

0067/2023

I

De acuerdo con su parte expositiva, constituye el objeto del texto sometido a informe, de una parte, la actualización de la regulación del procedimiento sancionador en materia de infracciones administrativas de contrabando, adaptando el vigente a los cambios normativos que en esta materia y en el procedimiento administrativo general se han producido desde la entrada en vigor del Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, contribuyendo a proporcionar al ciudadano una mayor seguridad jurídica en la materia objeto de regulación; de otra parte, dar cumplimiento al mandato previsto en el artículo 198.1 del Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, con relación al supuesto de venta de las mercancías y la regulación del sistema de subasta de la misma para mejorar su eficacia, previendo que esta regulación también sea la aplicable a la enajenación de los bienes decomisados; y, finalmente, regular el registro de infractores de contrabando a los efectos de aplicar el criterio de graduación por reiteración en la comisión de infracciones de contrabando, modificando la regulación del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, mediante la incorporación del criterio de graduación por reiteración.

En el momento actual, el procedimiento para la aplicación del régimen jurídico de las infracciones administrativas de contrabando se encuentra regulado por el Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando.

Sin embargo, continúa exponiendo el texto presentado a informe, desde la entrada en vigor de este Real Decreto se han producido modificaciones que afectan al procedimiento sancionador en esta materia y a su régimen jurídico. Así, entre otras normas, (i) la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, y la Ley 11/2011, de 9 de julio, que modifican sustancialmente la regulación contenida en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; (ii) la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que modifica el artículo 4 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, previendo la liquidación de la deuda aduanera y tributaria nacida de hechos que constituyen supuestos de delito de contrabando e introduciendo

nuevos supuestos de infracción administrativa de contrabando; *(iii)* la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, y, *(iv)* en lo relativo a la reducción de sanciones, el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El texto del Real Decreto que se informa contiene un artículo único, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, cinco disposiciones finales, y un anexo con el texto del Reglamento relativo a las infracciones administrativas de contrabando.

II

El texto sometido a informe, en el aspecto relativo al derecho a la protección de datos personales, debe analizarse atendiendo a lo dispuesto en 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales —LOPDGDD—.

Ello no obstante, como bien apunta el órgano consultante, y así se plasma en el texto sometido a informe, en el caso de investigación de delitos, el tratamiento de los datos se registrará “por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (...)” (ex apartado 3 de la Disposición Adicional Única), que traspone la Directiva 680/2016, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril, 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.

La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, se adoptó como trasposición de la Directiva 680/2016, de 27 de abril, y como complemento del RGPD y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El RGPD establece en su art. 2.2.b) que dicho RGPD no se aplica al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección

o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención por lo que, en consecuencia, estas materias están excluidas del ámbito de aplicación del RGPD.

En este sentido, deben distinguirse los tratamientos de datos propios de esta Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de los regulados en el artículo 10 del RGPD y 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que se refieren al tratamiento de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales. Siguiendo la redacción del RGPD, su artículo 10 se refiere “al tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas [...], [que] solo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas”. Estos tratamientos serán por tanto para fines distintos de los previstos en el citado art. 2.2.b) RGPD. La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, resulta de aplicación a los tratamientos de estos datos cuyas finalidades son la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales (también, pues, en materia de delitos de contrabando).

En cuanto a la definición, consideración y consecuencias jurídicas del delito de contrabando, habrá de estar a lo dispuesto en la legislación penal especial, y, en concreto en el Capítulo I (artículos 2 al 10) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

El artículo 4.1 del RGPD define datos personales como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*.

A su vez, de acuerdo con el punto 2 del propio artículo 4 del RGPD, existe tratamiento de datos de carácter personal cuando se lleva a cabo *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”*. Por su

parte, la definición de *"fichero"* se contiene en el apartado 6 del artículo 4, que refiere a *"todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica"*.

