

LA AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS (*)

Por

XAVIER MURO I BAS

Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra
Letrado del Parlamento de Cataluña

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.—3. FUNCIONES.—4. POTESTADES: 4.1. *Potestad normativa*. 4.2. *Potestad arbitral*. 4.3. *Potestad de investigación*. 4.4. *Potestad sancionadora*.—5. ORGANIZACIÓN: 5.1. *El Director*. 5.2. *El Consejo Consultivo*. 5.3. *Registro General de Datos*. 5.4. *La Inspección de Datos*. 5.5. *La Secretaría General*.—6. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las notas que caracterizan la legislación sobre protección de datos personales en Derecho comparado, como se ha puesto de relieve (1), es la creación de una autoridad u órgano específico (que en algunos casos se ha desdoblado en dos órganos, para atribuir a uno de ellos exclusivamente la función de registro de ficheros) a fin de tutelar mejor el bien jurídico que se pretende proteger (2), a la que se ha llegado a denominar «magistratura informática» (3) por su peculiar organización y el tipo de poderes que se le confieren. La generalización (con la excepción de los Estados

(*) El presente artículo tiene su origen en un trabajo elaborado en el marco de un Proyecto de Investigación desarrollado por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona sobre las Administraciones Independientes, dirigido por la profesora Elisenda MALARET, entre los años 1994 y 1996. Constituye, asimismo, un resumen de un trabajo de investigación elaborado en el curso de doctorado, programa de Derecho público de la Universidad Pompeu Fabra.

(1) M. HEREDERO HIGUERAS, *La Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 214-215, y *La Agencia de protección de datos*, en «Informática y Derecho», UNED, núms. 6-7, pág. 323.

(2) Entre las diversas cuestiones polémicas entre la doctrina respecto de la legislación de protección de datos se halla la que se refiere a la identificación del derecho objeto de protección. Para unos se trata del derecho a la intimidad, o una particular concepción del mínimo que se correspondiera a la noción anglosajona de la *privacy*, en su caracterización más reciente. Para los otros, se trata de un derecho a «la autodeterminación informativa» como derecho a la libre disposición sobre los datos que hacen referencia a uno mismo. Se habla incluso de un derecho fundamental a la protección de datos en algún ordenamiento, como el austriaco. Por último, existe el punto de vista que la considera como parte integrante de un «derecho al libre desarrollo de la personalidad», a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Un resumen de las diversas posiciones las expone HEREDERO, *La ley orgánica...*, op. cit., págs. 12-17.

(3) F. MORALES PRATS, *La tutela general de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pág. 50.

Unidos) de este sistema de tutela, no jurisdiccional, del derecho a la protección de los datos personales se muestra incluso en el proceso de integración europea, al establecerse como obligatoria su adopción en la Directiva 95/46, de 24 de octubre, según su artículo 29. En nuestro país, la doctrina especializada (4) ya había defendido la conveniencia de seguir este modelo con anterioridad a su implantación por la LORTAD (Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 29 de octubre de 1992), considerando que se debía completar o reforzar la tutela jurisdiccional por ser insuficiente, e inadecuada, para ejercer el tipo de control que requiere la efectiva protección del derecho en cuestión, basándose en diversas razones. Por una parte, se afirma que el tipo de lesión que se puede producir mediante el tratamiento automatizado de datos requiere una respuesta rápida y especializada técnicamente para evitar su propagación o ampliación, para lo cual los tribunales carecen de medios materiales y procesales. No es una razón sólida, porque puede rechazarse fácilmente alegando que en lugar de crear una nueva autoridad administrativa podría dotarse a los tribunales de los medios y de los instrumentos procesales para hacer frente a estas situaciones, debiendo descartarse cualquier prejuicio sobre su capacidad de adaptación frente a nuevas atribuciones. HEREDERO ha señalado también (5) que no puede dejarse exclusivamente en manos de los tribunales la tutela del derecho implicado porque la diversidad de jurisdicciones y de vías que podrían intervenir (civil o contenciosa-administrativa, en función de la naturaleza pública o privada del causante del daño) produciría una situación de desigualdad de los ciudadanos, al suponer la vía civil más lenta y costosa. Tampoco es un argumento que pueda acogerse porque, de ser cierta, es una situación que debería corregirse. Más convincente resulta el mismo autor (6) cuando señala que los tribunales sólo pueden actuar cuando se ha producido la lesión al derecho, pero no preventivamente, como se precisa en este ámbito (7). De ahí se podría deducir que de lo que se trata es que el control preventivo en este caso es posible y no interfiere de forma sensible en el desarrollo normal de la actividad a la que se aplica, contribuyendo decisivamente, mediante la disuasión, a evitar mayores daños.

La necesidad de un control preventivo instrumentado a través de poderes jurídicos que se inscriben dentro de los típicos o característicos de la

(4) P. LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 140; E. PÉREZ LUÑO, *Constitución, derechos humanos, Estado de derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 391; J. M. CASTELLS ARTECHE, «La limitación informática», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 925; MORALES, *ob. cit.*, pág. 56.

(5) M. HEREDERO, «La Ley orgánica 5/1992 reguladora del tratamiento automatizado de datos personales», en *Informática Judicial y protección de datos personales*, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Vitoria, 1994, pág. 67.

(6) *Op. cit.*, pág. 67; vid., el mismo, en *La Ley Orgánica 5/1992... Comentario y textos*, *ob. cit.*, pág. 215.

(7) BETANCOR señala también que el control judicial requiere la existencia de un acto previo, mientras que en este caso la lesión puede producirse sin el mismo. Vid. *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 184.

Administración pública (registro y autorización, asesoramiento a los órganos activos, e incluso, en algunas legislaciones, se añade un poder de regulación u ordenación o, es más, poderes de intervención, así como la realización de actos de instrucción para la posterior sanción administrativa o penal, según el sistema) justifica que la tutela del derecho afectado no se atribuya exclusivamente a los tribunales, a los que tan sólo les puede corresponder la función jurisdiccional (aunque nuestra Constitución, en su artículo 117.4, permita la atribución de otras funciones «expresamente por la ley en garantía de cualquier derecho»), sino que corresponda también a una autoridad a la que sólo se puede calificar de administrativa. Todo ello conduce a someter el tratamiento de datos, cuando se refiere a los de carácter personal, a un sistema de intervención administrativa, a «administrativizarlo» (8), en determinados aspectos concretos. No puede olvidarse, por otra parte, y quizás sea una razón determinante en este caso, que la principal virtud del control de carácter preventivo es la de disuadir (9) frente a posibles violaciones de la ley. La creación de una autoridad de control resulta coherente con la administrativización de unas relaciones jurídicas, y sirve para proteger a la parte más débil, considerando que el Derecho privado es insuficiente y el Derecho penal excesivo para esta finalidad. A las anteriores consideraciones cabe añadir que la lesión del bien jurídico protegido en este caso puede producirse con desconocimiento del afectado, por lo que no cabría su restablecimiento si sólo dependiera de la reacción de éste. La recopilación de información sobre los ficheros podría evitar esta situación. El carácter administrativo de la autoridad tutelar permite atribuirle también una función de divulgación o información pública del derecho que ayuda a su efectiva protección.

Dos notas concurren en estas autoridades de control. De un lado, el carácter técnico y sumamente dinámico de la actividad sobre la que se actúa requiere que sean especializadas y que tengan esta exclusiva responsabilidad. De otro lado, dado que la Administración es uno de los sujetos sobre los que recae la supervisión, y estando en juego un derecho fundamental, se pretende evitar cualquier posible instrumentalización gubernamental, adoptando garantías determinadas con esta finalidad. En términos generales, aunque a este respecto quepan matizaciones, puede afirmarse que se trata de una instancia que no está inserta en la organización administrativa ordinaria o lo está en unas condiciones especiales. Hay algunos casos en los que se configura como órgano o institución dependiente del Parlamento, lo que dificulta su consideración como autoridad administrativa propiamente dicha. En cualquier caso, lo que se pretende asegurar es su independencia frente al ejecutivo (10). Cabe añadir que, aunque el alcance

(8) Entre nuestra doctrina, la única opinión radicalmente contraria al modelo de tutela «no jurisdiccional» es la de FAIREN, en *El habeas data y su protección actual sugerida en la Ley española de informática de 29 de octubre de 1992 (Interdictos. Habeas corpus)*, en «Revista de Derecho Procesal», núm. 3, 1996, págs. 533-537 y 547-549.

(9) La misión disuasora se presenta a menudo como causa y fin de las Administraciones independientes. Cf. A. BETANCOR, *ob. cit.*, págs. 248 y 225.

(10) Vid. nota 4. También, BETANCOR, *ob. cit.*, pág. 184. HEREDERO, después de afir-

de sus poderes es variable, acostumbran a tener poder de investigación y a participar, en alguna medida (como órgano consultivo, frecuentemente), en la función reglamentaria. Si sus decisiones no son ejecutivas, tienen suficiente valor como para ser aceptadas y cumplidas por sus destinatarios.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La creación de la Agencia de Protección de Datos (APD) se produce mediante la LORTAD, que contiene su diseño institucional básico, determinando sus funciones, órganos y régimen jurídico. Con anterioridad a la LORTAD, la mayoría de los proyectos legislativos y propuestas que se formularon como desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución coincidían en la previsión de una instancia específica de control, aunque diferían sustancialmente en la configuración de la misma (11).

La regulación institucional de la APD debe completarse, según dispone el artículo 34.2 de la LORTAD, con su Estatuto, cuya aprobación corresponde al Gobierno. Pero también la Disposición final 1.ª autoriza al Gobierno a dictar «las disposiciones necesarias» con objeto, entre otros, de «regular la estructura orgánica de la APD». ¿Se trata de una reiteración o duplicidad en términos más genéricos y en forma de habilitación de lo que dispone el artículo 34.2? ¿O es una habilitación referida a otras normas distintas del Estatuto de la APD? La interpretación lógica es la de que tan sólo se duplica innecesariamente, y con una cierta incorrección, el mandato del artículo 34.2, pues el Estatuto puede comprender perfectamente la totalidad de la regulación organizativa de la APD. El Gobierno debió entenderlo así, al regular la organización sólo mediante el Estatuto de la APD, en cuyo preámbulo se invocan ambos preceptos como justificación.

La LORTAD completa el marco normativo de la APD con diversas remisiones. De una parte, la APD debe regirse por las disposiciones que le sean aplicables en virtud del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, remisión habitual en las Administraciones independientes y en otras entidades instrumentales de creación reciente y que, más que para establecer un régimen jurídico completo, parece servir para excluir uno concreto y reducir la determinación normativa. De otra parte, por lo que respecta al ejercicio de sus funciones públicas, la LORTAD dispone que la APD se regirá por la Ley de Procedimiento Administrativo (referencia lógica, ya que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aún no se había aprobado, sino que se hallaba en la última fase de su tramitación parlamentaria). Se trata de una

mar que todas las autoridades de control comparten la nota característica de la independencia, desglosa el contenido de la misma en diversos elementos, aunque reconoce que ninguna los reúne todos, siendo el decisivo, para este autor, la no sujeción a instrucciones. Vid. *La Ley Orgánica... Comentario y textos*, ob. cit., pág. 215.

(11) PÉREZ LUÑO hace un resumen del contenido de las diversas iniciativas y propuestas legislativas en su artículo «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», incluido en *Libertad informática y Leyes de protección de datos*, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 21.

remisión que salva la posible discusión sobre la inclusión de la APD dentro del ámbito de aplicación de la LRJ-PAC establecida en el artículo 2.2 de la misma (12). Esta limitación en la aplicación de la legislación administrativa tan sólo al ejercicio de las funciones públicas se combina con la sujeción al Derecho privado en lo que se refiere al régimen patrimonial y a la contratación (actividades instrumentales de las funciones atribuidas). La sujeción de la actividad sustantiva de la APD al Derecho público resulta obligada en la medida de que se la inviste de las potestades públicas que más adelante se expondrán. La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, LOFAGE, en su disposición adicional décima, ha dejado subsistente el régimen jurídico de la APD y de otras Administraciones singulares, aunque establece la aplicación supletoria del nuevo marco normativo por ella establecido.

Una cuestión que no puede soslayarse es la de la inserción de la APD en el sistema de organización territorial adoptado en nuestro Estado. Por una parte, debe plantearse la existencia de título competencial estatal para crear una organización de las características de la APD y, en conexión con ello, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan crear órganos o instituciones similares en su ámbito. El artículo 40 de la LORTAD prevé la sustitución de la APD por órganos autonómicos en el ejercicio de determinadas funciones respecto de los ficheros gestionados por la propia Comunidad Autónoma, lo que ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad presentados por el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por considerar que reduce sus competencias al no incluir a los ficheros privados. Sin entrar a fondo en las argumentaciones expuestas por los recurrentes, cabe suponer que la misma competencia que ampara al Estado para dictar una normativa para la protección de datos personales, cosa que no se discute y que debe hallarse en el artículo 149.1.1 CE, le legitima para establecer una garantía específica para asegurar el cumplimiento de dicha normativa, o, en otras palabras, la determinación del núcleo esencial de un derecho fundamental puede comprender la regulación del sistema de tutela del mismo, y parece que la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1.1 discurre por este camino en la Sentencia 61/1997, de 27 de marzo. Cuestión distinta es la de que la competencia ejecutiva en que puede consistir dicha tutela —al no ser jurisdiccional, sino ejercerse mediante una Administración pública investida de funciones de intervención en la actividad de los ciudadanos— deba corresponder también al Estado, bien en base al mismo artículo 149.1.1 —difícil de admitir si se sostiene que sólo cubre una competencia normativa (13),

(12) Para PAREJO ALFONSO, las Administraciones independientes no se encuentran contempladas en dicho artículo 2.2. Vid. su comentario respecto de éste en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 38. Un criterio diferente parece ser el de PARADA, *La Ley 30/1992, de 26 de octubre...*, Ed. M. Pons, 1993, pág. 49.

