

Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales: marco constitucional y posibilidades para el futuro

Sumario: I. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO MATERIA Y COMO ACTIVIDAD SUBSIDIARIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 290/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE.—III. MARCO CONSTITUCIONAL Y REFORMA ESTATUTARIA: POSIBILIDADES PARA EL FUTURO.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia en el artículo 18.4 CE de un derecho fundamental a la protección de datos personales¹. Este derecho fundamental exige no una conducta pasiva, sino una actividad de los poderes públicos de garantía y control. Esta actividad administrativa de protección de datos personales lógicamente tiene que respetar el marco constitucional de distribución de materias y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es decir, tiene que respetar plenamente el bloque de la constitucionalidad. Esto es especialmente importante en un período donde se inicia previsiblemente la creación de Autoridades de protección de datos de carácter autonómico.

La distribución de materias y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que refleja el texto constitucional hace que España sea un país claramente descentralizado. Así, la Constitución reserva en exclusiva determinadas materias al Estado y a las Comunidades Autónomas; son materias en las que el Estado o las Comunidades Autónomas disponen de la competencia exclusiva para desarrollar las funciones legislativas y ejecutivas. Sin embar-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional.

¹ Cfr. más ampliamente A. Troncoso Reigada, «La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003.

go, la Constitución establece que en la mayoría de las materias exista un reparto de atribuciones o de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Éstas son materias en las que, por expreso deseo del constituyente, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan competencias y ejercen funciones. Son materias en las que las competencias se encuentran compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este reparto de competencias hace referencia: por una parte, a las funciones legislativas, es decir, a quién —Cortes Generales o Parlamento autonómico— le corresponde la competencia para aprobar las leyes que regulen una materia; por otra, a las funciones ejecutivas, es decir, a qué Administración Pública —estatal o autonómica— le corresponde la actividad administrativa de ejecución. Así, puede existir un reparto de funciones, por ejemplo, que atribuya la función legislativa para el Estado y la función ejecutiva para las Comunidades Autónomas. Por último, y dentro de la misma función legislativa, puede existir una división de atribuciones, perteneciendo al Estado la legislación básica y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo ².

I. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

No existe en la Constitución una mención expresa a la protección de datos personales ni entre las materias que son competencia exclusiva del Estado —art. 149 CE—, ni entre las materias que podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas —art. 148 CE—. Esto es lógico, ya que, como hemos señalado en otra ocasión, éste es un derecho fundamental cuyo contenido tiene un origen principalmente jurisprudencial. Tampoco existe ninguna referencia expresa a la protección de datos personales en los Estatutos de Autonomía, todos ellos anteriores a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que delimitaron este derecho fundamental ³. Esto hace que la atribución por parte del legislador estatal y autonómico de potestades y funciones de control sobre ficheros a autoridades de carácter estatal o autonómico pueda resultar problemática al no existir una delimitación material y competencial clara. Esta dificultad no es, como es sabido, característica exclusiva de esta materia sino que entra dentro de la complejidad del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias.

² Cfr. L. López Guerra, «El reparto de competencias Estado-Autonomías en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Valladolid, 1991; M. Carrillo, «La noción de materia y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RJAP*, núm. 36, II, 1993.

³ Es comprensible la falta de interés del estatuyente en la protección de datos personales, ya que ésta no es una materia vinculada a la voluntad de proteger las «culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» de los distintos pueblos de España que afirma el Preámbulo de nuestra Constitución. Tampoco está relacionada con «características históricas, culturales y económicas comunes» o con la existencia de una «entidad regional histórica» que reconoce el artículo 143 CE.

La primera Ley que cumplió la previsión del artículo 18.4 CE y desarrolló este derecho en nuestro país es la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal —LORTAD—. Esta Ley estableció en el Título VI, «Agencia de Protección de Datos», la existencia de una Agencia estatal de Protección de Datos, así como de unos órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas —art. 40—. Así, este precepto señalaba: «1. Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 36, a excepción de las mencionadas en los apartados *j)*, *k)* y *l)* y en los apartados *f)* y *g)* en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 45 y 48, en relación con sus específicas competencias, serán ejercidas, cuando afecten a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones. 2. Las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos, respecto a los archivos informatizados de datos personales cuyos titulares sean los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas o de sus Territorios Históricos.» Por tanto, correspondía a la autoridad nacional el control de los ficheros privados y de los ficheros de los Ayuntamientos, lo que implica el desarrollo de la actividad de policía administrativa —inspección, supervisión y sanción—, así como las competencias administrativas relativas a la inscripción registral —arts. 38, 45 y 48 LORTAD—. En cambio, correspondía únicamente a las autoridades autonómicas el control de los ficheros de la Administración Pública regional ⁴.

Esta regulación en lo que afecta a las autoridades de control ha sido sustancialmente mantenida —aunque con algunas modificaciones como las relativas al control por parte de las autoridades autonómicas de los ficheros de los entes locales— por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. De esta forma, en España, como ocurre en otros países con modelo federal o autonómico, como es el caso de Alemania, Suiza y Canadá, junto con la Agencia de Protección de Datos de la Federación o de la Nación, coexisten Agencias de Protección de Datos de cada una de las CCAA o de los Estados que componen la Federación. Son las que el Consejo de Europa califica como Agencias subestatales o subnacionales. En esta misma dirección, la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección

⁴ Posiblemente, la LORTAD permitía también el control por parte de las Agencias Autonómicas de los ficheros de las Universidades Públicas y de los ficheros de los Colegios Profesionales creados para el ejercicio de potestades administrativas, ya que, como después veremos, ambas Administraciones Públicas desarrollaban competencias que estaban transferidas a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la única legislación autonómica aprobada en el marco de la LORTAD —la de la Comunidad de Madrid— limitaba la competencia de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid al control de los ficheros de la Administración Regional.

de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece en el artículo 28, «Autoridades de control» que «los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva». Igualmente se señala en el mismo artículo que «los Estados miembros dispondrán que se consulte a las autoridades de control en el momento de la elaboración de las medidas reglamentarias o administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal».

