

PD 2/2020

Informe sobre el Anteproyecto de ley orgánica de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública

Antecedentes

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos el Anteproyecto de ley orgánica de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Analizado el Anteproyecto, que se acompaña de la memoria de análisis de impacto normativo, y teniendo en cuenta la normativa vigente aplicable, y de acuerdo con el informe de la asesoría Jurídica emito el siguiente informe

Observaciones en el texto

En primer lugar, y como consideración previa, debe mencionarse que el Anteproyecto de Ley analizado obedece a la obligación de transposición de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento y del Consejo, de 27 abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, ya la libre circulación de estos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de acuerdo con lo establecido en su artículo 63.

Resulta claro, por tanto, que el texto que se promueve debe respetar las previsiones contenidas en esta Directiva, sin perjuicio de que, tal y como establece el artículo 1.3 de la misma, la Directiva no impide a los Estados miembros ofrecer mayores garantías que las que en ella se establecen para la protección de los derechos y libertades del interesado respecto al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes.

Partiendo de estas premisas, se analizarán en este informe aquellas cuestiones que susciten problemas de encaje con esta Directiva, las que puedan afectar a las funciones reconocidas a esta Autoridad por el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su legislación de desarrollo o aquellas cuestiones que, a la vista de la experiencia de esta Autoridad en el ejercicio de funciones en el ámbito regulado, puedan ser susceptibles de mejora en la redacción final.

II

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1.2

Este apartado del artículo 1, dedicado al objeto de la Ley orgánica, recoge la aplicabilidad de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, siempre que el resultado de dicha aplicación no sea contrario a los fines del tratamiento incluidos en el apartado anterior.” (LOPDGDD).

Aparte de que la ubicación sistemática de este apartado no debería estar en el artículo 1 sino en el artículo relativo al ámbito de aplicación (artículo 2.2 del Anteproyecto), este apartado condiciona la aplicabilidad de la LOPDGDD a que no sea contraria a los fines del apartado primero. El criterio para aplicar la LOPDGDD no debería ser la no contradicción con los fines, sino la no contradicción con la Directiva 2016/680.

Por ello, se propone suprimir el apartado 2 del artículo 1 e introducir un nuevo artículo 2.2.bis con la siguiente redacción:

“2 bis. A los tratamientos comprendidos en el objeto de esta Ley orgánica les será de aplicación lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, siempre que el resultado de dicha aplicación no sea contrario a los establecido en la Directiva (UE) 2016/680 y en esta Ley orgánica.”

Artículo 2.2

El primer inciso de este apartado establece lo siguiente:

“Se aplicará, también, al tratamiento de las datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios y para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico con los fines señalados en el artículo 1.”

Si bien se valora positivamente que se haga una mención expresa a la aplicabilidad en este ámbito, especialmente teniendo en cuenta que se deroga de forma expresa la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su norma de desarrollo, debe hacerse notar que el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, a pesar de que en la actualidad se encuentran regulados en la LO 4/1997, no formaría parte de los fines señalados en la Directiva 2016/680.

Por ello, puesto que las especialidades aplicables a estas cámaras no se encuentran reguladas en el artículo 22 LOPDGDD, y en la medida en que se deroga la Ley orgánica 4/1997, las especialidades aplicables a las cámaras destinadas al control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, deberían regularse

en una disposición adicional, aclarando además que en lo no regulado de manera específica les sería de aplicación el régimen previsto en el RGPD y la LOPDGDD.

Por otra parte, el segundo inciso de este artículo resulta confuso. No parece necesario prever en este artículo la normativa aplicable a supuestos distintos a los que se refiere el primer inciso. En estos casos se aplicará el RGPD si no forma parte de los fines de esta Ley orgánica, y si se trata de fines comprendidos en la Ley orgánica se aplicará la ley orgánica o la normativa específica si la hubiere. Por eso se propone suprimir el segundo inciso.

Se propone la siguiente redacción para el apartado 2:

“2. Se aplicará, también, al tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios (...) los fines señalados en el artículo 1.”

Artículo 2.3.c)

Este artículo reconoce a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la consideración de autoridad competente a efectos de la Ley orgánica.

Si bien el Considerante 11 de la Directiva prevé que no sólo deben incluirse autoridades públicas como las autoridades judiciales, la policía u otras fuerzas y cuerpos de seguridad, sino también cualquier otro organismo o entidad en que el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad y las competencias públicas a las que se refiere la Directiva, no parece que una atribución formulada en términos tan amplios a los tratamientos realizados por la AEAT pueda resultar justificada (en realidad no se reconoce a el resto de administraciones tributarias o agencias tributarias de otras administraciones) desde el punto de vista del ámbito de aplicación de la Directiva

Por el supuesto que se refiera únicamente a determinadas funciones relacionadas con la prevención o persecución del fraude fiscal que pueda ser constitutivo de infracciones penales, debería señalarse de manera expresa estas funciones y, en su caso, debería resultar extensivo al resto administraciones tributarias.

Artículo 2.4

Este apartado prevé la aplicación de la Directiva a sujetos (sujetos distintos a la autoridad competente cuya finalidad sea la protección y prevención frente a las amenazas contra las infraestructuras críticas) que no tienen la consideración de autoridad competente. Esto parece contrario a la Directiva y al RGPD. Al estar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, les sería directamente de aplicación el RGPD.

Por otra parte, prevé que a estos sujetos les será de aplicación los Capítulos III (derechos de las personas), VII (reclamaciones) y VIII (régimen sancionador). Siendo de aplicación el RGPD debería aplicarse el régimen previsto en el RGPD. En cualquier caso si se tratara de sujetos a los que la legislación ha confiado el ejercicio de la autoridad y las competencias públicas a efectos de los fines previstos

Directiva, deberían ser calificados como autoridad competente y deberían ser de aplicación el Anteproyecto en su totalidad, sin que parezca justificada la aplicación parcial de determinados aspectos de la Ley orgánica.

Por eso, se propone suprimir este apartado.

Artículo 2.5

Para facilitar la comprensión del texto, se propone sustituir la expresión "en el ámbito del artículo 1 de esta ley orgánica" por la expresión "en el orden penal, incluida la vigilancia penitenciaria".

Por otra parte la aplicación subsidiaria de esta Ley orgánica en este ámbito no debería limitarse al Capítulo III, sino que debería referirse a la totalidad de la Ley orgánica, de forma similar a como lo hace el artículo 2.4 de la LOPDDDD respecto al tratamiento por parte del resto de órganos jurisdiccionales.

Artículo 2.7.e)

Este apartado excluye del ámbito de aplicación de la Ley orgánica los tratamientos relativos a "la lucha contra el terrorismo que afectan a la Seguridad Nacional y los relativos a las formas graves de delincuencia organizada dirigida a desestabilizar, gravemente, el normal funcionamiento del Estado y de las Instituciones", de forma similar a como lo hacía el artículo 2.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999.

Si bien en su momento esta disposición no planteaba problemas desde el punto de vista de la transposición de la Directiva 95/46/CE, puesto que la actividad policial (incluida la lucha contra el terrorismo) formaba parte del llamado tercer pilar respecto del que no se aplicaba esta Directiva, en la actualidad la Directiva 2016/680 incluye toda la actividad policial, con independencia de que se trate de tratamientos relacionados con la lucha contra el terrorismo o contra la delincuencia organizada grave.