(13) Ninguna de las diversas interpretaciones sobre el artículo 149.1.1 ensayada por la doctrina lo considera como título competencial que abarque competencias de tipo ejecutivo. Vid. J. TUDELA, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP-Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 382-404.

aunque la Sentencia 196/1997, de 13 denoviembre, podría dar una justificación en este sentido— o bien en virtud del 149.3, al no haber asumido ninguna Comunidad Autónoma expresamente esta competencia a través de su Estatuto de Autonomía. Si se admite que la competencia estatal para la regulación de un derecho comprende la regulación de la tutela del mismo, resulta coherente con dicho planteamiento que se reconozca a las Comunidades Autónomas la posibilidad de que creen sus propios órganos de control sobre los ficheros de los que son titulares. Esto es así no porque la LORTAD se utilice para transferir a las Comunidades Autónomas unas competencias, a la manera de las leyes del artículo 150.2 CE (pues ni es una de éstas ni las puede sustituir), sino porque los órganos autonómicos a los que se puede encomendar esta función actuarían como órganos de control interno, para la creación de los cuales las Comunidades Autónomas no precisan habilitación, limitándose la LORTAD a reconocer que dicho control equivale, y por ello suple, al de la APD, si aquellos órganos lo ejercen en las mismas condiciones que la misma, en el marco de la LORTAD y su desarrollo reglamentario, y se ajustan a sus mismos principios estructurales, independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones. Interpretándose de este modo el artículo 40 de la LORTAD, no entra en contradicción frontal o directa con el sistema de distribución de competencia.

Aunque la LORTAD sea una ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 CE, por cuanto mediante la misma se procede al desarrollo de un derecho fundamental (para la Exposición de Motivos, el derecho a la «privacidad», que considera recogido en el art. 18.4 CE), sólo lo es parcialmente, pues la Disposición Adicional 1.^a excluye de dicha condición una parte de sus preceptos, concretamente el capítulo V, que es precisamente el dedicado a la regulación de la APD. Esta determinación legal no sólo es compatible con la Constitución, sino que más bien resulta obligada, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pues la forma de ley orgánica sólo puede utilizarse para la regulación de las materias a la misma reservadas, aunque se admita la inclusión de las «materias conexas», por razones técnicas o de sistematicidad. Como consecuencia, la regulación de la APD puede ser modificada por ley ordinaria, y su desarrollo reglamentario puede plantear menos dudas que el del resto de la ley (aunque también es posible, pero parece más problemático). La no consideración de la regulación de la APD como materia propia de la ley orgánica no significa, sin embargo, que se trate sólo de una reserva formal y que sea posible la deslegalización. Habría que pensar que la regulación de la APD se halla sometida a reserva de ley no sólo por disposición del artículo 103.2 CE, sino también del artículo 53.1, dado que mediante la creación de la APD y la definición de sus rasgos básicos se puede afectar a las condiciones de ejercicio del derecho (y la garantía del mismo), lo que supone un alcance mayor a la reserva, pues, como es sabido, el artículo 103.2 ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y por la mayoría de la doctrina de forma que concede un ámbito de actuación muy extenso al reglamento, llegando incluso a sostenerse que no encierra una reserva de

ley «en sentido técnico» (14), de manera que lo único necesario es la mediación de ley (abrir la regulación mediante ley, aunque ésta no cubra más que este aspecto, inicial o de apertura, sin crear por sí misma órganos ni determinar su configuración).

A pesar de su peculiar configuración, y de la posible comparación con algunas autoridades de control extrajeras, no cabe ninguna duda de la naturaleza administrativa de la APD. La LORTAD la califica, en su artículo 34, como «Ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones», una fórmula ya utilizada anteriormente a propósito de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pero con el matiz, en el caso de la APD, de que la independencia se predica como «plena», lo que parece enfatizarla, aunque cabe pensar que no es más que un recurso retórico sin mayores efectos sobre el estatuto de la APD (sin perjuicio de lo paradójico que es una independencia «no plena») (15). La atribución de personalidad jurídica constituye, como es bien sabido, una técnica habitual en nuestro Derecho, respecto a la Administración institucional, y que para la doctrina mayoritaria no tiene gran valor o una especial significación. En el caso de la APD es coherente con el reconocimiento de independencia, por la pretensión que ésta implica de evitar su consideración como simple instrumento del Gobierno.

La definición legal, como se ha podido ver, no incluye una calificación formal como Administración pública, aunque la expresión «Ente de Derecho público» pueda suponerla y se haya utilizado con anterioridad referida a entes cuya naturaleza administrativa no se ha discutido, a partir de la fórmula general contenida en la Ley General Presupuestaria. Está claro que la APD nada tiene que ver con el Poder Judicial (dadas sus funciones y la forma de integración de sus órganos) ni tampoco es un comisionado parlamentario, a diferencia de instituciones similares en Derecho comparado (ni siquiera se ha contemplado, como en otros sistemas, una relación formal específica con el Parlamento, pues la obligación de remitir a éste la Memoria anual de la APD se impone al Ministerio de Justicia). Luego, tanto por exclusión como por el tipo de poderes que se le reconocen, funciones y vínculos con el ejecutivo, se trata de una Administración pública, lo que es corroborado por el sistema de control de su actividad (16).

A pesar de las notorias diferencias, por su naturaleza y posición institu-

(14) Vid. BARCELONA LLOP, «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el art. 103.2 de la Constitución)», en *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor GARCIA DE ENTERRIA)*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 2426.

(15) Vid. HEREDERO, *ob. cit.*, pág. 234. POMED considera que esta fórmula supone el reconocimiento de la categoría de las Administraciones independientes en Derecho positivo, aunque limitado a estos dos casos, APD y CNMV, en *Fundamento y naturaleza de las administraciones independientes*, en núm. 132 de esta REVISTA, pág. 120.

(16) La LORTAD establece que contra los actos de la APD cabrá el recurso contencioso-administrativo. Esta es una de las argumentaciones habitualmente esgrimidas por un sector de la doctrina francesa para considerar a estas instituciones como Administración; vid. BETANCOR, *op. cit.*, pág. 73.

cional, que la APD guarda con relación al Defensor del Pueblo, no cabe ignorar que en ejercicio de alguna de sus funciones (supervisión del respeto a un derecho fundamental por la Administración cuando los ficheros son públicos) puede producirse una situación de concurrencia entre ambos, problema considerado por la LORTAD, que contempla la posibilidad de interferencias (art. 45.4 y Disp. Ad. 3.^a), preservando la validez de la actuación de la APD, lo que es coherente con su naturaleza administrativa, y no jurisdiccional. Las actuaciones de una y otro tendrán parecidos efectos y valor jurídico (aunque la APD puede ordenar la paralización de ficheros, pero carece de capacidad para sancionar a la Administración y tampoco puede anular o revisar sus actos), pero la admisión de la duplicidad puede ser negativa, pues puede afectar a la imagen de las instituciones en caso de discrepancia y crear confusión en el ciudadano.

3. FUNCIONES

El artículo 36 de la LORTAD enumera las que denomina funciones de la APD, entre las que incluye, además de las propiamente tales, a potestades, facultades e incluso el deber de elaborar la Memoria anual. El precepto se cierra con una cláusula de habilitación general para su ampliación, no sólo mediante norma legal (en lo que la cláusula resulta superflua), sino reglamentaria. Como es lógico, del mismo precepto se desprende, a contrario, que está vedado reducir por vía reglamentaria aquel conjunto de funciones legales, lo que contribuye a reforzar la autonomía del ente, al asegurarle un núcleo competencial inmune frente a eventuales represalias de un ejecutivo molesto por la actuación de la APD. El apartado *a*) del artículo 36 efectúa una caracterización global del conjunto de funciones atribuidas a la APD, al encomendarle: «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.»

Por lo que respecta al resto de las funciones, que cabe considerar una especificación o un medio para el cumplimiento de la que se acaba de citar, puede establecerse la siguiente clasificación (17):

a) De intervención: emitir las autorizaciones previstas en la LORTAD o en las disposiciones reglamentarias de desarrollo (18); dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la LORTAD; ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones legales; ejercer la potestad sancionadora; ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos inter-

(17) HEREDERO distingue entre funciones de «policía administrativa, de prestación y consultivas»; las que califica como de prestación son las de publicidad de los registros, la información a los afectados y la cooperación internacional; *op. cit.*, págs. 245-247.

(18) Artículos 26, 27, 29, 30, 31, 32, 37, 40 y 41 de la LORTAD.

nacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales; velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y el secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas; dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 45.

b) Consultivas: informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la LORTAD.

c) Registrales, de divulgación o de información pública: proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la APD determine.

El Estatuto de la APD ha precisado el contenido de algunos de las funciones mencionadas, así como el alcance de las potestades de la APD. No creo que esta precisión deba considerarse propiamente como una ampliación de cometidos, como opina HEREDERO (19) —al amparo de la habilitación dispuesta en el apartado *n*) del citado art. 36—, salvo, en lo que se refiere al ámbito normativo, cuando se le habilita para dictar «recomendaciones» de aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad de los datos y control de acceso a los ficheros —art. 5, *a*) y *b*) EAPD—, recuperando para la APD, de esta manera, la pretensión expresada por una enmienda (núm. 387, de Convergència i Unió) rechazada durante la tramitación parlamentaria; o también cuando se requiere el informe preceptivo de la APD con relación a los proyectos de normas (no sólo de leyes, por lo tanto) «que incidan en la materia propia de la ley orgánica» (de la LORTAD se entiende). Resulta discutible, por otra parte, si debe considerarse una ampliación o más bien una reducción la previsión contenida en el artículo 10 EAPD (20). Por una parte, serviría para especificar qué parte de las funciones de la APD se ejercen sobre el SIS, como no podría ser de otra manera, pues tal exclusión no está prevista en la LORTAD; pero, por otro lado, pudiera ser que presupusiera la exclusión de la autorización previa de la transmisión internacional de estos datos, sin haberse modificado la ley.

4. POTESTADES

El desarrollo de las tareas que se asignan a la APD comporta que ésta disponga, como ya se ha dicho, de las potestades administrativas necesi-

(19) *Op. cit.*, pág. 247.

(20) «1. La Agencia de Protección de datos ejercerá el control de los datos de carácter personal introducidos en la parte nacional española de la base de datos del Sistema de Información de Schengen (SIS).»

rias, mediante la correspondiente atribución expresa, aunque, no obstante, cabría plantearse la posible existencia de poderes implícitos. Creo que por el carácter especializado y singular de la entidad sólo debería tener aquellas potestades que se le reconocen expresamente como tales o que se desprenden clara y directamente de las funciones asignadas, sin perjuicio de la mayor o menor fortuna con que se hayan expresado. Debe merecer una consideración especial, sin embargo, la posible existencia de una potestad normativa, a la que me referiré en primer lugar y con mayor atención dado que suscita mayores interrogantes.

4.1. *Potestad normativa*

Una de las cuestiones que centran el estudio de las Administraciones independientes, no solamente entre la doctrina española, sino también entre la de los países próximos en los que este modelo organizativo se ha desarrollado (suscitando la consiguiente reflexión por su dificultad de encaje con el entramado institucional público tradicional, con especial intensidad en este punto), se refiere a sus poderes, y dentro de éstos ha merecido una atención específica el reglamentario (21), atención lógica, ya que es éste uno de los aspectos donde la nueva organización presenta más problemas de conciliación con la lógica del esquema tradicional y, además, con la justificación de la potestad reglamentaria como potestad propiamente gubernativa.

No se puede encontrar un reconocimiento expreso de la potestad reglamentaria de la APD en la LORTAD, donde debería haber tenido lugar tanto si se considera que las potestades públicas en general han de ser atribuidas por ley como si, desde una posición menos exigente, se entiende que al menos la habilitación legal es requerida en el caso de la potestad reglamentaria por razón de las características de la misma. Tampoco ha tenido lugar en el EAPD (si consideramos que en tal caso dicho reglamento se habría limitado a la explicitación de una previsión ya implícita en la LORTAD, a fin de preservar su validez como norma reglamentaria subordinada a la LORTAD). Creo, sin embargo, que de esta constatación inicial no se ha de desprender necesariamente la inexistencia de la atribución de

(21) Vid. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 253 y s.; E. GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, núm. 131 de esta REVISTA, págs. 145 y s.; L. PAREJO, «La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes», en *Administración institucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 651; E. MALARET GARCÍA, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)*, «REDA», núm. 76, págs. 571 y s.; M. FUERTES LÓPEZ, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 45 y ss. Entre la doctrina extranjera, vid. F. GAZIE y Y. CANNAC, *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, en «Études et documents del Conseil de État», núm. 35, 1983, págs. 19 y 30; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, Jurisclasseur, 1986, I, pág. 3; P. SABOURIN, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, págs. 103-104; C. FRANCHINI, *La autorità amministrativa indipendente*; C. TEITGEN-COLLY, *Les instances de régulation et la Constitution*, en «Revue de Droit Public», núm. 1, 1990, págs. 164-178.

esta potestad. Al contrario, la redacción de algunos de los preceptos de las normas citadas obliga a interrogarse sobre la existencia de una atribución o reconocimiento implícito o, al menos, expresado en términos equívocos.

El precepto clave es el artículo 36.c) de la LORTAD, que determina las funciones de la APD, y que establece que corresponde a ésta: «c) Dictar en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las *instrucciones* precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la presente ley.»

