

La Agencia de Protección de Datos

MANUEL HEREDERO HIGUERAS

*Subdirector de Cooperación Internacional
del Ministerio de Justicia.*

1. Introducción.

1.1. Todas las leyes de protección de datos que se han ido promulgando desde 1970 hasta 1992 han creado una autoridad especializada para su aplicación. Únicamente la *Privacy Act* norteamericana se abstuvo de crear una tal autoridad, encomendando a los tribunales ordinarios la solución de los litigios que surgieran en la aplicación de la ley. Esta solución no es conciliable con el carácter preventivo del sistema protector de los datos que estas leyes configuran. La intervención de los órganos jurisdiccionales requiere que se haya producido el litigio y, por tanto, el daño o perjuicio imputable a la recogida y el uso indebido de los datos. Por otra parte, la aplicación del sistema protector, con el consiguiente registro de ficheros o equivalente, que haga posible el ejercicio del derecho de información, requiere una acción administrativa de gestión y una ordenación por vía reglamentaria. Esta es, sin duda, otra de las causas que hacían que la solución judicial no fuera idónea. Así se entendió en Francia, cuyo Código civil prohíbe en su artículo 5 que los jueces y tribunales se pronuncien por vía de disposición general y reglamentaria en las causas a ellos sometidas; esto habría impedido el ejercicio de la potestad reglamentaria, que la ley francesa atribuiría a la Comisión Nacional de Informática y Liberta-

des (C.N.I.L.). Esta misma razón, de la necesidad de una acción conformadora, hace que la opción del Comisario parlamentario no sea tampoco suficiente por sí sola. Esto no implica que la autoridad especializada excluya toda actuación de los órganos jurisdiccionales ni tampoco del Parlamento. Todas las legislaciones prevén una revisión judicial de los actos de la autoridad especializada, así como algún tipo de control parlamentario que se encauza por la vía de una información anual o periódica en forma de memoria oficial.

1.2. Hasta la primera propuesta de Directiva comunitaria sobre protección de datos (SYN 287, 1990) no existe lo que podría denominarse una "teoría general" de la Autoridad especializada de protección de datos. El término de "Autoridad de control" no aparece hasta entonces como expresivo de un concepto genérico.

El Convenio 108 del Consejo de Europa soslayó esta cuestión. Su artículo 13 prevé un mecanismo de cooperación entre las Partes contratantes, pero, en realidad se trata de un mecanismo complementario del creado por otros Convenios del Consejo de Europa, como el Convenio 94, de Notificación en el Extranjero de Documentos Administrativos (1977) y el Convenio 100, de Obtención en el Extranjero de Informaciones y Pruebas en Materia Administrativa (1978). Se estimó que estos mecanismos no eran suficientes en el contexto de la protección de datos y, por otra parte, estos mismos convenios preveían la necesidad de completar el marco de cooperación que los mismos creaban, mediante acuerdos sobre ámbitos específicos. Por ello, el artículo 13 del Convenio 108 se limita a imponer a las Partes contratantes la obligación de designar una o varias autoridades, cuya denominación y ubicación deberán comunicar al Secretario General del Consejo de Europa. La Memoria Explicativa del Convenio (apartado 72) alude a la existencia de autoridades especializadas en protección de datos en la mayoría de los Estados, estimando por ello que no sería improbable que los Estados parte designaran precisamente a dichas autoridades especializadas como autoridades de enlace a los efectos del artículo 13. En todo caso, la Memoria (apartado 73) deja abierta la posibilidad de que las autoridades designadas sean otras. Tal ha sido el caso de Alemania Federal (Ministerios del Interior, federal y territoriales), o del Reino Unido (Secretaría del Interior). Fuera de este precepto, y con este limitado alcance, no se menciona la Autoridad de control de protección de datos, ni su creación se impone como obligación de las Partes, ni menos aún se da una pauta para su concepción.

1.3. La propuesta de Directiva comunitaria no podía limitarse a trasladar a su texto un modelo competencial que en el curso de cerca de una década y media se hubiera ido decantando en el plano doctrinal por vía de consenso. Si

bien existió siempre un acuerdo acerca de la necesidad de una tal autoridad y de la insuficiencia de la autoridad judicial; sin embargo, cada autoridad en concreto se basa en una concepción distinta. Ni aun puede decirse que sean órganos unitarios: en algunas legislaciones (Austria, Luxemburgo, Alemania, Reino Unido, Finlandia), la Autoridad de control consiste, en realidad, en un sistema o conjunto de órganos, que en la ley austríaca son, en realidad, tres. Por ello, resultaba imposible definir un modelo que pudiera albergar todas las variantes existentes. Cabría incluso definir una tipología, en función de la concepción del sistema protector que cada ley definía: un primer grupo vendría dado por las legislaciones escandinavas, orientadas a una acción de policía administrativa concretada en autorizaciones previas; un segundo grupo lo constituyen los órganos colegiados interpodere (Francia, Portugal, Austria, Bélgica) o encuadrados en la Administración (Luxemburgo, Países Bajos).

1.4. La propuesta de Directiva SYN 287 - tanto la versión primitiva, de 1990, como la de 1992 - define un modelo a tal efecto en el artículo 30, completado por otros preceptos dispersos. Este modelo es fruto, a la vez, de un proceso de unificación y de una "extrapolación". La Comisión quiso incluir en la pauta estructural y competencial que define el precepto características que ya estaban presentes en todas las autoridades de control preexistentes. Pero asimismo añadió algunas características que, o bien estaban sólo apuntadas o definidas de manera imperfecta en la mayoría de las autoridades o sólo se daban en algunas de ellas. El resultado es que ninguna de las autoridades existentes se ajusta totalmente al modelo de la propuesta de Directiva: todas carecen de alguna o algunas de tales características. Por otra parte, las características del modelo no están claramente definidas y permiten una cierta variedad de opciones concretas.