En atención a dichas definiciones, y a la vista del articulado que se informa, resulta claro que, por parte de los órganos competentes, (i) tanto para la investigación, incoación de expedientes, e imposición de sanciones por la comisión de infracciones administrativas en materia de contrabando, en el marco del procedimiento administrativo correspondiente, (ii) como para el mantenimiento y gestión de un Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, con la finalidad de poder aplicar determinados criterios de graduación —registro de infractores—, y (iii) para la realización de actuaciones administrativas con ocasión del abandono de mercancías en aplicación de la legislación aduanera, se realizarán diversos tipos de tratamiento de datos de carácter personal en el sentido previsto por la normativa general de protección de datos (el RGPD), que resultará por tanto de aplicación.

III

Tal y como se ha expuesto, en primer lugar, el real decreto cuyo proyecto se informa, contiene diversas disposiciones, que preceden al texto reglamentario de cuya aprobación también se trata, y que, en lo que aquí interesa, se dirigen a regular las siguientes cuestiones, a saber:

La disposición adicional única, que regula el registro de infractores de contrabando a los efectos de aplicar el criterio de graduación por reiteración en la comisión de infracciones de contrabando.

La disposición transitoria única, que regula la aplicación del nuevo procedimiento de abandono y del Reglamento regulador del procedimiento sancionador por infracciones administrativas de contrabando y la retroactividad en el supuesto de sanciones más favorables.

La disposición final primera, que regula el abandono de las mercancías en aplicación de la legislación aduanera y su destino. Sus aspectos más importantes son la actualización del abandono tácito con las situaciones previstas en el artículo 198.1 del Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, y el destino de los bienes abandonados, regulando la subasta, como forma principal de enajenación de estos.

Y la disposición final segunda, que modifica el artículo 6 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, mediante la adición de una nueva letra f) a su apartado 1, con el objeto de prever esta finalidad para los datos personales de los indicados registros a efectos de poder aplicar el criterio de graduación por reiteración.

En concreto, en lo relativo al Registro de Sancionados, la Disposición adicional única, dispone que:

“1. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria mantendrá el registro de personas y entidades sancionadas por cualquier infracción administrativa de contrabando en resolución administrativa firme.

En este registro, se anotarán las sanciones administrativas de contrabando, indicando el tipo de la infracción y los datos identificativos del infractor, con la finalidad de conocer los antecedentes necesarios para la graduación de las sanciones por contrabando.

2. Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior se tendrán en cuenta las disposiciones del Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de 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), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y su normativa de desarrollo.

3. Los datos incluidos en el registro a que se refiere el apartado 1 también podrán ser tratados para la investigación de los ilícitos tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, y los delitos conexos o cualquier otra infracción en materia tributaria y aduanera y para la adopción de decisiones sobre solicitudes de autorizaciones aduaneras o el reexamen de las mismas.

El tratamiento de los datos se regirá, en el caso de investigación de delitos, por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, y, en el caso de investigación de las infracciones administrativas a que se refiere el párrafo anterior, por lo previsto en el apartado 2.

4. Los datos incluidos en el registro a que se refiere el apartado 1 se cancelarán cuando dichos datos dejen de tener eficacia a los efectos de la graduación de las sanciones a imponer por infracción administrativa de contrabando, en todo caso a los cuatro años. No obstante, se bloquearán los datos que hubieran sido tenidos en cuenta para la graduación de una sanción no firme o en una investigación de las previstas en el apartado anterior, mientras sea necesario para tales fines. Dicha cancelación se regulará por las disposiciones anteriormente indicadas.”

Pues bien, el análisis de la disposición transcrita sugiere su adecuación a lo dispuesto en la normativa de protección de datos, por cuanto, además de aludir de forma taxativa —mediante expresa mención—, a dicha normativa específica (ex apartado 2 de la Disposición final), de manera aún más concreta

—en materia de registro de infractores y sanciones—, se hace eco de las exigencias recogidas para tales registros tanto en el artículo 86 del RGPD, como en el artículo 27 de la LOPDGDD.

De tal suerte, siguiendo en este punto el articulado del Reglamento general (artículo 86), *“Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento”*. Por su parte, como complemento de lo anterior, el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, regula específicamente el “Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas”, disponiendo que:

“1. A los efectos del artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, incluido el mantenimiento de registros relacionados con las mismas, exigirá:

a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones.
b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquel.

2. Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados.

3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas solo 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.”