Las consecuencias de esta exclusión son aún más graves, si cabe, teniendo en cuenta que este apartado también excluye la aplicabilidad del RGPD, con lo que este ámbito quedaría huérfano de cualquier regulación interna en cuanto a la protección de datos personales .

Por eso, este apartado debería suprimirse.

Artículo 2.8

Este apartado establece que a "los tratamientos realizados por los sujetos a los que el ordenamiento jurídico imponga un específico deber de colaboración con las autoridades competentes para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 1, se regirán por el

dispuesto en la norma que establezca dicha obligación y por lo establecido en los Capítulos III, VII y VIII de esta ley orgánica, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y sobre disposiciones de adaptación.”

De la Directiva 2016/680 no se desprende que sea de aplicación a sujetos que no tengan la condición de autoridad competente, sino que simplemente se limitan a colaborar con las autoridades competentes. En realidad, el Considerante 11 de la Directiva establece: “Así pues, el Reglamento (UE) 2016/679 se aplica en los casos en los que un organismo o entidad recopile datos personales con otros fines y proceda al tratamiento para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto.”

Por eso, se propone la supresión de este apartado.

III

Capítulo II. Principios

Artículo 4.2.b)

Se debería incorporar en este apartado la transposición de los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la Directiva, puesto que no se han incorporado en el artículo equivalente al artículo 9 de la Directiva (artículo 10 de I (anteproyecto) y parece sistemáticamente más adecuado incorporarlos al artículo 4.2.b).

Artículo 4.4

Este artículo no transpone de forma fiel el artículo 4.4 de la Directiva, ya que este artículo exige, de forma coherente con el contenido del principio de responsabilidad proactiva, no sólo que el responsable debe garantizar el cumplimiento, sino también que “debe estar en condiciones de demostrar el cumplimiento”, de forma similar a como lo hace el artículo 5.2 RGPD.

Artículo 5

Bajo la denominación de “Colaboración con las autoridades competentes.”, los apartados 1 y 2 del artículo 5 recogen varios supuestos de legitimación de recogida de datos por parte de las autoridades competentes.

Estos supuestos deberían recogerse en el artículo 9 dedicado a la licitud del tratamiento.

En cualquier caso, la habilitación contenida en el apartado 1, si bien puede estar justificada para la investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, parece excesivamente amplia por los tratamientos relacionados con la ejecución de condenas penales.

Por otra parte, no parecería necesario duplicar la referencia a los datos necesarios para la investigación o enjuiciamiento de infracciones penales en el apartado segundo, puesto que constituye una

duplicidad. Y debería suprimirse el primer signo de puntuación”. Siempre” del segundo apartado y sustituirse por “, siempre”

Los apartados 3 y 4 de este artículo deberían ubicarse y refundirse en el artículo 17.

Artículo 6

La Directiva (art. 5) establece en este punto que los Estados miembros deben disponer que se “fijen plazos apropiados para la supresión de las datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación de los datos personales. (...)”.

El artículo 5 de la Directiva no se refiere sólo a los ficheros jurisdiccionales penales, sino a cualquier tratamiento incluido en su ámbito de aplicación.

Sin embargo, el apartado 1 del artículo 6 del Anteproyecto establece que “El responsable del tratamiento determinará que la conservación de los datos personales tenga lugar sólo durante el tiempo necesario para cumplir con los fines previstos en el artículo 1. ”, a diferencia del apartado 2, que sí establece plazos de conservación en relación sólo con los ficheros jurisdiccionales penales.

La previsión de este apartado 1 podría resultar insuficiente.

En particular, se echa de menos la regulación del plazo de conservación de los antecedentes policiales que constan en los ficheros policiales y que en la práctica suscita muchas reclamaciones de tutela ante las autoridades de protección de datos.

Por otra parte, en cuanto a aquellos supuestos en que se haya producido un archivo provisional de la causa, pero por no haber transcurrido el plazo de prescripción deban conservarse en los ficheros policiales, se propone introducir la obligación de reflejar la circunstancia del archivo provisional en los ficheros policiales en tanto no se proceda a su supresión.

También señalar que los artículos 6.2 y 50.q) hacen referencia a la obligación de bloqueo, pero no se concreta en qué consiste, ni se hace remisión a la LOPDDDD en este punto.

Por último y en línea con las observaciones formuladas en el dictamen WP 258 sobre la Directiva, sería de interés establecer garantías adicionales para limitar la conservación de los datos de menores, una vez alcanzada la mayoría de edad penal.

Artículo 7

Teniendo en cuenta que la enumeración del artículo 6 de la Directiva no es una lista tasada sino abierta, se propone que, en línea con el Considerante 31, se incluya una nueva letra a) bis, referida a los cómplices. Esto permitiría distinguirlos de las personas a las que se refiere la letra d), que en principio no han participado en la comisión del delito.

Artículo 9.1

Por lo general toda la regulación relativa a la licitud del tratamiento en los artículos 5, 9, 10 y 11 resulta de difícil comprensión y sistemática, por lo que se recomienda una revisión en profundidad de estos artículos.

Centrándonos en el artículo 9, para que el tratamiento pueda considerarse lícito, este artículo establece sólo la necesidad de que se realice por la autoridad competente en el marco de sus competencias.

Sin embargo no tiene en cuenta que el artículo 8.1 de la Directiva exige que "está basado en el Derecho de la Unión o del Estado miembro". En este sentido, tanto de la interpretación de esta expresión realizada en la LOPDDDD (arts. 8 y 9.2), como la que se desprende del artículo 53 CE, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de abril de 2014, caso Digital Rights) y del Tribunal Constitucional (SSTC 292/2000 o 76/2019, entre otros), resulta exigible que una norma con rango de ley deba concretar la limitación del derecho a la protección de datos.

En este sentido, el apartado 2 del mismo artículo del Anteproyecto se refiere al contenido que debe tener "cualquier ley que regule tratamientos de categorías de datos personales..." pero tampoco establece la necesidad de que deba ser siempre una norma con rango de ley la que legitime el tratamiento.

Por otra parte, deberían recogerse aquí los supuestos de tratamiento previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Anteproyecto, aunque es necesario hacer notar que no parece clara ni la distinción entre los dos apartados de el artículo 5, ni el alcance de cada uno de ellos.

Por otro lado, ya pesar de que en principio el consentimiento no constituye una base jurídica válida para el tratamiento de datos con motivo de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales (considerando 35), no parece que, a pesar de no ser la base jurídica en la que va a basarse normalmente el tratamiento de datos por la autoridad competente, deba excluirse el consentimiento o el interés vital en otro tipo de tratamientos, por ejemplo relacionados con la ejecución de sanciones penales (por ejemplo, en la participación voluntaria en una rueda de reconocimiento, en la recogida de muestras biológicas de personas sospechosas sin autorización judicial o por consentir la instalación de un dispositivo corporal de geolocalización para la ejecución de medidas penales)

Por último, sería positivo, a efectos de simplificación normativa, recoger en este artículo, o en su caso en una disposición adicional al efecto, también la habilitación prevista en la DA 22ª de la LOPDDDD, según la cual "las autoridades judiciales competentes facilitarán el acceso a los datos en con ocasión de investigaciones policiales o judiciales de personas desaparecidas, debiendo atender las solicitudes con prontitud y diligencia a las instituciones o congregaciones religiosas a las que se realicen las peticiones de acceso. ”.

