

# **El derecho fundamental a la protección de datos: El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución<sup>1</sup>**

ROSARIO GARCÍA MAHAMUT

Catedrática de Derecho Constitucional.

Universitat Jaume I de Castellón.

## **Resumen**

Este trabajo aborda la evolución experimentada por el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de los datos de carácter personal amparado en el artículo 18.4 de la Constitución, así como la transformación que experimentará el contenido esencial, el ejercicio y su sistema de garantías. Derecho fundamental que, desde el 25 de mayo de 2018, se ejercerá con arreglo a lo que establece el Reglamento de la UE 2016/679, norma directamente aplicable que no exige transposición alguna por parte de los Estados miembros. Las características y naturaleza del Reglamento exigen la adaptación de nuestra normativa interna sobre el derecho fundamental de la protección de los datos al contenido del mismo

---

<sup>1</sup> Este trabajo tiene su origen en el marco del proyecto de investigación sobre «El impacto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: análisis nacional y comparado» –Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2015-63635-R)– y del que la autora es investigadora principal.

y, en consecuencia, entre otros, exige la derogación de la vigente ley por una nueva ley que está en la última fase de tramitación parlamentaria. A ello dedicaremos nuestro análisis.

**Palabras clave:** derecho fundamental a la protección de datos personales, Reglamento Europeo de protección de datos, Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, artículo 18.4 de la Constitución española.

## Resum

Aquest treball aborda l'evolució experimentada pel dret fonamental de les persones físiques a la protecció de les dades de caràcter personal emparat en l'article 18.4 de la Constitució, així com la transformació que experimentarà el contingut essencial, l'exercici i el sistema de garanties del dret. Dret fonamental que, des del 25 de maig de 2018, s'exercirà d'acord amb el que estableix el Reglament de l'UE 2016/679, norma directament aplicable que no exigeix cap transposició per part dels Estats membres. Les característiques i naturalesa del reglament exigeixen l'adaptació de la nostra normativa interna sobre el dret fonamental de la protecció de les dades al seu contingut i, en conseqüència, entre altres, exigeix la derogació de la llei vigent per una nova llei que està en l'última fase de tramitació parlamentària. A això dedicarem la nostra anàlisi.

**Paraules clau:** dret fonamental a la protecció de dades personals, Reglament europeu de protecció de dades, Llei orgànica de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals, article 18.4 de la Constitució espanyola.

## Abstract

This research approaches the development of the fundamental rights of natural persons to their right to protection of personal data under article 18.4 of the Spanish Constitution, as well as the how the transformation of the exercise and the system of guarantees will affect the core content of this fundamental right. This right that, from May 25, 2018, shall be exercised with the stipulations stated in the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR), which is directly applicable under the national legislation of the Member States without transposal. The nature and characteristics of the GDPR call for a revision of the Spanish legislation in the field of the fundamental right to data protection. Among

other factors, this requires the repeal of the existing legislation and the replacement by a new Data Protection Act, which is currently in the final stage in the parliamentary procedure.

**Key Words:** Fundamental Right to Personal Data Protection, General Data Protection Regulation (GDPR), Organic Law on the Protection of Personal Data (LOPD), Guarantee of Digital Rights, Article 18.4 of the Spanish Constitution.

## **Sumario**

- I. Introducción.
- II. Una visión holística del derecho fundamental a la protección de los datos personales en España.
- III. El Reglamento europeo de protección de datos y su impacto en el contenido esencial del art. 18.4 CE.
- IV. El proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales.

## I. Introducción

El constituyente español adelantándose a su tiempo emplazó expresamente al legislador en el art. 18.4 CE a limitar por ley «el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Si en un primer momento el legislador orgánico (1992) desarrolló el mandato constitucional del art. 18.4 CE como «la articulación de garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática»<sup>2</sup> limitando los tratamientos automatizados de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales», veintiséis años más tarde de la aprobación de aquella, en la exposición de motivos del actual proyecto de ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGD)<sup>3</sup> se pone en valor, y cito textualmente, que: «Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea».<sup>4</sup>

Y es que, como bien expresa el legislador, Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en la vida personal como colectiva.