Pues bien, como se ha señalado, la Disposición adicional única del proyecto que se informa respeta las citadas previsiones, toda vez que corresponderá al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria el mantenimiento del registro correspondiente a la comisión de infracciones de contrabando dictadas con base en resoluciones administrativas firmes, resultando que dicho órgano es el efectivamente competente para la instrucción del procedimiento sancionador y para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones correspondientes por contrabando.

Esto es, del contenido de las atribuciones conferidas por la ley (artículo 1.5 de Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre), deriva precisamente la

condición de responsable de dicho Departamento, en tanto será quien decida sobre los fines y los medios necesarios en orden a la realización de los correspondientes tratamientos de datos, en el sentido del artículo 4.7 del RGPD, cuando dispone que es (7) *«responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.*

En efecto, según define el apartado 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, a efectos de dicha norma, se entiende por “Autoridad aduanera”, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales y los servicios de las Delegaciones Especiales y Delegaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria encargados del control aduanero de conformidad con las normas de organización de la Agencia.

No obstante lo anterior —siguiendo en este punto el mandato del artículo 27 de la LOPDGDD— debe reseñarse que, en el citado registro de sanciones, habrán de recogerse exclusivamente “los datos identificativos del infractor” estrictamente necesarios para la finalidad perseguida, cual es la de conocer los antecedentes necesarios para la graduación de las sanciones por contrabando. A este respecto, de acuerdo con el principio de “minimización de datos”, los datos tratados han de ser (artículo 5.1.c. del RGPD) “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”, debiendo el órgano responsable cumplir con el respeto y garantía de tal principio.

A su vez, el resto de “principios relativos al tratamiento” (art. 5 RGPD) deberán también cumplirse y respetarse, guiando la actuación del órgano responsable en relación con su actividad con incidencia en el tratamiento de la información personal de las personas afectadas. Y entre dichos principios cabe citar ahora específicamente el de limitación del plazo de conservación de los datos (art. 5.1.e) RGPD).

“Artículo 5 RGPD: Principios relativos al tratamiento

1.Los datos personales serán: e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

En concreto, esta Agencia sugiere que se considere si la referencia y regulación que se hace del “bloqueo” en el apartado 4 de la DA única del Proyecto es coherente con lo dispuesto en el art. 32 LOPDGDD. Así, en este último precepto el bloqueo consiste en la reserva de los datos *“cuando se proceda a su supresión”* (apartados 1 y 2), de manera que no se pueda acceder a ellos *“incluso su visualización”* *excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas* [de dichas infracciones]. Es decir, una vez que se bloquean por el responsable del tratamiento los datos (porque se cancelan), el responsable del tratamiento no puede tratar esos datos para la finalidad inicial, sino únicamente para ponerlos a disposición de las autoridades para las finalidades previstas en el apartado 2, y además el plazo de bloqueo es siempre el de la prescripción de la infracción, como aclara de igual manera el art. 32 LOPDGDD.

Aquí, en la redacción propuesta en el proyecto, parece que se quiere asegurar la utilización de los datos de las infracciones iniciales a los efectos de la graduación de unas posibles posteriores infracciones, por ahora no firmes o en curso, de manera que no se alegue que fueron tratados dichos datos fuera de plazo. Para ello, se dice, se bloquearán esos datos mientras sea necesario para tales fines. Ahora bien, como hemos visto, el bloqueo sólo puede durar hasta la posible prescripción de las responsabilidades (art. 32.2 LOPDGDD). En realidad, el tratamiento de los datos de las infracciones cometidas que se han tenido en cuenta para la graduación de la sanción en procedimientos posteriores (no firmes, o en curso) seguirá siendo legítimo, incluso una vez que haya prescrito la primera sanción, dado que existe base jurídica suficiente para ello (la graduación de la segunda sanción). Es ciertamente diferente que no se pueda tener en cuenta para la reiteración una sanción ya prescrita, a que el tratamiento de los datos que pueda hacerse de una sanción anterior, tenida en cuenta cuando aún no había prescrito, para el tratamiento consistente de la sanción posterior. En definitiva, el bloqueo sólo puede durar el plazo de prescripción; pero en los casos previstos en el proyecto esos datos podrán seguir siendo tratados -sin necesidad de bloqueo- a los efectos del tratamiento en que consisten los procedimientos en que dicha sanción ha sido utilizada para graduar la segunda sanción. Así, el bloqueo se aplica cuando los datos personales han de ser suprimidos (cancelados) (art. 32.1 LOPDGDD). Pero en este caso, y para esos otros procedimientos sancionadores en que se han utilizado dichos datos para graduar la sanción, el tratamiento será legítimo, sin necesidad de bloqueo. Cuestión distinta es que los datos de la primera sanción no puedan ser tenidos en cuenta para graduar sanciones en procedimientos en que la infracción se haya cometido con posterioridad al plazo de prescripción de la sanción.