La justificación constitucional de la *competencia legislativa* del Estado para aprobar la LORTAD y la LOPD proviene, esencialmente, del propio artículo 18.4 CE que establece que: «La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos.» Como es sabido, la afirmación de la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales está sometido a reserva de Ley Orgánica —*ex* arts. 53.1 y 81 CE—. Pero especialmente, el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Este precepto habilitaría a las Cortes Generales para legislar sobre esta materia, estableciendo principios y derechos de protección de datos. Esta competencia legislativa del Estado para regular las condiciones básicas del ejercicio de este derecho fundamental a la protección de datos personales no excluye la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar una legislación de desarrollo sobre esta materia. No debe confundirse la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional con la existencia de ordenamiento jurídico rigurosamente uniforme, pues esto sería contrario al propio principio de autonomía —art. 2 CE—. Las Comunidades Autónomas puedan desarrollar también funciones legislativas en protección de datos personales que desarrollen los derechos y los principios, funciones legislativas que no tienen por qué limitarse a tener como contenido la creación de Agencias Autonómicas pero que no pueden suponer en ningún caso el establecimiento de «condiciones básicas» de las que se derive, en su aplicación, que el derecho a la protección de datos no sea igual para todos los españoles.

La primera Ley autonómica de protección de datos fue la Ley 13/1995, de 21 de abril, de tratamiento automatizado de ficheros con datos personales por la Comunidad de Madrid. Esta Ley, de una gran calidad técnica, no sólo creó la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid como Ente de Derecho Público, sino que desarrolló los principios y los derechos de protección de datos, reforzando las garantías establecidas en la LORTAD, por ejemplo, en lo relativo al principio de información, al consentimiento de los interesados, a las medidas de seguridad y a los procedimientos de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cance-

lación⁵. En cambio, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid, suprimió todas las referencias contenidas en la Ley 13/1995, de 21 de abril, relativas a la recogida de datos de carácter personal, derechos de los ciudadanos, principio del consentimiento, ejercicio de los derechos de acceso, cancelación y rectificación o cesión de datos. La Ley 8/2001, de 13 de julio, entendía que estos elementos «ya están regulados en la Ley Orgánica, pues son aspectos esenciales que delimitan el sistema de protección de las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, en el tratamiento de los datos personales»⁶. Sin embargo, las referencias contenidas en la Ley 13/1995, de 21 de abril, ni eran aspectos esenciales ni estaban ya contenidas en la LOPD. La Ley 8/2001, de 13 de julio, optó por circunscribir su contenido a la delimitación de las funciones, organización y régimen jurídico básico de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, así como a aquellas materias para las cuales entendía que había una habilitación concreta en la LOPD, como la regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general de creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad de la Comunidad de Madrid; la cooperación

⁵ Así, la Ley 13/1995, de 21 de abril, amplió el contenido de la información del carácter facultativo o no de la cesión de datos a la Comunidad; estableció la exposición en las oficinas públicas de modo claro y visible de los aspectos sobre los que los ciudadanos deben ser informados; facilitó la defensa de los ciudadanos ante la imposibilidad de negarse a dar determinados datos, mediante la formulación de alegaciones acerca de la adecuación de los datos solicitados a los principios de pertinencia o racionalidad que permita la cancelación de oficio de los datos; reconoció el derecho del ciudadano a solicitar la certificación de seguridad y la subsiguiente acción en demanda del bloqueo cautelar de los ficheros. Igualmente, la Ley 13/1995, de 21 de abril, estableció el rango normativo que deben tener las disposiciones de regulación de los ficheros —en ese momento, Decreto del Consejo de Gobierno—, reforzando la participación de los ciudadanos en su elaboración al recoger una fase de alegaciones relativas a la adecuación, pertinencia o proporcionalidad de los datos en función de la finalidad del fichero. En lo relativo a la seguridad de los datos, la Ley 13/1995, de 21 de abril, estableció un plazo específico para la adopción de las medidas precisas para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información y extendió la responsabilidad no sólo al responsable de fichero, sino también a los administradores de sistemas de tratamiento automatizado y a los usuarios de los mismos. Esta Ley reguló también de manera más precisa y clara el procedimiento de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación; creó un registro de interesados y estableció una tasa disuasoria del ejercicio abusivo e injustificado del derecho de acceso. En lo relativo a la aplicación de la LORTAD, desde el punto de vista material, la Ley 13/1995, de 21 de abril, incluyó todas las actividades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, incluidas las accesorias o preparatorias, extendiendo las garantías de la Ley a los trabajos de desarrollo de aplicaciones informáticas que vayan a contener ficheros de datos personales. Como se puede comprobar, la Ley 13/1995, de 21 de abril, supuso un desarrollo legislativo de la LORTAD sin entrar en contradicción con ella, salvaguardando las condiciones básicas de ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos que corresponde al Estado a través de su legislación básica. La Ley 13/1995, de 21 de abril, optó por no reproducir normas o mandatos de la LORTAD «ni tan siquiera para precisar aquellas definiciones, procedimientos o instituciones que han sido duramente criticados por la doctrina con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica y de su normativa de desarrollo, manteniéndose así la unicidad de los conceptos de los textos» —Exposición de Motivos de esta Ley, apdo. II—, salvo en aquellos supuestos donde el valor didáctico de la reproducción supera el de la nitidez de la remisión al texto orgánico, lo que se aplica en la referencia al deber de secreto de los empleados públicos.

⁶ Preámbulo de la Ley 8/2001, de 13 de julio.

interadministrativa y otros aspectos relacionados con la seguridad⁷. La Ley 8/2001, de 13 de junio, contiene una repetición de las definiciones recogidas en el artículo 3 LOPD, con el «fin de facilitar la comprensión del texto de la Ley sin necesidad de acudir a la Ley Orgánica para precisar el significado de esos términos y expresiones».