---

2 Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LOTARD).

3 A fecha de la revisión de las pruebas de este artículo se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

4 Preámbulo (IV) del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 157, de 18/10/2018). La cita se ajusta a lo que recoge el Preámbulo (IV) en la ya vigente LOPDGD.

Sin duda, gran parte de la actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y ello adquiere una importancia vital tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de la vida en sociedad. De ahí que sean perfectamente identificables los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. Corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital de una sociedad digitalizada, globalizada y de una evolución tecnológica absolutamente imparable que afecta transversalmente a todos los ámbitos de las personas.

En nuestro país, en estos cuarenta años de vigencia de nuestra Carta Magna hemos avanzado vertiginosamente en el desarrollo el contenido del derecho fundamental de la denominada libertad informática (art. 18.4 CE) al servicio del derecho a la intimidad personal,<sup>5</sup> en un primer momento, precisando, seguidamente, el carácter instrumental de un derecho fundamental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. Se da un paso de envergadura constitucional cuando se afirma como un derecho autónomo con un contenido esencial que «amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado».<sup>6</sup> Para, finalmente, tras la aplicación el 25 de mayo de 2018 del Reglamento (UE) de protección de datos 2016/679 (RGPD) delimitar su contenido no solo como adecuación a lo que regula ley orgánica sino, y principalmente, a

---

5 Resultan absolutamente necesarias para comprender el alcance de tal evolución las obras de Peréz Luño, A. E.: «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1979, pp. 59-72, y Lucas Murillo De La Cueva, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, Tecnos, 1990.

6 STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

lo que regula el propio RGPD y que en sí mismo supone la revisión de las bases del modelo europeo de protección de datos.

Solo basta subrayar el tenor literal de lo que dispone lo que será la nueva LOPDGD en su art. 1:

«La presente ley orgánica tiene por objeto:

- a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones.

*El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica.*

- b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art. 18.4 de la Constitución».<sup>7</sup>

El paso cualitativo que se produce en la afectación del desarrollo y contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales resulta más que evidente. No solo, y con el respectivo margen nacional, el Reglamento Europeo define el desarrollo y contenido esencial del derecho a la protección de datos, sino que, por lo demás constituye objeto concreto de la ley orgánica garantizar una serie de derechos digitales de la ciudadanía (Título X, arts. 79 a 97 del Proyecto de LOPDGD).

## **II. Una visión holística del derecho fundamental a la protección de los datos personales en España**

Tras la aprobación de la Constitución y la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981,<sup>8</sup> la jurisprudencia constitucional que

---

<sup>7</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>8</sup> Véase los arts. 5, 6, 8 y 9 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

fue asentándose tras la STC 254/1993, de 20 de julio, y que partió de un recurso de amparo que demandaba la aplicación directa del derecho fundamental, en 1992 se aprobó la primera ley que desarrollaba expresamente el art. 18.4 de la CE, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD).

La LORTAD *ex art.* 1, tenía por objeto «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos».

Efectivamente, como se señalaba en su exposición de motivos «delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley».

En un primer momento, el Tribunal Constitucional (TC) –STC 254/1993, de 20 de julio– en palabras de I. Villaverde, «concibe el art. 18.4 CE como la sede de un derecho fundamental de configuración legal, lo que él llama la libertad informática, para acabar argumentando que esa libertad forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE».<sup>9</sup> Efectivamente, el TC acaba reconduciéndolo al contenido esencial del derecho a la intimidad.