Artículo 10

No parece claro a qué tipo de datos se refiere este artículo. Esta indefinición se produce también en el artículo 10.3 de la Directiva, pero el derecho interno debería concretarla.

Artículo 11

Las mismas consideraciones realizadas respecto al artículo 9 pueden reproducirse respecto al artículo 11.a) ya que, aunque en este caso sí se exige que se trate de una norma con rango de ley, no se recogen ni la definición de los elementos esenciales que debe reunir esta ley ni garantías adecuadas, tal y como se desprende de lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 76/2019. En este sentido, el Considerante 37 de la Directiva recoge algunas de las garantías que deberían preverse.

Se debería recoger en este artículo la previsión actualmente contenida en el artículo 22.3 LOPD.

También debería recogerse la habilitación del artículo 11.b) de la Directiva relativa a la protección de los intereses vitales del afectado u otra persona.

Por otra parte, debería preverse en este artículo la habilitación para el tratamiento de los datos de salud de los internos en instituciones penitenciarias por razones asistenciales o de salud pública y de tratamiento de los internos.

Artículo 12.1

La redacción del apartado 1 de este artículo resulta imprecisa (cuando no recoge de forma precisa lo establecido en el artículo 11.1 de la Directiva) y de difícil comprensión.

Siguiendo lo establecido en el considerante 38 de la Directiva, debería añadirse un inciso para indicar que, entre las garantías que debe establecer la norma habilitante de este tipo de tratamientos, debe incluirse la de informar de forma específica al interesado, en particular para que el interesado pueda expresar su punto de vista, obtener una explicación de la decisión adoptada después de esta evaluación, o ejercer su derecho a impugnar la decisión.

Por otro lado, este artículo, tampoco recoge de forma fiel las exigencias del artículo 11 de la Directiva en cuanto a las decisiones automatizadas basadas en categorías especiales de datos, ya que en este caso se exige no sólo garantías para salvaguardar a los derechos y libertades de los interesados, sino también para salvaguardar sus legítimos intereses.

Por eso se propone la siguiente redacción para el apartado 1 de este artículo:

“1. No se adoptarán decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos negativos para el interesado o le repercutan, significativamente, de forma adversa, salvo que se autorice, expresamente, por una norma con rango de ley o por una norma del Derecho de la Unión Europea, que garantice la intervención humana y que establezca las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado, en especial, informarle de forma específica sobre el tratamiento para que el interesado pueda

expresar su punto de vista, obtener una explicación de la decisión adoptada tras dicha evaluación, o ejercer su derecho a impugnar la decisión.”

Cuando se basen en categorías especiales de datos, deberá adoptarse otras medidas adecuadas para salvaguardar los intereses legítimos de los interesados.”

IV

Capítulo III. Derechos de las personas

Artículo 13

Se debería realizar una corrección lingüística en el apartado 3 (debe suprimirse “al”), y en el apartado 4 (debe suprimirse “que esta será”).

Artículo 14.1

En este apartado no se concreta el momento en el que debe facilitarse la información. Siempre que sea posible la información debería facilitarse con carácter previo a la recogida, si se recoge directamente de la persona interesada, o en el plazo de un mes (o en la primera comunicación si se produce antes), cuando la información se obtenga a través de terceras personas.

Artículo 14.2

La referencia a “atendiendo a las circunstancias del caso concreto”, parece dejar en manos del responsable valorar la procedencia o no de facilitar esa información complementaria, cuando esto no se desprende del artículo 14.2 de la Directiva.

La concreción de que esta información se facilite a petición del interesado puede ser acorde con la Directiva, pero debería eliminarse este inciso relativo a las circunstancias del caso concreto.

Por otra parte, aunque pueda sostenerse la aplicación a este supuesto del plazo de un mes previsto en el artículo 13.4 del Anteproyecto, sería más esclarecedor establecer un plazo para facilitar esta información en el mismo artículo 14.2.

Por otra parte, en la letra d) de este mismo apartado, parecería más acertado reproducir la redacción del artículo 13.2.d) de la Directiva, puesto que la redacción actual del Anteproyecto, modifica en sentido restrictivo el sentido original del precepto.

Artículo 15.1.g)

Visto lo que dispone el considerante 43 de la Directiva, debería valorarse introducir un inciso para indicar que la información sobre el origen de sus datos en ningún caso debe revelar la identidad de ninguna persona física, sobre todo cuando se trate de fuentes confidenciales.

Artículo 15.3

Aunque la redacción del primer inciso de este precepto está alineada con la redacción del artículo 13.2 LOPDGDD, parece aconsejable aclarar que el sistema de acceso remoto no sólo debería permitir acceder a los datos sino también al resto de aspectos que se regulan en el apartado 1 del artículo 15. Por otra parte, debería suprimirse el último inciso y ser sustituido por el inciso equivalente que consta en la redacción del artículo 13.2 LOPDGDD.

Por eso se propone la siguiente redacción:

“3. El derecho de acceso se entenderá otorgado si el responsable del tratamiento facilitara al afectado un sistema de acceso remoto, directo y seguro a las datos personales y demás información establecido en el apartado 1 del presente artículo. A tales efectos, la comunicación por el responsable al afectado del modo en que éste podrá acceder a dicho sistema bastará para tener miedo atendida la solicitud de ejercicio del derecho.”

Artículo 15.4

Este artículo califica como excesivas las solicitudes en las que se elija un medio diferente al que ofrece el responsable para obtener los datos que suponga un coste desproporcionado.

Parece razonable que si el medio escogido por el interesado resulta excesivo se le pueda repercutir el coste adicional que esto suponga, como se desprende del artículo 12.4 de la Directiva, pero en cambio parece absolutamente desproporcionada la previsión del artículo 15.4 según la cual “En este caso, sólo será exigible al responsable del tratamiento la satisfacción del derecho de acceso sin dilaciones indebidas”. A esto hay que añadir que no parece claro “En este caso”, pues parece referirse al supuesto en que el interesado haya asumido el coste excesivo, cuando en realidad, parecería que debería referirse, en caso de mantenerse, a los supuestos en los que el interesado no satisficiera ese coste.

Por eso se propone la siguiente redacción:

“4. Cuando el interesado elija un medio distinto al que se le ofrece y que suponga un coste desproporcionado, la solicitud será considerada excesiva, por lo que dicho interesado asumirá el exceso de coste que su elección conlleve. Si no satisfaga el coste el responsable puede denegar la atención del derecho”

Artículo 16.3.b)

La referencia a que en lugar de la supresión de los datos se pueda proceder a su limitación “en particular, por seguridad”, que no se recoge en el artículo 16.3 de la Directiva, no parece tener la concreción necesaria para llevar a término una limitación del derecho de supresión. ¿A qué tipo de seguridad se refiere? ¿Seguridad pública? Seguridad de la información, ¿seguridad jurídica? Por eso se propone aclarar o eliminar este inciso.

Artículo 17

Tanto en el apartado 1 como en el apartado 2, deberían eliminarse los signos de puntuación “.” que existen dentro de cada uno de ellos, y sustituirse por “;”, para dar sentido a la actual redacción del precepto.

En este apartado 2, la referencia a los artículos 14 y 15 debería completarse con una referencia al artículo 16, en línea con lo establecido por el artículo 17 de la Directiva.