El problema reside principalmente en la habilitación constitucional para que el Estado se reserve la *competencia de ejecución administrativa* de la legislación de protección de datos personales sobre los ficheros privados. No existe ningún precepto constitucional que obligue al Estado, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, a reservarse de manera íntegra el control de los ficheros privados y de los ficheros de las Administraciones Locales. El alcance del artículo 149.1.1 CE es «esencialmente normativo», como no podía ser de otro modo, ya que estamos hablando de la «regulación» de las condiciones básicas⁸. Es decir, el artículo 149.1.1 CE afirma la competencia del Estado para la legislación básica, ya que una interpretación extensiva vaciaría de competencias a las Comunidades Autónomas. La regulación de las condiciones básicas no puede extenderse de ninguna manera a la actividad ejecutiva de policía administrativa ni a las normas organizativas que atribuyen funciones a la Agencia Española de Protección de Datos. Por tanto, la atribución al Estado de competencias ejecutivas exclusivas para el control sobre los ficheros privados y los ficheros de los Ayuntamientos no es una exigencia constitucional. No es una materia cerrada por el constituyente, sino que hay un ámbito de libertad para el estatuyente y para el legislador. De hecho, la LORTAD no cita ningún precepto constitucional concreto a este respecto. Por tanto, la atribución en la LORTAD de estas competencias de control a la Agencia Española responde a un juicio de oportunidad del Legislador —y del Gobierno al aprobar el Proyecto de Ley en esos términos— que consideraba que la garantía de la aplicación de los mismos derechos de protección de datos en todo el territorio nacional recomendaba la atribución a autoridades nacionales de esta función de control.

No obstante, una cosa es que la atribución al Estado de las competencias de ejecución administrativa sobre protección de datos personales no sea una exigencia constitucional, y otra cosa distinta es que sea inconstitucional. Son dos los argumentos que se pueden manejar para justificar la legislación que atribuía la competencia ejecutiva al Estado. Es decir, son dos los títulos competenciales que el Estado puede esgrimir para sustentar en su momento la LORTAD y en la actualidad la LOPD:

- El primer título que puede fundamentar la atribución de la competencia de control sobre los ficheros privados y sobre los ficheros de los Ayun-

⁷ Realmente, la LOPD no contiene esa habilitación a la que hace referencia la Ley 8/2001, de 13 de julio. Realmente, esta última Ley se limita a la creación de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, salvo lo relativo al procedimiento de creación, modificación y supresión de ficheros, donde se hacen menciones a materias más propias de un reglamento —como a una memoria económica o a los informes preceptivos—.

⁸ STC 208/1999, de 15 de noviembre, F 6.

tamientos a la Agencia Española sería el art. 149.3 CE que establece que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. [...]». La protección de datos personales, como hemos señalado, es una materia no atribuida expresamente al Estado por la Constitución y tampoco asumida por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos, además de que ni siquiera puede ser subsumida entre otras materias ya asumidas. Las Comunidades Autónomas sólo tienen las competencias de atribución, es decir, aquellas competencias específicas y explícitamente enumeradas en los Estatutos. Por ello, se trata de una materia que corresponde al Estado, que ejercerá todas las competencias sobre la misma y cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto⁹. Así, el Estado puede reservarse legítimamente las competencias de ejecución administrativa de la legislación de protección de datos personales sobre los ficheros privados. Obviamente, todo ello mientras que esta materia no sea asumida por las Comunidades Autónomas en virtud de las próximas reformas estatutarias.

- El segundo título que puede justificar la legitimidad constitucional de la atribución de la competencia de ejecución administrativa al Estado es, aunque en menor medida por lo ya señalado, el artículo 149.1.1 CE. Hemos dicho que este precepto no puede interpretarse como una *exigencia* para la atribución de competencias ejecutivas a la Agencia Española de Protección de Datos, lo que es compatible con su utilización como *habilitación* para que el legislador estatal pueda atribuir estas funciones de control a la Agencia Española de Protección de Datos para preservar la igualdad de los españoles en la protección de sus datos personales, creando, de esta forma, condiciones institucionales que permitan excluir ejecuciones plurales y divergentes por las diferentes Comunidades Autónomas¹⁰.

⁹ En esta dirección, el Abogado del Estado en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, afirmó, a partir de la jurisprudencia constitucional, que a los efectos del artículo 149.3 CE, la expresión «materias» no asumidas en los Estatutos de Autonomía debe ser entendida como el «conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social», y que entraría en juego esta cláusula residual que beneficia al Estado cuando la identificación de la concreta «materia» a la que pertenece determinada actividad «no pueda quedar resuelta con los criterios interpretativos ordinarios» que permitan subsumirla en alguna de las ya asumidas por las Comunidades Autónomas (STC 123/1984, F 2). Para el Abogado del Estado, en este supuesto, la protección de los datos personales objeto de tratamiento automatizado ni constituye una actividad materialmente típica a los efectos del reparto competencial, ni resulta reducible hermenéuticamente a otras materias expresamente enunciadas en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía, por lo que, al no haber sido asumida por los Estatutos de Autonomía, correspondería al Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE.

¹⁰ Estos argumentos pueden verse expuestos en la Exposición de Motivos de la LORTAD y en la argumentación del Abogado del Estado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre.

Además, en el caso de que se mantenga que la protección de datos personales no es una materia, sino una actividad instrumental de otras materias, el artículo 149.1.1 CE emergería para habilitar al Estado para garantizar condiciones uniformes para el disfrute de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional.

II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO MATERIA Y COMO ACTIVIDAD SUBSIDIARIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 290/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que llevó a cabo la LORTAD —y que continuó esencialmente la LOPD— fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña, al entender que la regulación legal vulneraba el reparto constitucional de competencias al atribuir al Estado, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, el control exclusivo sobre los ficheros de datos personales de titularidad privada y sobre los ficheros de los Ayuntamientos, otorgando únicamente a las Comunidades Autónomas, a través de las Autoridades Autonómicas, el control de los tratamientos de datos personales creados por la propia Administración autonómica. El objeto del recurso era, esencialmente, el artículo 40 LORTAD que limitaba las competencias autonómicas a sus propios ficheros, excluyendo el resto de los tratamientos de datos personales. Es decir, no se cuestiona la competencia legislativa del Estado —la legitimidad de la existencia de una legislación básica de protección de datos personales—, sino la atribución al Estado de la práctica totalidad de las competencias de ejecución administrativa en este ámbito.