Por lo que se refiere a la opinión de la doctrina, la potestad normativa de la APD tan sólo ha sido objeto de un estudio específico, aunque de insuficiente profundidad, como reconoce su propio autor, MARROIG POL (22). BETANCOR, por su parte, al tratar en general sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, dedica algunas líneas al caso de la APD. Para el primero de los citados, no existen dudas sobre la existencia de una potestad normativa en manos de la APD, pues entiende que hay una atribución expresa (23), y que es necesaria «para el correcto cumplimiento de las funciones que han sido encomendadas en relación a un sector de la realidad social cuyo ritmo de evolución es difícil de seguir sin un adecuado ajuste normativo que impide el inevitable desfase de las normas de Derecho positivo» (24), y añade que en dichas Instrucciones concurren las características típicas de los reglamentos, según la caracterización de SANTAMARÍA PASTOR (25) (emanación de la Administración, objeto abstracto y concreción de los preceptos legales). La opinión de BETANCOR adolece de una cierta contradicción. Si bien, por una parte, considera que la APD no tiene potestad reglamentaria (26), en otro momento admite que tiene capacidad para «*completar la ordenación* e incluso singularizarla en atención a las distintas categorías de los ficheros (de titularidad pública o privada y de la intensidad del interés público y de sus exigencias)...» (27) o, como dice más adelante, «... y el control efectivo de su aplicación (los principios establecidos en el Título II de la LORTAD) es posible si el órgano de supervisión puede establecer, por un lado, *normas* que los concreten —reduciéndose consiguientemente los supuestos en los que su aplicación resulta lícita—...» (28). A pesar de que de la literalidad de las afirmaciones de este autor resulta una contradicción, podría ser que él mismo no lo entienda así si considera que estas normas no se inscriben dentro de la potestad reglamentaria, sino que integran otra categoría normativa. Se han pronunciado también, incidentalmente, HEREDERO (29), GARRIDO (30) y GONZÁLEZ

(22) *Las instrucciones de la Agencia de Protección de Datos*, en «Actualidad Informática Aranzadi», núm. 23, abril 1987.

(23) *Op. cit.*, pág. 6.

(24) *Op. cit.*, pág. 4.

(25) *Op. cit.*, pág. 5.

(26) *Op. cit.*, pag. 247.

(27) *Op. cit.*, pag. 183

(28) *Op. cit.*, pag. 185.

(29) *En Informática judicial y protección de los datos personales*, op. cit., pág. 73.

(30) M.^ª Isabel GARRIDO GÓMEZ, *Datos personales y protección jurídica del ciudadano*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 87, pág. 92.

NAVARRO (31). HEREDERO, por su parte, sostiene que la APD carece de poder reglamentario, y parece deducirse que comparte el criterio expresado durante el debate parlamentario, por cuanto lo reproduce sin comentarlo, es decir, considera que un ente de estas características no puede tener potestad reglamentaria (32). GARRIDO se limita a negar la potestad reglamentaria, sin más, mientras que GONZÁLEZ NAVARRO afirma en diversas ocasiones que las instrucciones son auténticos reglamentos.

Rastrear en el pasado en busca de precedentes en nuestro ordenamiento que orienten sobre un criterio consolidado al respecto no resulta útil porque, como es notorio, no hay antecedentes legales de la LORTAD. Se puede señalar, no obstante, que en diversas propuestas legislativas anteriores que no cuajaron se preveía el desarrollo reglamentario de los «principios» que las mismas establecían. Difícilmente pueden servir de referencia, no obstante, las propuestas gubernamentales, porque el órgano de control que preveían se apartaba completamente del modelo de la APD, ya que formaba parte de la Administración ordinaria, e incluso del mismo Gobierno (Presidencia, concretamente).

En cambio, si nos atenemos a la tramitación parlamentaria, parece que la voluntad del legislador al menos no era la de atribuir carácter normativo a estas instrucciones. Si bien, por una parte, podemos observar en el discurso de presentación del proyecto de ley efectuado por el Ministro de Justicia una caracterización que no es todo lo precisa o inequívoca deseable —«... el hecho mismo de que la potestad reglamentaria *en un órgano como éste pertenece, como es lógico, al Gobierno*» (33), afirmación que se formula en un contexto en el que se opone el modelo de ente de control representado por la APD al defendido por algunos grupos parlamentarios de la oposición que reclamaban que el control correspondiera a un comisionado parlamentario, de manera que lo que se pretende poner en relieve es que este segundo modelo supondría necesariamente negar la potestad reglamentaria del ente de control (34)—, el debate en Comisión será un poco más clarificador. Determinados grupos parlamentarios entenderán que no hay una atribución de potestad reglamentaria a la APD y presentarán diversas enmiendas en este sentido, inspirándose en el texto alternativo al del Gobierno elaborado por la Comisión de Libertad e Informática, consistentes en añadir un nuevo apartado al artículo 36, en el que se incluiría como función de la APD la de: «i) elaborar y promulgar los reglamentos necesarios para la aplicación de la ley...» (enmiendas de los Grupos IU-IC, Mixto

(31) Vid. *El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 22, 1996, págs. 26-27.

(32) *La Ley orgánica... Comentario y textos*, op. cit., págs. 243-246.

(33) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», núm. 151, de 28 de noviembre de 1991, pág. 7574.

(34) Cabe decir que, sorprendentemente, para el Ministro de Justicia, la APD es un órgano integrado en la Administración y dependiente del Gobierno, al que llega al punto de calificar como «órgano autónomo administrativo», en una línea diferente de lo que parece pretender la Ley, y se defenderá durante los debates parlamentarios por el Grupo Parlamentario que da apoyo al Gobierno; vid. «DSCD», núm. 151, pág. 7573.

y CDS) (35). Estas enmiendas serían rechazadas por el grupo de la mayoría, porque, en palabras de su portavoz, Sr. Navarrete, «es imposible que la APD *elabore* un reglamento» (36), imposibilidad que se basa en la consideración de la potestad reglamentaria como exclusivamente gubernamental, afirmación, como sabemos, no compartida por la doctrina y desmentida por diversas normas. De las palabras del Sr. Navarrete parece deducirse, en definitiva, el rechazo a que las «instrucciones» sean o se asimilen a un reglamento administrativo (aunque aquél sólo se refiera a la elaboración y no a la aprobación); no puede extraerse la misma conclusión del hecho del rechazo de la enmienda, porque podría interpretarse que tal rechazo se justificaba en el excesivo alcance de la potestad que se pretendía atribuir a la APD (toda la potestad reglamentaria para el desarrollo de la ley).

El uso del término «instrucciones» no es necesariamente indicativo de que se esté pensando en disposiciones normativas. Podría ser tanto que se estuviera recogiendo el término por influencia de la expresión tradicional «circulares e instrucciones» en un sentido similar a las que entre éstas tienen un contenido normativo y además *ad extra* (37), como que se estuviera pensando en órdenes individuales dirigidas a cada uno de los titulares concretos de ficheros de datos, es decir, actos administrativos, con un contenido diferente en cada caso. La virtualidad de estos actos, en este segundo supuesto, se agotaría con su cumplimiento, sin ninguna connotación o consideración normativa. No obstante, hay más elementos que permiten argumentar a favor del primero de los significados que se acaba de apuntar que del segundo.

Por una parte, la APD se configura más como un instrumento para la prevención de conductas contrarias a la ley, a través de la técnica autorizatoria y la inscripción o registro, y de represión de estas conductas una vez se han producido, que como un órgano de intervención y control administrativo continuado sobre los ficheros de datos. Pienso que el tipo de control diseñado y la consideración del uso de la informática como una actividad instrumental de libre determinación en cuanto al contenido de su ejercicio, sujeto tan sólo a los límites definidos por la ley (límites que

(35) Enmiendas núm. 105, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya; núm. 146, del Grupo Mixto, y núm. 229, del Grupo Parlamentario del CDS; por su parte, el Grupo Parlamentario catalán propondrá la sustitución del término «instrucciones» por el de «recomendaciones», a la enmienda núm. 387, vid. «BOCG-Congreso de los Diputados», serie A, 59-6, de 23 de octubre de 1991.

(36) «DSCD», núm. 431, de 22 de abril de 1992, pág. 12733.

(37) Admitiendo, por tanto, la existencia de este tipo de circulares, siguiendo el criterio, y la clasificación, que defiende SANTAMARÍA PASTOR; vid. *Fundamentos de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 727.

T. R. FERNÁNDEZ, a propósito del Banco de España, advertía en el año 1984 frente a las denominaciones inapropiadas que podrían recibir los reglamentos administrativos en algún caso, entendiendo que las circulares del Banco de España deberían incluirse dentro de esta categoría normativa, en *Los poderes normativos del Banco de España*, en «Revista de Derecho Bancario Bursátil», núm. 13, 1984, pág. 29. Hoy en día se ha extendido la tesis de que las Circulares del Banco aún emisor tienen carácter normativo (art. 3.1 de la Ley de Autonomía del Banco de España); vid. POMED, *El régimen jurídico del Banco de España*, op. cit., págs. 345-350.

consisten en el reconocimiento de determinados derechos subjetivos de los afectados por los tratamientos de datos), son difícilmente compatibles con una actuación administrativa como sería la de emanar órdenes individuales dirigidas a ajustar los tratamientos a la ley, característica de una forma de intervención más intensa. Al menos, no me parece coherente con el tipo de control que se deduciría del conjunto de la ley.

Por otra parte, si nos atenemos al contenido de estas instrucciones, según se describe en el precepto citado, puede considerarse que «precisas» tiene el significado de «necesarias» para la aplicación de la ley, es decir, que pretenden traducir las fórmulas genéricas y abstractas (los «principios de la presente Ley») en reglas directamente aplicables. Cabe entender que los «principios» a los que se refiere son probablemente aquellos a los que designa como tales la Ley, en su Título II, en el que tan sólo se contiene una única remisión al reglamento (para regular un procedimiento, por otra parte, en el art. 4.5), cuando puede pensarse razonablemente que alguno de estos «principios» requieren una mayor concreción para su aplicación práctica, como ha sucedido en el Derecho comparado, dado el alto grado de abstracción y generalidad con el que se encuentran formulados. Considero justificado, pues, pensar que estas instrucciones actuarían como un instrumento idóneo para posibilitar el paso de la abstracción a la práctica concreta. Constituirían, pues, un complemento necesario para la ejecución de las previsiones legales, sin dejar de reunir las notas de generalidad y abstracción, pero en un grado menor que el de la ley.

Hay que añadir que la referencia a la posible competencia «de otros órganos» no tendría sentido si las instrucciones se considerasen «órdenes individuales», ya que en la LORTAD no se atribuyen competencias para emanar actos administrativos con un contenido de este tipo a ningún órgano de la Administración territorial ordinaria, ni tampoco cabe encontrar ninguna atribución concurrente en otras normas. En cambio, sí se consideran investidas de contenido normativo, si cabe la concurrencia con la potestad reglamentaria del Gobierno para el desarrollo de la ley, contemplada en la DF 1.ª, y en las múltiples remisiones al reglamento en otros preceptos de la LORTAD.

Por último, hay que hacer referencia a que el incumplimiento de las instrucciones se tipifica como infracción leve, de lo que se desprende su carácter obligatorio; pero, en cambio, no se ha regulado su ejecución forzosa como acto administrativo, lo que podría ser indicativo de su naturaleza normativa.

Pero frente a los argumentos expuestos caben los de signo opuesto, que niegan la existencia de una potestad normativa en la APD. Empezando por la misma Exposición de Motivos de la Ley, concretamente en su apartado 6.º, dedicado a las «normas de autorregulación», elaboradas por las «asociaciones y organizaciones pertinentes», y *aprobadas* «sin valor reglamentario» por la APD (se refiere a lo que en el texto articulado, art. 31, denomina «Códigos-tipo», contemplados también en las legislaciones de Francia, Reino Unido y Alemania, pues son las únicas normas que se corresponden con las descritas en dicha Exposición de Motivos, con la salve-

dad de que la intervención de la APD no se produce mediante «aprobación», como dice aquélla, sino que es un control de legalidad que se ejerce a través de una inscripción en el Registro correspondiente, según dispone el art. 31 *in fine*). Pues bien, cuando habla de estas normas de autorregulación, la Exposición de Motivos señala que son «compatibles con las *recomendaciones* de la Agencia». ¿Se refiere a las «instrucciones»? En el articulado no se hace mención alguna a estas «recomendaciones», por lo que es posible que aquella alusión se haga pensando en las instrucciones contempladas en el artículo 36.c). Debemos recordar, sin embargo, que durante la tramitación legislativa se presentó una enmienda del grupo parlamentario de Convergència i Unió que abogaba por sustituir «instrucciones» por «recomendaciones», enmienda que fue rechazada, por lo que cabe suponer que para la mayoría parlamentaria no eran términos con un significado equivalente. Las «recomendaciones», en cambio, han reaparecido, como hemos visto con anterioridad, en el EAPD, juntas (en el mismo precepto) pero diferenciadas de las «instrucciones». Por último, hay que añadir que resultaría extraño, si no contradictorio, que su incumplimiento se tipifique como infracción, dado que las «recomendaciones» no pueden tener valor normativo. Por todo ello, me parece que no es suficiente la mera alusión a las «recomendaciones» que se hace en la Exposición de Motivos para negar potestad normativa a la APD.

En cambio, sería una objeción más consistente la alegación de que una potestad como la normativa no puede considerarse implícita salvo que se trate de entes con autonomía constitucionalmente reconocida (municipios, provincias, universidades), que no es el caso de la APD. Ahora bien, puede pensarse que la atribución no es implícita, sino a lo sumo equívoca, o mal expresada, en el artículo 36.c).

El Derecho comparado nos puede ser útil, con la relatividad que se deriva de las diferencias entre sistemas jurídicos, como un elemento más a tomar en consideración, ya que ejemplifica que los enunciados generales o principios de las leyes sobre protección de datos personales comunes a la gran mayoría de las mismas, especialmente en Europa, requieren unas reglas que instrumenten o faciliten su aplicación sin llegar al matiz individual, sino en una generalización intermedia por grupos, clases, categorías o sectores de ficheros. Debo advertir, sin embargo, que en algunos sistemas estas «reglas de adecuación» adoptan la forma o los caracteres más propios de los reglamentos y en otros, en cambio, los de las recomendaciones.

