

# La proyección de la distribución de competencias en las funciones de la Agencia Vasca de Protección de Datos

(The projection of the distribution of powers in the functions of the Basque Data Protection Agency)

Lucas Murillo de la Cueva, Enrique  
Eusko Ikaskuntza. Miramar Jauregia. Miraconcha, 48.  
20007 Donostia – San Sebastián

BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 129-139]

Recep.: 01.07.04

Acep.: 17.10.08

---

*La proyección de la distribución de competencias y su incidencia en las funciones de la Agencia Vasca de Protección de Datos obliga a revisar conceptos tales como el juego de la ley orgánica en el art.18.4 CE, la STC 290/2000, las condiciones básicas del 149.1.1 CE, los títulos competenciales del Estatuto de Autonomía y el alcance de la ley vasca de protección de datos.*

*Palabras Clave: Protección de datos y Estado de las Autonomías. Derecho a la autodeterminación informativa y reserva de ley orgánica. STC 290/2000. art. 149.1.1 CE y protección de datos. Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal. Agencia Vasca de Protección de Datos. Funciones de la Agencia Vasca de Protección de Datos.*

*Eskumen-banaketaren proiektzioak eta hark Datuen Babeserako Euskal Agentziaren funtzioetan izango duen eraginak zenbait kontzeptu gainbegiratzera behartzen du, hala nola lege organikoko jokoak Espainiar Konstituzioko 18.4 artikuluan, 290/2000 Epaitegi Konstituzionalaren Sententzia, Espainiar Konstituzioko 149.1.1 artikulua oinarritzko baldintzak, Autonomia Estatutuaren eskuduntza tituluak eta datuen babeserako euskal legearen eskumena.*

*Giltza-Hitzak: Datuen babesa eta Autonomien Estatua. Informazio autodeterminaziorako eskubi-dea eta lege organikoaren erreserba. 290/2000 Epaitegi Konstituzionalaren Sententzia, Espainiar Konstituzioko 149.1.1 artikulua eta datuen babesa. Otsailaren 25eko 2/2004 Legea, izaera pertsonaleko fitxategien gainekoa. Datuen Babeserako Euskal Agentzia. Datuen Babeserako Euskal Agentziaren funtzioak.*

*La projection de la répartition des compétences et son incidence sur les fonctions de l'Agence Basque de Protection des Données oblige à revoir certains concepts, tels que le jeu de la Loi Organique dans l'art. 18.4 CE, la STC 290/2000, les conditions de base du 149.1.1 CE, les titres compétentiels du Statut d'Autonomie et la portée de la loi basque de protection des données.*

*Mots Clé : Protection des Données et Situation des Autonomies. Droit d'autodétermination informative et réserves de la loi organique. STC 290/2000. art. 149.1.1 CE et protection des données. Loi 2/2004, en date du 25 février, relative aux fichiers de données personnelles. Agence Basque de Protection des Données. Fonctions de l'Agence Basque de Protection des Données.*

## **INTRODUCCIÓN**

Una vez que se han expuesto en la ponencia que enmarca esta Mesa Redonda las funciones de la AVPD, dedicaré mi intervención a apuntar los aspectos, a mi juicio, más problemáticos del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, del que parte la regulación de la propia AVPD y, obviamente, la asignación de sus funciones.

Creo que esta perspectiva es útil para formarse una idea lo más completa posible del margen de configuración con el que ha tenido que operar el legislador vasco y para valorar con mayor conocimiento de causa cómo ha aplicado el régimen de la autodeterminación informativa sobre los ficheros públicos de la Comunidad Autónoma. Una operación que, a nuestro juicio, debe estar presidida por el objetivo de potenciar al máximo dicho derecho y de hacer su ejercicio más pleno y efectivo. No sólo por razones prácticas, pues de poco serviría la creación de una nueva estructura organizativa orientada a preservar el derecho a disponer de los datos personales en poder de las Administraciones Públicas Vascas si con ello no se lograra una garantía más acabada, sino, ante todo, porque es su deber en virtud de la mayor vinculación a los derechos fundamentales que establecen los artículos 9.1 y 53.1 CE para los poderes públicos.

### **1. EL JUEGO DE LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA COMO PRESUPUESTO DEL REPARTO COMPETENCIAL**

El primer paso para determinar el alcance de la competencia del Parlamento Vasco en la regulación de los ficheros que contengan datos personales y en la creación y atribución de funciones a la Agencia destinada a prevenir y asegurar la efectividad de la autodeterminación informativa en su ámbito es precisar qué materia o materias son las concernidas por tal regulación.