Este planteamiento afirmaba que la protección de datos personales no es una materia en sí misma objeto de competencia, sino que tiene que encuadrarse en el resto de las materias que ya han sido objeto de reparto de competencias y que se delimitan en el bloque de constitucionalidad. Así, desde esta posición, la información almacenada en ficheros es instrumental para el ejercicio de competencias sobre las distintas materias que corresponden tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Éste sería el motivo por el que no existe previsión constitucional ni estatutaria al respecto y éste es el motivo por el que la clave de la delimitación de las competencias administrativas de protección de datos personales sea deudora y dependa de cada una de las materias para cuyo ejercicio los ficheros son instrumentales. La reivindicación de las competencias administrativas de la Comunidad Autónoma no proviene de la existencia de un título competencial específico en el Estatuto de Autonomía sino desde la posición de que las potestades de ejecución administrativa y de tutela administrativa de la LORTAD sobre los ficheros de datos personales tienen que ser ejercidas por la Administración, estatal o autonómica, que tenga la titularidad

competencial sobre esa materia. Así, si una Comunidad Autónoma tiene la competencia ejecutiva sobre una materia, también la tiene sobre la actividad instrumental relativa a los ficheros de datos personales y a la protección de los datos personales. Por consiguiente, la titularidad de la competencia de la actividad administrativa de regulación y control sobre los ficheros privados y sobre los ficheros de los Ayuntamientos —la tutela administrativa de los ficheros de datos personales— dependerá de la titularidad de la competencia para cuyo ejercicio los ficheros son instrumentales. De lo contrario, la titularidad del instrumento se convertiría en el criterio determinante de la distribución de competencias y no la materia sobre la que verse el fichero.

Desde esta posición, se entiende que las potestades de ejecución administrativa de la LORTAD —la actividad de control y sanción por las infracciones cometidas en los tratamientos de datos personales, además de la inscripción de los ficheros— están vinculadas a las competencias administrativas sobre esa materia establecida en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Por lo tanto, a los efectos de la competencia de control sobre los ficheros de datos personales, es indiferente que un fichero sea de titularidad pública o de titularidad privada. Lo determinante es la titularidad competencial que en cada caso le venga atribuida al Estado o a la Comunidad Autónoma en atención a la materia principal de la que dicho fichero sólo es un instrumento técnico.

Este es el planteamiento que justificó que el Gobierno y el Parlamento de Cataluña afirmaran la inconstitucionalidad de la LORTAD por atribuir en exclusiva a la Agencia Española de Protección de Datos el control de todos los ficheros de titularidad privada, cualquiera que fuera la materia sobre la que versen, así como las competencias relativas a la inscripción registral. La LORTAD sería inconstitucional porque niega a las Comunidades Autónomas la facultad de controlar y de inscribir en el Registro autonómico los ficheros de naturaleza privada que versen sobre materias de competencia de las Comunidades Autónomas. Para los recurrentes, la distribución de competencias entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas debe responder y respetar el ámbito competencial en el cual cada fichero opere. La protección de datos no es en sí una materia competencial, por lo que el Estado no puede atribuírsela en virtud de la cláusula residual —art. 149.3 CE— a pesar de que no esté expresamente atribuida a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos. Los ficheros automatizados no son en sí mismos materia objeto de distribución de competencias, sino más bien instrumento para realizar determinadas actividades. El tratamiento de datos y su protección, como actividades instrumentales, deben subsumirse en el título competencial específico correspondiente, formando parte indisoluble del mismo. Por ello, cualquier Ley que regule la actividad instrumental de tratamiento de datos y el control de los ficheros no puede desconocer la distribución de esas competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, las Comunidades Autónomas, a través de las autoridades de control que creen, deberían tener la competencia de control no sólo sobre los ficheros públicos, sino también sobre los ficheros privados que presten servicios en ámbitos materiales sobre los que las Comunidades Autónomas tienen competencias en

virtud de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía. Las competencias administrativas de protección de datos de la Comunidad Autónoma, ejercidas a través de sus autoridades de control, serán la que resulten del bloque de la constitucionalidad, de manera que si la Comunidad Autónoma tiene competencias ejecutivas sobre una materia, también las tendrá ejecutivas en lo que respecta al control sobre los ficheros. En cambio, será competencia de la Agencia Española de Protección de Datos el control de los ficheros relativos a actividades de titularidad estatal.

Desde esta perspectiva, no tendría sentido que la Comunidad Autónoma no pudiera inspeccionar y sancionar los ficheros que versen sobre materias atribuidas en exclusiva a la Administración Autonómica, a través de autoridades de control creadas por los Parlamentos autonómicos. Se daría así el sinsentido de que las Comunidades Autónomas podrían inspeccionar determinados ámbitos materiales pero no los ficheros necesarios para su ejercicio. La actividad de control de la Comunidad Autónoma sobre los ficheros en materias de su competencia se vería desnaturalizada. Esto mismo ocurre en relación con el control y a la inscripción registral de los ficheros de las entidades locales, que debe corresponder a la autoridad autonómica de control en virtud de las competencias asumidas en régimen Local por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos ¹¹.

Sin embargo, la consideración de la protección de datos personales como un derecho fundamental exige un tratamiento conjunto, como el que tiene el régimen jurídico de los demás derechos fundamentales. El derecho fundamental a la protección de datos aconseja su consideración como materia. La materia sometida a distribución competencial no es la informática sino la protección de los datos personales frente al uso de la informática. Lo determinante en este caso, como señala la STC 290/2000, de 30 de noviembre, es la existencia de un mandato constitucional establecido en el artículo 18.4 CE que ha obligado al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el derecho a la intimidad y el libre ejercicio de los derechos. La LORTAD y la LOPD son, pues, Leyes que desarrollan el mandato constitucional de proteger los derechos frente al uso de la informática. Su objetivo no es el uso de la informática, que podría ser accesorio al resto de las materias, sino la protección de los datos personales, protección que como bien constitucional no puede diluirse ni ser medio o instrumento para cualquier otra actividad ¹². Así, el artículo 1 LORTAD señala que ésta tiene «por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para