La redacción del apartado 4 podría ser la siguiente:

4. Los datos incluidos en el registro a que se refiere el apartado 1 se cancelarán cuando dichos datos dejen de tener eficacia a los efectos de la graduación de las sanciones a imponer por infracción administrativa de contrabando, y en todo caso a los cuatro años. Los datos que hubieran sido tenidos en cuenta para la graduación de una sanción no firme o en una investigación de las previstas en el apartado anterior, podrán ser tratados mientras sea necesario para tales fines. Dicha cancelación se regulará por las disposiciones anteriormente indicadas y en todo caso por lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Cabe advertir, por otra parte, una posible discordancia entre el plazo de cuatro años previsto en este precepto y el de cinco años previsto en el art. 12 bis.1.b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

A continuación, la disposición final primera regula el abandono de las mercancías en aplicación de la legislación aduanera y su destino.

Dicho procedimiento no contiene especialidad alguna en materia de protección de datos, con la salvedad, en su caso, del cumplimiento del mandato del apartado 1 de la Disposición adicional séptima de la LOPDGDD, “Identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos”, cuando de tal publicación de datos personales se tratare. A saber:

“1. Cuando sea necesaria la publicación de un acto administrativo que contuviese datos personales del afectado, se identificará al mismo mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente. Cuando la publicación se refiera a una pluralidad de afectados estas cifras aleatorias deberán alternarse.

Cuando se trate de la notificación por medio de anuncios, particularmente en los supuestos a los que se refiere el artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.

Cuando el afectado careciera de cualquiera de los documentos mencionados en los dos párrafos anteriores, se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos. En ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.”

De tal modo, la LOPDGDD impide el uso conjunto apellidos, nombre y número completo del documento de identificación oficial de las personas en aquellos actos administrativos que vayan a ser objeto de publicación o

notificación por medio de anuncios. Cuando un acto administrativo se deba publicar se identificará a la persona mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias de su documento identificativo oficial. A su vez, cuando se trate de notificaciones por medio de anuncios se identificará a la persona exclusivamente con el número de su documento identificativo. En ambos casos, cuando la persona carezca de documento identificativo se la identificará solo mediante su nombre y apellidos.

Por su parte, la Disposición final segunda, modifica el artículo 6 del real decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, añadiendo una nueva letra f) a su apartado 1, del siguiente tenor:

1. Además de los indicados en el artículo anterior, el Ministerio de Justicia autorizará, estableciendo las medidas de seguridad oportunas, el acceso directo a la información contenida en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, siempre que en uno y otro caso se refiera a inscripciones no canceladas, a:

“f) Los funcionarios a los que se encomiende la instrucción y resolución de los expedientes por infracciones administrativas de contrabando en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.”

Pues bien, a diferencia de los demás incisos a) a f) de dicho precepto, en el nuevo apartado f) no se hace ninguna mención expresa a la limitación de los fines a que el tratamiento de los datos por parte de los funcionarios a los que se encomiende la instrucción y resolución de los expedientes por infracciones administrativas de contrabando en la Agencia Estatal de Administración Tributaria está sujeto, lo que debería de añadirse.