El reconocimiento del derecho fundamental de la protección de los datos personales como derecho autónomo, independiente al de la intimidad, y con un contenido esencial propio vino de la

---

9 Villaverde Menéndez, I.: «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, pp. 188. Véase en relación con la LORTAD, Lucas Murillo de la Cueva, P.: *Informática y protección de datos de carácter personal*, Madrid, CEC, 1993.

mano, básicamente de dos Sentencias del TC del año 2000. Las SSTC 290/2000 y la 292/2000, de 30 de noviembre, fueron paradigmáticas,<sup>10</sup> consolidando un camino que comenzó a pergeñarse tras la STC 254/1993 y que siguieron otras sentencias del TC.<sup>11</sup> La primera,<sup>12</sup> señalaba que el art. 18.4 CE contenía un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos «además de ser en sí mismo un derecho fundamental (...)». La segunda,<sup>13</sup> amén de definir el contenido esencial del derecho, precisaba que «la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de los datos respecto del derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Este derecho, «persigue garantizar a la persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, y *que no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo*, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales (...)».

---

10 Véase, entre otros, Alguacil González Auriolas, J. «La libertad informática: aspectos sustantivos y competenciales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 2001, pp. 365-385.

11 Por ejemplo, en la STC 11/1998, de 13 de enero, el TC afirma con absoluta nitidez que el art. 18.4 CE «no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos» (FJ 5). Un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. En esta misma línea resulta de enorme interés, entre otras, la STC 94/1998, de 4 de mayo.

12 Recordemos que la STC 290/2000, resolvía recursos de inconstitucionalidad acumulados y planteado contra determinados artículos de la LORTAD.

13 La STC 292/2000 resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo planteados contra incisos de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD por vulneración de los art. 18.1 y 4 y 53.1 CE. El TC estimó el recurso y declaró inconstitucionales un inciso del apartado 1 del art. 21, un inciso del apartado 1 del art. 24 y todo el apartado 2 del art. 24 de la LOPD.

Tales sentencias se ven acompañadas en el marco del Derecho de la Unión, muy especialmente, por la Directiva 95/46, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta a al Tratamiento de Datos Personales y la libre circulación de los mismos. Esta Directiva obligó a adaptar nuestra legislación a lo allí mandado, entre otras, no se olvide, que la misma extendió el ámbito de protección del derecho «a todo tipo de tratamiento de datos personales, automatizados o no». De ahí la derogación de la LORTAD por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD).

En esta línea secuencial no cabe en modo alguno obviar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, consagra en su artículo 8 el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal de forma completamente autónoma rompiendo así el cordón umbilical con el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido expresamente en el art. 7 de la Carta. Este derecho se consagra en los siguientes términos: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».

Sin duda, la LOPD y sus reformas, así como el Reglamento de desarrollo de 2007,<sup>14</sup> han constituido un paso decisivo en la regulación de ese derecho fundamental. Ambos instrumentos normativos se han visto complementado tanto por normativa nacional como europea así como por una vasta jurisprudencia tanto del TC como del Tribunal Supremo en el orden interno. Ello sin mencionar el enorme impacto que han tenido las Sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo

---

14 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de la normativa interna.<sup>15</sup> Solo basta recordar, dada la extensión de este trabajo, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de mayo de 2014, C-131/12 Google Spain, SL y Google Inc vs AEPD y Mario Costeja González en relación con el derecho al olvido digital.

### **III. El Reglamento europeo de protección de datos y su impacto en el contenido esencial del art. 18.4 CE**

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, es directamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018 (artículo 99 RGPD).<sup>16</sup>

El RGPD deroga la Directiva 95/46/CE<sup>17</sup> porque, como establece el propio considerando 8, aunque los objetivos y principios de la citada Directiva, siguen siendo válidos, « ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada, ni la inseguridad jurídica ni una percepción generalizada entre la opinión pública de que existen riesgos importantes para la protección de las personas físicas, en particular en relación con las actividades en línea. Las diferencias en el nivel de protección de los

---

<sup>15</sup> Remitimos, por todos, al análisis que de las mismas realizan López Aguilar, J.F.: *Parlamento y Derechos. Paisajes tras la gran recesión*. Valencia. Tirant Humanidades, 2017, pp. 179-212, y Rallo Lombarte, A.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, pp. 583-610.