¹¹ Cfr. los Antecedentes de la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

¹² Así, aunque el Tribunal Constitucional ha admitido el carácter instrumental de una determinada actividad respecto a una materia objeto de un título competencial en virtud de la conexión existente entre aquélla y ésta —por ejemplo, de la actividad cartográfica respecto a las competencias de ordenación del territorio y urbanismo—, en este caso no se entiende probada tal conexión. Así, sí existe una conexión entre ficheros informáticos y materias competenciales pero no entre estas últimas y la protección de datos personales.

garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de los derechos». El artículo 1 LOPD señala que ésta «tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar». Además, el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales por el Tribunal Constitucional o, al menos, de un bien constitucional como la protección de datos personales frente a los tratamientos de datos que pueden lesionarlo puede quedar desvirtuado o vacío de contenido si la protección de los datos queda relegada a una actividad instrumental de otras materias competenciales. Considerar la protección de datos personal como algo accesorio al resto de las materias «sostiene la función que nuestra Constitución ha atribuido a los derechos fundamentales y, en correspondencia, la necesidad de que sean protegidos, incluso en el ámbito del reparto competencial (art. 149.1.1 CE)».

Las consideraciones acerca de la inconstitucionalidad de la LORTAD parten de que la protección de datos personales no es una materia en sentido estricto lo que impediría su calificación de competencia residual reclamada por el Estado al no haber sido asumida por los Estatutos de Autonomía —art. 149.3 CE—. La aceptación de que la protección de datos personales es una mera actividad instrumental absorbida por la materia a la que sirve el fichero en cuestión no conllevaría directamente la disgregación del régimen jurídico de la protección de datos, poniendo en riesgo el fin garantista del artículo 18.4 CE, ya que quedaría la legislación básica del Estado que establece los principios y los derechos de protección de datos personales en todo el territorio nacional, sin perjuicio de que exista una legislación de desarrollo en las distintas Comunidades Autónomas. No obstante, sí obligaría a determinar para cada fichero la existencia o no de una legislación autonómica de desarrollo y cuál es la autoridad administrativa competente que ejerce en ese fichero las funciones administrativas de regulación, supervisión y sanción, ya que esta autoridad variaría dependiendo de los concretos títulos competenciales de cada actividad que justifica la creación de un fichero.

No olvidemos, como hemos señalado antes, que la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas permite tanto la reserva en exclusiva de materias al Estado y a las Comunidades Autónomas —donde cada instancia tiene la competencia exclusiva para desarrollar las funciones legislativas y ejecutivas— como la existencia de competencias compartidas sobre una misma materia, de forma que la función legislativa le corresponda, por ejemplo, al Estado y la función ejecutiva a las Comunidades Autónomas, o, incluso, que la competencia legislativa se encuentre también compartida, atribuyéndose al Estado la legislación básica y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo. Por ello, hacer depender la competencia sobre la legislación de desarrollo y sobre la ejecución administrativa de protección de datos de la titularidad de la materia sobre la cual el fichero es instrumental supondría establecer una gran complejidad en el mapa de distribución de competencias al trasladar toda

la complejidad constitucional del deslinde competencial de todas las materias a un mismo ámbito. Así, habría ficheros privados cuya competencia exclusiva le correspondería al Estado, ficheros privados donde la competencia legislativa le correspondería al Estado y la ejecutiva a las Comunidades Autónomas, y ficheros privados donde el Estado tendría sólo la legislación básica, atribuyéndose a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo y la competencia administrativa de control. O dicho de otro modo, la Comunidad Autónoma tendría la competencia legislativa de desarrollo y la competencia de ejecución administrativa sobre algunos ficheros, mientras que para otros tendría únicamente la competencia ejecutiva. Igualmente, el Estado tendría la competencia de la legislación básica sobre todos los ficheros, manteniendo únicamente la competencia de ejecución administrativa sobre algunos de ellos. Lógicamente, esta distribución podría variar en cada Comunidad Autónoma dependiendo de las competencias asumidas por estas últimas.

Este modelo tendría como único común denominador —como régimen jurídico común— la legislación básica del Estado que desarrolla el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales, al tiempo que se generaría una gran variabilidad en el régimen jurídico de protección de datos aplicable a cada fichero —de las facultades de desarrollo legislativo y de ejecución administrativa—. Se trasladaría, así, a la protección de datos la misma variabilidad que presentan las distintas materias en relación al reparto de funciones legislativas y ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, la regulación y la ejecución administrativa de protección de datos varía dependiendo en cada materia, de las competencias de tipo funcional —legislación y ejecución, y de las propias bases, que pueden variar en intensidad y ejecución. Por tanto, la consideración de la protección de datos no como materia sino absorbida por las distintas materias facilita no tanto la configuración de una pluralidad de regímenes jurídicos estatales y autonómicos en cada una de las materias —ya que el régimen jurídico estatal o autonómico puede mantenerse inmóvil—, sino una falta de homogeneidad en el régimen jurídico de protección de datos en cada uno de los ámbitos en los que existen ficheros, con los riesgos que esto supone para la seguridad jurídica. Este planteamiento representaría una fragmentación competencial de la protección de datos más compleja de gestionar. Así, un mismo responsable podría tener algunos ficheros sometidos a la legislación de desarrollo autonómica mientras que otros no, y ficheros cuya competencia de control la ejerce la Agencia Española y la Agencia Autonómica. Esto afectaría no sólo al responsable del fichero, sino al propio titular de los datos que debería averiguar en cada caso a quién le corresponde la competencia para la legislación de desarrollo, para las funciones de inspección, supervisión, sanción e inscripción registral, lo que podría dificultar en una materia de por sí compleja, la tutela de los derechos en este ámbito. En todo caso, hay que reconocer que parte de la complejidad expuesta se da en la actualidad, por ejemplo, en los ficheros de los Colegios Profesionales, ya que sus ficheros públicos están sometidos a la legislación de desarrollo y a la competencia administrativa de control de la Comunidad

Autónoma, mientras que en los ficheros privados de los Colegios Profesionales ambas funciones le corresponden al Estado ¹³.