Artículo 18.1

Este apartado no debería referirse a los artículos 15.3 y 16.1, sino 17 de , en línea con lo establecido en el artículo la Directiva, debería referirse a los casos de denegación o limitación de los derechos previstos en los artículos 14, 15 y 16.

Por otra parte, puesto que este apartado se refiere a la necesidad de ofrecer determinada información en caso de denegación o limitación de los derechos, parecería sistemáticamente más acertado ubicarlo en el artículo 17.

En cualquier caso, y en línea con lo que se propone en el Dictamen WP 258, debería preverse expresamente la posibilidad de ejercitar estos derechos a través de la autoridad de control, sin necesidad de que previamente haya sido restringido por el responsable del tratamiento el conocimiento de los motivos en los que se fundamenta la limitación del derecho.

Por eso se propone:

a) Trasladar el primer apartado del artículo 18 a un nuevo apartado 5 del artículo 17, con la siguiente redacción:

“5. En los casos los casos de denegación o restricción de los derechos establecidos en los artículos 14, 15 y 16 de esta ley orgánica, el responsable del tratamiento informará al interesado de la posibilidad de que sus derechos sean ejercitados a través de la autoridad de protección de datos.”

b) Introducir un nuevo apartado 1 y adaptar el apartado 2 del artículo 18:

“1. Los derechos establecidos en los artículos 14, 15 y 16 de esta ley orgánica pueden ser ejercitados a través de la autoridad de protección de datos.”

2. Cuando, en virtud de lo establecido en el apartado anterior o en el artículo 17.5, sea la autoridad de protección de datos la que ejercite los derechos, ésta deberá informar al interesado, al menos, de la realización de todas las comprobaciones necesarias o la revisión correspondiente y de su derecho a interponer recurso contencioso-administrativo.”

Artículo 19

Tanto en el encabezamiento como en el texto del artículo debería quedar claro que este artículo se refiere sólo a información de la que sean responsables los órganos jurisdiccionales del orden penal. En este sentido, resulta más clara la redacción del artículo 18 de la Directiva.

Por otra parte, la distinción entre los apartados 1 y 2 resulta confusa, puesto que en ambos casos el ejercicio de los derechos debería realizarse según las normas procesales.

V

Capítulo IV Responsable y encargado del tratamiento

Artículo 21.1

Este artículo transpone de forma incorrecta el artículo 20.1 de la Directiva, puesto que en este artículo la aplicación de medidas la seudonimización o la minimización u otras, aparecen como una obligación, siempre que sea posible, mientras que en la redacción de éste artículo la utilización de la expresión “se podrá adoptar” parece indicar que tiene carácter potestativo. Por otra parte, dada la redacción del último inciso, la aplicación de su donimización y la minimización parece que se plantee como medidas alternativas cuando en realidad no lo son.

Por ello, se propone la siguiente redacción:

“1. En el momento de determinar los medios para el tratamiento, así como en el momento del tratamiento propiamente dicho, deberán aplicarse las medidas técnicas y organizativas que resulten apropiadas conforme al estado de la técnica y el coste de la aplicación, naturaleza, ámbito el contexto, los fines del tratamiento y los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas como, por ejemplo, la minimización y la pseudonimización de datos, de forma efectiva y para integrar las garantías necesarias en el tratamiento, de tal forma que éste cumple los requisitos de la presente Directiva y se protegen los derechos de los interesados._____

Artículo 21.2

La expresión del concepto “persona” del segundo párrafo del artículo 21.2, no debe interpretarse como equivalente a “intervención humana” sino como equivalente a “intervención de la persona interesada”. Pues sólo es la actuación de la persona interesada (no de cualquier otra persona humana) la que permite considerar que un determinado tratamiento no se produce por defecto.

Por eso se propone sustituir “intervención humana” por “intervención del interesado”.

Artículo 22.2

Deberían eliminarse los signos de puntuación “.” que existen dentro del apartado y sustituirse por “,”, para dar sentido a la actual redacción del precepto.

Artículo 23.2

Este artículo parece regular sólo la posibilidad de que el Encargado haya establecido una autorización específica para recurrir a otro Encargado concreto. Se debería incluir también la posibilidad de una autorización general (complementada después con la comunicación al responsable del encargado escogido para que pueda oponerse), puesto que se trata de una posibilidad expresamente prevista en el artículo 2.2 de la Directiva.

Artículo 23.3

A pesar de que el segundo inciso de este apartado establece que “el contrato u otro acto jurídico vinculará...”, al objeto de clarificar la naturaleza del acto jurídico al que se refiere, el primer inciso del apartado debería incluir el adjetivo "vinculante" para calificar el acto jurídico.

Por ello se propone la siguiente redacción para el primer inciso de este apartado:

“3. El tratamiento por un encargado deberá regirse mediante contrato u otro acto jurídico vinculante, por escrito, incluyendo el formato electrónico, conforme al Derecho de la Unión Europea o a la legislación española (...)”

Artículo 23.3.f)

Pese a que el artículo 23.3.f) de la Directiva se refiere a las condiciones establecidas en los apartados 2 y 3 para contratar a otro encargado del tratamiento, el apartado 3 no establece ninguna condición específica para subcontratar (salvo la mención que hace la propia letra f) de este apartado. Por otra parte, se propondrá más adelante la incorporación de un apartado 6 que regularía algunas condiciones para contratar a un nuevo encargado, con lo que sí resultaría procedente incorporar una remisión a este nuevo apartado 6.

Por ello, se propone la siguiente redacción:

“f) Respetar las condiciones indicadas (...) en el apartado segundo y en el apartado sexto para contratar a otro encargado del tratamiento.”

Artículo 23.3.g)

En el apartado 3 no se hace mención de la obligación del encargado del tratamiento de adoptar las medidas técnicas y organizativas establecidas por el responsable del tratamiento así como cualesquiera otras que resulten necesarias para garantizar la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de la información. Ciertamente se trata de una cuestión no exigida por el artículo 23.3 de la Directiva, pero resulta de capital importancia en la externalización de servicios que conllevan el acceso a la información por parte de terceros, sin que esta omisión quede solucionada por la remisión a la LOPDDDD que realiza el apartado 5 del artículo 23.

Por ello, se propone añadir una letra g) al artículo 23.3, con la siguiente redacción:

“g) Adoptar las medidas técnicas y organizativas establecidas por el responsable del tratamiento así como cualesquiera otras que resulten necesarias para garantizar la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos personales.”

Artículo 23.5

Este apartado establece que “El encargado del tratamiento se regirá en lo no previsto por esta ley orgánica, por lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.”.

La redacción realiza una remisión in totum respecto de aquellos aspectos no regulados por el Anteproyecto. Esto abarcaría no sólo la regulación específica del encargado del tratamiento (art. 33 LOPDGDD), sino también a cualquiera de las obligaciones generales no reguladas en el Anteproyecto y que en cambio sí se regulan en la Ley orgánica 3/2018. Por ello, se propone la siguiente redacción para limitar la remisión a aquellos aspectos relativos al encargado del tratamiento:

“5. En lo no previsto por esta ley orgánica, la regulación del encargado del tratamiento se regirá por lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.”

Artículo 23.6

Se propone introducir un nuevo apartado 6 en el artículo 23, para regular el régimen aplicable a los subencargados del tratamiento, puesto que la remisión que efectúa el apartado 5 a la regulación contenida en la LOPDDDD no soluciona este aspecto. Por eso, y en línea con el artículo 28.4 RGPD se propone introducir el siguiente apartado:

“6. Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico vinculante, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de forma que el tratamiento sea conforme a las disposiciones del presente Reglamento.

Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado.”

Artículo 25.1

Teniendo en cuenta que la normativa general de protección de datos (RGPD y LOPDGDD) ya impone el deber de mantener un registro de actividades del tratamiento (art. 30 RGPD) y un inventario (art. 30 LOPDGDD), y que este artículo prevé la creación de otro registro y otro inventario específicos por el ámbito de aplicación de la Directiva, además de otro registro de operaciones (art. 26), con el objeto de simplificar la regulación se proponen diversas medidas:

a) Modificar el apartado 1 en el siguiente sentido:

“1. A fin de quitar un registro de todas las actividades de tratamiento de datos personales efectuadas bajo su responsabilidad el responsable del tratamiento deberá levantar y publicar un inventario de sus actividades de tratamiento, accesible por medios electrónicos, en el que constará la siguiente información: (...).”

b) Suprimir el apartado 4 del artículo 25

Con esta redacción se simplificaría la incomprensible duplicidad registro/inventario ya la vez permitiría reservar la denominación “registro” por el registro previsto en el artículo 26.

c) Paralelamente y para simplificar en la misma línea las obligaciones derivadas del RGPD y LOPDGDD, podría modificarse el artículo 31.2 del LOPD DDD en el siguiente sentido:

“2. Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica mantendrán el registro de sus actividades del tratamiento a través de un inventario accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal.”

Artículo 25.1.a)

Debe hacerse notar que, a diferencia del artículo 13.1.b) de la Directiva, que sólo exige informar de los datos de contacto del delegado de protección de datos, pero no de su identificación, el artículo 24.1. a) de la Directiva sí exige que en el registro conste la identificación del delegado de protección de datos y no sólo sus datos de contacto. Por eso se propone la siguiente redacción:

a) La identificación del responsable del tratamiento y sus datos de contacto y, en su caso, del corresponsable, y del delegado de protección de datos.

Artículo 25.1.f)

La utilización de la expresión “categorías de transferencias de datos”, a pesar de ser la misma expresión empleada por el artículo 24.1.f) de la Directiva, no parece clara. Por eso se propone la siguiente redacción:

f) Las (...) transferencias de datos personales a un tercer país que no sea miembro de la Unión Europea o a una organización internacional, en su caso incluida la identificación de dicho tercer país o organización internacional y la concreción del mecanismo que permita dicha transferencia .”

Artículo 25.4

Dado que las actividades a que se refiere el artículo 2.7.d) ye), quedarían según se desprende del artículo 2.7, fuera del ámbito de aplicación de esta ley orgánica, el último inciso de este apartado resulta

innecesario. Si se mantiene, debería referirse a todos los tratamientos que no forman parte del ámbito de aplicación de la ley orgánica.

Esta observación se realiza con carácter subsidiario respecto a la propuesta que se ha realizado para suprimir el artículo 25.4 con motivo de las observaciones en el artículo 25.1.

Artículo 26

Este artículo no transpone adecuadamente el artículo 26 de la Directiva, debido a que al alterar el orden de la frase de la Directiva y situar la expresión “en los procesos penales” al principio, el resto de supuestos deberían producirse dentro del proceso penal. No es esto lo que se desprende del artículo 26 de la Directiva. Por ello, se propone la siguiente redacción:

“2. Dichos registros se utilizarán únicamente a efectos de verificar la legalidad del tratamiento, autocontrol, garantizar la integridad y la seguridad de los datos personales y en el ámbito de los procesos penales.”

Artículo 28

Señalar respecto de este artículo que el Dictamen WP 258 ha señalado, en línea con los Considerantes 51 y 52, la conveniencia de que los Estados miembros requieran una evaluación de impacto en aquellos casos en que se pretenda tomar decisiones automatizadas que incluyan categorías especiales de datos.

Artículo 29.1

Este artículo no transpone el artículo 28.2 de la Directiva, según el cual, “Los Estados miembros dispondrán de que se consulte a la autoridad de control durante la elaboración de toda propuesta de medida legislativa que deba ser adoptada por un Parlamento nacional, o de una medida reglamentaria basada en dicha medida legislativa, que guarde relación con el tratamiento.”. A pesar de que el artículo 42.m) del Anteproyecto se refiere a la función de emitir informe respecto a disposiciones legales y reglamentarias, la inclusión de este supuesto en el artículo 29.1 permitiría clarificar la aplicabilidad a este supuesto del régimen de las consultas previas.

Por ello, se propone añadir una letra c) al apartado 1 del artículo 29, con la siguiente redacción:

c) La elaboración de toda propuesta de medida legislativa o de una medida reglamentaria basada en dicha medida legislativa, que se refiera al tratamiento.

Artículo 29.4

El último párrafo de este apartado establece que en caso de que la autoridad de control no conteste la consulta en el plazo previsto, se entenderá que el tratamiento no infringe lo dispuesto en esta ley orgánica.

No parece que el mero transcurso del plazo para emitir el informe pueda determinar que un tratamiento no infringe la ley orgánica, especialmente teniendo en cuenta la brevedad del plazo para examinar determinados tratamientos que puedan ser muy complejos. La infracción de la ley orgánica se producirá o no con independencia de la emisión del informe. Por eso, el transcurso del plazo para la emisión del informe sin que se haya emitido podría comportar la imposibilidad de sancionar al sujeto infractor mientras no haya sido advertido de la ilegalidad, pero no debe impedir que, en caso de infringir la ley orgánica, deba adaptarse a la misma o, en su caso, cesar.

Por eso se propone suprimir el último párrafo del artículo 29.4.

Artículo 32.3.c)

Por los supuestos en que la comunicación individual pueda resultar desproporcionada, no parece que deba preverse como única medida de difusión la publicación en un boletín oficial, ya que existen otros canales, como por ejemplo la sede electrónica de la autoridad competente, las redes sociales, medios de comunicación u otros que puedan resultar más inmediatos y más efectivos.

Por ello, se propone la siguiente redacción:

“c) Que suponga un esfuerzo desproporcionado, en cuyo caso, se puede publicar en el boletín oficial correspondiente, en la sede electrónica del responsable o por cualquier otro medio que permita informar de forma rápida y efectiva a los interesados.”

Artículo 33.3

Sería positivo introducir un apartado 5 para aclarar que el delegado de protección de datos puede desempeñar también esta función respecto a tratamientos no sometidos a la ley orgánica.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que del Considerante 63 de la Directiva se desprende que el delegado de protección de datos deberá ser un empleado que trabaje por el responsable, parecería conveniente esclarecer esta cuestión, para esclarecer el diferente régimen aplicable respecto a los tratamientos sometidos al RGPD.

Por eso se propone modificar el apartado 3 en el siguiente sentido:

“3. Podrá ser delegado de protección de datos un empleado que forme parte de la plantilla del responsable, pudiendo ejercer sus funciones a tiempo completo o parcial, incluido el ejercicio de las funciones de delegado de protección de datos en el ámbito del Reglamento (UE) 2016 /679, siempre que el ejercicio de dichas funciones no dé lugar a un conflicto de intereses.”

Podrá designarse a un único delegado de protección de datos para varias autoridades competentes, teniendo en cuenta la estructura organizativa y tamaño de las mismas.”