En este caso, la materia sobre la que opera el reparto competencial es el mismo derecho fundamental contenido en el artículo 18.4 CE o, más exactamente, el conjunto de actuaciones públicas destinadas a garantizar y a precisar las condiciones para su ejercicio efectivo, porque aunque se trata de un derecho a decidir qué uso se hace de los datos de cada persona, su estructura no es la típica de los derechos de libertad, o libertades negativas, que se caracterizan por las facultades de exclusión del libre disfrute o ejercicio, sino que reclama, también, una acción pública que impida su vulneración por los particulares y por las mismas instituciones públicas. En palabras de la STC 290/2000, FJ 7:

el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental aquí considerado por parte de las Administraciones Públicas competentes.

En efecto, el artículo 18.4 CE contiene una libertad o poder de disposición sobre los datos personales e impone, igualmente, un deber de los poderes públicos de asegurar que esa libertad o poder sean efectivos. El mandato constitucional es directo, claro y taxativo al ordenar que se proteja a las personas de los riesgos que para su libertad entraña la recogida, tratamiento, cesión, etc. de datos relativos a ellas. Ahora bien, cuáles sean los poderes públicos responsables de dar esa protección depende del reparto competencial establecido en la propia CE y en los respectivos estatutos de autonomía.

Para determinar a quién corresponde brindar la protección es preciso que primero se definan o establezcan los elementos esenciales del derecho (titular, facultades elementales, garantías y los límites que resultan de su conciliación con otros derechos fundamentales) que han de salvaguardarse. En eso consiste la tarea de desarrollo directo del artículo 18.4 CE que ha de efectuar la ley orgánica en virtud de la reserva consagrada en el artículo 81 CE, tal y como ha declarado las SSTC 290 y 292/2000, en coherencia con la doctrina contenida, en otras, en las SSTC 61/1997 y 173/1998.

Ha de aclararse que el hecho de que un derecho fundamental sea considerado una materia competencial a los efectos de determinar qué parte de su ejercicio corresponde ordenar al Estado y qué otra a las Comunidades Autónomas, no implica en absoluto una degradación o pérdida del valor que da al derecho su estrecha e intensa vinculación con la dignidad de la persona, ni merma alguna de su condición de fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE).

Que se diga que el derecho de autodeterminación informativa es una “materia” no ignora lo que se ha llamado valor legitimante del mismo, sino que lo presupone, de modo que su respeto y el de su contenido esencial (artículo 53.1 CE) se erigen en límites absolutos de la regulación del ejercicio de las facultades que lo integran con independencia de que ésta corresponda realizarla al legislador estatal o al autonómico.

Pues bien, la tarea del desarrollo directo del artículo 18.4 CE se ha efectuado por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales (LOPD) que complementa o prolonga lo ya establecido en el precepto constitucional. En ella se concretan las facultades positivas y negativas sobre la información personal mediante las que se logra el pleno y efectivo dominio del uso de dichos datos. También define los límites o excepciones al ejercicio de dichas facultades cuyo núcleo central está en el consentimiento informado del afectado, eje sobre el que pivota todo el régimen jurídico del ejercicio de la libertad informática, según declaró la STC 292/2000. Por su parte, la Disposición Final Segunda LOPD identifica los preceptos de la misma que tienen el rango de ley ordinaria, lo que se conoce como materias “conexas”, por lo que el resto tienen el carácter de orgánicos en sentido estricto.

Aunque la LOPD no lo precisa, la STC 290/2000 ha declarado que los indicados preceptos conexos –todo ellos– tienen la cobertura del artículo 149.1.1º

CE, en virtud del cual, el legislador estatal puede establecer las condiciones básicas que sean necesarias para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental por todos los españoles.

Según las SSTC 61/1997 y 173/1998, la fijación de las referidas condiciones básicas implica, en principio, la existencia de competencia legislativa autonómica sobre todo o parte del ejercicio del derecho fundamental. Es, precisamente, la posibilidad de la coexistencia de regulaciones potencialmente distintas de dicho ejercicio la que puede hacer necesario acudir a las condiciones básicas para garantizar la igualdad.