III. MARCO CONSTITUCIONAL Y REFORMA ESTATUTARIA: POSIBILIDADES PARA EL FUTURO

Hemos visto que el derecho a la protección de datos personales es una materia constitucional y, como derecho fundamental, le corresponde al Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» —art. 149.1.1 CE—. Por tanto, le corresponde al Estado la competencia de la legislación básica sobre esta materia, que ha sido desarrollada sucesivamente a través de la LORTAD y de la LOPD.

La Constitución no dice nada acerca de a quién le corresponde la competencia de ejecución administrativa de protección de datos personales, es decir, las funciones de regulación, supervisión, sanción e inscripción de ficheros. Tampoco dicen nada los Estatutos de Autonomía por lo que a partir de la cláusula residual del artículo 149.1.3.º CE, estas competencias corresponderían al Estado. Éste es el motivo por el que el Estado ha atribuido a la Agencia Española las competencias de ejecución administrativa de protección de datos personales sobre los ficheros privados y, en la primera regulación llevada a cabo por la LORTAD, también sobre los ficheros de los Ayuntamientos. La LORTAD y la LOPD materializan, de esta forma, la distribución competencial sobre protección de datos personales.

Éste es el actual marco constitucional, desarrollado legalmente, que no atribuye el control sobre los ficheros privados a las Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales. Lógicamente, este marco puede ser modificado en el futuro, de dos formas distintas: por una parte, a través de las reformas de los Estatutos de Autonomía, que podrían asumir la materia de protección de datos personales; por otra, a través de una modificación de la LOPD, que atribuyera a las Agencias Autonómicas mayores competencias de ejecución administrativa sobre protección de datos personales.

La asunción por las Comunidades Autónomas de la protección de datos personales en sus respectivos Estatutos de Autonomía tiene la virtualidad de otorgar una mayor estabilidad a la distribución competencial, al incluirla dentro del bloque de la constitucionalidad. Las reformas estatutarias actualmente en perspectiva pueden ser una buena oportunidad para la inclusión de esta materia por el estatuyente. De hecho, los proyectos de Estatuto de Autonomía para Cataluña y para Canarias incluyen la protección de datos persona-

¹³ Esta situación se produce, por ejemplo, en la actualidad con las competencias de la Agencia Catalana de Protección de Datos que, como después veremos, abarca los ficheros de las empresas privadas que presten servicios públicos, por lo que existe una dualidad de régimen jurídico y de autoridad de control en el caso de los ficheros que sirven para prestar el servicio público y el resto de los ficheros de la empresa.

les como competencia de estas Comunidades Autónomas, extendiendo el ámbito de control de las autoridades autonómicas a los ficheros privados. No hacen lo mismo los distintos proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, de Andalucía o de Valencia. En este ámbito no existe hasta el momento un título competencial claro, por lo que en ausencia de asunción de las competencias por los Estatutos de Autonomía se debe estar a la legislación orgánica del Estado, que tanto podría ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas como reducirlas ¹⁴.

Otra vía para la atribución a las Comunidades Autónomas de mayores facultades de control sobre los tratamientos de datos personales reside en la modificación de la legislación estatal —la LOPD— a estos efectos. Esta vía tiene la dificultad de que no supone una asunción de la competencia de ejecución administrativa por parte de la Comunidad Autónoma, ya que ésta siempre estaría a expensas de que no se produjera una reforma *in peius* —poco probable— de la legislación estatal en el futuro.

Por tanto, la decisión acerca del concreto modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en protección de datos personales le corresponde al estatuyente y al legislador. A ellos les toca definir cuál debe ser el modelo organizativo y de policía administrativa más adecuado para el respeto al derecho fundamental a la protección de datos personales. A ellos les corresponde en virtud de criterios de oportunidad política, administrativa y organizativa establecer qué autoridad, estatal o autonómica está mejor situada comparativamente y más capacitada para hacer respetar el derecho. Ésta no es una cuestión que deje cerrada la Constitución y entenderlo así es un claro quebranto del orden constitucional que también establece un Estado autonómico.

En este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, comete, a nuestro juicio, varios errores, que se evidencian especialmente en los FJ 8.º y 9.º. Es cierto que en las normas legales de los países europeos que desarrollan el derecho fundamental a la protección de datos personales está presente el elemento institucional que ha creado instituciones especializadas de Derecho público. La propia Constitución Europea, además del reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal, establece que «el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente». Sin embargo, no se puede afirmar, como hace la Sentencia, que a las instituciones nacionales se le atribuyen funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada, ya que, por ejemplo, en Alemania, país citado expresamente por la Sentencia, el control de los ficheros privados le corresponde a las Agencias de los Länder o Estados, y no a la autoridad federal.

¹⁴ Así, el criterio que mantiene la Agencia Española de Protección de Datos en relación a la interpretación de qué es Administración Pública a los efectos del artículo 41 LOPD —nos referimos, por ejemplo, a la problemática de las Fundaciones Sanitarias o de las Federaciones Deportivas— o en relación al funcionamiento del Registro General —como veremos más adelante— tiende a ser restrictiva acerca de las competencias de las Agencias Autonómicas.

Una cosa es que las leyes europeas regulen a la vez los tratamientos públicos y los privados, y otra cosa distinta es que atribuyan la labor de policía administrativa a la misma autoridad de control.

De hecho, como hemos señalado anteriormente, no es una exigencia constitucional la atribución exclusiva a la Agencia Española de la función de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial respecto a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos. Así, las distintas funciones de intervención y control como la función de inscripción registral en lo relativo a los ficheros públicos y privados pueden ser desarrolladas igualmente por las autoridades autonómicas de control. La determinación de quién debe ejercer estas potestades administrativas le corresponde al legislador, o al estatuyente autonómico, ya que no existe mandato ni límite constitucional alguno.

