



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

**VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL VOCAL ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA AL INFORME COMPLEMENTARIO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS QUE FIGURA EN EL ORDEN DEL DÍA I. 27 DE LA SESIÓN PLENARIA CELEBRADA EL 26 DE OCTUBRE DE 2017**

---

De conformidad con el artículo 631 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, emito el presente voto concurrente al Informe complementario al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos (ALOPD).

Obviamente, comparto tanto el análisis como las conclusiones del Informe aprobado. Al fin y al cabo, he sido ponente del mismo con Álvaro Cuesta. No obstante, en mi opinión, su versión definitiva habría sido más completa y útil si, además de las cuestiones que analiza, hubiera abordado con mayor profundidad los problemas que suscita la exhaustiva regulación contenida en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en desarrollo del artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Me refiero, a los efectos del desplazamiento del derecho interno causado por el RGPD con respecto a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la Constitución (CE) y al título competencial del artículo 149.1.1º CE.

El primer aspecto ha sido tratado en el Informe pero, a mi modo de ver, de una manera demasiado limitada, El segundo, sin embargo, ni siquiera se ha tratado.

Expongo a continuación mi opinión sobre dichos problemas.

**A) DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO INTERNO POR EL DE LA UNIÓN EUROPEA**

Por mor de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el de los Estados miembros, incluso el de rango constitucional, el RGPD ha ocupado la mayor parte del espacio que antes ocupaban la Ley Orgánica de Protección de Datos (y sus norma de desarrollo) y las leyes autonómicas que crearon y regularon las agencias respectivas.

El efecto de desplazamiento afecta tanto los preceptos orgánicos de la LOPD como a los que, por versar sobre materias conexas con el desarrollo del derecho fundamental, tienen rango de ley ordinaria y, entre ellos, a los que establecían las condiciones básicas de ejercicio del derecho y a la normativa autonómica aprobada en la materia. No en vano el RGPD ha penetrado en todos los aspectos, principales y accesorios, institucionales y procedimentales del derecho fundamental y lo ha hecho con gran detalle para superar la situación existente hasta ahora. Es decir, para corregir los efectos negativos de la fragmentación y la diversidad de niveles de protección del derecho fundamental de autodeterminación informativa siendo el objetivo fundamental del RGPD: establecer y garantizar un régimen uniforme del mismo que habrá de aplicarse, también uniformemente, en toda la Unión.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

En última instancia, todo deriva del artículo 8 CDFUE que obliga a redefinir el ámbito material de la regulación interna y a asegurar que las normas que sea preciso aprobar por el Estado y, en su caso, por las Comunidades Autónomas de acuerdo con el RGPD, cumplan la función específica que este les asigna y no otra u otras distintas a esta.

La trascendencia de los cambios que han acarreado el artículo 8 CDFUE y el RGPD quedan, sin embargo, bastante diluidas tanto en la exposición de motivos del ALOPD como en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) que lo acompaña. Ni la una ni la otra contienen una reflexión detenida sobre el alcance del efecto de desplazamiento del derecho interno que ha implicado la aprobación y entrada en vigor del RGPD y, en particular, sobre la reiterada reserva de ley orgánica (artículo 81.1. CE) y el establecimiento de las condiciones básicas del ejercicio del derecho (ex artículo 149.1.1º CE), tal y como advirtió el informe emitido por este Consejo el 26 de julio de 2017.

La carencia de explicaciones sobre estas importantes cuestiones es llamativa porque, a fin de cuentas, los preceptos constitucionales citados sirvieron de fundamento en su día para la atribución a la AEPD de la competencia exclusiva sobre el control de los ficheros privados y la limitación de las de las agencias autonómicas a los de carácter público. El artículo 81.1 CE, para reconstruir un derecho no claramente explicitado en la CE debido a que su reconocimiento por el artículo 18.4 CE se produjo empleando un enunciado de muy escasa, por no decir inexistente, densidad normativa, que tuvo que ser completado acudiendo, en aplicación del artículo 10.2 CE, a fuentes internacionales, como el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 1981 a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y a la Directiva 95/46/CE. En cuanto al artículo 149.1.1º CE, se invocó para que el Estado retuviera, a través de la AEPD todas las competencias ejecutivas, salvo las relativas a los ficheros públicos, bajo la suposición de que, de otro modo, no se garantizaría la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho.