El hecho de que el desarrollo directo del derecho, la regulación de su ejercicio y la fijación de las condiciones básicas de éste sean funciones distintas y diferenciables no impide que se contengan en un solo instrumento legal, como es la LOPD. Esta es una decisión de política legislativa que puede justificarse por razones de coherencia y para obtener una disciplina unitaria en lo esencial de un derecho que se ve amenazado por un vertiginoso desarrollo tecnológico que no conoce de limitaciones espaciales. Con todo, esa decisión ha de ser compatible con las reglas de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, pues, no vemos problemas para que convivan en la LOPD la materia orgánica estricta, mediante la que se satisface la reserva prevista en el artículo 81.1 CE, y la ordinaria "conexa" con la anterior destinada a regular el ejercicio del derecho. Regulación que, si implica a materias de competencia autonómica, ha de realizarse por las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, que esa opción sea conforme con la CE no significa que sea la mejor ya que, en mi opinión, hubiera sido deseable la utilización de dos leyes distintas: una orgánica dedicada al desarrollo directo del artículo 18.4 CE, en la que se plasmaría la disciplina constitucional del derecho fundamental, y otra ordinaria relativa a su ejercicio en la parte que correspondiente al Estado en la que se fijarían las condiciones básicas ex artículo 149.1.1º CE y, eventualmente, otras competencias estatales cuyo uso fuera necesario para ordenar la materia. A partir de ambas leyes, actuaría el legislador autonómico.

Creo que esta solución se acomodaría mucho mejor a la naturaleza compuesta del Estado autonómico y proporcionaría una mayor claridad en la regulación, tanto de cara a los ciudadanos, destinatarios últimos de la misma, como para las instituciones estatales y autonómicas. La fórmula no es ocurrencia mía sino que ya la propuso, con respecto al derecho de asociación, el Consejo de Estado.

## **2. LAS CONDICIONES BÁSICAS QUE GARANTIZAN LA IGUALDAD DE EJERCICIO DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA (ARTÍCULO 149.1.1º CE)**

Después de muchas vacilaciones, el Tribunal Constitucional definió el sentido y alcance del título competencial del artículo 149.1.1 CE. Fue a partir de las

SSTC 61/1997 y 173/1998 cuando se dio un significado autónomo y preciso a esa competencia estatal que hasta entonces o bien se confundía con el principio de igualdad contenido en el artículo 139 o se entendía como una consecuencia del derecho de igualdad del artículo 14 CE. También se desvinculó de los demás apartados del propio artículo 149.1 CE.

Esta cláusula quedó caracterizada por su carácter esencialmente normativo (STC 208/1999, FJ 6), ya que las condiciones básicas a las que alude, se refieren a la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales por sus titulares. Su peculiaridad con respecto al esquema bases-desarrollo, sobre el que se articula la distribución de funciones públicas en otras materias, es que dichas condiciones no dejan espacio a la diversificación en razón de la orientación de las políticas propias, sino que han de ser las mismas en todo el territorio estatal. El contrapunto moderador de la calificación como condiciones básicas de las previsiones del legislador ordinario estatal es que, estando referidas siempre al ejercicio del derecho o deber constitucional, deberían establecerse sólo cuando fueran imprescindibles para garantizar la igualdad en sentido sustancial o primario y sin penetrar, ni mucho menos agotar, la regulación de las materias afectadas.

La aludida dimensión internormativa o regulativa del artículo 149.1.1º CE se debe a que presupone la existencia de dos normas, una estatal y otra autonómica, sobre el ejercicio del derecho o deber, ya sea de forma directa e inmediata o indirecta producida al hilo de la ordenación de una materia dada. Por pequeño que sea, siempre tendría que quedar un ámbito abierto a la regulación del normador autonómico en las materias sectoriales.

Esta doctrina se mantuvo durante un tiempo hasta que, primero la STC 290/2000 y luego la 181/2001 (becas catalanas), la contradijeran sin dar una explicación mínimamente fundada. El Voto Particular emitido por el entonces Vicepresidente del Tribunal Carles Viver Pi Sunyer a la última de las SSTC citadas es, a mi juicio, de un rigor incontestable, porque una cosa es que la jurisprudencia constitucional se forme atendiendo a los casos que se le van planteando, de modo que haya de matizarse debidamente cuando los supuestos difieren de los resueltos con anterioridad, y que se vaya evolucionando, y otra muy distinta es sentar como válidas y con vocación de permanencia unas premisas que luego se excepcionan una y otra vez. Si tales premisas mantienen su vigencia, han de observarse y, si esto no es posible, han de desecharse y sustituirse por unas distintas. Lo que no parece coherente ni admisible es que el Tribunal siga enunciando como postulado en la materia que el artículo 149.1.1º CE implica una relación entre dos regulaciones –estatal y autonómica– y, acto seguido, extienda su acción a la actividad administrativa de fomento, es decir, al dictado de actos administrativos genéricos o que, como enseguida veremos, que se dé una amplitud tal que se borren los contornos que tan arduamente se han ido perfilando.