Tampoco es acertada la afirmación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, de que hay «un rasgo significativo de la Agencia de Protección de Datos: el carácter básicamente preventivo de sus funciones en orden a la protección de datos personales». De hecho, el rasgo que distingue a las autoridades autonómicas de protección de datos personales y que las diferencia de la Agencia Española, es la labor preventiva, desarrollada a través de una intensa actividad consultiva —de resolución de consultas—, de consultoría y apoyo a los responsables de ficheros y de formación a los empleados públicos. En cambio, la Agencia Española se encuentra más centrada en el aspecto subjetivo —de protección jurisdiccional— y menos preventivo del derecho fundamental a la protección de datos personales¹⁵. Así, han sido principalmente las autoridades autonómicas y no la autoridad estatal las que han puesto en marcha la voluntad de la LORTAD¹⁶ de «implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de los derechos fundamentales»¹⁷. Por ello, no es correcto afirmar, como hace el Tribunal, que es «este carácter tuitivo o preventivo el que, en última instancia, justifica la atribución de tales funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada». El carácter tuitivo y preventivo justificaría, en todo caso, la atribución de estas funciones a las autoridades autonómicas.

¹⁵ La labor preventiva de la Agencia Española de Protección de Datos se circunscribe básicamente a los planes sectoriales de inspección y a la resolución de algunas consultas de responsables de ficheros, que no tienen carácter vinculante.

¹⁶ Exposición de Motivos de la LORTAD.

¹⁷ Cfr. A. Troncoso Reigada, «Contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la Protección de Datos Personales», *Informática y Derecho*, Universidad de Comillas 2002; id., «Contribution of the Substate Data Protection Authorities to the effective protection of Data Protection Principles», *Challenges and Problems facing the newly-established Data Protection Supervisory Authorities*, Council of Europe, 2003. Más actualizada es la reflexión realizada con ocasión del *Primer Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2005.

El error de mayor calado se encuentra en el Fundamento Jurídico 13.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, donde se afirma que la justificación de las competencias que la LORTAD atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos «se halla estrechamente relacionado no sólo con el mandato del artículo 18.4 CE, sino con el primero de dichos presupuestos, el derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática». Es decir, las funciones de control de los ficheros privados y de los ficheros de los Ayuntamientos es una consecuencia de la necesidad de garantizar a los ciudadanos el ejercicio del haz de facultades que integra el contenido del derecho fundamental. Para el Alto Tribunal, mediante la creación de la Agencia de Protección de Datos se ha querido velar por la puntual observancia de los límites al uso de la informática que la LORTAD establece para los responsables de los ficheros de datos personales, y garantizar también el ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental a la protección de dichos datos mediante la actuación preventiva por parte de los citados órganos. Esto lleva a decir al Tribunal Constitucional que «junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional». La Agencia Española de Protección de Datos sería para el Alto Tribunal el órgano adecuado para la ejecución administrativa y de garantía de este derecho fundamental¹⁸. De ahí, el Tribunal Constitucional afirma que «la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas *ex* artículo 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales». Y continúa: «A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros».

Esto es resaltado en el FJ 15.º: «En definitiva, es la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos

¹⁸ El Tribunal Constitucional pone como ejemplo la Sentencia 154/1988, de 21 de julio —F 3—, relativa a las funciones de la Oficina del Censo Electoral en relación con la regulación del censo electoral, al señalar que mediante esta regulación institucional el Estado había pretendido ejercer la competencia que en esta materia se deriva del artículo 149.1.1 CE en relación con el artículo 23 CE.

los españoles en su disfrute la que en el presente caso justifica que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos pueden ejercer las funciones y potestades a las que antes se ha hecho referencia respecto a los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada.»

Sin embargo, como hemos reiterado anteriormente, el derecho fundamental a la protección de datos personales puede ser igualmente tutelado a través de las autoridades autonómicas de control, que pueden ejercer las funciones propias de la Agencia Española de Protección de Datos, y cuyas decisiones están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales. Lo trascendental del mandato constitucional del artículo 18.4 CE de limitar el uso de la informática para garantizar los derechos y libertades de las personas, en relación con el artículo 149.1.1 CE que exige la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos, es que los límites al uso de la informática sean los mismos en todo el territorio nacional y que estén vigentes en todo el territorio los mismos principios de protección de datos y los mismos derechos de los titulares de los datos. Es la proyección general de la LORTAD y de la actual LOPD en todo el territorio nacional lo que materializa el cumplimiento de estas exigencias constitucionales. La cláusula del artículo 149.1.1 CE va encaminada a buscar la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales por todos los españoles a través de la existencia de una legislación básica del Estado, de forma que la existencia de un Estado descentralizado no suponga una merma en el disfrute de los derechos. En ningún caso trata de prejuzgar la distribución de las competencias de ejecución administrativa ni supone una exigencia para que estas funciones sean desarrolladas por la Agencia Española de Protección de Datos y no por las Agencias Autonómicas. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales se produce ya a través de la LORTAD y de la LOPD, que establecen unos principios y unos derechos de protección de datos comunes en todo el territorio nacional. Así, la normativa de protección de datos es lo suficientemente clara para que las funciones de ejecución administrativa —de inspección, de sanción y de inscripción de los ficheros— puedan ser aplicadas por las autoridades autonómicas sin mayor riesgo de discrecionalidad que pueda vulnerar la igualdad en el ejercicio de este derecho fundamental, o por lo menos, no mayor riesgo que otros ámbitos que son competencia de las Comunidades Autónomas¹⁹.

Así, el Estado no puede erigirse en garante último y único del derecho fundamental a la protección de datos personales porque ésta es una función que corresponde a todos los poderes públicos *ex* artículo 9.2 CE, especialmente a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. La actividad administrativa de control de los ficheros y de ejecución de la legislación tam-

¹⁹ La existencia de regímenes sancionadores autonómicos en las materias en las que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias no quiebra la igualdad básica —SSTC 87/1985, 37/1987 y 227/1988—.

bién puede ser desarrollado por las Comunidades Autónomas en el ámbito de los ficheros de titularidad privada de su territorio. Como hemos señalado, la atribución de competencias ejecutivas a la Agencia Española de Protección de Datos no puede considerarse regulación de las «condiciones básicas» a los efectos del artículo 149.1.1 CE. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales hacen referencia no a la organización administrativa de la protección de datos, sino al desarrollo de los principios y de los derechos de protección de datos personales, tanto por la LORTAD como por la LOPD, lo que obliga a las Comunidades Autónomas, tanto en su actividad legislativa, como en la actividad de ejecución administrativa y de control de ficheros a respetar siempre el desarrollo legislativo del derecho fundamental a la protección de datos personales. En apoyo de esta posición, se puede añadir que estamos hablando de un ámbito como la protección de datos, que tiene la consideración de derecho fundamental a través de una compleja hermenéutica constitucional y no de una interpretación literal de la Constitución, donde no se reconoce abiertamente el derecho, sino que sólo se indica que la ley «limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos». Por eso, no puede derivarse de un derecho fundamental menos fuerte una extensa regulación de las condiciones básicas que limite las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas.