Precisamente, una de las justificaciones invocadas por la jurisprudencia y la doctrina para admitir la existencia de los reglamentos en las materias reservadas es la de que contribuyan a optimizar la aplicación de la Ley, posibilitarla o a aumentar su eficacia. Lo que podría constituir la mayor crítica al reconocimiento de potestad normativa a una Administración como la APD, que se produzcan en el ámbito de lo que puede ser desarrollo de un derecho fundamental, puede servir para señalar las condiciones en que se han de producir estos reglamentos para ser válidos: existencia de una justificación razonable y necesidad técnica. La reserva de ley orgánica

supone un mayor rigor o exigencia para admitir reglamentos en el desarrollo de las prescripciones legales, pero no los excluye. Resulta claro que estos reglamentos no podrán innovar, creando nuevos derechos u obligaciones, las prescripciones de la LORTAD, pero sí, como el artículo 36.c) señala, «modalizar» la aplicación de la Ley para determinados casos y sectores.

De los diferentes argumentos a favor y en contra de la potestad normativa de la APD que se han expuesto, me inclino a sostener que, si bien los datos que proporciona el texto legal y su desarrollo no nos ayudan mucho a aclarar la cuestión, las instrucciones aludidas en el artículo 36.c) tienen carácter normativo, basándome principalmente en la función que se les atribuye, es decir, por cuanto se caracterizan como instrumento de concreción de los principios generales enunciados por la ley, instrumento al que cabe presumir una pretensión de generalidad en tanto en cuanto se refiere no a un sujeto determinado (los titulares de ficheros), sino a la actividad que realizan éstos (y, por ello, a una pluralidad de sujetos sin determinar), los «tratamientos de datos», los cuales, según el artículo 3 de la LORTAD, son:

«c) operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

La generalidad y el grado de abstracción de los principios de la LORTAD hacen necesaria la mediación de reglas que posibiliten su aplicación por ámbitos o sectores determinados, o, como dice el mismo artículo 36.c), la adecuación de unas actividades determinadas, con unas características que permiten agruparlas por categorías (por los sujetos que intervienen, la forma de relacionarse, el tipo de operaciones y la interacción entre ellas, etc.), a las disposiciones más abstractas de la ley. En este contexto, las instrucciones previsiblemente tendrían un alto grado técnico y procedimental, lo cual justificaría su asimilación a un cierto tipo de «instrucciones» administrativas y su proximidad con las «normas técnicas», lo que puede parecer que «reduce» o atenúa su carácter normativo, a pesar de que no se puede evitar que concluyan en la imposición de conductas, de obligaciones, a terceros no inscritos en la organización administrativa interna de quien emanan tales normas, lo que las separa de las instrucciones típicas.

Los ejemplos de Derecho comparado corroboran la anterior argumentación. Pero debemos tener en cuenta, también, que, además de lo que se dice en la LORTAD, y de lo que se deduce de la misma, existen otras razones para defender el reconocimiento de potestad normativa a la APD, razones que relacionadas con las que justifican la misma existencia de un ente de estas características.

Desde esta perspectiva, una primera línea de argumentación podría basarse en la complejidad técnica o el grado de especialización en la materia,

pero no parece una justificación suficiente. El Gobierno puede crear los órganos especializados necesarios para elaborar normas de estas características, o tiene capacidad para disponer de los medios convenientes para este fin, ya que en otros sectores produce normas de elevado contenido técnico. En otras palabras, la capacitación técnica de la APD puede ser una razón para encomendarle la producción de estas «instrucciones», pero no es una razón suficiente y necesaria. Por otra parte, sería perfectamente admisible que la APD interviniera en la elaboración de las instrucciones, bien por vía informe, bien incluso elaborándolas ella misma como borradores, propuestas o proyectos, reservando al Gobierno la potestad de aprobarlas. Tampoco puede aducirse como justificación de la competencia de la APD para aprobar estas instrucciones su condición de autoridad de control en la materia, ya que la función de control o de intervención no comporta necesariamente la potestad normativa.

Razones como las expuestas son las utilizadas por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre, para admitir la habilitación de potestad reglamentaria conferida al Banco de España, y son compartidas por BETANCOR con relación a las AA.II. en general (38). Creo, sin embargo, que se puede ensayar otra argumentación de peso para explicar la atribución de poder normativo a la APD, como se expone a continuación.

El papel de las instrucciones a las que se refiere el artículo 36.c) de la LORTAD puede ser muy destacado dentro de la regulación de la actividad de tratamiento de datos, ya que se refiere a los «principios» de la ley, su parte sustantiva, en tanto que determina el contenido y alcance del conjunto de derechos o facultades que conforman el denominado derecho a la autodeterminación informativa. En cambio, la mayor parte de las remisiones específicas al reglamento que hace la ley se refieren a trámites o aspectos procedimentales, a pesar de que existe también una habilitación reglamentaria de carácter general en favor del Gobierno, a la que más adelante me referiré. Por la importancia que pueden llegar a tener estas instrucciones, las mismas razones que justificarían la necesidad de configurar un ente independiente del Gobierno como autoridad de control en este campo justificarían que el mismo fuera el encargado de desarrollar la LORTAD en sus aspectos más significativos (39). Es decir, ya que la finalidad de la ley es concretar, y así reforzar, las garantías de protección de un derecho funda-

(38) *Op. cit.*, pág. 255.

(39) En los EE.UU. se ha entendido que las Agencias independientes debían contar necesariamente con potestad reglamentaria, durante una primera época, porque el desarrollo del intervencionismo público (*New Deal*) se tradujo en un extenso número de leyes, las cuales contenían una gran cantidad de fórmulas o principios generales que era necesario concretar y desarrollar en vía administrativa delegando la correspondiente potestad; posteriormente, durante la década de los setenta se produciría un nuevo impulso. La descripción que realiza COMELLA de este fenómeno resulta muy sugerente; vid. *Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1997, págs. 23-41. Agencias independientes y poder reglamentario están, por lo tanto, íntimamente unidos, casi justificándose mutuamente.

mental (en opinión de la mayoría de la doctrina), y que además la posible actuación lesiva puede provenir de la misma Administración, se aumentan las garantías si el desarrollo normativo se atribuye al ente de control «independiente» (y utilizo las comillas por las dudas planteadas respecto al alcance de este calificativo) del Gobierno. Entiendo, pues, que la atribución de esta potestad se basa en la independencia de la APD (40), al mismo tiempo que la refuerza. Por otra parte, la legitimidad de estas normas también resulta favorecida al emanar de una autoridad independiente y, por extensión, aparentemente neutral en un sector en el que pueden confluír intereses contradictorios entre ellos y con el derecho fundamental a proteger. La participación orgánica en la APD, por medio de representantes de los sectores afectados por estas normas, puede contribuir aún más a reforzar la legitimidad de éstas. A pesar de todo lo que acabo de decir, habida cuenta de que la Constitución no obliga a crear una institución como la APD, sino que ésta responde a una opción del legislador (41), tampoco habría obstáculo constitucional a que el desarrollo de los principios de la LORTAD hubiera correspondido al Gobierno.

Cabría aún otra posible explicación, vistas las dificultades que presentan estas «instrucciones» para incluirlas dentro de la categoría de los reglamentos en su concepción tradicional, y sería la de considerar que constituyen otra clase de normas jurídicas que integrarían una nueva categoría (las normas técnicas, quizás), explicación aún más difícil de conciliar con nuestro sistema de fuentes, teniendo en cuenta, además, la amplitud con la que se acostumbra a caracterizar al reglamento, es decir, como toda norma jurídica subordinada a la ley, emanada por la Administración pública.

Por último, hay que referirse a la forma en que la APD ha ejercido la facultad de dictar instrucciones. Hasta marzo de 1998, la APD ha dictado cinco instrucciones (42). Las características de todas ellas son las propias de las normas. Están formuladas como texto articulado, imponiendo obligaciones a los destinatarios, los cuales son aludidos de forma genérica, con formulaciones abstractas y generales; se habla de «entrada en vigor», y se

(40) Aunque no lo haga al referirse en concreto a la cuestión de la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, parece que BETANCOR también vincula «independencia» y función normativa, especialmente en el caso de la APD; *op. cit.*, págs. 185-208 y 224.

(41) Coincido con BETANCOR en este sentido cuando sostiene que la opción del legislador en favor de la creación de las Administraciones independientes se basa en la consideración de que las mismas son el instrumento más adecuado para cumplir eficazmente las funciones que se les atribuyen; *op. cit.*, págs. 224 y s. A través de ellas se realiza, por lo tanto, el programa constitucional que se desprende de los artículos 53.1 y 103.1 CE (eficacia de la Administración).

(42) 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito; 2/1995, de 4 de mayo, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales registrados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un crédito hipotecario; 1/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios públicos; 2/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo; 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

dictan, implícitamente, con vigencia indefinida. Cada uno de los preceptos o apartados que las integran se titula «Norma» (Norma primera, segunda, etc.). Por otra parte, por el tipo de formulación, son susceptibles de una serie indefinida de actos de aplicación, es decir, no se agotan con su cumplimiento. Tan sólo la primera consta de un preámbulo, en el que se invoca como potestad para dictarlas «las facultades conferidas por la ley», sin más precisión. La 2/1996 y la 1/1998 se caracterizan en su preámbulo como «criterios interpretativos». Estas instrucciones, además, no regulan cuestiones procedimentales o actos de relación de los destinatarios con la APD, sino que imponen auténticas obligaciones y regulan derechos, es decir, aparecen como normas sustantivas. De todo esto se desprende que la APD ha optado por ejercer estas «facultades» como si configurasen una potestad normativa, o, en otras palabras, para la APD sus circulares son normas, o cuando menos las ha dictado con la apariencia de tales, no habiendo sido objeto de impugnación, hasta la fecha, que cuestione tal apariencia.

Por lo que se refiere a la constitucionalidad de la atribución de potestad normativa a la APD, cabe remitirse a las argumentaciones esgrimidas por la doctrina respecto de las Administraciones independientes en general —BETANCOR (43) o GARCÍA LLOVET (44)— o respecto de algunos ejemplos de las mismas —T. R. FERNÁNDEZ (45), MALARET (46) o FUERTES (47)—. Resumiendo, puede decirse que, en general, tiene una posición favorable al respecto, aunque con algunas cautelas. Sí creo que merece la pena señalar que algunos de estos autores consideran que el reconocimiento de potestad normativa en favor de las Administraciones independientes está sujeto a determinadas condiciones que es oportuno subrayar porque, precisamente en el caso de la APD, no es evidente su cumplimiento.

Además de exigir el carácter «técnico» de la norma emanada por la Administración independiente, característica que parece esencial para MALARET y BETANCOR, constituye un criterio bastante generalizado contemplar su relación con los reglamentos administrativos «ordinarios» o gubernamentales, considerando que constituye un requisito para su validez no sólo la previa habilitación legal, sino también la subordinación a la potestad reglamentaria del Gobierno, o, en términos más precisos, la previa determinación de los aspectos esenciales de la norma en cuestión por un reglamento.

PAREJO, por ejemplo, apunta la necesidad de que la habilitación sea «determinada» (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad normativa): «Consisten, pues, las Administraciones independientes en ordenamientos sostenidos por otro ordena-

(43) *Op. cit.*, págs. 255-256.

(44) *Op. cit.*, págs. 113 y s.

(45) «Comentario a la Disposición Adicional 8.ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito», en la obra, dirigida por él mismo, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Madrid, 1989, pág. 189.

(46) *Op. cit.*, págs. 572 y s.

(47) *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid, 1994, págs. 53 y s.

miento, teniendo, consecuentemente, naturaleza derivada» (48). Añade, a continuación, que la potestad normativa de las AA.II. ha de estar necesariamente subordinada al reglamento, el cual, además, parece que ha de ser previo. Una posición menos exigente es sostenida por FUERTES (49) al no considerar necesaria la habilitación legal singular o específica para cada acto de ejercicio de la potestad normativa de la CNMV (a menos que recaiga sobre materia reservada a la ley) ni la existencia de reglamento gubernamental previo en supuestos muy específicos y excepcionales; un poco más adelante, esta autora añadirá que las normas de la CNMV se han de referir a «aspectos técnicos y precisos, interpretados además de modo estricto y restrictivo» (50). De la exposición de la citada autora puede deducirse que considera estos requisitos como deducibles de los principios que rigen el sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico, y no tan sólo de la Ley reguladora de la CNMV. En cambio, BETANCOR (51) al valorar la configuración legal de la potestad normativa del BE y de la CNMV, por cuanto se refiere al aspecto de su relación con los reglamentos del Gobierno, la considera indudablemente constitucional (discrepando de RAMÓN FERNÁNDEZ en relación al BE), pero no llega al punto de afirmar que la interposición de aquellos reglamentos entre la ley y las normas emanadas por las citadas AA.II. constituya un requisito exigido constitucionalmente (aunque en un momento determinado llega a señalar que con la interposición del reglamento gubernamental se garantiza «el poder de dirección del Gobierno», por lo que se podría decir que es necesario para dar cumplimiento al art. 97 CE) (52).

En definitiva, en cuanto a los requisitos derivados de la CE para considerar válida la atribución de potestad normativa a una Administración independiente, parece que la doctrina exige que haya un cierto grado de determinación previa de sus límites, alcance y contenido, bien a nivel legal, bien a nivel reglamentario, sin llegar al rigor de considerar necesario que una habilitación legal tenga que ser singular o individual con referencia a cada acto de ejercicio de dicha potestad. Como hemos visto, en el caso de la APD, la habilitación legal previa no aparece expresamente prevista, al menos con la claridad necesaria para despejar cualquier posible duda sobre su existencia.

Por lo que se refiere a la relación entre los reglamentos gubernamentales y las «instrucciones» de la APD, la LORTAD no ha contemplado expresamente un reparto del campo normativo entre ambos, pero será necesario establecer algún criterio para que unas normas prevalezcan sobre las otras en caso de contradicción, y parecería preferible, en principio, que las que prevalecieran fueran los reglamentos gubernamentales por ser el Gobierno el titular originario de la potestad reglamentaria y poscerla

(48) *Op. cit.*, pág. 651.

(49) *Op. cit.*, págs. 57-58.

(50) *Op. cit.*, pág. 60.