<sup>16</sup> Sobre los antecedentes del mismo remitimos a la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM (2010) 609 final, Bruselas, 4/11/2010 y, entre otros trabajos, a Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. (eds.): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Towards a new European Data Protection Regime*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>17</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión (...)». De ahí que, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea (...).<sup>18</sup> Y, al objeto de garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, tal y como pone de manifiesto el considerando 13, «es necesario un reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros (...)».

Reglamento que supone una auténtica revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos, como tendremos ocasión de comprobar someramente.

En el marco del art. 16 del TFUE y al amparo del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, se adopta el RGPD, cuya regulación se

---

<sup>18</sup> Considerando 9 del RGPD.

completa con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Dada la limitada extensión de este trabajo, conviene de forma muy sinóptica distinguir cuando abordamos el análisis del Reglamento, por un lado, cuestiones de orden formal y de técnica legislativa que condicionan la aplicación material del mismo en los distintos ordenamientos de los Estados miembros cuando adaptan su normativa interna y, de otro lado, las principales novedades que aporta el RGPD desde una perspectiva material en el reconocimiento del ejercicio y garantías del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Desde una perspectiva formal, y en virtud de lo dispuesto en el art. 288 del TFUE, el Reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Se integra en el ordenamiento jurídico nacional desplegando su eficacia directa a partir de la fecha que en él se fije y a falta de la misma a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la UE.

Es una norma que no necesita de incorporación mediante otra norma de naturaleza interna y tiende a excluir particularidades y «limitar la intervención de los Estados, en principio, a la aplicación material de norma europea, sin perjuicio de la labor de depuración normativa y de los eventuales desarrollos de los que aquella pueda ser objeto».

La depuración del ordenamiento interno, como ha puesto de relieve el Consejo de Estado,<sup>19</sup> implica, entre otras acciones, la derogación de

---

<sup>19</sup> Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de octubre de 2017, relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de Datos de carácter personal (<http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08LO-20172401&lang=ca&fcAct=2017-09-26T16:40:17.271Z>).

las normas nacionales que sean incompatibles con el mismo – y ello debe realizarse a través de disposiciones que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse, así como eliminar cuantas disposiciones puedan resultar redundantes como consecuencia, en expresión del Consejo de Estado, del efecto directo de aquél en la medida que pueden poner en cuestión la aplicación directa del Reglamento.

No obstante, tal adaptación puede exigir la adopción de nuevas disposiciones que complementen o aclaren la regulación europea. De hecho, debemos precisar «que la aplicabilidad directa de un Reglamento no se opone a que el mismo "faculte a una institución comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación"». <sup>20</sup> Y, sin duda, los Estados miembros tienen la obligación de hacer cuanto sea necesario para asegurar el efecto útil del conjunto de las disposiciones del Reglamento. Si bien no es menos cierto que las medidas nacionales de aplicación de un Reglamento están sujetas a estrictas limitaciones, entre ellas, a las de no inducir a error sobre la naturaleza y aplicabilidad directa del mismo.

Sin embargo, el RGPD permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios.

Pero a más, como también recuerda el Consejo de Estado, el RGPD contiene al menos 56 remisiones de diverso alcance al Derecho de los Estados miembros, permitiendo a estos adaptar la regulación, en distintos casos, al contexto nacional, o a fijar exenciones, derogaciones o condiciones específicas para determinadas categorías de tratamiento de datos, incluso, en algunos supuestos puntuales el Reglamento confiere carácter preceptivo a esa labor normativa de desarrollo.

