

**Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos
y Garantía de los Derechos Digitales**
[BOE n.º 294, de 6/XII/2018]

PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHOS DIGITALES

No debemos perder la perspectiva de que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos de carácter personal es un derecho fundamental. No en vano así lo consideran tanto el art. 8.1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) como el propio art. 16.1 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(TFUE\)](#), dado que ambos establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen.

El 6 de diciembre de 2018, fecha en la que se produce la conmemoración de los 40 años del referéndum de la Constitución de 1978, se publicó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPDP). Tal y como enuncia su disposición final decimosexta, la misma entra en vigor el día siguiente de su publicación, de modo que desde el pasado 7 de diciembre contamos con la ansiada y esperada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, pues su puesta en escena debería haberse producido como muy tarde el 25 de mayo del pasado año, fecha a partir de la cual es plenamente aplicable en toda la Unión Europea el [Reglamento \(ue\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/ce \(Reglamento General de Protección de Datos –RGPD–\)](#). No tenemos que olvidar, así se reconoce en su propia exposición de motivos, que la LOPDP bebe directamente de las fuentes del ya citado Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos (RGPD), así como de 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.

La verdad es que la nueva Ley podría haber estado dispuesta para su entrada en vigor coincidiendo con la aplicación del RGPD, pero la tramitación parlamentaria se demoró más de lo esperado a raíz de la imprevista incorporación vía enmienda, en el Congreso, del nuevo Título 1 sobre garantía de los derechos digitales. Título sin duda importante, pero que habría justificado la aprobación de una Ley *ad hoc* reguladora de los derechos en la sociedad digital, no de ciertos aspectos de su garantía.

La nueva Ley consta de 97 arts. distribuidos en 10 títulos. Además, tiene 22 disposiciones adicionales, 6 transitorias, 1 derogatoria y 16 finales, alguna de ellas no exenta

de polémica, como la referente al tratamiento de datos relativos a la ideología por parte de los partidos políticos.

Ahora bien, en lo que se refiere al objeto de la Ley, en un principio pretendía adaptar nuestra legislación al RGPD y regular el derecho fundamental a la protección de datos. Sin embargo, durante su tramitación parlamentaria, se añadió como objeto, de forma paralela, el de garantizar los derechos digitales de los ciudadanos. Así se expresa en su art. 1.º. Además, y aunque no se recoja expresamente en dicho art., la nueva LOPDP tiene como objeto un cambio sustancial y sumamente polémico de la [Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General \(LOREG\)](#), que en un nuevo art. 58.bis, añadido por la disposición final tercera de la nueva Ley, permite sin previo aviso que los partidos políticos puedan recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas. Posibilidad que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) no ha tardado en matizar o limitar mediante la elaboración de una *Circular sobre el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas por los partidos políticos*, en virtud de lo establecido en el art. 55 LOPDP, de forma que el tratamiento de los datos relativos a las opiniones políticas únicamente sea lícito durante el periodo electoral y respecto de las actividades de propaganda y actos de campaña reguladas en la Sección 5.ª del Capítulo VI del Título I de la LOREG, limitan la elaboración de perfiles, al permitir exclusivamente la elaboración de perfiles generales basados en categorías genéricas, estableciendo la prohibición en todo caso de la realización de perfiles individuales o realizados atendiendo a categorías muy específicas, y prohibiendo tratamientos no proporcionales como el *microtargeting* ni los que tengan por finalidad forzar o desviar la voluntad de los electores, entre otras muchas cuestiones. Hay que tener presente que el *microtargeting* electoral implica monitorear el comportamiento en línea de las personas y utilizar los datos recopilados, a veces enriquecidos con otros datos, para mostrar anuncios políticos dirigidos a la ciudadanía. Esta técnica se encuentra ampliamente extendida en Estados Unidos, y amenaza con tener un enorme impacto en los comicios electorales al Parlamento Europeo.

Al margen de tan espinosa cuestión, y volviendo al objeto de la nueva Ley, lo esencial era adaptar el ordenamiento español al RGPD. En este sentido, no debemos olvidar que el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que los Reglamentos europeos tienen alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro. Esto implica que la nueva Ley Orgánica no sea una ley que regule por completo el derecho fundamental a la protección de datos, sino más bien una norma encargada de desarrollar y adaptar en lo necesario el derecho español al RGPD.

En consecuencia, con la Ley se pretende dejar claro que el derecho a la protección de datos se rige directamente por lo que establecen el RGPD y la nueva Ley. Sin perjuicio de los tratamientos de datos que quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley y que se recogen en su art. 2; y de la aplicación extensiva y novedosa a tratamientos de datos de personas fallecidas.

Tras definir su objeto y ámbito de aplicación, la ley se detiene –Título II– en enumerar los principios del derecho a la protección de datos haciendo referencia, entre otras muchas cuestiones, a la previsión de que los menores puedan otorgar válidamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos cuando sean mayores de catorce años, o ciertas previsiones importantes en relación con las categorías especiales de datos o los datos de naturaleza penal.

Por su parte, el Título III regula los derechos de las personas, de entre los que destaca el derecho a la información, que puede llevarse a cabo en base a la llamada información por capas. También se regulan ciertos aspectos del ejercicio de los derechos, y en particular del derecho de acceso, pero no incorpora regulaciones adicionales relativas al resto de los derechos.