Del mismo modo, y como resulta del Preámbulo de la norma sometida a informe, la razón del acceso de estos funcionarios a los registros que se mencionan en el apartado 1 del artículo 6 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, -esto es, al Registro Central de Penados y al Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes- resultaría de la necesidad de tener en cuenta las personas condenadas de conformidad con el art. 12.bis.1.a) de la LO 12/1995. Pero de este último precepto resulta que el criterio de reiteración sólo se puede apreciar *cuando cuando el sujeto infractor haya sido sancionado por cualquier infracción administrativa de contrabando en resolución administrativa firme o condenado por delito de contrabando por sentencia judicial firme*, en ambos casos, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción. Ello pone de relieve dos cuestiones: la primera que es innecesario, y, por tanto, no sería conforme a la normativa de protección de datos (principio de minimización de datos, art. 5.1.c) RGPD), el acceso de estos funcionarios al Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, pues como puede apreciarse, su objeto no es ningún caso, ni pueden

obtenerse del mismo, datos en relación con sentencias *firmes* de contrabando a la fecha de la comisión de la infracción. En segundo lugar, y relación con el acceso al Registro Central de Penados, sería igualmente contrario al principio de minimización cualquier acceso de estos funcionarios a datos de condena penal que no fuesen los relativos a “delito de contrabando”, tal y como expresa con claridad el mismo art. 12 bis.1.a) LO 12/1995, puesto que para la finalidad del tratamiento sería innecesario conocer cualquier de este Registro Central de Penados diferente de los datos por condenas de contrabando, y en el período establecido por la ley.

En consecuencia, dicho apartado f) se sugiere que quede redactado de la siguiente manera:

“f) De conformidad con las finalidades previstas en el artículo 12 bis.1.a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, los funcionarios a los que se encomiende la instrucción y resolución de los expedientes por infracciones administrativas de contrabando en la Agencia Estatal de Administración Tributaria tendrán acceso, en relación con los fines de la instrucción y resolución de dichos procedimientos, exclusivamente al Registro Central de Penados para el conocimiento de las sentencias firmes por delitos de contrabando a los que hubieren sido condenadas las personas sobre las que se incoen dichos expedientes dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción.

Por lo demás, el citado precepto, tanto en su versión anterior, como en la que ahora se informa, alude al establecimiento, por parte del Ministerio de Justicia, de las “medidas de seguridad oportunas” sobre la información contenida en el Registro. En este sentido, habrá de estarse a lo previsto en los artículos 32 y siguientes del RGPD, relativos a la “Seguridad de los datos personales”, implementando las medidas adecuadas en orden a la garantía del tratamiento confidencial y al buen uso de la información almacenada, así como a la adecuada tutela de la información que contenga datos personales, autorizando únicamente su difusión limitada en los supuestos expresamente previstos por la normativa de aplicación.

A dichos efectos, se propone la mención expresa de las medidas de cumplimiento normativo necesarias, por lo que el órgano consultante podría incorporar un nuevo párrafo que, adicionado al texto presentado a informe, señale —al menos por vía de remisión, de manera explícita— **que en el tratamiento de los datos de carácter personal se implantarán las medidas de seguridad necesarias, con estricta observancia de las previstas en el RGPD y a la LOPDGGD y en el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad. Los sistemas de información que traten datos personales deberán garantizar la aplicación de las medidas técnicas y organizativas que resulten del correspondiente análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de**

Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos por el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, en los términos previstos en el artículo 3 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

IV

Entrando ya en el análisis del Reglamento contenido en el real decreto que se informa, relativo a las infracciones administrativas de contrabando, con carácter general, se observa su clara sintonía con la regulación procedimental general contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a cuya adaptación se dirige su dictado.

De tal modo, según el artículo 1 del proyecto, el reglamento desarrollará el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, siguiéndose en la imposición de sanciones por infracciones administrativas de contrabando las normas de procedimiento y los criterios de graduación regulados en el propio reglamento, que, a dichos efectos, resultará aplicable con base en el principio de especialidad, en relación con el procedimiento administrativo común y sus previsiones en el ámbito sancionador, todo lo cual incidirá, sin duda, en el tratamiento de los datos de carácter personal de los afectados, en el sentido definido por el RGPD.