Capítulo V. Transferencias internacionales

Artículo 36.1.d)

Para simplificar la redacción de este apartado, debería suprimirse el inciso “la Comisión Europea actúe conforme a las previsiones de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, ya la libre circulación de dichas datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. En concreto, cuándo”.

Por otra parte, las referencias a los artículos 37 y 38 deben realizarse en los artículos 38 y 39.

Por todo ello, se propone la siguiente redacción:

d) Que (...) la Comisión Europea haya adoptado una decisión de adecuación de conformidad con el artículo 36 de la Directiva (UE) 2016/680 o, a falta de dicha decisión, cuando se hayan aportado o existan las garantías apropiadas de acuerdo con el artículo 38 de esta ley orgánica o, a falta de ambas, cuando resulten de aplicación las excepciones para situaciones específicas de conformidad con el artículo 39 de esta ley orgánica y, _____

Por otra parte, se echa de menos la transposición del artículo 36.7 de la Directiva. A estos efectos se podría añadir un apartado con la siguiente redacción:

“La derogación, modificación o suspensión de una decisión de adecuación no tendrá efecto retroactivo, ni impedirá que se puedan realizar las transferencias internacionales de datos en virtud de lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de esta Ley orgánica.”

Artículo 38.1

Para simplificar la redacción de este apartado, en el primer párrafo debería suprimirse el inciso “con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36, apartado tercero, de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 27 de abril de 2016”.

Por otra parte, la redacción reproduce literalmente la expresión "los Estados miembros" del artículo 37.1 de la Directiva. Esta expresión va dirigida a los Estados miembros, pero no tiene sentido incorporarla a la redacción de la legislación interna de uno de los Estados miembros.

Por ello, se propone la siguiente redacción:

“1. En ausencia de una decisión (...) de adecuación, las autoridades competentes podrán realizar una transferencia de datos personales a un tercer país oa una organización internacional cuando:”

Artículo 39.1

Para simplificar la redacción, en el primer párrafo de este artículo, la referencia al artículo 37 de la Directiva, debe realizarse en el artículo 38 de la Ley orgánica, con lo que quedaría la siguiente redacción:

“1. En ausencia de una decisión de adecuación (...) o de garantías apropiadas de acuerdo con el artículo 38 de esta ley orgánica, las autoridades y funcionarios españoles podrán, también, realizar transferencias de datos personales a un tercer país o a una organización internacional, solo cuando la transferencia sea necesaria:

Artículo 39.1.a) y b)

La letra a) no recoge el supuesto previsto en la letra a) del artículo 38.1 de la Directiva. Por eso debería introducirse una nueva letra a) con la siguiente redacción:

a) Para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona.

Por otra parte, y respecto al contenido de la actual letra a) de este apartado, relativo a la protección de los derechos fundamentales del interesado u otra persona, podrían incluirse en la letra b), referida a los intereses legítimos.

A pesar de que el artículo 38.1 de la Directiva establece que "únicamente" se podrá proceder a una transferencia o categoría de transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional cuando la transferencia sea necesaria por alguno de los supuestos que enumera, la protección de los derechos fundamentales puede incluirse conjuntamente con los intereses legítimos pues, a pesar de tener una distinta naturaleza, resulta evidente la existencia de un interés legítimo cuando se trata de derechos fundamentales. Por eso se propone la siguiente

b) Para salvaguardar los derechos fundamentales y otros derechos e intereses legítimos del interesado reconocidos por el derecho español.

Artículo 39.2

El inciso "como se recoge" de este apartado no transpone correctamente el artículo 38.2 de la Directiva. Por eso se propone la siguiente redacción:

“2. Las datos personales no se transferirán si la autoridad competente de la transferencia determina que los derechos y libertades fundamentales del interesado prevalecen sobre el interés público sobre el interés público en la transferencia establecido en las letras d) y e) del apartado 1.”

Artículo 40.1

La utilización de la expresión “transferencias directas” en el encabezamiento resulta confusa y no refleja de forma suficientemente clara el contenido de este artículo, referido a transferencias necesarias para el ejercicio de las funciones de la autoridad competente, en casos particulares y específicos, cuando el destinatario no sea una autoridad competente, según se desprende del primer inciso del artículo 39.1 de la Directiva. Esta aclaración debería realizarse también en la redacción del primer apartado.

Por otra parte, si se mantiene la redacción actual, para la mejor comprensión del apartado debería sustituirse “Y” por el signo de puntuación “;”.

Por eso se propone la siguiente redacción:

“Transferencias de datos personales a destinatarios establecidos en terceros países que no sean autoridad competente

1. Las autoridades competentes pueden transferir datos personales directamente a destinatarios establecidos en terceros países que no tengan la condición de autoridad competente únicamente si se cumplen las demás disposiciones de esta ley orgánica y se satisfagan todas las siguientes condiciones:

VII

Capítulo VI. Autoridades de protección de datos

Artículo 41.3

En el caso de las autoridades autonómicas de control no parece que la comunicación del informe anual deba realizarse en las Cortes Generales o el Gobierno del Estado, sino en la asamblea autonómica y el gobierno autonómico. Por eso, se propone sustituir la “y” por una “o”. Por otra parte, el artículo 49 de la Directiva también impone la comunicación al resto de autoridades designadas en el Estado miembro.

Se propone la siguiente redacción:

“3. Las autoridades de protección de datos deberán realizar un informe anual sobre su actividad, de carácter público y que deberá ponerse en conocimiento de las Cortes Generales, del Gobierno, o, en su caso, de las Asambleas legislativas y Gobiernos de las comunidades autónomas, de la Comisión Europea y del Comité Europeo de Protección de Datos, así como del Defensor del Pueblo e Instituciones autonómicas análogas y demás autoridades de protección de datos designadas en España._____

Artículo 42.4

A efectos de transponer correctamente el artículo 46.4 de la Directiva, debería añadirse un apartado 4 al artículo 42 del Proyecto, con la siguiente redacción:

“4. Cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, la autoridad de control podrá cobrar una tasa razonable basada en los costes administrativos, o negarse a actuar respecto de la solicitud. La carga de la demostración del carácter manifiestamente infundado o excesivo de la solicitud recaerá en la autoridad de control.”

Artículo 43

Este artículo no recoge los poderes previstos en los artículos 47.2.a) (advertencia) 47.5 (ejercicio de acciones y formulación de denuncias ante los órganos jurisdiccionales) y 57 (potestad sancionadora) de la Directiva.

En cualquier caso, y en línea con lo establecido en el dictamen WP 258, parecería recomendable efectuar una remisión a los poderes conferidos a las autoridades por el RGPD.

Artículo 43.b)

La enumeración de las funciones de control establecida en este apartado resultará más restrictiva que la efectuada en el artículo 47.2.b) de la Directiva. Por otra parte, se incluye en este apartado la emisión de recomendaciones, que, dado su carácter no vinculante, deberían figurar en el apartado c).

b) De control de lo exigido en esta ley orgánica, que incluye ordenar al responsable u encargado del tratamiento que haga conformes las operaciones de tratamiento a las disposiciones de esta ley orgánica, en particular, ordenar dar acceso, rectificar o suprimir los datos o limitar o prohibir el tratamiento.”