(51) *Op. cit.*, pág. 264.

(52) *Op. cit.*, pág. 200.

con carácter general, no específico, reconociendo, y aplicando, el principio de jerarquía.

Esta tesis es la coherente con la posición de las AA.II., como exponen tanto PAREJO como BETANCOR. Evidentemente, se puede objetar que este planteamiento puede conducir a la anulación práctica de la potestad normativa de la APD y hace reaparecer un concepto, el de jerarquía, descartado inicialmente para explicar la relación entre la APD y el Gobierno. ¿Podría la APD recurrir contra los reglamentos dictados por el Gobierno basándose en que éste le priva de su competencia? (y al plantear esta cuestión no me refiero al problema de la legitimación procesal de la APD para recurrir actos del Gobierno, sino al problema de fondo). La respuesta depende de la concepción que se tenga respecto de la potestad reglamentaria del Gobierno, pues si se considera que éste sólo dispone de esta capacidad en la medida que le habiliten las leyes, podría entenderse que la LORTAD ha establecido una especie de reserva legal en favor de la APD al delimitar el objeto de las instrucciones en el artículo 36.c). Por contra, podría argüirse que ello contradice el hecho de que el Gobierno dispone de una habilitación expresa y suficientemente genérica, en la Disposición final 1.ª, «para la aplicación y desarrollo» de la Ley. Hay que tener en cuenta que dado el contenido de ésta, y la incidencia en el ámbito de un derecho fundamental, el contenido de los reglamentos gubernamentales deberá ser básicamente procedimental, e improbable por ello la concurrencia con las instrucciones de la APD. Pero también por el hecho de estar en juego un derecho fundamental, el alcance de la potestad reglamentaria debe estar claramente delimitado en la ley, e interpretarse restrictivamente, para lo que parece preferible la tesis de que debe preservarse el ámbito normativo específico reservado a la APD en el artículo 36.c) de la LORTAD frente al Gobierno (aplicando, en cierto modo, el principio de competencia).

4.2. *Potestad arbitral*

A propósito de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, MALARET (53) califica como «potestad derivada de la función de árbitro» la potestad para intervenir y resolver conflictos *interprivatos*. En el caso de la APD, también podría hablarse en cierto sentido de una función similar, aunque con un contenido más cercano a lo cuasijurisdiccional que a lo arbitral, ya que no se dirige tanto a una conciliación de intereses o a una valoración de intereses contradictorios como al reconocimiento de una posible lesión de alguno de los derechos concretos reconocidos en la LORTAD, que no dé lugar al ejercicio de la potestad sancionadora.

La atribución de esta potestad no se produce expresamente, sino que se deduciría de la función establecida en el artículo 36.d) de la LORTAD:

(53) *Ob. cit.*, págs. 589 y ss.

«d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.»

Las reclamaciones a las que se refiere debe entenderse que son aquellas de las que se habla en el artículo 17.1:

«1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.»

La APD no puede limitarse a recoger o admitir la reclamación, sino que para ser congruente con el conjunto de funciones conferidas debería dictar una resolución declarando su estimación o no y, como consecuencia, si procede adoptar las medidas oportunas para la restauración del ordenamiento incumplido —art. 36.f)— o bien acordar la instrucción del correspondiente expediente sancionador, si los hechos constituyen una infracción (54).

El Reglamento aprobado por el RD 1332/1994, de 20 de junio, dictado en desarrollo de la LORTAD, confirma la caracterización de esta potestad (art. 17), la cual, obviamente, desde una visión tradicional, podría concepirse como actividad de policía administrativa o de intervención, pero existen algunos rasgos que permiten diferenciarla o apartarla de ésta, y justifican la aplicación también en este caso de una caracterización como la propuesta por MALARET en el trabajo citado. Por una parte, la APD no actúa de oficio, sino a instancia de los particulares afectados; de otra parte, cuando la APD ejerce esta potestad se dirige a velar o proteger el derecho de un particular cuando ha sufrido una lesión, y no un interés público más o menos determinado. Es precisamente la existencia de un posible incumplimiento de la Ley que no sea constitutivo de infracción lo que justificaría referirse a esta potestad al margen de la sancionadora de la misma APD. No se ha considerado en la LORTAD la relación entre esta posible reclamación y los recursos administrativos, cuando la vulneración de la ley se produce por la Administración, mediante un acto material o técnico cuyo contenido se transmite o incorpora a un acto administrativo, el cual es objeto de impugnación mediante recurso ante la Administración autora del acto. Qué valor y qué efectos tiene entonces el pronunciamiento de la APD no resultan de la LORTAD. Si sus decisiones gozan de la ejecutividad de los actos administrativos (y no hay apoyo para pensar lo contrario), daría lugar a una situación problemática.

Ahora interesa poner de relieve no tanto la regulación de las técnicas o instrumentos establecidos para corregir la situación declarada lesiva para el derecho del ciudadano afectado como el reconocimiento de una potestad para declarar que se ha producido tal lesión. Se trataría de una potes-

(54) Vid. el artículo 12.2.c) del Estatuto.

tad cuasijurisdiccional, pues la decisión que se adopta no deja de ser administrativa, y así la concibe la ley al disponer que es susceptible de revisión en la vía contencioso-administrativa.

La intervención de la APD (aparte de producir un efecto disuasorio, que puede tener gran efectividad), en cuanto convierte la posible lesión en objeto de una decisión administrativa controlable judicialmente, abre una vía específica para que una lesión a un derecho fundamental producida en el ámbito privado, si es el caso, pueda ser corregida y, de esta manera particular, hacer que un derecho fundamental sea eficaz en el seno de unas relaciones jurídicas privadas.

4.3. *Potestad de investigación*

Aunque el artículo 39 de la LORTAD se sitúe bajo el rótulo de «potestad de inspección», como señala MALARET (55) al analizar una potestad análoga de la CNMV, parece más apropiado calificarla como potestad de investigación, ya que este término tiene un significado más amplio que comprende el desarrollo de diversas actividades dirigidas a la averiguación de hechos presuntamente ilícitos, caso que es el de la APD, a la que se atribuyen un conjunto de facultades que desbordan la noción estricta de inspección. El reconocimiento de una potestad de estas características es habitual entre las autoridades encargadas de la tutela del derecho a la protección de los datos personales y la ha previsto el apartado 3, párrafo primero, del artículo 2 de la Directiva 95/46. También se ha configurado una capacidad con unas características similares en el caso de las otras Administraciones independientes, como el CSN, el BE y la CNMV.

Concretamente, el artículo 39.1 faculta a la APD para inspeccionar «recabando cuantas informaciones precise para el cumplimiento de sus cometidos». Se la habilita también para «solicitar el envío de documentos y datos»; el artículo 36.i), por su parte, faculta para «recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones». A estas funciones deben añadirse las típicas de inspección, que se concretan en la facultad de requerir la exhibición de documentos, de «examinarlos en el lugar en el que se encuentran depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos accediendo a los locales donde se hallen instalados». En conjunto, se trata de una serie de facultades cuya finalidad es la de obtener información y pruebas, en su caso, sobre los posibles incumplimientos de la LORTAD, a fin de poder aplicar posteriormente las sanciones procedentes o las medidas dirigidas a la cesación de las actividades ilícitas.

El ejercicio de esta potestad investigadora puede colisionar con determinados derechos fundamentales, como puede ser el de intimidad, o los

(55) *Op. cit.*, pág. 576.

derechos reconocidos en el artículo 24.2, y el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Debe ejercerse, por lo tanto, dentro del marco delimitado por esos otros derechos. La posible colisión, en su caso, no podrá ser dirimida por la APD, sino que deberá activar los mecanismos constitucionales para la resolución de esta clase de conflictos. En este caso no se tratará del más habitual conflicto entre el derecho fundamental y el interés público perseguido por la Administración, sino entre dos derechos fundamentales, pues la APD actúa en defensa del derecho a la intimidad, en su vertiente de derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática.

Consciente de los problemas que pueden suscitarse respecto al acceso a locales o edificios para efectuar inspecciones, el Estatuto intenta evitar interpretaciones que permitan una posible violación del derecho a la inviolabilidad de domicilio. Por una parte, en su artículo 12 atribuye al Director de la APD la facultad de autorizar la entrada en los locales donde se hallen los ficheros, «sin perjuicio de las reglas que garantizan la inviolabilidad de domicilio», y, por otra parte, el artículo 28.2 reitera el mandato al establecer que cuando los locales a inspeccionar tengan la condición de domicilio, «la labor inspectora deberá ajustarse además a las reglas que garantizan su inviolabilidad». Como se ve, se emplea una remisión genérica, sin recordarnos cuáles son esas reglas (por otra parte bien sencillas, como establece el art. 18.2 CE). Es pertinente recordar a este respecto que el domicilio protegido constitucionalmente, según la jurisprudencia constitucional, no es solamente el de las personas físicas, sino el de las jurídicas (56), a pesar de las dificultades que presenta establecer cuál es en este caso (no obstante, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional favorece una interpretación muy amplia). De acuerdo con la LOPJ, el otorgamiento de la autorización de entrada corresponderá al Juez de Instrucción.

También hay que señalar que no es sólo el acceso al domicilio el que está protegido por el ordenamiento vigente. Como ha recordado GÓMEZ DE LA ESCALERA (57), el artículo 87.2 de la LOPJ exige autorización judicial para el acceso no sólo al domicilio, sino a cualquier edificio o lugar «cuando el acceso dependa del consentimiento del titular» (58). Creo, pues, que

(56) Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en las Sentencias, entre otras, 19/1983, de 14 de marzo, y 64/1988, de 12 de abril. Cf. al respecto P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1992, págs. 109-118, y la bibliografía allí citada.

(57) J. J. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La protección legal del tratamiento automatizado de datos personales. La Agencia de Protección de Datos*, en «Actualidad Administrativa», núms. 39-40, 1993.

(58) El artículo 87.2 requiere la autorización judicial, a falta de consentimiento del «titular», para la «ejecución forzosa de actos de la Administración». Podría intentarse defender una interpretación restrictiva de este precepto entendiendo que se refiere tan sólo a la ejecución forzosa de actos definitivos o resolutorios, pero no a los actos de trámite, y a partir de ahí considerar que a las inspecciones no les es aplicable la norma en cuanto tengan el carácter de actos de trámite. Sin embargo, creo que ésa no es la interpretación más correcta, puesto que el artículo 87.2 de la LOPJ no distingue entre actos de trámite y resolutorios, por lo que es aplicable a todos. Además, en cualquier caso, aunque se trate de actos de trámite, del artículo 18.2 CE se desprende la necesidad de autorización judicial, como así lo entiende el Tribunal Constitucional en su Sentencia 50/1995, de 23 de enero,

cuando el titular del fichero se oponga al acceso será necesario recabar la autorización judicial, teniendo en cuenta que ha sido el Estatuto, de rango reglamentario, el que ha regulado esta cuestión, por lo que no puede modificar el régimen establecido en la LOPJ, el cual, de otra parte, podría considerarse como la única posibilidad lógica de desarrollo del derecho a la inviolabilidad de domicilio en los términos en que aparece reconocido en la Constitución.

4.4. *Potestad sancionadora*

Recordemos que el artículo 36.g) de la LORTAD establece que es función de la APD

«ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título II de la presente Ley».

Dicho título tipifica las infracciones por incumplimiento de la ley y las correspondientes sanciones, y establece normas sobre prescripción y personas responsables, procedimientos, infracciones de las Administraciones públicas, y faculta para ordenar la inmovilización de ficheros.

Evidentemente, aunque no se alude a ellos, no sólo por ser innecesario sino porque la LORTAD es anterior, serán de aplicación los principios del derecho sancionador recogidos en la LRJ-PAC. Por lo que respecta al procedimiento, la LORTAD remite su concreción a una norma reglamentaria; mientras no se promulgue, sin embargo, deberá ser de aplicación el procedimiento regulado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto.

Quizás lo más destacable de la regulación de la potestad sancionadora se refiere a su ejercicio cuando afecta a una Administración pública, porque en tal supuesto parece que se ha desprovisto a la APD de dicha potestad. Cuando una Administración pública haya cometido alguna de las infracciones tipificadas en la LORTAD, se confiere a la APD tan sólo la facultad de dictar una resolución indicando las medidas a adoptar para corregir la situación anómala. Hay que decir que no se exceptúa expresamente el ejercicio de la potestad sancionadora en este caso (y que incluso se ha tipificado una infracción que sólo se puede cometer por una Administración pública), por lo que cabrán interpretaciones opuestas sobre la cuestión. La exclusión de responsabilidad administrativa, si se entiende que tal es el propósito de esta regulación, podría suponer una vulneración del principio de igualdad, sin justificación alguna. Lo que sucede, en realidad, es que en tal caso la responsabilidad se transforma en responsabilidad disciplinaria del funcionario autor de la infracción, facultándose al Director de la APD para que proponga a la Administración correspondiente el inicio del correspondiente expediente disciplinario, propuesta que, evidentemente, no

incluso a pesar de que no conduzcan a la iniciación de un expediente sancionador, del que pueden considerarse antesala frecuente.

vincula a la autoridad a quien se dirige, que puede desatenderla. Además, no se ha contemplado el caso de que del acto lesivo sea responsable una autoridad administrativa que no sea funcionario, o no actúe como tal. Parece que se pone de manifiesto, con esta regulación, una concepción de la APD como órgano administrativo más que como una persona jurídica pública diferente de la Administración responsable del fichero. Tal parece la consideración que efectúa HEREDERO (59). Tampoco se establece expresamente, con relación a la Administración pública, el carácter vinculante u obligatorio de la resolución dictada. Habrá que considerar que dicho carácter está implícito en la condición de acto administrativo de tal resolución. A pesar de que pueda entenderse que la LORTAD contiene una exención de responsabilidad administrativa de la Administración, no por ello debe dejar de admitirse la necesidad de determinar la existencia de la posible infracción cometida por ésta, mediante la tramitación del oportuno expediente, conforme a un procedimiento que entiendo debería ser el mismo procedimiento sancionador establecido con carácter general, variando el contenido de la resolución final. Aun así, creo que no es ingenuo preguntarse qué sucedería si la Administración afectada se negara a aplicar las medidas exigidas por la APD y si procedería la ejecución forzosa del acto. Estos supuestos no aparecen regulados, puesto que se trata de una situación difícilmente imaginable, pero no por ello debe reputarse como imposible (60).