Con independencia de la valoración que mereciera en aquél momento este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es innegable que las circunstancias actuales y el contexto normativo en el que nos encontramos nada tienen que ver con los que existían cuando se aprobaron la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD) y, luego, la LOPD y se dictó la STC citada. Ya no se trata de desarrollar o de precisar el contenido propio del artículo 18.4 CE a través de la identificación de sus titulares, de delimitar su contenido esencial y sus facultades elementales ni de garantizar la igualdad entre todos los españoles (artículo 149.1.1º CE). Operaciones que había que afrontar con respecto a un fenómeno cuyo abordaje requería una gran preparación técnica y un alto grado de especialización que, quizás, las agencias autonómicas entonces existentes (las dos actuales, catalana y vasca y la de la Comunidad de Madrid) no estuvieran en condiciones de alcanzar. De lo que ahora hay que ocuparse es de



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

complementar el RGPD, que es la norma que ha hecho suya la misión de establecer un régimen uniforme que proteja por igual a todos los europeos de acuerdo con el artículo 8 CDFUE. Una tarea que llega cuando las agencias autonómicas cuenta con una trayectoria que supera en el caso vasco los 13 años y en el catalán los 15 y existe una amplia jurisprudencia y doctrina de las propias agencias sobre esta materia.

Queda en evidencia, de este modo, que el esquema de Derecho interno al que obedecen los artículos 81.1 y 149.1.1ª CE, sobre los que se erigió la LOPD, es radicalmente distinto al que ahora establece el Derecho europeo habiendo quedado reducido el radio de acción de los mismos a los aspectos del derecho excluidos del ámbito de aplicación del RGPD que este no reserva a otras normas emanadas o que hayan de producir las instituciones de la Unión.

**B) RESERVA DE LEY ORGÁNICA**

A la vista de este cambio de escenario, es sorprendente que la exposición de motivos y la MAIN del ALOPD cierran los ojos a esta nueva realidad y que traten de justificar el rango orgánico de gran parte de su articulado apelando a que el principio de seguridad jurídica en su vertiente negativa implica la obligación de los Estados de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el Derecho nacional que sean incompatibles con el europeo. Aducen que esto “obliga a que la normativa interna que resulte incompatible con el Derecho de la Unión Europea quede definitivamente eliminada "mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse" (Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, asunto *Comisión vs. España*; de 13 de julio de 2000, asunto *Comisión vs. Francia*; y de 15 de octubre de 1986, asunto *Comisión vs. Italia*)”.

Ahora bien, el principio del paralelismo de las formas en el que descansa este argumento no permite afirmar que la nueva regulación interna que se acomode al RGPD deba tener rango orgánico con la misma extensión y alcance que la LOPD pues las SSTJUE citadas versan sobre supuestos que nada tienen que ver con el del ALOPD. Para comprobarlo, basta con examinar el caso de la primera de ellas, que trataba de la obligación de incorporar al derecho interno, en cumplimiento del mandato de un reglamento europeo, una norma que estableciera explícitamente en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro que España quería sustituir por la aplicación de criterios interpretativos eludiendo la aprobación de una disposición del mismo rango (o valor) que la que impedía esa equiparación.

Sin embargo, el problema planteado por el RGPD con respecto a la LOPD es que el primero ha privado de su función a gran parte, la mayor, a la segunda. Por eso, la remisión al sistema interno de fuentes del Derecho que efectúa la jurisprudencia citada y, concretamente, la exigencia de que las normas que sustituyan a las que hayan devenido disconformes con el



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

Derecho de la Unión tengan el mismo valor jurídico que éstas no conduce en absoluto a que la LOPD deba ser sustituida necesariamente por una nueva regulación que también tenga el rango de ley orgánica sino a preguntarse si esa nueva disciplina normativa de adaptación al RGPD cumple o no, total o parcialmente, el papel que la doctrina del Tribunal Constitucional atribuye a ese tipo normativo. La respuesta es necesaria ya que una cosa es acometer el desarrollo directo del artículo 18.4 CE –función a la que sirve la reserva de ley orgánica- y otra muy distinta complementar el RGPD en lo que este demande o autorice a través de la acción legislativa de los Estados miembros para la efectividad del artículo 8 CDFUE.