1.5. La primera de las características que definen el modelo de la propuesta de Directiva es la de *independencia* (artículo 30-1). No se especifica en el precepto, ni tampoco en los "considerandos" del preámbulo lo que deba entenderse por "autoridad independiente". El "considerando" 29 se limita a repetir el término, pero sin añadir nada. La primera autoridad de control fue el Comisario de Protección de Datos del *land* de Hesse, creado por el § 8 de la ley de Protección de Datos de 1970. En este precepto aparece por primera vez el término "independencia". En el § 22 de la ley de dicho *land*, de 1986, que modificó la de 1970, figura asimismo esta exigencia como una de las notas definitorias del órgano. Con posterioridad, sólo aparece esta nota, de manera expresa, en el artículo 8, párrafo primero, de la ley francesa de 1978, en el § 2 de la ley noruega de 1978/1987, y en el artículo 4-2 de la ley portuguesa de 1991. Ninguna mención al respecto figura en las leyes de Dinamarca o Suecia. No existe, sin embargo, en la doctrina una noción de "administración

independiente" o de "ente independiente no administrativo". Cuando se aprobó la ley francesa, sólo existían en Francia dos órganos que pudieran ajustarse a este concepto (3), sin que hubiera una elaboración doctrinal.

1.6. El concepto de administración independiente puede ser entendido en varios planos: *designación* del titular o titulares; *exterioridad* a la estructura de la Administración del Estado; determinación del *contenido de los actos*; dotación de *medios* materiales, personales y financieros necesarios para el funcionamiento; *revisión* de los actos. Cabría admitir que es independiente una administración o ente público si el titular lo designa el Parlamento o el Jefe del Estado, no está inserto en la estructura de la Administración, los titulares no están sujetos a instrucciones en cuanto al contenido de los actos, el ente tiene medios propios, incluso patrimonio y presupuesto propios, y sus actos sólo son susceptibles de control de legalidad en sede jurisdiccional. Este modelo no lo cumple en su totalidad ninguna de las autoridades de control existentes, sin que tampoco pueda deducirse de ello que ninguna lo es. El elemento esencial que permite calificar un ente público de independiente es la no sujeción de sus actos a instrucciones de ningún otro órgano. Es el caso de las componentes de la C.N.I.L. (artículo 13, párrafo primero, de la ley). La Comisión austríaca es más explícita: el § 40 de la ley de 1978/1986 dispone que los componentes de la Comisión de Protección de Datos son "independientes y no están sujetos a instrucciones" (*an keine Weisungen gebunden*). Análogamente, el Comisario del *land* de Hesse. Cualquiera de los otros aspectos de la noción de independencia resulta problemático. El hecho de que la autoridad de control sea designada por el Parlamento (caso de las legislaciones de Alemania, Portugal o Finlandia) o por el Gobierno o por un Ministro o por el Jefe del Estado, es irrelevante. La designación parlamentaria, en sí misma, puede acarrear un riesgo de politización, en la medida en que la elección del titular o titulares pueda estar mediada por la correlación de las fuerzas políticas.

1.7. La independencia se refleja asimismo en la ausencia de un control jerárquico, en la "exterioridad" de la autoridad de control con respecto a la estructura de la Administración del Estado. Esta nota va íntimamente ligada a la no sujeción a instrucciones. Sólo cabe un control de legalidad por parte de los órganos de la jurisdicción. Algunas legislaciones lo prevén así expresamente, como la ley danesa de ficheros públicos (§ 21, párrafo quinto), según la cual las resoluciones de la Inspección de Ficheros no son recurribles ante ninguna otra autoridad administrativa. Asimismo, la Cámara de Registro de los Países Bajos. La (C.N.I.L.) sólo está sujeta al control del Tribunal de Cuentas. Las resoluciones de la Comisión austríaca sólo son revisables en vía contencioso-administrativa a nivel federal.

1.8. La propuesta de Directiva no limita a una sola la autoridad de control. El artículo 30-1, último inciso, permite que cada Estado designe varias autoridades de control. Cabe entender esta norma en varios sentidos. En primer lugar, puede referirse a determinadas autoridades de control que están compuestas de varias, como es el caso de Luxemburgo, que, en realidad, consta de un Ministro y de una Comisión Consultiva; o el del Reino Unido, cuya autoridad consta de un Registrador de Protección de Datos y de un Tribunal Administrativo. En la legislación alemana existen, a escala federal, el Comisario Federal de Protección de Datos y una autoridad administrativa de tutela, correspondiendo a uno y otra una competencia diversificada en función de la titularidad de los ficheros objeto del control. Otro aspecto de esta pluralidad de autoridades es el que hace referencia a la implantación territorial, pudiendo haber autoridades de control por cada Estado federado, Comunidad Autónoma, Región Autónoma, etc. Por último, cabe una pluralidad de autoridades por razón de la materia. A este respecto, cabe mencionar la Recomendación R (87) 15 del Consejo de Europa, sobre uso de datos con fines policiales, que prevé una autoridad independiente específica para el control de dicho uso. Por el momento, la ley de Luxemburgo parece hacer uso de esta posibilidad, en la medida en que el uso de los datos automatizados policiales lo ha colocado bajo el control directo del Ministerio Público en determinados aspectos (artículo 12-1).