Dado que una actuación contraria a la ley podría implicar la lesión de un derecho fundamental como el derecho a la intimidad, se establece que cuando es cometida por una Administración pública se dará cuenta al Defensor del Pueblo, lo que podría dar lugar a una concurrencia o duplicidad de actuaciones.

Por último, respecto a esta potestad, no quisiera dejar de señalar que su ejercicio por una Administración pública no territorial no deja de suscitar dudas (61). En el caso de la APD parece lógico que se la invista de esta capacidad, puesto que la misión de velar por el cumplimiento de la ley lo requeriría, pues se debilitaría la eficacia de dicha función si se limitara a declarar los incumplimientos careciendo de poder para corregirlos, o atribuyendo este poder a una Administración territorial, la cual, además, puede ser la responsable de la infracción.

(59) En *La Ley orgánica... Comentario y textos*, ob. cit., pág. 265. Comparten la opinión GONZÁLEZ NAVARRO, ob. cit., pág. 29, y CASTELLS ARTECHE, en *Derecho a la privacidad y derechos informativos: análisis de la Ley 5/1992, de 29 de octubre*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 39, 1994. No se plantea la hipótesis de que la infracción sea cometida por una Administración diferente de la estatal.

(60) Cf. LUCAS MURILLO, *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1993, pág. 147.

(61) Vid. MALARET, *op. cit.*, pág. 580.

5. ORGANIZACIÓN

La APD se halla estructurada en cinco órganos: el Director, el Consejo Consultivo, el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General. Los tres primeros son creados por la LORTAD, y los otros dos por el Estatuto. No hay dificultades para admitir esta innovación estatutaria, puesto que cabe dentro de la remisión al Estatuto en los términos en que la efectúa la LORTAD. Los órganos principales son el Director y el Consejo Consultivo, puesto que los restantes se declaran expresamente subordinados al primero (art. 11 EAPD).

Es en la regulación de la organización de la APD donde puede medirse de forma más clara el grado de independencia frente al Gobierno más allá de las calificaciones legales —básicamente por la forma de integración de los órganos, como por las condiciones de permanencia en los mismos (62)—, pues pondrá de manifiesto la capacidad de aquél para influir en la toma de decisiones de la APD.

5.1. *El Director*

Según el artículo 35 de la LORTAD, el Director «dirige la APD y ostenta su representación». Se trata de un órgano ejecutivo, con funciones de dirección de la actividad interna y externa de la APD, y a través del cual ésta desarrolla las funciones públicas encomendadas (art. 2.3 del Estatuto). Cabe considerarlo, por lo tanto, el órgano más importante de la APD (63). Ya que expresa la voluntad de la APD, el contenido de su estatuto jurídico permitirá conocer cuál es la capacidad del Gobierno para condicionar sus actos y, por ello, los de la APD.

El Director es nombrado por el Gobierno, que no dispone de una discrecionalidad absoluta para efectuar este nombramiento, pues debe recaer sobre un miembro del Consejo Consultivo de la APD. Sin embargo, esta aparente limitación de la potestad gubernamental no es tal en el fondo,

(62) En general, la doctrina que ha abordado el estudio de las Administraciones independientes en nuestro país coincide en señalar el aspecto organizativo como elemento determinante para poder reconocer como justificado el calificativo de independientes. Las divergencias aparecen en el momento de situar el acento sobre una o varias de las características que integran la regulación organizativa y en la importancia concedida a otros aspectos (funcional, financiero) en comparación con el organizativo. Vid. ENRIQUE GARCÍA LLOVET, *op. cit.*, págs. 100 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, págs. 206 y ss.; JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987, págs. 307 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II*, 6.ª ed., Madrid, 1993, pág. 251.

No obstante, hay autores que atribuyen mayor valor a la regulación de otras vertientes, como la funcional, como nota distintiva de la independencia, vid. E. MALARET, *op. cit.*, pág. 597, o también a la vertiente financiera, junto a las dos anteriores, como es el caso de J. M. SALA AROQUER, *op. cit.*, pág. 416.

(63) SOUVIRON lo califica como «el órgano clave» de la Agencia; vid. *En torno a la jurisdicción del poder informativo del Estado y el control de datos por la Administración*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 40, 1994, pág. 173.

pues el Gobierno designa libremente a uno de los miembros de aquel órgano (luego si el Gobierno tiene un candidato determinado para dirigir la APD, tan sólo está obligado a manifestar su voluntad en dos fases). Este punto es quizás el que más rechazo suscitó de la oposición, en lo que se refiere a la APD, durante la tramitación parlamentaria de la LORTAD, y el que ha merecido más reproches de la doctrina, hasta el punto de servir de base para negar la pretendida independencia del ente (64). No obstante, otras soluciones propuestas (elección parlamentaria, elección por el Consejo Consultivo) son menos coherentes que la adoptada con la naturaleza administrativa de la institución (que no es ni órgano auxiliar del Parlamento ni una autoadministración o corporación). Frente a la potestad de designación existen otros rasgos del estatuto del Director que conllevan una reducción de la libertad de actuación del Gobierno sobre el mismo. Veámoslos seguidamente:

a) No se exigen cualidades personales o profesionales específicas, a diferencia de lo que se dispone respecto de órganos similares de otras AA.II., como son los casos del Gobernador del Banco de España (65), del Presidente del Consejo de Seguridad Nuclear (66) o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (67), lo que da pie a las críticas de BETANCOR (68). Cabe suponer que en el presente caso es difícil distinguir cuál debe ser el ámbito en el que el Director debería ser una persona que destaque en el conocimiento de las diversas materias afectadas por la ley, es decir, que sea experto en sistemas de tratamiento de la información y al mismo tiempo sea especialista en derechos fundamentales. Recordemos que es una figura próxima a la del Defensor del Pueblo (para cuyo desempeño no se exige ninguna cualificación específica ni tampoco una formación especializada en derechos fundamentales, como requisitos formales, sin perjuicio de que sea valorada una sensibilidad y trayectoria en estos temas). En instituciones similares en Derecho comparado se requiere la condición de jurista en algunos casos (Luxemburgo, Islandia y Dinamarca) y la «integridad de méritos reconocidos» (Portugal) (69).

(64) Vid. V. FAIREN, *op. cit.*, págs. 538-540; P. L. LUCAS MURILLO, *Informática...*, *op. cit.*, pág. 128; J. L. CASCAJO CASTRO, «Motivos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento...», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 472; J. M. CASTELLS ARTECHE, *Derecho a la privacidad y procesos informáticos...*, *op. cit.*, págs. 275-276; A. E. PÉREZ LUÑO, *Comentario legislativo. La LORTAD y los derechos fundamentales*, en «Derechos y Libertades», núm. 1, pág. 413; en contra, HEREDERO, *La Ley orgánica...*, *op. cit.*, págs. 215-216.

(65) Al que se le exige «... reconocida competencia en el campo de la economía» (art. 1 de la Ley 30/1980, de 21 de junio).

(66) «Los miembros del Consejo deben ser personas de reconocida solvencia dentro de las especialidades de seguridad nuclear, tecnología, etc.» (art. 5 LCSN).

(67) «... reconocida competencia en materias relacionadas con el mercado de valores» (art. 19 LMV).

(68) *Op. cit.*, pág. 176.

(69) La Ley de protección de datos de la Comunidad de Madrid requiere que el Director de su Agencia sea «una persona de acreditada independencia, elevado conocimiento de la materia de su competencia y probada capacidad de gestión» (art. 29.4).

b) El nombramiento es para un período de duración determinado, cuatro años, lo que se sitúa en la línea de la mayoría de las AA.II. (BE, CNMV, RTVE), aunque en uno de los casos es más larga (CSN, seis años, lo que le garantiza mayor estabilidad al margen de los cambios políticos, al coincidir necesariamente con dos legislaturas). No se dice nada respecto a la posibilidad de reelección, por lo que habrá que considerar que ésta es perfectamente admisible, como sucede en el resto de las AA.II., lo que, no obstante, puede perjudicar a la independencia del órgano. La duración del mandato en el caso de las autoridades de control extranjeras varía entre siete años (Canadá, Australia) y cuatro años (Dinamarca, Islandia), siendo lo más común de cinco años, tanto en el caso de órganos unipersonales (Finlandia, Suiza, Alemania, Irlanda, Gran Bretaña) como colegiados (Francia, Luxemburgo, Portugal), contemplándose en algún caso la posibilidad de reelección, pero limitada a una o dos veces (Australia, Canadá).

c) Las causas de cese son tasadas y están determinadas en la LORTAD en su artículo 35 (por lo que no pueden ser modificadas o ampliadas por el Gobierno): petición propia, incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevinida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso. Se pretende objetivar las causas de cese, aunque recurriendo en algún caso a conceptos jurídicos indeterminados que conllevan, necesariamente, un cierto margen de apreciación subjetiva. Se establece una garantía formal adicional, como es la de que se otorgue audiencia previa antes de acordar el cese «a los demás miembros del Consejo Consultivo» (puede observarse cómo la audiencia no se refiere al órgano Consejo Consultivo, sino a sus miembros, quizás para evitar que el Director participe en este trámite contribuyendo a formar la opinión del órgano, aunque las reglas sobre abstención serían suficientes a este fin, o quizás, incluso, para evitar eventuales problemas porque para emitir un juicio como tal órgano previamente debe ser convocado por el Director de la APD, que podría resistirse a ello). Esta relación de causas es similar a la que se ha establecido en el caso de los miembros del CSN y la CNMV, aunque aparece algo más garantista en la LORTAD (70) al requerirse, en el caso del incumplimiento, que éste deba ser «grave» para motivar el cese, aunque como la valoración *inicial* de la gravedad queda en manos del Gobierno, no constituye propiamente una garantía absoluta de inamovilidad frente a decisiones puramente políticas de apartar a un Director incómodo. Hasta qué punto puede ser objetivable, sometida a Derecho y controlable judicialmente una decisión de estas características es muy difícil precisar, pero es claro que es necesario que exista una base objetiva, una acción u omisión contraria a sus obligaciones (concepto éste que supone un alcance mayor que el de «funciones») para poder cesar al Director. En Derecho comparado las garantías son mayores, en general, pues se invierte a los

(70) En los mismos términos que en el caso del BE —vid. el art. 25.4d) de la LABE—, aunque en este último caso se refuerza la autonomía del BE porque la iniciativa para promover el cese corresponde sólo al Consejo de Gobierno del propio BE; vid. POMED, *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 356.

titulares de los órganos o autoridades de control del estatuto propio de los jueces, y por lo tanto de inamovilidad, tanto cuando se trata de órganos unipersonales como colegiados (Canadá, Dinamarca, Alemania, Islandia), o se establece como única causa de cese rodeada de un cierto grado de indeterminación el *missbehaviour* (Australia, Nueva Zelanda, Islandia), o bien que la estimación de la concurrencia de la causa de que se trate será apreciada por el mismo órgano (Francia). No se ha establecido entre nosotros un límite de edad para el desempeño del cargo, de la misma manera que no se establece, por regla general, para los cargos públicos de carácter político. En cambio, en otros sistemas extranjeros sí se ha introducido esta clase de límite, lo que pone de relieve que en tales sistemas se reviste al cargo de un carácter más propio de un alto funcionario o servidor público o juez (cuyo estatuto, en ocasiones, como ya se ha mencionado, se le atribuye).

d) Se establece que «ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas» (art. 35.2 LORTAD). Se trata del único caso de Administración independiente española que expresamente acoge esta previsión. Se ha valorado esta previsión como la nota clave que confiere a la APD auténtica autonomía (71), y la sitúa en una relación diferente a la de «instrumentalidad» en la que se encuentran los organismos autónomos respecto de los entes «matriz» (72). Si bien se trata de una previsión ausente del resto de las AA.II. españolas, en cambio, sí se ha establecido en la normativa sobre protección de datos respecto de autoridades de control en esta materia en Derecho comparado (Austria, Bélgica, Alemania y Francia). Se trata, con todo, de una «exención» formal que no impide que en la práctica un Director de la APD sea dócil y pueda actuar acomodando su criterio al del Gobierno que lo ha nombrado, aceptando sus directrices o instrucciones materialmente, pero sirve al menos como escudo al Director que pretenda oponerse o seguir una «política» diferente a la del Gobierno o cuya actuación perjudique a éste, al tiempo que le permite evitar que el rechazo de instrucciones pueda utilizarse como equivalente a un «incumplimiento grave de funciones» que justifique su cese. Exterioriza, en cualquier caso, la inexistencia de una relación de jerarquía tradicional entre el Director de la APD y el Gobierno. Debe entenderse que el artículo 35.2 no sólo permite al Director «desobedecer» el mandato de unas hipotéticas instrucciones, sino rechazarlas de plano, porque de lo que se trata es de que se está privando al Gobierno de la facultad de dirigir instrucciones al Director de la APD (previstas en el art. 21 de la LRJ-PAC, con respecto de los órganos administrativos situados en una posición de inferioridad jerárquica).

(71) HEREDERO, *La Ley orgánica...*, op. cit., pág. 215.

(72) BETANCOR, op. cit., pág. 203; sobre las directivas e instrucciones como nota esencial de la relación de instrumentalidad característica de los organismos autónomos, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., págs. 409-411, y JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos*, op. cit., págs. 99 y ss.