Teniendo presente lo anterior, no cabe soslayar que, desde una perspectiva sustantiva, el Reglamento es una norma compleja que,

---

20 Dictamen del Consejo de Estado..., *op.cit.*, p. 30.

por lo demás, obliga a acudir a sus considerandos (173), no ya como ayuda para interpretar el texto articulado, sino que, incluso, en ocasiones, llega directamente a innovarlos.<sup>21</sup> Digamos que se produce, en expresión de López Calvo,<sup>22</sup> una ósmosis y retroalimentación entre la parte dispositiva y un preámbulo que desborda su papel habitual, lo que acarrea serios desajustes. Por si ello no fuera suficiente, en el Reglamento abundan referencias imperativas vinculadas a conceptos jurídicos indeterminados. De hecho, tal y como ha contabilizado el mismo autor, aproximadamente, se recogen 127 referencias condicionadas a lo que sea «necesario», 91 referencias a que resulte «adecuado», 15 a «oportuno» y 30 a «razonable». Por ello no puedo menos que compartir con él la afirmación, de que el Reglamento es una norma que «está edificada sobre pocas certezas, una norma que debe ser suficientemente versátil como para sortear el riesgo de convertirse en un paradigma de *obsolescencia jurídica programada* que adoleciera de similares efectos y defectos que la obsolescencia tecnológica: incorporar un producto que quede desfasado en poco tiempo».<sup>23</sup>

Si el Reglamento ya de por sí no deja de ser una norma que reviste una enorme complejidad y que desde la perspectiva de las fuentes del derecho es norma directamente aplicable por los Estados –que cuando regulan el margen de apreciación que les confiere no pueden, entre otras muchas consideraciones, contener reiteraciones innecesarias del Reglamento que pueda suscitar dudas sobre la aplicabilidad directa del mismo o puedan modificar el alcance o su efecto útil– no cabe duda, que la técnica legislativa resultante, al menos en el ordenamiento español, puede acarrear una seria falta de seguridad jurídica.

En lógica coherencia con los objetivos que persigue el RGPD, de su contenido material debemos destacar algunas de sus principales novedades. Entre ellas destacaremos:

---

21 Como también ha puesto de relieve López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid, Sepín, 2017.

22 López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo...*, op. cit., pp. 52-60.

23 *Ibidem*, p. 19.

- La incorporación de nuevos derechos, amén del derecho de supresión –al olvido, por ejemplo, se reconoce el derecho a la portabilidad de los datos. La transparencia de la información al ciudadano, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado en el tratamiento de los datos permea todo el sistema de garantías del ejercicio del derecho. Ello redundando directamente en un fortalecimiento sin precedentes del proceso a través del que se obtiene el consentimiento.
- Se amplía el ámbito de aplicación territorial del Reglamento. Ello adquiere una enorme trascendencia dado que, tal y como expresamente prevé su art. 3, el Reglamento se aplica: 1. Al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. 2. Al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado *no establecido en la Unión*, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. 3. Al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.
- Se introduce toda una serie de medidas que conecta con lo que se conoce como responsabilidad activa y que afecta al sistema de prevención por parte de las organizaciones que tratan los datos. Se parte de la idea de que actuar solo cuando se ha cometido infracciones en el tratamiento de los datos por parte de los encargados o responsable de los datos resulta insuficiente. Estos deben adoptar medidas que aseguren que están en condiciones de cumplir con los principios, derechos y garantías que el RGPD determina.