Artículo 43.c)

En concordancia con lo propuesto respecto al artículo 43.b), debería añadirse a este apartado una mención a la elaboración de recomendaciones:

c) De asesoramiento, que comprende la consulta previa prevista en el artículo 29 de esta ley orgánica, la elaboración de recomendaciones y la emisión, por propia iniciativa o previa solicitud, de dictámenes destinados a las Cortes Generales o al Gobierno, a otras instituciones u organismos o a cualquier ciudadano, acerca de todo asunto relacionado con la protección de datos personales sujeta a esta ley orgánica.”

Artículo 44.1 y 2

Se propone refundir los actuales apartados 1 y 2 de este artículo, y añadir un nuevo apartado 2 a efectos de concretar el contenido de la asistencia mutua, en línea con el artículo 50.1 de la Directiva:

“1. Las autoridades de protección de datos españolas podrán solicitar y facilitar la asistencia y cooperación necesaria a las autoridades de protección de datos de otros Estados”

miembros, debiendo responder a las solicitudes de éstas sin dilación indebida y en el plazo máximo de un mes desde su recepción.

2. La asistencia mutua abarcará, en particular, las solicitudes de información y las medidas de control, como las solicitudes para realizar consultas, inspecciones e investigaciones.”

VIII

Capítulo VII. Reclamaciones

Artículo 44.bis

Se echa de menos la transposición del artículo 48 de la Directiva relativo a que los Estados miembros deben disponer que las autoridades competentes establezcan mecanismos eficaces que fomenten la notificación confidencial de infracciones de la Directiva.

Artículo 45

Este artículo prevé que el procedimiento al que se someterán las reclamaciones que pudieran plantearse ante las autoridades de control, bien por no haber sido atendidos los derechos de los interesados a que se refieren los artículos 15 y 16 de esta ley orgánica, o bien cuando se denuncia la vulneración de lo establecido en la misma, será el regulado por el Título VIII de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Sin embargo, debe hacerse notar que el procedimiento regulado en el Título VIII de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, sólo es aplicable a la Agencia Española de Protección de Datos (art. 63.1 LOPDGDD). Por ello, debería modificarse la redacción de este artículo en el siguiente sentido:

“El procedimiento al que se someterán las reclamaciones que pudieran plantearse ante las autoridades de control, bien por no haber sido atendidos los derechos de los interesados a los que se refieren los artículos 15 y 16 de esta ley orgánica, o bien cuando se denuncia la vulneración de lo establecido en la misma, será el regulado por el Título VIII de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre o, en su caso, en la legislación autonómica correspondiente.”

Artículos 46 y 47

Estos artículos regulan respectivamente el derecho a indemnización por entes del sector público y del sector privado. La sistemática resulta mejorable, pues el elemento decisivo por la distinción será el régimen específico para el encargado del tratamiento. Por ello, se propone que el artículo 46 se dedique por lo general a la responsabilidad derivada del tratamiento, aplicable tanto a responsables como encargados, y el artículo 47 se dedique a las especificidades de los encargados.

Por otra parte, en cuanto al ámbito subjetivo de la previsión contenida en el apartado 2, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 40/2015, debe incluir también a las entidades instrumentales de las administraciones públicas.

Por último, el artículo 46 incluye también la responsabilidad de las autoridades de control, que es una cuestión que no está prevista en el artículo 56 de la Directiva. Sin perjuicio del sometimiento general de las autoridades al régimen de responsabilidad de las administraciones públicas, no se trataría en ningún caso de responsabilidad derivada del tratamiento, por lo que no parece tener sentido incluir a las autoridades de control en este artículo.

Por eso se propone la siguiente redacción:

“Artículo 46. Derecho a indemnización

1. Los interesados tendrán derecho a ser indemnizados por el responsable del tratamiento o por el encargado del tratamiento cuando sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en esta ley orgánica.

2. Cuando se trate de archivos de una administración pública o un ente instrumental de ésta, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y en la Ley 40 /2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. Cuando se trate de archivos de una autoridad pública judicial, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

Artículo 47. Derecho a indemnización por encargados del tratamiento

1. El encargado del tratamiento estará obligado a indemnizar cuantos daños y perjuicios cause a los interesados o a terceros, como resultado de las operaciones de tratamientos de datos contempladas en el contrato u otro acto jurídico suscrito conforme al artículo 23 de esta ley orgánica.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la autoridad competente, será ésta la responsable, dentro de los límites señalados en las leyes.

3. Los interesados o terceros podrán requerir al responsable del tratamiento, dentro del año siguiente a la producción del hecho, que informe, una vez oído el encargado del tratamiento, sobre cuál de las partes contratantes o las que hayan suscrito el acto jurídico, corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de los interesados se formulará, en cualquier caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

5. Con independencia de lo previsto en los apartados anteriores, el encargado del tratamiento responderá también de los daños y perjuicios que le sean imputables que durante las operaciones

de tratamiento de datos se causan al responsable del tratamiento, por incumplimientos de esta ley orgánica, de infracciones de preceptos legales o reglamentarios, o por el incumplimiento de las previsiones contenidas en el contrato o en otro acto jurídico suscrito.”

Artículo 47.bis

Se debería introducir un nuevo artículo 47.bis para la transposición del artículo 53 de la Directiva (Derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control).

“Derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de protección de datos

1. Sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o extrajudicial, toda persona física o jurídica tendrá derecho a recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa contra una decisión jurídicamente vinculante de una autoridad de protección de datos que le concierna.
2. Sin perjuicio de cualquier otro recurso administrativo o extrajudicial, todo interesado tendrá derecho a interponer recurso contencioso administrativo en caso de que la autoridad de protección de datos no dé curso a una reclamación o no informe al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación presentada.”

Artículo 47.ter

Se debería introducir un nuevo artículo 47.ter para la transposición del artículo 54 de la Directiva (Derecho a la tutela judicial efectiva contra el responsable o el encargado del tratamiento).

“Derecho a la tutela judicial efectiva contra el responsable o el encargado del tratamiento

Sin perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de protección de datos, todo interesado tiene el derecho a la tutela judicial efectiva si considera que sus derechos establecidos en la presente ley orgánica han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales no conforme con estas disposiciones.”

Artículo 47.tetra

Se debería introducir un nuevo artículo 47.tetra para la transposición del artículo 55 de la Directiva (Representación de los interesados).

“El interesado tendrá derecho a dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro que haya sido correctamente constituida, cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales, para que presente la reclamación en su número, y ejerza los derechos contemplados en los artículos 46, 47, 47.bis y 47.ter de esta ley orgánica en su número.”

IX

Capítulo VIII. Régimen sancionador

Artículo 48

La letra c) de este artículo incluye entre los sujetos responsables a los representantes de los responsables o encargados de los tratamientos no establecidos en el territorio de la Unión Europea, sin que, a diferencia del RGPD, exista en la Ley orgánica la obligación, ni siquiera sólo la previsión, de designación de un representante.

Por otra parte, la letra d) se refiere a “El resto de las personas físicas o jurídicas obligadas por esta ley orgánica”, sin que resulte claro a qué personas se está refiriendo.

Artículo 49

El apartado 1 establece que “Los hechos susceptibles de ser calificados conforme a dos o más preceptos de esta u otra ley, siempre que no constituyan infracciones a la normativa general de protección de datos de carácter personal, se sancionarán (...)”.

