniones con los mismos, bien a través de elaboración de informes jurídicos, en los supuestos de mayor complejidad, que en el año 2004 se acercaron a los 600.

Por último, la función “preventiva” de la Agencia se manifiesta en la realización de los denominados “planes de inspección de oficio”, mediante los cuales se realiza una labor de auditoría de los tratamientos llevados a cabo en un determinado sector, con la finalidad de emitir unas recomendaciones en las que se aprecien aquellos aspectos que hayan de ser objeto de mejora por parte de las empresas integrantes del sector.

En relación con estos planes, es preciso recalcar que, pese a su denominación, no implican la realización de actuaciones inspectoras encaminadas a la apertura de un procedimiento sancionador, sino que su función es, debe reiterarse, preventiva, asistiendo a las entidades del sector para lograr un mejor cumplimiento de la Ley. Ello es especialmente relevante, a fin de evitar situaciones no siempre bien intencionadas en las que se intenta generar alarma en el sector por parte de determinadas entidades²⁵.

25. Así se indica en la Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente al año 2003. Pág 20.

Por último, junto con las funciones que se han venido enumerando, debe también hacerse referencia a las funciones de control y observancia de la legislación en **materia estadística**. A tal efecto, el artículo 6 del estatuto de la Agencia, indica que corresponde a la misma ejercer el control de la observancia de lo dispuesto en los artículos 4, 7 y 10 a 22 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, y en especial:

- Informará con carácter preceptivo el contenido y formato de los cuestionarios, hojas censuales y otros documentos de recogida de datos con fines estadísticos.
- Dictaminará sobre los procesos de recogida y tratamiento automatizado de los datos personales a efectos estadísticos.
- Informará sobre los proyectos de ley por los que se exijan datos con carácter obligatorio y su adecuación a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de la Función Estadística Pública.
- Dictaminará sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos.

Por último, la Agencia deberá, según establece el artículo 37.1 k) de la Ley Orgánica 15/1999, elaborar una memoria anual, que deberá remitirse al Ministerio de Justicia para su elevación a las Cortes generales.

3.4. Nuevas competencias de la Agencia. El nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas

Junto con las competencias directamente derivadas de la legislación en materia de protección de datos, el legislador ha considerado adecuado atribuir a la Agencia Española de Protección de Datos otras competencias derivadas de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa reguladora de la protección de datos y la privacidad en materia de comunicaciones electrónicas, contenida en la Directiva comunitaria 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002.

Dicha Directiva fue objeto de transposición a nuestro derecho por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que a su vez reformó, en su disposición final primera, determinados artículos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, posteriormente también parcialmente reformada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica y que también afectan a competencias de la Agencia Española de Protección de Datos.

La Ley General de Telecomunicaciones viene a solventar un problema existente en el marco anterior, en que los derechos de los abonados y usuarios de servicios de telecomunicaciones no venían reconocidos en la ley sectorial, sino en su normativa de desarrollo, lo que unido a la falta de tipificación específica de las conductas que conculcaban dichos derechos, había originado serios proble-

mas en la aplicación de las normas reguladoras de la privacidad en las telecomunicaciones.

Por el contrario, la nueva Ley consagra un catálogo de derechos en el artículo 38.3, según el cual “los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos²⁶”:

- A que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago.
- A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.
- A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicitasen.
- A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado.
- A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.
- A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.
- A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.
- A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

Por otra parte, como se indicó, la Ley 32/2003 reforma los artículos 21 y 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, pudiendo derivarse de la misma los siguientes derechos de los usuarios:

26. Algunos de los cuales se reconocen también respecto de los usuarios que no tengan la condición de abonado, según el artículo 38.4 de la propia Ley.

La prohibición del envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, salvo en el supuesto previsto en el artículo 21.2 de la Ley²⁷.