1.9. El modelo de la propuesta de Directiva comprende unas funciones determinadas. El artículo 30-1 atribuye a la autoridad de control una función genérica de "ejercer el control de la protección de los datos personales". Esta función viene acotada por el propio precepto. No se trata de ejercer el control de la protección de los datos personales ilimitadamente, sino que debe contraerse a la vigilancia de la aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. A este respecto, el artículo 3-2, primer guión, de la propuesta, dispone que el control de la protección de los datos personales objeto de tratamientos que no entren en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario no será competencia de la autoridad de control. Esta exclusión se refiere principalmente a los ficheros y tratamientos policiales. Sin embargo, una vez que el Tratado de la Unión Europea vaya siendo ejecutado, estos ficheros y tratamientos estarán cubiertos por el Derecho comunitario y, por tanto, por la Directiva. Por otra parte, el primer "paquete" de actos incluidos en el primer proyecto de Directiva (1990) incluía un proyecto de resolución por el que los Estados miembros se comprometían a hacer extensiva la aplicación de la Directiva incluso a sectores no comprendidos en el ámbito del Derecho comunitario. Por ello no es fácil, por el momento, determinar el alcance exacto del ámbito de la Directiva. En todo caso, habrá que entender que esta obligación es un mínimo y que no es obstáculo a que

cada autoridad nacional de control extienda dicho control a ámbitos no cubiertos por la Directiva.

1.10. El modelo de la propuesta de Directiva se define, además, por unas potestades administrativas, mediante las cuales se ejerce la función genérica a que alude el artículo 30-1: potestad de *investigación* y potestad de *intervención*. Estas potestades se definen en el artículo 30-2. La primera consiste en acceder a los datos que sean objeto de los tratamientos y recabar toda información necesaria para el ejercicio de la función de control. La potestad de intervención consiste en ordenar el bloqueo o la supresión de datos, la prohibición provisional o definitiva de tratamientos, la destrucción de soportes de datos o la formulación de advertencias o apercibimientos a los responsables de los tratamientos. El artículo 30-2 añade a estas dos potestades la de *denuncia* a la autoridad judicial cuando haya comprobado la existencia de infracciones a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Esta norma sigue de cerca el modelo de la C.N.I.L. (artículo 21, párrafo primero, ap. 4º de la ley). En las legislaciones que atribuyen potestad sancionadora a su autoridad de control, esta función deberá entenderse como una función complementaria.

1.11. A las potestades del artículo 30-2 añaden los artículos 30-3 y 30-4 otras funciones, como la de sustanciar reclamaciones y denuncias, la de cooperar con las demás autoridades de control en la medida necesaria para cumplir su misión de control, y la de redactar una memoria anual de actividades que deberá ser publicada. No dice, sin embargo, si la memoria sólo se publicará o si deberá ser elevada oficialmente a algún órgano constitucional.

1.12. Las potestades y funciones del artículo 30 se completan con otras que se definen en preceptos diversos a las cuales se remite el propio artículo 30-1, cuando dispone que la autoridad de control independiente "ejercerá todas las funciones que la Directiva le asigna". Tales funciones se definen en los artículos 8-3, 12-3, 14-2, 19-2, 21 y 28-2. Los cuatro primeros atribuyen a la autoridad de control una habilitación para la *derogación singular* de algunos de los preceptos básicos de la Directiva. En primer lugar (artículo 8-3) en lo que respecta al tratamiento de datos sensibles, que el artículo 8-1 prohíbe como norma general; asimismo, en cuanto a la obligación de informar al afectado en caso de comunicación de sus datos a un tercero, cuando el consentimiento para el tratamiento no sea preceptivo, o cuando sea imposible informarle o cuando ello implique esfuerzos desproporcionados o se oponga a los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero (artículo 12-3). La autoridad de control puede igualmente exceptuar del derecho de acceso un determinado tratamiento, a petición del afectado, para lo cual debe proceder a las averiguaciones necesarias (artículo 14-2). Otras derogaciones singulares

que según la Directiva puede hacer la autoridad de control se refieren a la obligación de notificar los tratamientos, impuesta como norma general por el artículo 18: el artículo 19-2 faculta a la autoridad de control para exceptuar de la obligación de notificar o para prever una notificación simplificada.

1.13. Los artículos 18-4, 18-5, 21 y 28-2 definen una potestad que no se halla comprendida en la enumeración del artículo 30. Estos preceptos prevén una función de autorización previa, en la línea de las leyes danesas de ficheros privados y públicos, para los tratamientos que implicaren riesgos especiales para los derechos y libertades de las personas (artículos 18-4 y 18-5). Asimismo, la autoridad de control deberá comprobar la procedencia y representatividad de los códigos de conducta (artículo 28-2). El artículo 21 dispone, por último, que la autoridad de control lleve el registro de los tratamientos notificados, lo cual implica la atribución de una función certificante al respecto. En cambio, la propuesta de Directiva no atribuye a la autoridad de control competencia alguna en lo que respecta a la autorización de transferir datos a terceros Estados cuyo nivel de protección no sea el adecuado: el artículo 26 faculta en tal caso a los Estados miembros a que condicionen la transferencia de los datos a determinados supuestos.

1.14. La existencia de una autoridad de control especializada no implica la exclusión de la competencia propia de los órganos jurisdiccionales. La propuesta de Directiva reconoce expresamente dicha competencia en el artículo 22.