El artículo 16 del Estatuto añade que no estará sujeto a mandato imperativo, aclaración quizás innecesaria, teniendo en cuenta la cláusula legal de independencia, de la que cabe considerar corolario o contenido implícito. Ahora bien, quizás se ha considerado conveniente debido a que el Director es nombrado entre los miembros del Consejo Consultivo, el cual tiene un cierto carácter, parcialmente, de órgano representativo (sus miembros son representantes de órganos constitucionales, de instituciones o de sectores sociales), por lo que la prohibición de mandato imperativo acentúa su independencia al predicarla no sólo del Gobierno, sino del grupo que lo ha propuesto como miembro del Consejo.

Además de las anteriores notas, pueden mencionarse otras que si bien no determinan la independencia, pues son comunes a los altos cargos de la Administración del Estado, coadyuvan a ella, como son la de asegurar en el Estatuto (previsión, por lo tanto, en manos del Gobierno, que tiene el poder para modificarlo un determinado nivel de retribuciones (el que corresponde a los subsecretarios, a cuyo rango expresamente se iguala) y la sujeción al régimen de incompatibilidades de los altos cargos (art. 15.3 del Estatuto), lo cual puede dar lugar a un problema en el caso de que el nombramiento como Director recaiga sobre el Diputado o Senador que forman parte del Consejo Consultivo, pues de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, son incompatibles con el desempeño de un alto cargo, además de lo dispuesto en la LORTAD en el mismo sentido. El sometimiento a un estricto sistema de incompatibilidades, tanto políticas como profesionales, va en la misma línea y constituye una regla habitual entre las AA.II. También sucede lo mismo en Derecho comparado respecto a las autoridades de control, que en algunos casos la establecen con carácter absoluto respecto de cualquier actividad remunerada (Australia, Alemania, Irlanda, Canadá). No se ha dispuesto, en cambio, una prohibición de determinadas actividades o ejercicio de cargos directivos, como una especie de prolongación del régimen de incompatibilidades, respecto de las empresas que actúen en el sector, durante un período de tiempo después de finalizado el mandato, como sí ocurre con los cargos de Director de otras AA.II. (CNMV, BE), habida cuenta que en este caso no puede disponerse de información privilegiada que pueda aprovecharse en beneficio propio.

El conjunto de circunstancias que se acaban de exponer posibilita que el Director de la APD cuente con un elevado grado de autonomía para el desempeño de sus funciones, aunque no puede descartarse que el nombramiento recaiga en una persona de la confianza del Gobierno, o que guarde sintonía con sus postulados. La independencia se debe referir, sin embargo, al ejercicio de sus funciones una vez ha sido nombrado, la cual, si bien no está completamente garantizada, tiene bastante base para ser la regla de actuación habitual del ente.

Estas notas, que lo alejan sustancialmente de lo que son los organismos autónomos, pero especialmente la no sujeción a instrucciones, sustentarían la legitimación de la APD para impugnar decisiones de la Adminis-

tración del Estado, por no ser un ente instrumental para la ejecución de competencias administrativas estatales (73).

Salvo las prescripciones ya comentadas, respecto del estatuto del Director de la APD, no se inviste al mismo de ninguna prerrogativa específica ni estatuto procesal peculiar, las cuales en nuestro ordenamiento tan sólo estarían reservadas a los miembros de los órganos constitucionales o a los Jueces y Magistrados; en este caso, el Director de la APD se aparta de algún ejemplo de Derecho comparado (74) en el que se rodea a la autoridad de control de algunos privilegios, lo que puede parecer justificado cuando se trata de un órgano colegiado en el que parte de sus miembros son de extracción judicial o parlamentaria y se pretende asimilarlo a un comisionado parlamentario.

En cuanto a las funciones del Director, no se enumeran en la LORTAD, sino en el Estatuto, que los agrupa en dos tipos, el que denomina de «dirección» (art. 12) y el que denomina de «gestión» (art. 13). Podría decirse que las primeras son las que desarrolla en relación con el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a la APD, y las segundas son las de orden doméstico, interno o instrumental, que sirven de apoyo a las primeras. Le corresponde, asimismo, la representación de la APD, como es lógico, dadas sus funciones.

5.2. *El Consejo Consultivo*

Al igual que en instituciones similares previstas en otros ordenamientos sobre protección de datos, así como en otras Administraciones independientes, existe un órgano colegiado en el que aparecen representadas diversas instituciones e intereses. Puede resultar discutible en el presente caso pretender que exista un órgano de representación de intereses, puesto que la supervisión se ejerce sobre una actividad «horizontal», que penetra en todos los ámbitos y, por lo tanto, que afecta a todos los ciudadanos indiferenciadamente; de todos modos, en la medida que entre los miembros del Consejo algunos son designados por organizaciones o entidades representativas de determinados sectores implicados especialmente, como es el caso de los titulares de los ficheros (pues son los que pueden causar la lesión al bien jurídico protegido, de una parte, o que serán los destinatarios de las resoluciones o instrucciones que se emitan por la APD, de otra) o el caso de los consumidores y usuarios (puesto que es en el ámbito de la prestación de servicios donde es más susceptible de lesiones), adquiere parcialmente esta dimensión. Además, si cumple una función de intervención este tipo, tiene sentido el establecimiento de un órgano de estas características, sobre todo por lo que respecta a su participación en la potestad normativa o de cooperación a la elaboración de normas y a la función de divulgación, para hacerlas más efectivas, sin perjuicio de que da satisfac-

(73) Vid. POMEU, *op. cit.*, pág. 156.

(74) Es el caso de los Comisarios de datos en Canadá o Australia.

ción al principio constitucional de participación si, efectivamente, interviene en el diseño de las líneas generales de actuación de la APD. Sin embargo, su subordinación al Director, pues es éste quien convoca y decide qué somete a su consideración, no asegura que pueda cumplir adecuadamente esta misión y que no quede relegado a un papel decorativo o muy secundario.

¿Quiénes son los miembros del Consejo? Por una parte, habrá uno por cada uno de los tres niveles de Administración territorial, globalmente considerados (cabe señalar que el procedimiento para la elección del representante de las Comunidades Autónomas no está regulado, sino que tan sólo se determina que se producirá por mayoría simple previamente convocados al efecto por el Ministro de Administraciones Públicas —art. 18.1.d) EAPD—; en el caso del representante de las entidades locales tan sólo se indica que será propuesto por la Federación Española de Municipios, sin tener en cuenta otras asociaciones municipalistas, existentes o futuras; quizás hubiera sido más correcto referirse a la más representativa); dos representantes de los titulares de ficheros privados, designados por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; un experto por el Consejo Social de Universidades; un representante de la Real Academia de la Historia miembro de la misma (se supone que por tratarse de los investigadores que pueden tener que utilizar ficheros de datos de carácter personal, aunque sólo una parte de la historia puede referirse a personas vivas, que son las únicas cuyo derecho a la intimidad o a la autodeterminación informativa se puede afectar); el poder legislativo también se halla representado, con dos miembros (un diputado y un senador). A diferencia de órganos semejantes en Derecho comparado (Francia, Dinamarca), no se incluye ningún representante o miembro del Poder Judicial (75). Además de esta ausencia, puede destacarse también la falta de inclusión de representantes de los «agentes sociales» (empresarios y trabajadores), bien designados por el Consejo Económico y Social (a semejanza de la CNIL francesa) o por las organizaciones empresariales y sindicales (76). También resulta habitual en autoridades de control extranjeras de tipo colegiado una mayor presencia de los expertos o especialistas de prestigio que la que finalmente se ha recogido en nuestro caso. La representatividad de su composición puede ser objeto de muy diversa valoración, aunque parece un tanto heterogénea.

Como hemos visto, el Director es elegido por el Gobierno de entre los miembros del Consejo. Esta elección no debería situarlo fuera del Consejo, cesando en su condición de miembro del mismo, puesto que se establece que actuará como Presidente del mismo. Además, la misma LORTAD da a entender que el Director, pese a serlo, continúa siendo miembro del Consejo, cuando dispone que su cese «por incumplimiento grave» debe ser con-

(75) Seis en el caso de la CNIL.

(76) Aspecto criticado por FARRIOL, *op. cit.*, pág. 6; E. PÉREZ LUÑO, *Comentario legislativo...*, *op. cit.*, pág. 414; vid. también J. L. CASCAJO CASTRO, «Libertad de expresión y derechos de la personalidad», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. 1.º, Derecho público (I), Tecnos, Madrid, 1995, pág. 472.

sultado previamente «a los *restantes* miembros del Consejo». Sin embargo, el Gobierno no lo ha entendido así y con posterioridad al nombramiento del Director de la APD, que, como era previsible, ha recaído en el miembro del Consejo Consultivo designado por la misma Administración del Estado, ha nombrado un nuevo miembro para ocupar esta representación, considerando que el Director había dejado vacante su puesto en el Consejo (77). La LORTAD, no obstante, también admite una interpretación como la que ha hecho el Gobierno, que al contemplar las causas de cese de los miembros del Consejo ha recogido como tal su «nombramiento como Director». Los debates parlamentarios no contribuyen a aclarar la aparente contradicción.

La función del Consejo es la de asesorar al Director de la APD, sin precisar en qué casos debe hacerlo, por lo que quedará al arbitrio del mismo determinar los asuntos que consulta al Consejo. Parece lógico que debiera incluirse entre estos asuntos la adopción de decisiones importantes como pueden ser la aprobación de las instrucciones de adecuación a la ley, así como otras de carácter interno pero determinantes para el desarrollo de la actividad del ente, como el Anteproyecto de presupuesto, aprobación de plantilla, etc. La falta de previsión de sus informes como preceptivos, no obstante, devalúa al órgano, reduce su importancia, y su protagonismo dependerá de la «política» de cada Director. Un limitado paliativo a esta ausencia de funciones puede derivarse de la obligatoriedad de convocar al Consejo una vez cada seis meses (art. 22.5 EAPD), aunque ello no suponga el reconocimiento de una competencia concreta, pues la reunión puede limitarse a una información general sobre la actividad desarrollada en el período.

La duración del mandato de los miembros del Consejo es de cuatro años, salvo las excepciones recogidas en el artículo 20 EAPD: *a)* nombramiento como Director de la Agencia; *b)* renuncia anticipada; *c)* pérdida de la condición que habilitó al vocal para ser propuesto, y *d)* la propuesta emanada de las instituciones, órganos, corporaciones u organizaciones llamados a proponer a los demás vocales. El supuesto *a)*, al que ya nos hemos referido, permite que el mandato del Director no coincida con el del resto de los miembros del Consejo Consultivo, de manera que puede darse el caso de un Director que permanezca en su puesto al expirar el mandato de un Consejo Consultivo, y coincide con otro de diferente composición. El supuesto *c)* tan sólo puede ser aplicable al Diputado o Senador (el inicio y final de cuyo mandato difícilmente coincidirá con el del resto de los miembros) o al miembro de la Real Academia de la Historia, pues por lo que se refiere a otros vocales no se exige una condición específica, sino que tan sólo son «representantes» (salvo el «experto» nombrado por el Consejo de Universidades). Por último, podemos preguntarnos qué sucederá cuando se pretenda aplicar la causa de cese *d)* respecto de un vocal que ha sido nombrado Director de la Agencia, supuesto harto improbable (pues el Gobierno tenderá a nombrar como Director al vocal que represente a la Ad-

(77) Vid. HEREDERO, *op. cit.*, pág. 250.

ministración del Estado), pero no descartable. Entiendo que en tal caso no es aplicable la citada causa de cese, pues no está contemplada entre las aplicables al Director, lo que garantiza la independencia de éste y es coherente con la prohibición del mandato imperativo, pero no deja de suponer una posible situación conflictiva. Debe añadirse que la «propuesta» recogida en el citado apartado *d*) habrá que entenderla como vinculante por los términos en que aparece redactado el precepto.

Dado que la dedicación principal no es la de miembros del Consejo Consultivo, éstos no percibirán retribución alguna por el desempeño de este cargo, según dispone el artículo 20.4 del Estatuto. Si fuera de otra manera, además, esta norma reglamentaria podría contradecir las leyes sobre incompatibilidades, lo que acarrearía su nulidad de pleno derecho en lo que se refiere al Diputado y al Senador, y quizás también a los representantes de la Administración pública (si los mismos tuvieran la condición de funcionarios o de altos cargos, lo cual es una posibilidad). Esta disposición no impide, sin embargo, que perciban dietas e indemnizaciones por la asistencia a las reuniones del Consejo, como sí permite la legislación citada. No se ha establecido un régimen específico de incompatibilidades para los miembros del Consejo, algunos de los cuales se hallan ya sometidos a uno por razón de su extracción (como acabamos de ver desde la perspectiva retributiva, Diputados y Senadores, por un lado, y, por otro, aquellos que tengan la condición de funcionarios). Puede sorprender que, a diferencia de lo que es habitual en el Derecho comparado, y como ya ha sido señalado a propósito del Director, no se haya previsto ninguna prohibición o restricción respecto de vínculos como las empresas que operan en el sector de la informática o el tratamiento de datos. No resulta, sin embargo, tan extraño si tenemos en cuenta que el Consejo no ejerce funciones ejecutivas y, además, cumple parcialmente la función de órgano de representación de intereses, por lo que precisamente uno de sus miembros debe tener esta clase de vínculo.

Respecto al funcionamiento del Consejo Consultivo, el artículo 22 del Estatuto se remite a la LRJ-PAC, salvo en las reglas específicas establecidas en el mismo Estatuto (en lógica coherencia con lo dispuesto en el art. 34 de la LORTAD).

5.3. *Registro General de Datos*

A diferencia del criterio aplicado en Derecho comparado en algunos casos, consistente en separar la autoridad de control del Registro de ficheros, en España se ha optado por el modelo que integra esta función dentro de aquel ente.

El artículo 38 de la LORTAD instituye como órgano de la APD el Registro General de Datos, previsión completada por el artículo 23 del EAP, que le atribuye la función de «velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, con miras a hacer po-

sible el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos regulados en los artículos 13 a 15 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre». En orden al desarrollo de tal función, el mismo EAP, en su artículo 26, concreta las facultades en que se descompone y que, esencialmente, son la realización de los asientos de inscripción y sus rectificaciones, la certificación y la publicación de la relación anual de ficheros.