- En conexión con lo anterior se establecen una serie de medidas de responsabilidad activa que afectan al responsable y encargado del tratamiento y que van desde la determinación de sus obligaciones (incluidas la adopción de medidas técnicas y organizativas – protección de datos desde el diseño y por defecto–), mecanismos de certificación, registro de actividades del tratamiento, cooperación con la autoridad de control, notificación de una violación de la seguridad de los datos a la autoridad de control y al interesado así como una evaluación de impacto y la obligación de designar un delegado de protección de datos en determinados supuestos. En coherencia con esto último se regula la posición y funciones que cómo mínimo deben desempeñar el delegado de protección de datos y de entre ellas conviene destacar la de cooperar con la autoridad de control. En este ámbito cobran especial relevancia los códigos de conducta y de certificación, así como la previsión de supervisión de los códigos de conducta y los organismos de certificación.
- La transferencia de los datos personales a terceros países u organizaciones internacionales constituye otra de las novedades de mayor calado que aporta el RGPD.
- Se regulan las autoridades de control independientes (competencias, funciones y poderes) así como la competencia de la autoridad de control principal y sus funciones así como el régimen de cooperación entre la autoridad de control principal y las demás autoridades de control interesadas así como la asistencia mutuas, operaciones conjuntas de las autoridades de control y los mecanismos de coherencia. En línea con lo anterior se crea el Comité Europeo de Protección de Datos que está compuesto por el director de una autoridad de control de cada Estado miembro y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos o sus representantes respectivos. La Comisión tiene derecho a participar en las reuniones y actividades del Comité a través de la designación de un representante pero sin derecho a voto. Se regula la composición

organizativa del mismo y se prevén las funciones a desempeñar tanto de sus órganos como las del Comité.

- No menos importante resulta la regulación de los procedimientos –dado que el modelo establecido por el RGPD establece un sistema complejo en lo que se ha venido a denominar el modelo «de ventanilla única» al existir una autoridad de control principal y otras autoridades interesadas–, el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control y el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control o contra un responsable o encargado del tratamiento. La imposición de multas administrativas por la autoridad de control. Los Estados pueden, en virtud de art. 84 del RGPD, establecer normas en materia de otras sanciones aplicables por infracción del Reglamento, en particular aquellas que no se sancionen con las multas administrativas previstas en el art. 83 y que, en todo caso, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.
- Finalmente, se prevé una serie de disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento ( libertad de expresión y de información; acceso del público a documentos oficiales; al número nacional de identificación; en el ámbito laboral; garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; obligaciones de secretos y normas vigentes sobre protección de datos de las iglesias y asociaciones religiosas).

Sin género de dudas, los desafíos que introduce el RGPD son múltiples y las legislaciones de los distintos Estados miembros han adaptado y/o siguen adaptando sus legislaciones; y, ello, a pesar de que han contado con dos años para adaptar sus normativas al mandato directo del Reglamento.

El reto no está resultando fácil, como tampoco lo es el cambio de paradigma que se está imponiendo en la dogmática de los derechos fundamentales, al permear y afectar el derecho a la protección de los datos personales, si bien con distinta intensidad, en el ejercicio de la

mayoría de los derechos constitucionales en los diversos ordenamientos nacionales, con sus propias peculiaridades, sus distintas tradiciones jurídicas y sus más o menos acertadas técnicas de sistematización legislativa en un contexto de completa europeización de los derechos.

En fin, qué duda cabe que el derecho fundamental reconocido en nuestro art. 18.4 CE, como recuerda el Consejo de Estado, va a ser una norma directa y principalmente regulada por una norma europea y, amén de otras consideraciones, ello implica, «un traslado parcial del canon constitucional de protección el derecho fundamental, que, en cuanto se refiere a actividades regidas por el Derecho de la Unión, deberá regirse por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y por la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Unión (STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11)».<sup>24</sup>

#### **IV. El proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales**

Dada la limitada extensión del trabajo, me centraré, básicamente, en el *iter* legislativo del proyecto de ley orgánica que hasta la fecha de presentación de este trabajo se tramitaba en el Senado.<sup>25</sup>

El proyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal –título original– presentado por el Gobierno, en noviembre de 2017,<sup>26</sup> responde al objetivo de adaptar el ordenamiento español a lo contenido en el RGPD y complementarlo regulando el ejercicio del margen de apreciación que el Reglamento confiere a los Estados.