En el caso de la protección de datos ocurre algo similar pues la STC 290/2000 ventila la cuestión de un plumazo orillando la jurisprudencia anterior sobre el mencionado título competencial. Así, rechaza la alegación del Parla-

mento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña que hacía descansar la impugnación de la LORTAD en que la competencia sobre los ficheros privados en su función instrumental de otras competencias sectoriales. Según señala en el FJ 10, los recurrentes sostenían que el tratamiento automatizado de datos de carácter personal no es una materia competencial específica, sino una actividad instrumental de otras actividades que sí son subsumibles en materias competenciales. De manera que habrá de estarse al reparto competencial de éstas entre el Estado y las Comunidades Autónomas de conformidad con las normas del bloque de constitucionalidad para determinar quién es el competente para ejecutar la LORTAD en lo que respecta a los mencionados ficheros informatizados de titularidad privada. Y al no ser la protección de datos una materia competencial, la consecuencia según los recurrentes es que el Estado no puede asumirla por no estar expresamente atribuida a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos (artículo 149.3 CE). Ni tampoco la competencia de ejecución de la LORTAD podría sustentarse en lo dispuesto en el artículo 149.1.1º CE, pues el Estado no puede pretender erigirse en el garante último de la libertad e igualdad de los individuos ni esa garantía de las condiciones básicas puede desconocer el orden constitucional de reparto de competencias. Sin que tampoco pueda aceptarse que una norma meramente organizativa como la que crea la Agencia de Protección de Datos pueda ser considerada en modo alguno como la regulación de una “condición básica” a los fines del artículo 149.1.1º CE.

En definitiva, lo expuesto justificaba, a juicio de los recurrentes, que las potestades de ejecución de la LORTAD correspondan a las Comunidades Autónomas, así como la de tutela administrativa sobre aquellos ficheros privados que versen sobre materias respecto a las cuales una Comunidad Autónoma tenga atribuida, cuando menos, competencias ejecutivas.

El Tribunal no considera aplicable al supuesto que analiza la interpretación de los recurrentes sobre la relación instrumental de los ficheros con respecto a otras competencias. Dice que si esa razón se ha admitido en algún supuesto (cartografía), ha sido porque se trataba de dos actividades públicas entrelazadas y ordenadas a un mismo fin. Sin embargo, en la protección de datos, la conexión se establece entre actividades privadas y funciones públicas lo cual es muy distinto en su opinión e impide la traslación de la anterior doctrina.

Poniendo el acento en la misión protectora en condiciones de igualdad del derecho fundamental del artículo 18.4 CE, el Tribunal sostiene (FJ 14) que los límites frente al uso de la informática que reclama ese precepto

han de ser los mismos en todo el territorio nacional ex artículo 81 CE. Pues si los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestra Constitución reconoce son ‘fundamento del orden político’ (artículo 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 artículo 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 –continúa–, es significativo que el constitu-

yente haya querido introducir mediante la cláusula del artículo 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.

A continuación, el Tribunal se separa de la jurisprudencia sentada en torno al artículo 149.1.1 CE en las SSTC 61/1997 y 173/1998. Dice a este respecto que "si bien el alcance del artículo 149.1.1 CE es 'esencialmente normativo', como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de noviembre, FJ 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.

De todo ello, extrae como corolario que

junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional. Como hemos reconocido tempranamente en la STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3, respecto a la regulación del censo electoral y las funciones de la Oficina del Censo Electoral, al declarar que mediante esta regulación el Estado había pretendido ejercer la competencia que en esta materia 'se deriva del artículo 149.1.1 de la Constitución, en relación con el artículo 23 de la misma'. A lo que cabe agregar que no es infrecuente que la Ley Orgánica que lo ha llevado a cabo haya establecido un órgano al que encomienda la ejecución de sus preceptos, como es el caso, por ejemplo, respecto al derecho fundamental del artículo 30.2 CE, de la creación por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, de un Consejo Nacional de Objeción de Conciencia al que corresponde, entre otras funciones, resolver sobre las solicitudes de declaración de dicha objeción (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5).