La mejor demostración de que no existe un mandato constitucional que imponga un determinado modelo de distribución competencial entre el Estado y las CCAA en materia de protección de datos y de que no es imprescindible el control de la Agencia Española sobre los ficheros para garantizar la vigencia del derecho fundamental es la propia modificación de la LORTAD, a través de la LOPD, que ha atribuido a las autoridades autonómicas el control sobre los tratamientos de datos personales de titularidad municipal. Por tanto, tampoco sería inconstitucional que las autoridades autonómicas controlaran los ficheros privados y desempeñaran las competencias de ejecución administrativa en este ámbito. Ésta es, sencillamente, una decisión política cuya oportunidad debe valorarse. Además, la LOPD ha modificado la redacción inicial de la LORTAD para atribuir a las autoridades autonómicas las potestades de inspección que sólo tenía la Agencia Española ²⁰.

Analizado ya cuál es el marco constitucional y legal de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en protección de datos personales y cuáles son los procedimientos para su modificación, nos corresponde ahora llevar a cabo una valoración sobre la mayor o menor oportunidad para su alteración. Es decir, desarrollado ya el análisis de constitucionalidad y de legalidad sobre el actual marco jurídico, vamos a llevar a cabo ahora un juicio de oportunidad sobre la conveniencia de su reforma, de las posibles

²⁰ Véase la modificación de los artículos 31, 39 y Disposición Final tercera LORTAD por los artículos 32 y 40 LOPD.

direcciones en el futuro, desde un planteamiento de ciencia política o de ciencia de la Administración ²¹.

Son distintos los argumentos que se pueden esgrimir para justificar una mayor centralización en esta materia y para que corresponda a la Agencia Española de Protección de Datos las competencias de ejecución administrativas relativas a los ficheros privados:

En primer lugar, esta opción facilita la unidad de criterio y la uniformidad en la ejecución de la legislación, lo que favorece —aunque no sea un requisito *sine qua non*— la igualdad de todos los españoles en este derecho fundamental.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el tráfico de datos entre ficheros privados desborda habitualmente el espacio de una sola Comunidad Autónoma, por lo que la atribución de facultades de control a una autoridad central asegura una mejor tutela de las lesiones de derechos de personas provenientes de diferentes Comunidades Autónomas. Las empresas privadas tienen una actividad que se desarrolla habitualmente en más de una Comunidad Autónoma, consecuencia también del principio de unidad de mercado ²². Es decir, los titulares de los datos que figuran en un fichero privado residen habitualmente en más de una Comunidad Autónoma. En cambio, los titulares de los datos que figuran en ficheros públicos tienen la vecindad en una única Comunidad Autónoma. De hecho, el criterio de la vecindad es definitivo a la hora de empadronarse en un Municipio y pertenecer a una Comunidad Autónoma.

Por eso, a nuestro parecer, el criterio de distribución competencial establecido en el artículo 41 LOPD, si bien no es el único posible, es razonable. Al mismo tiempo, no hay que desmerecer las competencias de control de las Agencias Autonómicas sobre los ficheros públicos, en un país en el que el sector público ocupa el 40 por 100 del Producto Interior Bruto. Eso no obsta para que las Agencias Autonómicas puedan colaborar, a través de Convenios con la Agencia Española, en la actividad inspectora sobre ficheros privados en su ámbito territorial. Esta posibilidad parece más adecuada que el establecimiento de delegaciones de la Agencia Española de Protección de Datos en las Comunidades Autónomas, posibilidad ésta que iría en dirección contraria en una etapa caracterizada por la descentralización de competencias por parte de la Administración General del Estado y por la Administración única, a partir sobre todo de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento

²¹ La diferenciación entre el juicio de oportunidad y el juicio de constitucionalidad —sin mezclar ambos planos— ha sido desarrollado por el autor de estas páginas en distintos trabajos. Cfr. *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997; o «Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático», en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 399-454.

²² Hay que tener en cuenta que en futuro se va a tratamientos globalizados. No tendría mucho sentido que la Agencia de la Comunidad de Madrid inspeccione a El Corte Inglés de Barcelona por el hecho de que esta empresa tenga el domicilio social en Madrid. La experiencia alemana, donde la Agencia Federal sólo controla los Ministerios y las Agencias de los Länder controlan los ficheros públicos y privados no parece que dé un resultado positivo.

de la Administración General del Estado. A nuestro modo de ver, la principal ampliación de las competencias de las Agencias Autonómicas de Protección de Datos debe de venir, no del control de los ficheros privados, sino de la garantía del derecho de acceso a archivos y documentos administrativos —art. 105.b) CE y art. 37 LRJAPyPAC—, y de la compatibilidad entre la protección de datos personales y el principio de transparencia administrativa.

No obstante, también hay razones que aconsejan la atribución de las principales competencias de ejecución administrativa a las autoridades autonómicas de control. Entre esas razones estaría la dificultad para que la Agencia Española pueda hacer cumplir la legislación y garantizar los derechos de las personas en este ámbito, debido tanto a los incrementos de los tratamientos de datos personales en soporte informático consecuencia de la sociedad de la información y la comunicación, como a la ampliación del ámbito de aplicación de la LOPD —art. 2— que modifica la LORTAD para extenderlo a los ficheros manuales, y, por último, a la atribución de nuevas competencias a la Agencia Española de Protección de Datos relativas a los correos electrónicos no deseados.