2. La Agencia de Protección de Datos como autoridad de control independiente.

2.1. El artículo 34-1 de la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, creó la Agencia de Protección de Datos y el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, la dotó de un Estatuto, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 34-2, segundo inciso, y en la disposición final primera, de la L.O. 5/1993. El Estatuto de la Agencia no es la única disposición reglamentaria de desarrollo que la Ley prevé. Varios preceptos contienen habilitaciones reglamentarias específicas: así, los artículos 4-5 (procedimiento para la conservación de los datos de interés histórico), 9 (seguridad de los ficheros), 15-1 (plazo para hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación), 16-1 (procedimiento para ejercitar el derecho de acceso), 17-1 (reclamaciones por actos contrarios a la Ley), 24 (notificación de ficheros), 38-3 (procedimiento de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos), sin perjuicio de la habilitación genérica de la disposición final primera. Siguiendo el criterio del Consejo de Estado, expresado en el dic-

tamen referente al proyecto de Estatuto (dictamen 97/93), se ha optado por un texto limitado a la estructura orgánica y funcional de la Agencia y a su régimen jurídico, económico, presupuestario y de personal, dejando para un momento posterior el resto del desarrollo reglamentario, debido a que, según el artículo 36 h) de la Ley, la Agencia debe informar preceptivamente los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la Ley. El Consejo de Estado consideró, por ello, acertado regular primero el Estatuto de la Agencia y sólo una vez constituida ésta y nombrado el Director, ejercer la habilitación reglamentaria contenida en los demás preceptos de la Ley.

2.2. La Ley ha optado por crear un órgano especializado de control de su aplicación. A tal efecto, la ley define una solución original, adecuada al contexto jurídico-administrativo español. Con ello no ha hecho otra cosa que “repensar” el concepto a la luz del Derecho español, al modo de las demás leyes, como la ley del Reino Unido de 1984, que ha transpuesto a este contexto la fórmula usual del Derecho administrativo inglés, del Comisario real (Registrador) más un “tribunal administrativo”, o las leyes escandinavas, que han utilizado la fórmula usual en sus Administraciones, del ente especializado regido por un Director que actúa bajo las directrices de un órgano colegiado que es parte del ente, a modo de Consejo de Administración. Las demás soluciones que ofrece el Derecho comparado obedecen a este mismo criterio o se deben a razones coyunturales.

Durante la tramitación parlamentaria, uno de los aspectos más controvertidos del proyecto fue precisamente éste de la concepción de la Autoridad de protección de datos y, en su caso, el de su inserción en el cuadro de los Poderes del Estado. Dos fueron, en términos generales, las posturas sustentadas por los Grupos parlamentarios que cuestionaron este aspecto del proyecto: a) Comisionado especial de las Cortes Generales, al modo del Defensor del Pueblo - pero sin limitar su acción a las quejas contra las Administraciones, sino haciéndola extensiva a la gestión de los ficheros privados - y b) órgano colegiado interpoderees. Se estimaba que, debido a la incidencia de la Ley en la esfera de los derechos y libertades individuales - “derecho de autodeterminación” sobre la información personal y consiguiente prohibición del acopio de datos sobre las personas sin el consentimiento de éstas -, sólo tales opciones eran válidas. Debía, por tanto, proscribirse toda intervención del Gobierno, del Ejecutivo, en la designación del órgano y en su funcionamiento. La realidad es que, a la vista de los diarios de sesiones de las Cámaras y de las escasas manifestaciones de opinión reflejadas en los medios de comunicación, ninguna de estas dos opciones estuvo defendida de manera convincente, sin que tampoco quepa excluir cierto mimetismo con respecto a algunas opciones del Derecho comparado - concretamente, el modelo francés de la C.N.I.L. La configuración

final de la Agencia, con el Consejo Consultivo como "colegio electoral" del Director, es fruto de una transacción en tal sentido. En el proyecto del Gobierno sólo figuraba el Consejo como un mero órgano de asesoramiento del Director. El modelo de la C.N.I.L. no es transplantable, pues se basa en una situación, hoy superada, en la que los ficheros más importantes y voluminosos eran los ficheros públicos, lo cual explica, entre otras cosas, su concepción como un órgano de mediación entre los Poderes públicos, así como su composición y el procedimiento de designación. Sólo la Comisión portuguesa (artículos 4 a 10 de la ley de 1991) ha seguido esta pauta. En rigor, pocos son los derechos y libertades que reconoce la Constitución, cuya vigilancia esté atribuida a órganos concebidos en tales términos. Normalmente son los órganos jurisdiccionales los que ejercen tal función, a tenor de lo previsto en el artículo 53 de la constitución. En el caso de la protección de la libertad religiosa, de los derechos de los consumidores y usuarios se ha optado por unos órganos de composición representativa de los interesados. Dentro de esta línea, habría sido más adecuado propugnar un órgano representativo que defendiera el derecho de autodeterminación de los titulares de datos, de los "afectados", por usar la expresión de la Ley.

2.3. La Ley ha creado un Ente público encuadrado en el género definido por el artículo 6-5 de la Ley General Presupuestaria (T.R. aprobado por R.D.L. 1091/1988). En este concepto se encuadran una treintena de entes y organismos de naturaleza heterogénea, tales como la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ENATCAR, RETEVISION, y, entre los más recientes, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (1990), Puertos del Estado (1991) y Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (1990). La mayoría son entes prestadores de servicios, pero cabe diferenciar un subgrupo de entes, entre los que pueden encuadrarse, por ejemplo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuyo fin es una función de control, no de prestación. Mediante el recurso a esta opción orgánica se aspira a lograr objetivos diversos, principalmente una mayor agilidad en la gestión de unos fines determinados, gracias a una derogación parcial de las leyes administrativas generales. En el caso de la Agencia de Protección de Datos, no ha sido tanto el deseo de una gestión ágil, como la necesidad de una independencia orgánica y funcional con respecto a los Poderes del Estado, lo que ha aconsejado esta opción.