En esencia, de acuerdo con la “Memoria de Impacto Normativo” del proyecto, el objetivo pretendido por la nueva regulación que se informa se resume en la mejora de la claridad normativa del régimen sancionador por infracciones administrativas de contrabando, adecuando el nuevo texto al marco jurídico legal actualmente existente y a la doctrina y jurisprudencia en su aplicación, con el fin último de asegurar adecuadamente el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que debe respetar toda normativa procedimental.

Pues bien, sin perjuicio de la referida actualización y adecuación normativa, en lo que al presente Informe se refiere, corresponde analizar el conjunto de cuestiones atinentes al tratamiento de los datos de carácter personal, y su nivel de adecuación a la normativa de protección de datos.

Así, la normativa de protección de datos contempla diferentes supuestos que pueden dar lugar al tratamiento de datos de carácter personal. De acuerdo con el artículo 6 –“Licitud del tratamiento”-, del RGPD, dicho tratamiento es lícito, y, por tanto, legítimo cuando:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (la negrita es nuestra)

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; (la negrita es nuestra)

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.”

Esta Agencia Española de Protección de Datos ha tenido oportunidad de analizar la base jurídica de los tratamientos de datos por las Administraciones públicas —entre otros— en sus Informes jurídicos 108/2018, 155/2018 y 175/2018. En dichos informes se expone que:

“II

En cuanto al sentido de la expresión “obligación legal” contenida en el artículo 6.1.c) RGPD, dicha expresión equivale, en la regulación española de protección de datos, a “obligación establecida en una norma con rango de ley”. El art. 53.1 de la Constitución (CE) establece que [l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). El derecho fundamental a la protección de datos personales se contiene en el art. 18.4 CE, y por tanto le es aplicable la necesidad de una ley para limitar el mismo.

A este respecto hay además que señalar que el Tribunal Constitucional ha interpretado los requisitos y circunstancias de la cesión de datos entre Administraciones Públicas, bajo la vigencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13

*de diciembre, de protección de datos de carácter personal, (LOPD) en diversas sentencias, entre las que cabe destacar ahora la STC 17/2013, de 31 de enero (FJ 4º), y la STC 292/2000, de 30 de noviembre, a que hace referencia la anterior:
(...)*

*Hay que recordar que la Administración está vinculada por el principio de legalidad, de manera que, a diferencia de los particulares, tan sólo puede llevar a cabo aquello para lo que el ordenamiento jurídico le permite expresamente. Este es el sentido de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 103 de la Constitución, de suerte que cuando la ley y el derecho no han atribuido a la Administración las potestades correspondientes para actuar ante una determinada situación, esa actuación no podrá llevarse a cabo sin que previamente el ordenamiento le atribuya dichas potestades. No existe por tanto un espacio vacío donde a falta de ley pueda la Administración actuar. Es lo que se ha denominado la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad (García de Enterría). En consecuencia, para que la Administración pueda actuar necesita de una previa habilitación legal (entendida aquí legalidad como habilitación normativa). Y ello tanto si la Administración actúa en el ámbito del derecho público como el ámbito del derecho privado. Así podemos ver que incluso en este último ámbito, en el que actuaría en el mismo rango que los particulares, la Administración necesita una norma que le habilite a actuar.
(...)*

*En cualquier caso, el RGPD excluye de la posibilidad de que los tratamientos realizados por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (sin distinguir si dichas funciones están sometidas al derecho público o al privado) puedan tener como base jurídica del tratamiento la letra f) del art. 6.1 RGPD, esto es, el interés legítimo. Ello, sin duda, porque parte de la base, como demuestra el considerando 45 RGPD, de que cuando se realice un tratamiento de datos en cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, dicho tratamiento ha de tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. En definitiva, dicho tratamiento de datos estará amparado por **la letra e) del art. 6.1** si el derecho aplicable ha atribuido una competencia a la Administración, y no lo estará en caso contrario. (la negrita es nuestra)
(...)"*

Así, esta AEPD, en el citado Informe 0175/2018, sostiene que "Con carácter general, la base jurídica del tratamiento en las relaciones con la Administración, en aquellos supuestos en que existe una relación en la que no puede razonablemente predicarse que exista una situación de equilibrio entre el responsable del tratamiento (la Administración), y el interesado (el administrado) no sería el consentimiento (art. 6.1.a) RGPD), sino, según los casos, el cumplimiento de una obligación legal (art. 6.1.c) RGPD) o el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos (art. 6.1.e) RGPD)."