Por otro lado, si lo que hay que asegurar es que la derogación de la LOPD se haga mediante una ley del mismo rango (o valor jurídico) será suficiente con aprobar una norma orgánica de artículo único que tenga ese específico objeto o en su caso, que se apruebe con ese carácter una disposición derogatoria de la ley que, observando estrictamente la reserva del artículo 81.1 CE, la sustituya. No cabe duda alguna a este respecto que el fundamento de la reserva de ley orgánica no está ni en el Derecho europeo ni en el principio de seguridad jurídica sino en el artículo 81.1 CE y que, de acuerdo con la constante doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 173/1998, FJ 7), las leyes orgánicas tienen el carácter de legislación extraordinaria o «excepcional» (SSTC 76/1983; 160/1987, fundamento jurídico 2, entre otras), en la medida en que «tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establecen restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites» (STC 101/1991, fundamento jurídico 2). Si la Además, ya en la STC 5/1981, el Tribunal Constitucional advirtió de que una interpretación no estricta de la reserva de ley entrañaba el riesgo de que por el efecto de la congelación de rango se produzca una “petrificación abusiva (del ordenamiento) en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas.” Por ello, concluye la STC citada, “si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81, I, CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria.”

Sucede, sin embargo, que el RGPD ya ha cumplido la función de desarrollo directo del derecho fundamental reconocido en el artículo 8 CDFUE privando al legislador orgánico del papel que, según la doctrina constitucional citada, debería desempeñar y que, ha desempeñado hasta ahora la LOPD con la peculiaridad añadida y ya comentada de que el artículo 18.4 CE apenas dice nada del contenido del derecho fundamental y que la citada ley orgánica no hizo sino acoger la configuración del mismo resultante de la jurisprudencia constitucional a la vista de la



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

de Estrasburgo y de la Directiva 95/46/CE, antes de que el artículo 8 CDFUE adquiriera formalmente el rango que ahora tiene. No se da por lo tanto, una situación en la que el legislador orgánico tenga que velar por el mantenimiento de un superior nivel de protección del derecho fundamental ante la posible degradación de su garantía que pudiera comportar el Derecho de la Unión Europea (hipótesis que se planteó la DTC 1/2004) sino de todo lo contrario.

Esta interpretación podría ser contestada aduciendo que algunas de las habilitaciones del RGPD inciden en elementos del derecho fundamental que, con arreglo a esa misma jurisprudencia constitucional, entran dentro de la reserva del artículo 81.1 CE (podría ser el caso de los previstos en los artículos 4 a 10 ALOPD y los que afecten directamente al consentimiento del interesado y de los menores). Pero esa tesis requeriría una explicación detallada de la inserción de cada uno de esos contenidos en el ámbito de lo orgánico, que no se ha dado en absoluto, lo que obliga a ir repasando artículo por artículo si está suficientemente justificada o no, una tarea que excede de los propósitos de este Informe.

También cabría advertir que la ley orgánica debe desplegar su función en los supuestos en los que no sea de aplicación el Derecho de la Unión sino exclusivamente el interno. Un argumento que habría que examinar con cuidado ya que tales supuestos serán marginales dada la implicación del Derecho europeo en las materias normalmente concernidas por la protección de datos de carácter personal y la libre circulación de estos y la extrema apertura del enunciado del artículo 18.4 CE que ha requerido que su contenido sea haya delimitado, según se ha reiterado, atendiendo a los mismos criterios que el 8 CDFUE. Por ello, lo lógico es que su régimen sea también igual bastando una simple remisión al adoptado de acuerdo con el RGPD.

Se vuelve, así, al punto de partida.

**C) RGPD Y COMPETENCIAS ESTATALES DEL ARTÍCULO 149.1.1º CE**

Por lo que se refiere al artículo 149.1.1º CE ocurre algo similar a lo expuesto sobre la reserva de ley orgánica pues, según reza su enunciado, este título competencial estatal tiene como finalidad garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho o deber constitucional de que se trate, en nuestro caso, el de protección de datos de carácter personal.