2.4. La Agencia de Protección de Datos se ajusta al modelo definido en el artículo 30 de la propuesta de Directiva. La nota de *independencia* se recoge en el artículo 34-2 de la ley: la Agencia "actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones". Asimismo, según el artículo 16-2 del Estatuto, el Director "no estará sujeto a mandato imperati-

vo ni recibirá instrucciones de autoridad alguna". La designación del Director y del Consejo Consultivo corresponde al Gobierno, según el artículo 19-3 del Estatuto. La propuesta de nombramiento la eleva al Gobierno el Ministro de Justicia (artículo 19-2 del Estatuto). Tanto el Director como los vocales del Consejo Consultivo son inamovibles: el Director permanece en el cargo por un plazo de cuatro años a contar de su nombramiento (artículo 15-1 del Estatuto). Los vocales son asimismo nombrados por cuatro años (artículo 20-1 del Estatuto), excepto en el caso de que uno de ellos sea nombrado Director o en casos de renuncia o pérdida de la condición habilitante de su nombramiento (artículo 20-2 del Estatuto). El Director sólo cesa por acuerdo del Gobierno, pero sólo si se dan unas causas previstas taxativamente en la ley y en el Estatuto: expiración del plazo de mandato, renuncia, incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida, incompatibilidad y condena por delito doloso (artículo 15-2 del Estatuto). El Director está sujeto a las incompatibilidades propias de los altos cargos (artículo 35-4 de la ley y 17 del Estatuto).

2.5. La Agencia y el Director no están sujetos a modalidad alguna de tutela administrativa. Sólo existe un *control de legalidad* de los actos del Director. Este control tiene su cauce en el recurso contencioso-administrativo previsto en los artículos 34-3 y 17-2 de la Ley, y en el artículo 2-4 del Estatuto. La Agencia, en el ejercicio de sus funciones públicas - es decir, no en la vertiente interna de gestión de su patrimonio, contratación, etc. - está sujeta a la legislación de procedimiento administrativo (actualmente, la ley 30/1992, de 26 de noviembre), y, en consecuencia, sus actos son recurribles directamente en vía contencioso-administrativa, ya que los actos del Director ponen fin a la vía administrativa (artículo 2-4 del Estatuto).

2.6. La ausencia de tutela administrativa es compatible con la existencia de unos cauces de *relación* con los Poderes del Estado. El Estatuto prevé tres cauces: a) relación entre la Agencia y el Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia (artículo 1-2 del Estatuto); b) relaciones con las Cortes Generales, en la forma de traslado de la Memoria Anual de la Agencia a las Cortes Generales por el Ministro de Justicia (artículo 8-2 del Estatuto); c) relaciones con el Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 33-1 del Estatuto). El Ministro de Justicia sirve asimismo de cauce de relación con el Gobierno para la elección de los vocales del Consejo Consultivo, en la medida en que el artículo 19-2 del Estatuto le atribuye la función de proponer al Gobierno los nombres de los vocales. El Ministro de Justicia sólo determina la composición del Consejo mediante la propuesta del vocal que en el mismo deba representar a la Administración General del Estado; asimismo, en los supuestos de los vocales representantes de los consumidores y usuarios y de los titulares de los ficheros privados el Ministro de Justi-

cia debe elegir el vocal entre una terna propuesta respectivamente por el Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios y por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio. En los demás casos, el Ministro de Justicia se limita a trasladar al Gobierno las propuestas de las demás organizaciones representadas en el Consejo.

2.7. La *exterioridad* de la Agencia de Protección de Datos con respecto a la estructura de la Administración, como un aspecto más de la nota de independencia, se refleja en la ausencia del control de fiscalización de la Intervención General de la Administración del Estado. La Agencia no está tampoco sujeta al procedimiento de la fiscalización previa. El artículo 33-3 del Estatuto regula el control financiero en la forma del *control permanente*, incompatible con la fiscalización previa, y que está regulado por disposiciones específicas de la Intervención General de la Administración del Estado. Este control permanente no exime a la Agencia del control del Tribunal de Cuentas (artículo 33-1 del Estatuto), que, a su vez, no constituye una tutela, sino un control de otra naturaleza. La Intervención General de la Administración del Estado sólo sirve de cauce de relación entre la Agencia y el Tribunal (artículo 33-1 del Estatuto).

3. Estructura Orgánica de la Agencia.

3.1. El artículo 11 del Estatuto enumera como órganos de la Agencia los siguientes: a) el Director, b) el Consejo Consultivo, c) el Registro General de Protección de Datos, d) la Inspección de Datos, y e) la Secretaría General. Estos tres últimos tienen rango de Subdirección General (artículo 37-2 del Estatuto). Cabría añadir a estos órganos, a tenor de lo previsto en el artículo 30 del Estatuto, la secretaría del Consejo Consultivo, vinculada a la Secretaría General, y que el apartado c) de dicho artículo define como una función propia de la Secretaría General. Dentro del marco de la legalidad actual, el Estatuto no podía ir más allá de esta subdivisión del artículo 11, ya que, por debajo del nivel orgánico de Subdirección General no existen propiamente órganos, sino grupos de puestos de trabajo, a tenor de la reglamentación que se ha ido definiendo a partir de la ley 30/1984. El artículo 37 determina el régimen específico de las relaciones de puestos de trabajo de la Agencia, atribuyendo al Director una potestad de organización en el nivel de propuesta y referida a los puestos de trabajo en cuanto unidades orgánicas inferiores. La relación de puestos de trabajo la propone el Director a los órganos competentes por conducto del Ministro de Justicia (artículo 13-1 f), en relación con el 37-1, ambos del Estatuto). En cuanto a las relaciones entre la Agencia y los distintos órganos constitucionales, se hace remisión al organigrama adjunto y a lo expuesto en 2.5., *supra*.