Con esos antecedentes, todos ellos anteriores a las reiteradas SSTC 61/1997 y 173/1998, el Tribunal se ahorra toda explicación sobre la ampliación de la función del artículo 149.1.1 CE que tanto esfuerzo analítico le había supuesto restringirla. Hecho lo cual sólo le queda concluir 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 (artículo 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ex artículo 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, prosigue,

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.

No es este el lugar para profundizar en el examen de las cuestiones que suscitan los pasajes citados. Baste con advertir que tanto la Oficina del Censo Electoral como el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia son instrumentos al servicio de funciones públicas que se incardinan en la órbita competencial del Estado a través de menciones específicas del texto constitucional como es el "régimen electoral general" (artículo 81.1 CE), que no es una materia competencial sino un contenido reservado a la ley orgánica de forma diferenciada al desarrollo del derecho de sufragio ex artículo 23 CE. En el caso de la objeción de conciencia, ésta se vincula a las fuerzas armadas, sobre las que no sólo hay una reserva de ley orgánica singular (artículo 8.2 CE) sino, también, un título competencial en régimen de exclusividad (artículo 149.1.4 CE). Nada comparable existe con respecto al artículo 18.4 CE.

Pero, yendo al fondo de las cosas, el objetivo de garantizar la igualdad en la protección de los datos personales no requiere inexcusablemente de la centralización de los mecanismos institucionales y funcionales en la Agencia estatal. También se puede obtener a través del juego normal, internormativo, del artículo 149.1.1 CE, mediante el que se puede establecer un régimen jurídico adecuado para proporcionar un mismo nivel de protección. Ese es el papel que creemos que han de tener las condiciones básicas que fije el Estado so riesgo de que vuelva a emplearse indiscriminadamente siempre que se interprete que ha de garantizarse la igualdad. Esta segunda opción, la considero más acorde con el sistema de reparto competencial siendo posible combinarla con el artículo 149.1.18 CE en el que también aparece el principio de igualdad. Y si tampoco está exenta de dificultades, pues de lo que estamos hablando es de una intervención pública en las relaciones entre particulares, no veo razón objetiva suficiente para que las Comunidades Autónomas no asuman la función ejecutiva, la acción administrativa directa e inmediata para hacer efectivos los límites a la autonomía de la voluntad que en tales relaciones se desarrolla y cuya definición corresponde al legislador orgánico (STC 173/1998).

Por todo ello, creo que la perplejidad que causa la lectura de la STC 290/2000 está motivada más por la necesidad imperiosa de asegurar la protección del derecho frente a una amenaza de una entidad enorme y potencialmente más peligrosa día a día, que a la coherencia con la anterior doctrina y a las reglas de reparto de competencias. Así, pues, sería deseable que la situación generada por dicho pro-

nunciamiento se entienda como propio de una fase de transición y no como algo definitivo. La consolidación de las Agencias autonómicas podrá contribuir seguramente a ello.

### **3. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE ORGANIZACIÓN, RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y FUNCIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 10.2 EAPV)**

Delimitadas las competencias de la Comunidad Autónoma en el sentido expuesto la función de la Ley 2/2004, quedó constreñida al ejercicio de las competencias de autoorganización. Al fin y al cabo, de lo que se trataba era, por un lado, de regular conforme a la LOPD los ficheros públicos de la propia Administración autonómica y de la foral y local y, por otro, de instaurar los mecanismos preventivos necesarios para garantizar su cumplimiento y los represivos destinados a sancionar las infracciones que se pudieran cometer por los responsables de los citados ficheros y los encargados de su tratamiento que, en ocasiones, dependen de empresas o entidades privadas que trabajan por encargo de las Administraciones públicas.

Dado que en la ponencia general sobre la AVPD se desarrollan estos aspectos, me limitaré a apuntar sumariamente algunos problemas que suscita el texto de la Ley 2/2004.

El primero se refiere a la inclusión en su articulado de previsiones de carácter orgánico que se adaptan a la realidad de la Comunidad Autónoma y a la perspectiva de la Administración. Así, a diferencia de la LOPD, que, en cumplimiento del artículo 81.1 CE, enuncia los grandes principios y los contenidos sustanciales de la autodeterminación informativa desde el ángulo de los titulares de los derechos frente a cualquier uso, público o privado, de los datos personales, la ley autonómica enfoca la cuestión desde la óptica de las Administraciones vascas.

En principio, la reproducción de las previsiones de rango orgánico no es reprochable siempre que la ley autonómica no modifique o altere la norma contenida en los preceptos de la LOPD. La distinción entre norma y disposición que la contiene es importante a estos efectos pues la adecuación o fidelidad de la ley autonómica con la orgánica ha de ser material y no solamente formal o textual. Es lo que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora denomina “equivalencia normativa”.