El derecho del destinatario de la comunicación comercial de revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

El derecho del usuario a ser informado de manera clara y completa sobre la utilización y finalidad de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales que pudieran emplear los prestadores de servicios de la sociedad de la información, debiendo éstos además ofrecer a los usuarios la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Como se ha indicado con anterioridad, los problemas surgidos durante la vigencia del anterior marco regulatorio de las telecomunicaciones hacían necesario delimitar claramente las conductas sancionables por vulneración de los derechos de los abonados y usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas y, al propio tiempo, fijar de forma clara el Órgano al que correspondería el control y, en su caso, sanción de las conductas tipificadas, dado que sin dicha tipificación y atribución de competencias, el reconocimiento de los derechos de los abonados y usuarios establecido en la nueva Ley 32/2003 quedaría reducido a una mera declaración programática sin eficacia directa en caso de contravención.

A tal fin, la Ley 32/2003 introduce importantes novedades en lo referente a su régimen sancionador, tipificando expresamente las conductas contrarias a los derechos consagrados en la Directiva 2002/58/CE.

De este modo, el artículo 53 z) de la Ley tipifica como infracción muy grave, sancionable con multa que puede alcanzar los dos millones de Euros (artículo 56.1 b), “La vulneración grave o reiterada de los derechos previstos por el artículo 38.3”.

Del mismo modo, el artículo 54 r) de la Ley considera infracción grave de la misma, sancionable con multa de hasta 500.000 Euros (artículo 56.1 c) “La vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3, salvo que deba ser reconocida como infracción muy grave”.

En ambos casos, la Ley procura el establecimiento de un régimen similar para el caso de infracción de las normas referidas al envío de comunicaciones

27. Que exigirá la existencia de una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

comerciales no solicitadas, de forma que la sanción sea similar tanto si el envío se efectúa por los medios previstos en la Ley 32/2003 como si se realiza a través de los descritos en el artículo 21.1 de la Ley 34/2002. Por este motivo, los dos tipos sancionadores a los que nos hemos referido introducen una salvedad, excluyendo de su aplicación el derecho

previsto por el párrafo h), cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

A su vez, la Ley 34/2002, en modificación producida por la Ley 59/2003, en vigor desde el 21 de marzo de 2004, introduce un total de seis tipos sancionadores, modificando los que acaban de reproducirse. De este modo, a la entrada en vigor de esta nueva reforma, son infracciones graves de la Ley 34/2002:

- El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.
- El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios.
- El incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22.

Al propio tiempo, son infracciones leves:

- El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.
- El incumplimiento de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave.
- El incumplimiento de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios cuando no constituya infracción grave.

Los preceptos que acaban de reproducirse vienen a solucionar el problema derivado de la atipicidad de las conductas contrarias a lo dispuesto en las nor-

mas de transposición de la Directiva 2002/58/CE. Sin embargo dichas normas han de complementarse con las que atribuyan a una determinada autoridad la competencia para la investigación e imposición de las sanciones que correspondan en caso de comisión de las infracciones tipificadas por las leyes.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 15.2 de la Directiva 2002/58/CE señala que

las disposiciones del capítulo III sobre recursos judiciales, responsabilidad y sanciones de la Directiva 95/46/CE se aplicarán a las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y a los derechos individuales derivados de la misma.

De este modo, dado que el ordenamiento español atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos las competencias relacionadas con las materias a las que se refiere el citado artículo 15.2, parecía lógica consecuencia de lo establecido en la Directiva que la norma de transposición viniese a otorgar a la Agencia las competencias relacionadas con la ejecución de las normas contenidas en la Directiva 2002/58/CE.

Por otra parte, considerándose adecuada la atribución de la competencia a la Agencia, resulta necesario que la misma se efectúe de modo expreso, de tal forma que la actividad de dicha autoridad para la persecución, control y, en su caso, sanción de las conductas no deba traer su fundamento de las normas de protección de datos, sino directamente de las reguladoras de la privacidad en las telecomunicaciones, a fin de que el hecho de si existe o no un tratamiento de datos de carácter personal o si el perjudicado es persona física o jurídica, entre otros, resulte irrelevante.

A tal efecto, la Ley General de Telecomunicaciones resuelve la cuestión atribuyendo en particular a la Agencia Española de Protección de Datos las competencias relacionadas con las infracciones que se reprodujeron anteriormente, estableciendo su artículo 58 b) que la competencia sancionadora corresponderá

a la Agencia de Protección de Datos, cuando se trate de las infracciones muy graves comprendidas en el párrafo z) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas por el párrafo r) del artículo 54.