3.2. Las funciones de los distintos órganos de la Agencia se definen en los artículos 12 a 31 del Estatuto. Los artículos 12 y 13 enumeran las funciones del Director, en su doble dimensión de órgano de decisión institucional (artículo 12) y de *manager* de la Agencia (artículo 13). El rango jerárquico y remuneración del Director son los propios de un Subsecretario (artículos 14-2 y 17). Los artículos 2-3, 2-4 y 12 del Estatuto han resuelto las ambigüedades que el texto de la ley ofrece en cuanto a una posible distribución de funciones entre el Director y la Agencia, en la medida en que la ley atribuye las funciones unas veces al Director y otras a la Agencia. Según el artículo 2-3, “la Agencia ejercerá sus funciones por medio del Director, a cuyo efecto los actos del Director se consideran actos de la Agencia”. El artículo 2-4 completa esta norma, precisando que “los actos dictados por el Director en el ejercicio de las funciones públicas de la Agencia agotan la vía administrativa”. La función de órgano de decisión institucional (*funciones de dirección*) que el artículo 2-3 le atribuye, se precisa en el artículo 12-2, según el cual corresponde al Director “dictar las resoluciones e instrucciones que requiera el ejercicio de las funciones de la Agencia”. El citado precepto contiene a este efecto una enumeración *ad exemplum* de las funciones, que, por ello, son actos del Director y actos de la Agencia. Puede decirse, por ello, que *la Agencia es el Director*.

3.3. La dimensión de *manager* es la que define en términos generales el artículo 12-1 del Estatuto: el Director “dirige la Agencia y ostenta su representación”. Esta función se desarrolla en el artículo 13 (*funciones de gestión*) y comprende la adopción de decisiones internas de la Agencia: contratación, ordenación de gastos y pagos, control económico-financiero, programación, presupuestos, relaciones de puestos de trabajo, convocatoria de las sesiones del Consejo Consultivo. Son las funciones que, a diferencia de las del artículo 12, no constituyen “funciones públicas de la Agencia” (artículo 2-4 *a contrario*). Si las primeras han de seguir el cauce de la legislación de procedimiento administrativo, las segundas se rigen por las disposiciones del Capítulo IV del Estatuto, que, en general, se remiten a la legislación presupuestaria y, por lo que respecta a las adquisiciones y contratos y régimen patrimonial, al Derecho privado.

3.4. El Director está asesorado por un *Consejo Consultivo* de composición representativa, regulado por el artículo 37 de la ley y por los artículos 18 a 22 del Estatuto en lo que respecta al procedimiento de propuesta y designación de sus vocales. La función asesora sólo la ejerce a instancia del Director, sin perjuicio de que formule propuestas sobre temas propios de la competencia de la Agencia (artículo 18). Además de esta función, le corresponde la de constituir el colectivo de candidatos a Director, ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14-2 del Estatuto, sólo los vocales del Consejo Consultivo pueden ser

propuestos por el Ministro de Justicia al Gobierno para su nombramiento como Director. Por último, corresponde al Consejo Consultivo la función de audiencia preceptiva en caso de separación del cargo en los supuestos previstos en el artículo 15-2: la separación se acuerda por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, "oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo". El Director, una vez nombrado, continúa siendo miembro del Consejo Consultivo, pero con el cargo de presidente (artículo 22-3).

3.5. Los demás órganos que enumera el artículo 11 del Estatuto son el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General. Los dos primeros son los órganos de *line management*, en la medida en que ejercen, en el nivel funcional pertinente, las funciones anejas al fin institucional de la Agencia. La decisión corresponde al Director (artículo 14 del Estatuto), las funciones de propuesta de resolución e instrucción, en su ámbito respectivo, corresponden a estos dos órganos, a tenor de lo previsto en los artículos 23 y 26 (Registro General de Protección de Datos) y 27 a 29 (Inspección de Datos), asimismo del Estatuto. El tercero de estos órganos, la Secretaría General, tiene atribuida la función de apoyo logístico, ya que el apoyo operativo corresponde al Consejo Consultivo. Así resulta del artículo 30 del Estatuto. Dentro de esta función de apoyo logístico se encuadra el ejercicio de la función de secretaria del Consejo Consultivo (artículo 30 c) del Estatuto. La Secretaría General. La Secretaría General es también un órgano de documentación (artículo 31, a), b) c) del Estatuto). Por último, le corresponde una función de portavoz y de "jefe de relaciones públicas" de la Agencia, según el artículo 31 d), en relación con el 4-1, ambos del Estatuto: es la Secretaría General la que debe informar a las personas sobre los derechos que la ley les reconoce en el contexto de la protección de los datos personales, y a tal efecto promover campañas de difusión con ayuda de los medios de comunicación social.

4. Funciones de la Agencia.

4.1. Por lo que respecta a las funciones de la Agencia, se definen en la ley, en los artículos 36, 39, 48 y otros. El Estatuto se ha limitado a sistematizar y aclarar las que el artículo 36 de la Ley le atribuye. Todas las funciones definidas en el artículo 36 están presentes en el Estatuto. Las funciones de la Agencia se ajustan en general al modelo de la propuesta de Directiva comunitaria de protección de datos. La función genérica de control de la protección de datos la recoge el artículo 36 a) de la ley, según el cual es función de la Agencia "velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos". Esta función no se limita, sin

embargo, al control de la aplicación de la propia ley, puesto que el apartado m) del mismo artículo 36 le atribuye la función de velar asimismo por el cumplimiento de las disposiciones de protección de datos de la ley de la Función Estadística Pública. Esta función se concreta en el artículo 6 del Estatuto, que precisa que la Agencia ejerce el control de lo dispuesto en los artículos 4, 7, y 10 a 22 de la expresada ley. Para ello ejerce una función consultiva en relación con la confección de las hojas censales, cuestionarios y otros documentos de recogida de datos estadísticos, los procedimientos de recogida y proceso de los datos estadísticos, y las condiciones de seguridad de los ficheros creados con fines estadísticos.