Este primer dato, desautoriza la previsión de la Disposición Adicional Segunda ALOPD que invoca el precepto citado para toda la ley. Ignora, de ese modo, que el artículo 149.1.1º CE solo opera en el plano de la regulación del ejercicio (artículo 53.1 CE) que corresponde cubrir a la ley ordinaria, que puede ser la autonómica en función del reparto competencial (STC 173/1998), y no en el del desarrollo del derecho (artículo 81.1 CE), que es el terreno de la ley orgánica. La confusión apuntada es evidente por lo que la disposición citada debería ser convenientemente corregida.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

Por otra parte, en contra de la doctrina de la STC 69/1988, no indica qué artículos están cubiertos por ese título competencial, lo cual ha sido objeto de reproche en informes anteriores de este Consejo, como el relativo al anteproyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario.

En cualquier caso, habiendo establecido el RGPD un régimen uniforme con el mismo objetivo en el ámbito de toda la Unión, es más que discutible que haya espacio para ahondar más en la fijación de condiciones básicas adicionales, incluso en aquellas partes de la regulación en las que el Estado de respuesta a las llamadas del RGPD. Es este el que se ocupa de preservar que las posiciones jurídicas fundamentales sean las mismas para todos los europeos por lo que solo excepcionalmente cabrá acudir al artículo 149.1.1º CE.

El empleo del artículo 149.1.1º CE, fue declarado conforme con la CE por la STC 290/2000 (FJ 14) en la medida 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 art. 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute.”

La doctrina anterior del Tribunal, esencialmente la expresada en las SSTC 61/1997 y 173/1998, había declarado que el artículo 149.1.1º CE tenía una dimensión internormativa, pues su destinatario natural era el legislador autonómico quien, al regular el ejercicio de los derechos sobre los que tuviera competencia, debía observar sin alterarlas, las condiciones que el estatal fijara en garantía de la igualdad de todos los españoles precisando, así, que esa relación entre la ley estatal y la autonómica era distinta de la propia de las materias compartidas entre bases y desarrollo.

La STC 290/2000 dio un giro completo y pasó a afirmar que las condiciones del artículo 149.1.1ª CE pueden servir para reservar funciones ejecutivas en manos del Estado. Afirmó, de ese modo que dicho título competencial faculta al legislador estatal para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales”, como es la creación de la AEPD y la atribución a la misma del monopolio competencial sobre los ficheros privados. Sobre este extremo, dice la misma STC (FJ 15) que “es la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos 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 puede 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.”

En nuestra opinión, el principio sentado hace ya 17 años por la STC 290/2000 de que solo la centralización de las competencias ejecutivas en manos de la AEPD sobre los ficheros privados



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Vocalía**

permitía garantizar esa igualdad no casaba bien del todo con la posibilidad que ya ofrecía el Derecho europeo anterior a la Directiva 95/46/CE -y esta misma- de que en un mismo Estado miembro existiera más de una autoridad de control. Si eso era discutible entonces, su mantenimiento tras la aprobación y entrada en vigor del RGPD es, a mi juicio, muy difícilmente sostenible. Lo creo porque si la Unión Europea hubiera hecho suyo tal criterio centralizador lo lógico es que hubiese centralizado también a nivel europeo el ejercicio de las funciones y potestades que, así y todo, atribuye a las autoridades de los Estados miembros. El motivo no puede ser otro que la regulación contenida en su articulado, una regulación uniforme y completa, es suficiente para garantizar la igualdad en el ejercicio de este derecho por todos y cada uno de los europeos sin necesidad de centralizar las repetidas funciones.

En definitiva, la decisión de mantener el actual reparto de competencias y de dar al conjunto del ALOPD, en aquello que no sea orgánico, el carácter de condiciones básicas del artículo 149.1.1º CE obedece a una (discutible) opción política y no a un imperativo constitucional ni mucho menos europeo. Una opción que debería revisarse.

Enrique Lucas Murillo de la Cueva