Del contraste entre la LOPD y la LAVPD se concluye que no se dan problemas de ajuste en la disciplina de los ficheros públicos y en la configuración legal de la AVPD. No obstante, no comparto la manera en la que se ha plasmado en la ley vasca el principio del consentimiento en su artículo 5.

La formulación de éste, siendo legítima y lógica, pues la protección que específicamente se encomienda a la AVPD es la relativa a ficheros públicos, no se ha articulado, sin embargo, todo lo bien que sería deseable. En mi opinión, el artículo 5 oscurece la dimensión del consentimiento, eje, como dijimos, de toda

el régimen jurídico de la protección de datos. He de aclarar que el mencionado precepto lo respeta y no lo pone en peligro. El problema estriba en cómo se inserta en la ley ya que el consentimiento se contempla fundamentalmente en su dimensión negativa, como límite de la actuación de la Administración y se difumina su vertiente positiva o, si se prefiere, impositiva, como principio ordenador e inspirador de la regulación.

En efecto, el artículo 5 LAVPD recoge el principio. Pero lo hace en medio de dos incisos que acotan y precisan el margen de maniobra de las Administraciones Públicas en la recogida y cesión de los datos para evitar un uso desviado de los mismos. El tenor del precepto resulta en cierta medida tautológico pese a la insistencia en que las Administraciones han de recoger los datos sólo para fines legítimos y adecuados para el ejercicio de sus competencias. Aclaración que, sin ser ociosa, redundante en la plena sujeción a la ley y a los derechos fundamentales que imponen los artículos 9.1 y 3 y 53.1 CE. Por eso, al igual que la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco en su dictamen, considero que en la elaboración del estatuto de la AVPD y, en el desarrollo reglamentario de la ley habría que proclamar expresamente el repetido principio y hacer ver que sus excepciones, admitidas y precisadas en la LOPD, tienen ese carácter y que, por tanto, han de ser interpretadas y aplicadas restrictivamente.

Las otras cuestiones que es necesario revisar en la fase de desarrollo reglamentario son la concerniente a las sanciones pecuniarias y la remisión a la Ley de la potestad Sancionadora para la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

El problema que plantean los artículos es que ha seguido la misma sistemática que la LOPD al tipificar las infracciones y sanciones pero sin tener suficientemente en cuenta que en la norma estatal se han previsto para todo tipo de ficheros, públicos y privados, mientras que la vasca, sólo puede atender a las infracciones de sujetos privados en la medida que sean los encargados del tratamiento de ficheros públicos. Eso quiere decir, que en la tipificación de las infracciones no se han distinguido, separándolas en apartados diferentes, las conductas de estos últimos (sujetos privados), que son las que pueden ser castigadas con multas, de las que sean obra de los titulares de los ficheros y de los funcionarios que infrinjan la ley, a los cuales sólo cabe aplicarles el régimen disciplinario. Nuevamente ha de ser el reglamento el que, valiéndose de lo ya previsto en la LAVPD, realice la sistematización a fin de proporcionar la claridad necesaria en un terreno siempre conflictivo como es el sancionador.

La mencionada remisión a la Ley de la Potestad Sancionadora es inadecuada ya que, como indicó la Comisión Jurídico Asesora, esta ley la excluye expresamente. Habrá que acudir, por tanto, a las normas que ordena y regulan esa materia.

#### **4. VALORACIÓN FINAL**

La creación por la Ley 2/2004 de la Agencia Vasca de Protección Datos supone la asunción de una competencia de gran trascendencia en la vida actual y, por ello, implica, también, una enorme responsabilidad. Su reto ha de ser dar continuidad y mejorar la protección de los datos personales que figuran en los ficheros públicos dando ejemplo de respeto y promoción de la autodeterminación informativa.

La regulación contenida en la citada ley es un punto de partida que los reglamentos que se dicten en su desarrollo han de contribuir a perfeccionar, pero lo importante es que se gane el respeto de los ciudadanos y de las Administraciones que están en su esfera de acción. A partir de ahí, se podrá pensar en el siguiente paso que, creo que tendría que ser la asunción de las funciones de protección o de parte de ellas con respecto a los ficheros privados. Instrumentos jurídicos hay para ello y no debiera ser obstáculo la jurisprudencia vertida en la STC 290/2000, pues, como hemos visto, presenta fisuras notables que sólo se explican en el concreto contexto en el que se pronunció.