4.2. La potestad de *intervención* a que se refiere el artículo 30-2 de la propuesta de Directiva se recoge en varios de los apartados del artículo 36 de la ley. En primer lugar, el apartado f): “ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de ficheros” cuando no se ajusten a las disposiciones de la ley. El artículo 48 de la ley atribuye a la Agencia una potestad de inmovilización de los ficheros. Se trata de una potestad complementaria de la potestad sancionadora que le atribuye el apartado g) del citado artículo 36 de la ley. El ejercicio de esta potestad de inmovilización es el último remedio de una cascada de medidas coercitivas que prevé la ley para los supuestos de infracción muy grave consistentes en la utilización o cesión ilícita de los datos que “impida gravemente” o “atente de igual modo contra” el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan. En estos casos, la Agencia incoará expediente sancionador y además podrá requerir al responsable del fichero a que cese en la utilización o cesión ilícita. Si el requerimiento fuera desatendido, la Agencia puede, por resolución motivada, ordenar la inmovilización del fichero, pero sólo a los efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas. Esta cascada de medidas procede con relación a cualesquiera ficheros, públicos o privados. La diferencia estriba en que en el caso de los ficheros públicos, el expediente sancionador queda, en realidad sustituido por el expediente disciplinario contra los funcionarios adscritos al órgano responsable del fichero. El expediente sancionador carece de sentido entre órganos de la Administración, puesto que el resultado en caso de sanción no sería otro que una mera transferencia de crédito del órgano responsable al Tesoro en concepto de multa. Sin embargo, para que entren en juego el requerimiento y la inmovilización será preciso que el reglamento disciplinario incluya un supuesto análogo. Al margen de estas medidas del artículo 48, el artículo 45 prevé unas medidas coercitivas específicas para los casos en que las infracciones tipificadas en el artículo 43 sean cometidas en ficheros de las Administraciones públicas. En este supuesto, la Agencia puede, por resolución motivada, disponer las “medidas que proceda adoptar para que cesen o se corrijan los efectos

de la infracción”, dando cuenta al responsable, a los afectados y al Defensor del Pueblo.

4.4. La potestad de *investigación*, que define el artículo 30-2 de la propuesta de Directiva, se recoge en el artículo 36 i) de la ley: “recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones”, así como en el artículo 39, asimismo de la ley, y en el 28 del Estatuto. Según el artículo 39 de la ley, la Agencia puede inspeccionar los ficheros recabando cuantas informaciones precise para el cumplimiento de sus cometidos. A tal efecto puede solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, e inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales en los que se encuentren instalados. El artículo 28 del Estatuto desarrolla esta función inspectora e impone al responsable del fichero la obligación de permitir el acceso a los locales en que se hallen los ficheros y los equipos informáticos, previa exhibición de la autorización extendida al efecto por el Director, sin más limitaciones que las normas sobre inviolabilidad del domicilio.

4.5. La potestad de *denuncia* a que hace referencia el artículo 30 de la propuesta de Directiva puede ejercerla la Agencia por una doble vía. En primer lugar, dentro del marco de un expediente sancionador incoado a tenor de lo previsto en el artículo 36 g), si de las actuaciones del expediente resulta que los hechos son constitutivos de delito. Cabe que los hechos revelen la comisión de delitos tipificados en el Código penal, no sólo de los tipificados como delitos cuyo objeto sean los datos personales, como es el caso del artículo 198-2 del proyecto de Código penal de 1992. Cabe que las infracciones tipificadas en el artículo 43 de la ley concurren con otros hechos, como medio para cometerlos. Por otra parte, la Agencia, en cuanto persona jurídica dotada de plena capacidad jurídica pública y privada (artículo 34-2 de la ley y 2-1 del Estatuto), puede ejercer acciones civiles y criminales, al amparo de lo previsto en el artículo 38 del Código civil, y, en consecuencia, ejercer la acción pública y denunciar los hechos al Ministerio fiscal o al órgano jurisdiccional competente.

4.6. La función de publicidad registral que el artículo 21 de la propuesta de Directiva atribuye a la autoridad de control tiene su correspondencia en el artículo 38 de la ley y en el artículo 7 del Estatuto. Esta es la función que la ley española ha instrumentado mediante el Registro Nacional de Protección de Datos.

4.7. El modelo competencial de la propuesta de Directiva comprende asimismo (artículos 18-4, 18-5, 26 y 28-2) una competencia de intervención admi-

nistrativa -que no hay que confundir con la potestad de intervención que define el artículo 30-2- en varios supuestos, algunos de los cuales tienen un equivalente asimismo en la regulación de la Agencia. El supuesto del artículo 18-4 de la Directiva, que prevé, al modo del Derecho escandinavo, una autorización previa para ficheros que ofrezcan riesgos especiales para los derechos y libertades, no tiene correspondencia en la ley española. La ley española no atribuye esta competencia a la Agencia. El único caso en que la ley atribuye a la Agencia la potestad de autorización previa es el de la transferencia de datos a Estados extranjeros cuya legislación no ofrezca un nivel de protección de datos comparable al de la propia ley. Únicamente el artículo 31-2 de la ley confiere a la Agencia una competencia afín en cuanto a los códigos deontológicos, en la medida en que puede denegar su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, recogiendo así la norma del artículo 28 de la propuesta de Directiva. Otras funciones previstas en el modelo comunitario (artículo 30), como la memoria anual y la cooperación internacional, se recogen igualmente en los artículos 36 k) de la ley y 8-2 del Estatuto, y en los artículos 36 l) de la ley 9 y 10 del Estatuto, respectivamente.