No recoge el Estatuto ninguna previsión sobre las condiciones exigibles a la persona encargada del Registro, si es que debe haberla, ni ninguna otra previsión sobre estructura interna o funcionamiento. Debe deducirse que correspondería al Director establecer estas determinaciones, lo que contribuye a una mayor flexibilidad en su organización, aunque pueda comportar como desventaja una cierta contingencia. El desarrollo organizativo de la APD producido a través de la relación de puestos de trabajo ha situado al frente del Registro a un funcionario con la categoría de subdirector. Cabe recordar que corresponde al Director de la APD resolver sobre la procedencia o improcedencia de las inscripciones, por lo que la labor del encargado del Registro se limitará a la tramitación de los expedientes correspondientes, elevando propuestas al Director y ejecutando sus decisiones.

La publicación del Directorio o catálogo de ficheros —art. 26.2.d) EAP— la realizará con sujeción a lo que disponga el Director, según el artículo 7 EAPD, por lo que resulta evidente su carácter de órgano instrumental o auxiliar del mismo. Por otra parte, deberá mantener comunicaciones con los Registros autonómicos que puedan crearse al amparo del artículo 40.2 de la LORTAD, cuya competencia se extenderá sólo a ficheros públicos, aunque no directamente, sino a través del Director de la APD.

5.4. *La Inspección de Datos*

Aunque no está caracterizada desde la vertiente orgánica en la LORTAD, sino sólo desde la funcional, el Estatuto prevé que la inspección se ejerza por un órgano específico y separado del resto de los de la APD. Al frente de este órgano se ha situado también a un funcionario con la categoría de subdirector. Dado el poco desarrollado nivel de conciencia del ciudadano medio sobre el derecho protegido por la LORTAD (lo que requerirá la necesaria labor de divulgación), la Inspección de Datos estará llamada a desempeñar un importante papel para el efectivo cumplimiento de la LORTAD a través de la actuación de oficio (art. 28.2 EAPD). El Estatuto se limita a regular las funciones de la Inspección, sin añadir nuevas precisiones sobre el estatuto personal de quienes se encuadren en ella que las ya contenidas en la LORTAD, la cual dispone que los funcionarios que la desarrollen tendrán la condición de agentes de la autoridad (art. 39). De ello resulta que la inspección deberá ser desempeñada por funcionarios de carrera.

El EAP desarrolla el contenido de la potestad de inspección (o de investigación, como ya hemos expuesto anteriormente), detallando el alcance concreto de la capacidad para requerir y obtener información, en línea con lo que es habitual en la autoridad de control en Derecho comparado (especialmente en los países escandinavos, en el Reino Unido y en Francia), y tal como exige el artículo 28.3 de la Directiva 95/46 CE. El tratamiento que recibe esta capacidad es muy similar al que se reconoce en favor de CNMV (arts. 85 y 86 de la LMV) y, en cierta medida, al del CSN —arts. 2.c) y d) y 3.c)—, con la adaptación correspondiente al objeto sobre el que recae. A la inspección le corresponde también la función instructora en los expedientes sancionadores, lo que puede producir un conflicto entre el deber de colaborar con dicha actividad, prescrito en el artículo 28.2 EAPD (y cuyo incumplimiento se tipifica como infracción en el art. 42.3 de la LORTAD), y el derecho fundamental a no autoinculparse, si se acoge al criterio maximalista en favor de este derecho sostenido por el TEPDH en el caso *Funke* (78).

Cabe añadir que a los inspectores sí se les impone el deber de «guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas» (sin establecer un límite temporal en dicho deber en este último caso), deber cuyo incumplimiento tendría que generar responsabilidad disciplinaria, mientras se conserve la relación de servicio respecto a la APD (79). En cambio, extinguida esta relación, deberá reputarse como infracción administrativa, al amparo del tipo establecido en el artículo 43.3.g) de la LORTAD, calificada además de grave.

5.5. *La Secretaría General*

Se trata del único órgano no contemplado, ni siquiera desde la perspectiva funcional, en la LORTAD. Su creación, pese a ello, resulta lógica y responde a la necesidad de disponer de un órgano auxiliar y de apoyo al Director, con funciones predominantemente de gestión interna del ente. La denominación no es indicativa de una equiparación con el cargo ministerial del mismo nombre, sino que, según el Estatuto, el rango que le corresponde es el de Subdirector General, por lo que de acuerdo con la Ley 25/1993, de incompatibilidades de los altos cargos, ésta no le será de aplicación. Otra consecuencia será la de que por la naturaleza de algunas de las funciones que se le atribuyen parece apropiado que fuera un puesto a desempeñar por funcionario público, y no por persona sujeta a una relación laboral. Además de las funciones de gestión, que concluyen con una

(78) *Affaire Funke C France* (82/1991/334/407), *Arrêt* de 25 de febrero de 1993.

(79) Otra cuestión sería la subsunción de esta conducta dentro de alguna de las faltas administrativas tipificadas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de los funcionarios de la *Administración del Estado*, sin perjuicio de las dudas que pudieran plantearse con relación al ámbito de aplicación del mismo (como supletorio es indiscutible al amparo del artículo 1.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto).

cláusula residual, se le atribuyen otras que puede tener un cierto interés comentar. Por una parte, le corresponde la Secretaría del Consejo Consultivo, con las consiguientes funciones que, por aplicación supletoria de la LRJ-PAC, le corresponden al Secretario de órganos colegiados (levantar acta, expedir certificaciones de los acuerdos, dar traslado de los mismos, etc.) Esta función constituiría una de aquellas que justificarían la sujeción del Secretario General al régimen estatutario, como indirectamente viene a admitirse al establecerse que su sustitución en esta función corresponderá a un «funcionario» de la misma Secretaría. Por otra parte, se le asignan funciones de comunicación, divulgación y publicidad de las actividades de la APD, como son las de facilitar la información a los afectados, formar el fondo documental, editar los repertorios oficiales de ficheros inscritos en el Registro y cualesquiera publicaciones de la APD, y organizar conferencias, seminarios y actividades de cooperación nacional e internacional. Este tipo de funciones la asemejan a los Secretarios Generales Técnicos de los Ministerios, aunque en este caso la importancia de la labor puede ser mayor pues constituye precisamente una de las funciones de la APD. La labor de publicidad que se le encomienda debe distinguirse de la publicidad formal como función administrativa, que corresponde al Registro General.

6. REFLEXIÓN FINAL

La APD se inscribe en la línea de organizaciones como el Consejo de Seguridad Nuclear o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respecto a los que parece existir un cierto grado de acuerdo entre la doctrina al considerarlos como Administraciones «independientes». La nota distintiva de la APD no se halla tan sólo, por lo tanto, en los cometidos que legalmente se le asignan, sino también en la posición relativa que ocupa entre los poderes públicos o, más concretamente, en la configuración de sus relaciones con el ejecutivo. Quizás resulte excesivo hablar de independencia, ya que subsisten vínculos entre la APD y el Gobierno, pero es evidente que la APD goza de un nivel de autonomía superior al de los Organismos Autónomos. La autonomía, término quizás más adecuado para definir la situación del ente, se hace patente en sus tres posibles aspectos o vertientes funcional, orgánica y financiera.

El primero de estos tres aspectos es el que presenta una menor determinación normativa (tan sólo se limita a cláusulas que lo declaran), y creo, en mi modesta opinión, que para ser efectivo, o auténtico, requiere el apoyo de la autonomía orgánica. En definitiva, esta última actuaría, a mi parecer, como una garantía de la autonomía funcional. Sin embargo, la pura autonomía orgánica no está asegurada, puesto que el máximo órgano de la APD, que además es un órgano ejecutivo y el que expresa la voluntad de la entidad frente a terceros, es designado por el Gobierno; ciertamente, la elección tiene lugar entre un grupo reducido de personas, pero no hay nin-

guna garantía que impida al Gobierno nombrar a la persona que le sea más afín (en cambio, en el Consejo de Seguridad Nuclear se prevé la posibilidad de un veto parlamentario). Pero ello no priva de ninguna legitimidad a la institución, porque esta capacidad del Gobierno es inherente al régimen parlamentario en un Estado democrático. La autonomía hay que buscarla mejor en las garantías de inamovilidad, o de permanencia en el cargo, del Director de la APD frente a las presiones gubernamentales, lo que le permite desarrollar su actividad incluso aunque pueda perjudicar los intereses del Gobierno (evidentemente, hubieran sido posibles otras articulaciones para asegurar la autonomía respecto al Gobierno, como encomendar la designación del Director a las Cortes). El problema de esta peculiar configuración, como señala PARADA, se sitúa en la responsabilidad política frente al Parlamento. ¿El Gobierno debe responder ante el Parlamento por los actos de la APD? ¿Debe hacerlo directamente el Director de la APD, eximiendo al Gobierno, que lo ha nombrado, de dicha responsabilidad? Probablemente, el proceso político proporcionará claves o elementos para la resolución de estas preguntas.

Por lo que se refiere a la actividad interna de la APD, puede decirse que se continúa la tendencia, habitual entre la Administración institucional, de remitirse al Derecho privado, buscando una flexibilidad de gestión que parece contradictoria con la idea tradicional de una institución de control o intervención, y más en materia de derechos fundamentales. Pero una reflexión objetiva no hallará contradicción alguna, siempre que se salvaguarde el empleo del Derecho público en el ejercicio de las actividades sustantivas de la APD. Sí que parece necesario que la mayor parte del personal al servicio de la APD ostente la condición de funcionario público, porque el régimen al que éstos están sometidos parece más adecuado para asegurar el respeto a los derechos que pueden ser afectados por la actividad de la APD.

Por lo que respecta a las potestades de que se inviste la APD, hubiera sido deseable una mayor claridad legal en la atribución, si existe, de la potestad normativa. Aunque desde el punto de vista práctico no parece objetable la atribución de esta potestad a una institución de las características de la APD, desde el punto de vista jurídico sí puede resultar polémica; sin embargo, difícilmente puede sostenerse hoy en día el monopolio reglamentario del Gobierno. Cabría criticar, asimismo, la regulación que se ha hecho de la potestad sancionadora en relación con la Administración, por su escasa claridad y, si fuera el caso, injustificada diferenciación respecto a los actos ínfimos de los particulares.

Por último, y en lo que se refiere a la organización interna, la solución adoptada ha merecido diversas críticas tanto en el Parlamento, durante la tramitación de la LORTAD, como fuera de él, por considerar que pone en entredicho la pretensión de independencia al dar preponderancia al Director, al no precisar las funciones del Consejo, y por una insuficiente, o deficiente, representatividad de este último órgano; una valoración más distanciada conduce a relativizar esos reproches. El modelo organizativo propuesto no deja de ser coherente con el modelo tradicional y habitual entre

muchos organismos autónomos administrativos, e incluso en la Administración territorial, en los que se distingue entre el órgano ejecutivo, unipersonal, y el órgano colegiado, asesor o, como mucho, de apoyo y control. También cabe recordar que los órganos de participación social en las Administraciones carecen de funciones ejecutivas. Pero el modelo adoptado no sólo se explicaría por el reflejo de la tradición (aunque derivada de otros contextos organizativos), sino también porque se trata de un modelo que se acomoda mejor al esquema organizativo que podría deducirse de la Constitución. Si se atribuyeran al Consejo Consultivo funciones de carácter ejecutivo se posibilitaría precisamente difuminar la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, dada la composición del Consejo; correlativamente, se atenuaría la vinculación de la institución con el Gobierno.

Tampoco puede concebirse como un ejemplo de «autoadministración», puesto que sus competencias no se ejercen frente a las personas que reúnan determinada cualidad, que los vincula por una relación especial a la APD, sino frente a todos los ciudadanos. Cuestión distinta sería si se hubiera configurado como institución auxiliar del Parlamento, responsable directamente de éste, lo que hubiera exigido por otra parte que todos los miembros del Consejo fuesen elegidos por las Cámaras, a fin de no desvirtuar el principio democrático. Pero si se quería considerar a la APD como Administración, sin perjuicio de dotarla de las máximas cautelas o garantías para asegurar que no actúa al dictado del Gobierno correspondiente, el modelo de organización interna parece el más lógico y preferible a otro que introdujera confusión entre legislativo y ejecutivo u otorgara poderes sobre el ciudadano a una representación heterogénea. El valor de un órgano de estas características dependerá más de la *autoritas* que adquiera que no del reconocimiento formal de ejecutividad a sus actos.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, creo que el principal problema del Consejo se encuentra en la ausencia de determinación normativa de los supuestos en que debe ejercer su función asesora, lo que efectivamente lo sitúa en inferioridad ante el Director.

Entre las potestades públicas que se han reconocido a las AA.II., la reglamentaria o normativa (y quizás también la sancionadora) es la que plantea más problemas de conciliación con el ordenamiento constitucional, e incluso con los principios sobre los que se basa el Estado de Derecho. No obstante, la relativización de la nota de «independencia» que se predica de estas instituciones, en la línea expuesta por BETANCOR (80), permite salvar algunas de estas dificultades de encaje con el modelo de Administración pública que corresponde al Estado de Derecho.

Subsiste, no obstante, admitida la potestad normativa de esta clase de entes, el problema de la inserción en el sistema de fuentes y, más concretamente, la relación con el reglamento administrativo.

Esta situación la hemos podido ver en el caso de la APD, en la que concurre el problema añadido de que su potestad normativa no aparece clara-

(80) Cf. *op. cit.*, págs. 188-202.

mente reconocida. A pesar de que la voluntad del legislador fuera más bien la contraria, basándonos en criterios de interpretación (sistemática, lógica, gramatical) y en la caracterización de la institución, parece que hay razones que abonan la existencia de esta potestad normativa.

La escasa determinación legal de esta potestad, en el caso de la APD, genera más dudas que las ocasionadas respecto de otras AA.II. No obstante, se pueden apuntar algunas líneas de resolución similares a las propuestas (o formuladas expresamente por la respectiva normativa) para las demás AA.II. de nuestro sistema.