Mucho más detallado es el Título IV en relación con determinados tratamientos. Se regula, en efecto, el tratamiento de los llamados datos de contacto, los sistemas de información crediticia, los tratamientos relacionados con ciertas operaciones mercantiles, los tratamientos con fines de videovigilancia, los sistemas de exclusión publicitaria –conocidos como «listas Robinson»– o los sistemas de información de denuncias internas. Todos ellos supuestos que cabe integrar dentro de los tratamientos que se presumen lícitos en base al interés legítimo del responsable o de terceros (art. 6.1.f) RGPD). Asimismo, se regulan otros tratamientos a los que se refiere el RGPD con remisión a las legislaciones nacionales. Tal es el caso de los tratamientos de datos en el ámbito de la función estadística pública, el tratamiento para fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públicas o el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas. En relación con estos últimos, por cierto, el art. 27.3 LOPDP dispone que los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.

El Título V es, como ha destacado buena parte de quienes han estudiado este texto legal, de lo más destacado de la LOPDP, ya que se dedica a la determinación del principio de responsabilidad proactiva y otras cuestiones de gran relevancia, a través de las figuras del encargado y el responsable del tratamiento de datos. Seguramente una de las más importantes novedades del RGPD es la opción por un modelo de responsabilidad proactiva, en los términos fijados en su art. 24 RGPD: teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento. En este sentido, el art. 28 LOPDP define los supuestos en que puede considerarse que se producen mayores riesgos para la protección de datos. También se regulan los supuestos de corresponsabilidad o el régimen del representante de los responsables

o encargados no establecidos en la Unión Europea, estableciendo que las autoridades de control podrán imponer al representante, solidariamente con el responsable o encargado del tratamiento, las medidas establecidas en el RGPD.

En cuanto al Registro de Actividades del Tratamiento el art. 31 LOPDP dispone entre otras cuestiones que el mismo podrá organizarse en torno a conjuntos estructurados de datos, y que las entidades públicas han de hacer público un inventario de sus actividades de tratamiento, algo que se ha trasladado también a la [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno](#), a la que se añade un nuevo art. 6 bis.

El art. 33 se refiere al encargado del tratamiento, en desarrollo del art. 28 RGPD. Gran parte de su contenido se recogía ya en el Reglamento de desarrollo de la LOPD de 1999, aprobado por [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal](#). Totalmente nueva en relación con el régimen anterior es, sin embargo, la regulación en los arts. 34 y ss. del delegado de protección de datos.

Los códigos de conducta y los mecanismos de certificación son también instrumentos relevantes en el nuevo modelo de responsabilidad proactiva, lo que se pone de manifiesto en la regulación que de ambos contienen los arts. 38 y 39 LOPDP.

El Título VI se dedica a la regulación de las transferencias internacionales de datos personales, en línea con los arts. 44 y ss. del RGPD y lo ya enunciado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si por extensión fuera, sin duda la relevancia recaería en el Título VII, el más extenso de la Ley, que se dedica enteramente a la regulación de las autoridades de protección de datos, tanto la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) como a las autoridades autonómicas.

Igualmente detallada es también la regulación de los procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos que recoge el Título VIII. Y en este punto debe decirse que la regulación es sumamente confusa, pues emana de forma directa del contenido enunciado en el RGPD.

En cuanto al Título IX, también de gran trascendencia, se dedica al régimen sancionador. En este punto, lo primero que debe advertirse es que el RGPD puede plantear dudas en cuanto a su plena compatibilidad con el art. 25 de la [Constitución española](#) y en particular con el principio de tipificación legal de infracciones y sanciones. De esta forma, la LOPDP se refiere a tres tipos de infracciones, pero lo hace de forma especialmente cauta, al no establecer una propia y clara tipificación de infracciones calificándolas de muy graves, graves o leves, sino una regulación de la prescripción de las infracciones de la que deriva la posibilidad de, en función del plazo de la citada prescripción, poder considerar determinadas conductas como infracciones que no son, sino que se consideran, muy graves, graves o leves. Con ello no se pretende ni tipificar ni proceder

a la triple calificación de las infracciones en función de su gravedad, sino hacer girar el régimen en torno a los plazos de prescripción. Y todo ello debido a que el Derecho de la Unión Europea no admite la tipificación y clasificación de las infracciones por cada Estado miembro, pues con ello se rompería la unificación del régimen sancionador a nivel europeo. Pero sí deja a cada Estado fijar los plazos de prescripción, lo que ha permitido optar por el modelo establecido en la LOPDP.

Una vez más la presencia de una norma comunitaria con naturaleza de Reglamento, como es el RGPD, impediría llevar a cabo esa determinación, lo que nos pone de nuevo en el límite de la constitucionalidad del modelo. Por otra parte, conviene señalar que en base a la posibilidad que deriva del art. 83.7 RGPD, el legislador, en línea con el modelo vigente en España en la LOPD de 1999, ha establecido que a las autoridades y organismos públicos no cabe imponerles multas económicas –art. 77 LOPDP–, lo que desde nuestro punto de vista minorra el impacto y alcance de la propia LOPDP.

Finalmente, el Título X regula la garantía de los derechos digitales. Preceptos que fueron añadidos por vía de enmienda en el Congreso y que apenas tienen relación con el derecho a la protección de datos, lo que contribuye a desdibujar el contenido y objeto de lo que surgió como una Ley reguladora del derecho a la protección de datos con el objeto de adaptar nuestro ordenamiento al Reglamento Europeo.

En conclusión, y a grandes rasgos, podemos señalar que nos encontramos ante una ley de enorme importancia para la ciudadanía, las empresas privadas y el propio sector público, al adaptar al ordenamiento jurídico interno las exigencias derivadas del RGPD, lo que a todas luces supone un auténtico cambio de paradigma en la regulación en materia de protección de datos de carácter personal.

Daniel TERRÓN SANTOS

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
dattersa@usal.es

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

Personal investigador FPU
Área de Derecho Administrativo
jldoal@usal.es