4.8. De las demás funciones que la propuesta de Directiva atribuye a la autoridad de control no tienen correspondencia en la legislación española las que entrañan una facultad de *derogación singular* de normas de la propia Directiva, como son la autorización para el tratamiento de los datos sensibles (artículo 8-3), la información en caso de cesión de datos a terceros (artículo 12-3), las excepciones discrecionales al derecho de acceso (artículo 14-2) y las exenciones o simplificaciones de la notificación (artículo 19-2).

4.9. A su vez, algunas funciones de la Agencia desbordan el modelo comunitario, como es el caso de la cooperación al desarrollo normativo, que regulan el artículo 36 c) y la disposición final segunda de la ley, y el artículo 5 del Estatuto.

Bibliografía.

No existen trabajos especializados que traten de las distintas autoridades nacionales de control de protección de datos. Sólo en algunos manuales generales o comentarios de las leyes correspondientes se puede encontrar un análisis de la respectiva autoridad de control. Sobre esta base, cabe mencionar los títulos siguientes: LUCAS, A., *Droit de l'informatique*, París, P.U.F., Thémis, 1987, págs. 158-177; HUET, J., MAISL, H., *Droit de l'Informatique et des Télécommunications*, París, Litec, 1989, págs. 166-171; DOHR, W., POLLIRER, E.M., WEISS, H.-J., *Datenschutzgesetz in der ab 1. März 1988 geltenden Fassung*, Viena,

Manz, 1988, págs. 147-167; DJONNE, E., GRONN, T., HAFLI, T., *Personregisterloven med kommentarer*, Oslo, TANO, 1987, págs. 36-46; FREESE, J., GAVATIN, Ch., RYDEN, N., *Privatlivets helgd*, Estocolmo, LiberFörlag, 1975, págs. 47, 72, 102; *En ny datalag*, Statens offentliga utredningar 1993:10, Malmö 1993; NIBLETT, B., *Data Protection Act 1984*, Londres, Oyez Longmann, 1984, págs. 24-26 y 83; AUERNHAMMER, H., *Bundesdatenschutzgesetz*, Colonia, Heymanns, 2ª ed., 1981; ORDEMANN, H.-J., SCHOMERUS, R., GOLA, P., *Bundesdatenschutz mit Erläuterungen*, 5ª ed., Munich, C.H.Beck, 1992; *Het ontwerp van Wet persoonsregistratie*, Alphen a.d.Rijn, Samsom, H.D.T.Willink, 1985; *Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz* (mensaje del Consejo Federal suizo al Presidente Federal, de 23 de marzo de 1988, 88.032).

Textos.

Por lo que respecta a las fuentes normativas, hay que hacer remisión a los textos legales y reglamentarios correspondientes. Las leyes no siempre ofrecen el detalle suficiente y muchas se remiten a disposiciones reglamentarias de desarrollo. Los textos pertinentes son los que siguen. **Alemania:** ley federal de protección de datos, de 20 de diciembre de 1990, versión española publicada en el "B.I.M.J." núms. 1630 y 1631; **Austria:** ley federal de 18 de octubre de 1978, de protección de los datos personales, modificada por la ley de reforma de 27 de junio de 1986, ley 370/1986, versión española en el volumen "Leyes de Protección de Datos", Madrid, M.A.P., 1987; **Bélgica:** ley de 8 de diciembre de 1992, relativa a la protección de la vida privada con relación a los tratamientos de datos de carácter personal, "Moniteur Belge", 18 de marzo de 1993; **Dinamarca:** ley de ficheros privados, núm. 293, de 8 de junio de 1978, modificada por ley núm. 383, de 10 de junio de 1987; ley de ficheros de las autoridades públicas, núm. 294, de 8 de junio de 1978, modificada por la citada ley núm. 383, de 10 de junio de 1987, versión española de ambos textos en el volumen citado; véase asimismo la Orden de aplicación de la ley de 1987, Orden del Ministerio de Justicia núm. 621, de 2 de octubre de 1987 (Bekendtgørelse af lov om offentlige myndigheders registre); **Finlandia:** Personregisterlag, 30 de abril de 1987; lag om datasekretessnämnden och dataombudsmannen, 30 de abril 1987, "Finlands Författningssamling", 8 mayo 1987; **Francia:** ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la Informática, los Ficheros y las Libertades, versión española en el volumen citado; véase asimismo el Decreto núm. 78-774, de 17 de julio de 1978, de aplicación de los Capítulos I a IV y VII de la ley 78-17, "J.O." de 23 de julio de 1978; **Luxemburgo:** texto coordinado de 2 de octubre de la ley de 31 de marzo de 1979, de regulación de los datos nominativos en los tratamientos informáticos; **Noruega:** ley 48, de 9 de junio de 1978, modificada por la ley de reforma de 12 de junio de 1987, versión española en el

volumen citado; véase asimismo la Orden del Ministro de Justicia de 21 de diciembre de 1979, dictada en aplicación de la Resolución real de 21 de diciembre (Forskrift om personregistre m.m. og om delegasjon av myndighet); **Países Bajos:** Wet van 28 december 1988 houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levensfeer in verband met persoonsregistraties "Statsblad" 665; **Portugal:** ley núm. 10/91, de protección de datos con respecto a la informática, "Diario da República", 29 de abril 1991; **Suecia:** ley 289/1973, modificada por última vez por la ley 446/1982, de 3 de junio de 1982, publicada en 21 de junio, versión española en el volumen citado; véase la Instruktion för datainspektio-
nen (1988:912); **Suiza:** Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992.