En similares términos la cuestión es resuelta por la Ley 34/2002, tras las reformas operadas en la misma por las leyes 32/2003 y 59/2003, disponiendo actualmente su artículo 43.1 in fine que “corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta Ley”, que se corresponden con los tipos anteriormente citados.

En resumen, en el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas en España se establecen una serie de tipos referidos a la posible infracción

de los derechos consagrados en la Directiva 2002/58/CE, atribuyéndose expresamente a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para la investigación e imposición de sanciones por incumplimiento de dichas normas, de forma que la competencia en relación con los tipos sancionadores descritos será ejercida por la Agencia directamente en virtud de las competencias atribuidas expresamente por las normas sectoriales y no en virtud de las competencias que le atribuye la legislación en materia de protección de datos, evitándose así los problemas que pudieran derivarse de la aplicabilidad a los sectores de las telecomunicaciones y el comercio electrónico de las normas de protección de datos de carácter personal.

3.5. Breve referencia a la estructura y organización de la Agencia

Resta por último referirnos, si bien que con brevedad, a la organización de la Agencia Española de Protección de Datos, consagrada por su Estatuto y complementada por las necesidades prácticas de la misma.

Como es sobradamente conocido la Agencia se encuentra dotada de una estructura orgánica encabezada por el Director, al que corresponde dirigir la Agencia y ostentar su representación, que se encontrará asistido por un Consejo Consultivo, formado por representantes de los distintos sectores implicados en el tratamiento de datos de carácter personal.

Además, el estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos se refiere a otros tres órganos, con nivel de Subdirección General: el registro general de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General.

La estructura se completa con la existencia de una Unidad de Apoyo al Director, en la que se integran la Abogacía del Estado, bajo la denominación de Gabinete Jurídico, el Adjunto al Director, actualmente a cargo de las relaciones internacionales y el Jefe de Gabinete del Director.

El crecimiento de la actividad de la Agencia ha implicado, lógicamente, un incremento de la plantilla de la misma, que se ha duplicado en los últimos cinco años, habiendo crecido, en particular, en torno a un 50 por 100 en el período 2003-2005.

La extensión de este trabajo impide efectuar un estudio detallado de las funciones desempeñadas por cada uno de los órganos de la Agencia. Sin embargo, sí resulta interesante poner de manifiesto algunas cuestiones planteadas por la doctrina en cuanto al modelo que implica la estructura elegida.

Como se ha señalado en un momento anterior, los distintos legisladores han optado, al regular las autoridades de protección de datos, entre el establecimiento de una autoridad colegiada o unipersonal. El primer modelo es propio de los Estados de tradición latina, siendo el segundo propio de los Estados anglosajones o de tradición germánica.

Pues bien, el legislador español, alejándose del modelo propio de los países de nuestro entorno más próximo y también de los modelos establecidos en el ordenamiento español para otros Entes reguladores, que presentan la forma de Comisión, ha optado por la creación de un Ente claramente monocrático en su funcionamiento.

Así, señala López Ramón²⁸ que “el Director es realmente el titular de la institución”, amparándose en que el artículo 2.3 del Estatuto señala que “la Agencia ejercerá sus funciones por medio del Director”.

En el mismo sentido, opina Vizcaíno Calderón²⁹ que

no es ya sólo que el Director dirija y represente a la Agencia. Sucede que, si se nos permite la expresión, “es” la Agencia si por esta realidad ontológica se entiende, como al parecer debe ser, el órgano que asume, de forma absoluta, exclusiva y excluyente, la realización de todas y cada una de las funciones de aquella

añadiendo posteriormente que “las funciones de la Agencia son funciones del Director, asesorado por el Consejo Consultivo y auxiliado por los órganos y el personal que dependen jerárquicamente de él”³⁰.

28. Op. cit. Pág. 257.

29. Op. cit. Pág 397.

30. En el mismo sentido, SERRANO PÉREZ: Op. cit. Págs 472 a 474.