No parece clara la finalidad de la referencia a “la normativa general de protección de datos de carácter personal”, especialmente porque parece que debería entenderse hecha al RGPD y al LOPDDDD.

Artículos 50 a 52

Debería revisarse la tipificación de infracciones realizada en estos artículos pues no resulta clara la delimitación de la aplicabilidad de numerosas tipificaciones, de modo que parecería recomendable una revisión generalizada del cuadro de infracciones. Así, por ejemplo:

- En numerosas tipificaciones se recurre a la gravedad de la infracción para distinguir la aplicación de una infracción muy grave, grave o leve, sin que se proporcionen criterios para determinar la gravedad (p. ej. 50.a), 50.c), 51.b), 51.d), 51.k), 51.p) 52.e, 52.f, 52.g, 52.o))
- El artículo 50.c) se remite a los requisitos del consentimiento de la LOPDDDD, cuando esta ley orgánica no resulta de aplicación en el ámbito de la Directiva. Especialmente porque el artículo 72, al que se remite, no regula los requisitos del consentimiento. Esta observación sería extensible en el artículo 51.d)
- El artículo 51.ñ) tipifica la falta de cooperación, actuación negligente o el impedimento de la función inspectora de las autoridades competentes, cuando esta ley orgánica no atribuye a las “autoridades competentes” estas funciones. Se atribuyen sólo a las autoridades de protección de datos, y la correspondiente tipificación ya está prevista en el artículo
- El artículo 51.p) tipifica el acceso, cesión, alteración y divulgación de los datos al margen de los supuestos autorizados por el responsable o encargado de los datos, siempre que no constitu

ilícito penal o infracción muy grave. La referencia al encargado hace que no resulte claro quién sería el sujeto activo de esa infracción.

- El artículo 51.q tipifica "El incumplimiento de la evaluación de impacto". Más bien debería referirse a "la no realización de la evaluación de impacto cuando sea preceptiva". Esta observación sería extensible en el artículo 52.g).
- El artículo 52.k) tipifica "El incumplimiento de la obligación del encargado del tratamiento de informar al responsable del tratamiento sobre una posible infracción de las disposiciones de esta ley orgánica, como consecuencia de una instrucción recibida del mismo.", cuando en el texto de la Ley orgánica no se ha previsto esta obligación.
- El artículo 52.e) duplica el artículo 52.m)
- En el artículo 52.m) debería suprimirse el signo de puntuación "." Y ser sustituido por "," para la debida comprensión de este artículo.

Se propone, por ello, una revisión y simplificación del cuadro de infracciones previsto en la ley.

Artículo 54.2

En caso de que el sujeto infractor no sea una de las entidades públicas a que se refiere el artículo 77 LOPDGDD, el artículo 54.2 prevé una escala de sanciones (de 6.000 a 240.000 euros) sensiblemente menor no sólo a las establecidas en el RGPD , sino también de las que establecía la LOPD, sin que por las características de la información tratada ni por las consecuencias que el tratamiento pueda tener para las personas afectadas parezca justificada tal disminución.

X

Otras disposiciones

Disposición derogatoria única

a) Afectación de la LOPD y Real Decreto 1720/2007

Aunque la disposición derogatoria deroga expresamente determinadas disposiciones, no se refiere a la situación en que queda la Ley orgánica 15/1999. Aunque la Disposición derogatoria única de la LOPDDDD derogó esta norma, la Disposición transitoria cuarta de la misma mantuvo su vigencia transitoriamente mientras no se aprobara la normativa de transposición de la Directiva 2016/680. Para esclarecer la situación, podría ser positivo derogar de forma expresa esta norma, a excepción de los artículos 23 y 24 mantenidos en vigor en el ámbito del RGPD por la Disposición adicional decimocuarta de la LOPDDDD. En este sentido, a efectos de poder derogar de forma completa la LOPD se podría introducir una modificación en la LOPDGDD para recoger las previsiones de los artículos 23 y 24 LOPD en la parte que no se refieren a tratamientos en el ámbito policial, ya que las limitaciones al ejercicio de derechos en el ámbito policial y judicial penal ya se encuentran regulados en el presente anteproyecto de ley.

También debería clarificarse la derogación o en su caso la vigencia parcial del RLOPD.

b) Derogación de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

La disposición derogatoria única deroga de forma expresa la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su reglamento de desarrollo.

No obstante, cabe destacar que el texto del Anteproyecto no recoge ninguna regulación específica de la videovigilancia policial en lugares públicos.

Teniendo en cuenta algunas de las cuestiones ya planteadas en la STC 37/1998 parecería conveniente que en el Anteproyecto se establezcan las condiciones y garantías específicas para que se pueda llevar a cabo la utilización de sistemas de videovigilancia en los espacios públicos, dada la especial injerencia que estos sistemas puedan suponer para las libertades de los ciudadanos. En este sentido, resulta plenamente vigente lo establecido en el preámbulo de la Ley 4/1997:

“Ahora es oportuno proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado como un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública.”

Esta injerencia se agrava aún más, si cabe, dados los avances producidos en el grado de resolución de las imágenes captadas, de las potencialidades para la captación del sonido o la asociación de la captación de imágenes a sistemas de reconocimiento facial u otros de carácter biométrico.

Dados estos riesgos, la LOPDDDD regula de forma específica la utilización de sistemas de videovigilancia para garantizar la seguridad de personas y bienes en establecimientos e instalaciones (art. 22) y también en el ámbito laboral (art. 89). Parecería razonable también que el Anteproyecto incluyera una regulación específica en el ámbito policial para regular las condiciones y garantías para la utilización de estos sistemas.

Disposición final primera y segunda

Esta Autoridad no puede pronunciarse sobre la Disposición final primera de la Ley (naturaleza de la Ley) y segunda (título competencial), ya que la propia redacción que consta en el Anteproyecto indica que debe ser completada.

Disposición final octava.

Puesto que en la práctica se han suscitado algunas dudas en relación con la aplicabilidad en el ámbito tributario de la posibilidad de que la administración pública recaude de la Administración aquellos documentos que el ciudadano está obligado a aportar y que se encuentran en poder de la Administración tributaria (arts. 28.2 y 28.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas), resultaría clarificador que se incluyera un reconocimiento expreso a tal efecto en la modificación que se realiza del artículo 95.1 LGT con la siguiente

d) La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones con cargo a fondos públicos o de la Unión Europea, así como para la efectividad del derecho a no aportar documentos exigidos por la normativa, elaborados por la administración tributaria o que se encuentren en su poder.”

Disposición adicional séptima

Las consideraciones realizadas respecto a la disposición adicional octava serían también trasladables a la modificación del artículo 77.1.d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que se prevé en la Disposición adicional séptima del Anteproyecto.

Derecho transitorio

Se debería clarificar el régimen transitorio para las actividades iniciadas antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley orgánica. A estos efectos debería tenerse especialmente en cuenta lo establecido tanto por el considerante 96, como las previsiones específicas para la exigibilidad del registro de operaciones establecidas por los apartados 2 y 3 del artículo 63. Al respecto el apartado 2 establece que los Estados miembros podrán disponer que excepcionalmente y cuando suponga un esfuerzo desproporcionado, los sistemas de tratamiento automatizado establecidos con anterioridad al 6 de mayo de 2016 sean conformes con el artículo 25, apartado 1 (registro de operaciones), antes del 6 de mayo de 2023.

Barcelona, 24 de abril de 2020