El antecedente del proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno parte de una propuesta de anteproyecto de ley orgánica encargada a la Ponencia que, por Orden del Ministro de Justicia, de 2 de noviembre de 2016, se constituyó en el seno de la Sección tercera de Derecho Público de la Comisión General de Codificación con el objetivo

---

24 Dictamen del Consejo de Estado..., *op.cit.*

25 *BOCG*. Senado, apartado I, núm. 289-2209, de 23/10/2018.

26 *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-1, de 24/11/2017.

expreso de presentar una propuesta de anteproyecto de ley orgánica de adaptación del RGPD. La propuesta «o propuestas de anteproyectos» debía contar con una Exposición de motivos y un texto articulado a los que se debía adjuntar una memoria explicativa (apartado segundo de la Orden de 2 de noviembre). El día 1 de mayo de 2017 se fijó como plazo final de entrega.

El anteproyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal se publicó el 28 de junio de 2017, plazo en el que se abrió el Trámite de Audiencia e Información pública que finalizó el 19 de julio de 2017.<sup>27</sup> Este constaba de 78 artículos articulados en 8 títulos, 13 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 4 disposiciones finales.

El anteproyecto fue informado, amén de por los distintos ministerios, por la Agencia Española de Protección de Datos, por el Consejo Fiscal y por el Consejo General del Poder Judicial. El Consejo de Estado emitió su Dictamen el 26 de octubre de 2018.

Con todo ello se elaboró y el Gobierno presentó el proyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal (PLOPD) el 14 de noviembre de 2017 ante el Congreso de los Diputados. Proyecto que teniendo presente todo lo anterior mejoraba, aunque con serias lagunas, la propuesta del anteproyecto. El proyecto de ley a diferencia del anteproyecto elaborado por la ponencia constaba de 78 artículos estructurados en 9 títulos, 17 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 5 disposiciones finales.

En el Congreso de los Diputados se presentaron 368 enmiendas al articulado<sup>28</sup> del PLOPD afectando a más de dos tercios de los 78 artículos.

Tras la fase de discusión de enmiendas y aprobado el Dictamen de la Comisión, finalmente, el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de

---

27 Trámite en el que el equipo investigador que coordino presentamos un informe de más de 130 pp. Aceptándose algunas de las consideraciones al articulado allí contenidas (por ejemplo, la redacción del art. 3.1, del art. 6.3 o del art. 7.3).

28 *BOCG*, Congreso de los Diputados, 18 de abril de 2018, n. 13-2, pp. 1-254.

ley orgánica de protección de datos y garantías de los derechos digitales que ha mejorado ostensiblemente el proyecto de ley remitido por el Gobierno. Actualmente se halla en el Senado en fase de presentación de enmiendas propuestas de veto, cuyo plazo finaliza el 5 de noviembre de 2018.<sup>29</sup>

Lo primero que debe subrayarse es que se añade al Título de la ley la rúbrica de «y garantía de los derechos digitales». No en vano, en la tramitación parlamentaria, la nueva ley añade, fruto de una enmienda parlamentaria, un nuevo título, el X, referido a la garantía de los derechos digitales (art. 79 a 97). Amén de que algunos de los derechos ya vienen regulados en el RGPD, se reconoce expresamente, entre otros, el derecho de acceso universal a Internet (art. 81), el derecho a la seguridad digital (art. 82) el derecho a la educación digital (art. 83), o el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88). Debe añadirse, no obstante, que los art. 81, 82 y 88 de lo que, en principio, será la LOPDGD tienen carácter de ley ordinaria.

Amén de todas las dudas que genera muchos de los aspectos sustantivos que regula la nueva ley y de los problemas a los que los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de enfrentarse, no cabe duda, que la misma constituye un paso sin precedentes no solo en lo que afecta al contenido esencial del art. 18.4 de la CE sino de forma transversal al ejercicio y garantías de otros derechos fundamentales o no en nuestro ordenamiento interno.

---

29 *BOCG*. Senado, apartado I, núm. 289-2209, de 23/10/2018.