A este respecto, el artículo 8 de la LOPDGDD, que lleva por rúbrica “Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos”, en su *apartado 2*, dispone que:

“2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.”

Por consiguiente, para que el tratamiento pueda ampararse en los apartados c) o e) del artículo 6.1 del RGPD, *se requiere que una norma con rango de ley, o de derecho de la UE*, atribuya la competencia, competencia que, de acuerdo con el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley, únicamente podrá ejercerse en los términos y dentro de los límites en que haya sido atribuida por dicha norma legal y, en su caso, por los preceptos reglamentarios que la desarrollen.

En el supuesto objeto de informe, la base jurídica que justifica el tratamiento de la información con datos de carácter personal se incardina en el apartado e) del artículo 6.1 RGPD, toda vez que el proyecto que se analiza regula el procedimiento administrativo para el ejercicio de una competencia atribuida a determinados órganos competentes para la investigación y descubrimiento de infracciones administrativas de contrabando.

Así, en los artículos 11 y 12 del proyecto, referidos a los órganos competentes en relación con el procedimiento sancionador, se señala que:

“Artículo 11. Órganos competentes en la investigación y descubrimiento de infracciones administrativas de contrabando.

1. Serán competentes en la investigación y descubrimiento de hechos que puedan constituir infracciones de contrabando:

a) Los órganos y funcionarios integrados en la autoridad aduanera definida en el artículo 1.5 de la Ley Orgánica.

b) La Guardia Civil en su condición de resguardo fiscal y en las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando.

c) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad distintos de los indicados en la letra anterior y las autoridades militares cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1º. Cuando por razones de urgencia sean requeridos al efecto por los funcionarios indicados en la letra a).

2º. Cuando sean sorprendidos los sujetos infractores en el momento de la comisión de la infracción.

3º. Cuando fuesen conocedores de alguna infracción de contrabando y puedan realizar preventivamente la aprehensión de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando o de los medios e instrumentos que han servido para su realización.

2. Cuando en el ejercicio de las actuaciones previstas en este artículo concurren los funcionarios previstos en la letra a) del apartado 1 anterior y cualquiera de los indicados en las letras b) y c) del mencionado apartado, la dirección funcional de las actuaciones corresponderá a los funcionarios del órgano de la autoridad aduanera presentes.

3. Si tales actuaciones se realizan en un establecimiento en el que las mercancías se encuentran en depósito temporal, en depósito aduanero o en zona franca, de la actuación deberá ser previamente informada la autoridad aduanera competente en relación con el establecimiento, siendo esta la que dirigirá funcionalmente la actuación o el funcionario que designe a tal fin, salvo que se trate de una irregularidad flagrante.

4. Los funcionarios integrados en órganos que no sean competentes de conformidad con el apartado 1 que, en el desarrollo de sus competencias, tengan conocimiento de hechos que pudieran ser calificados como infracción administrativa de contrabando tienen la obligación de poner tales circunstancias en conocimiento del órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador por contrabando.

“Artículo 12. Órganos competentes para iniciar, instruir y resolver el procedimiento sancionador por contrabando.

Son competentes para iniciar, instruir y resolver el procedimiento sancionador por contrabando aquellos órganos o unidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que tengan atribuida la competencia por su normativa específica.”

De lo anterior se infiere que, sin perjuicio de la competencia de los órganos administrativos y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se citan —ex artículo 11 del proyecto de reglamento— en relación con la investigación y descubrimiento de *infracciones administrativas* de contrabando, corresponderá a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento sancionador por contrabando. A dichos efectos, **en dicha Agencia y sus órganos componentes, y, en especial, en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, concurrirá la condición de responsable de los tratamientos de datos realizados en el marco de la investigación de los ilícitos administrativos sobre contrabando.**

A este respecto, el artículo 13 de la propia Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, bajo el título “Competencia, procedimiento y recursos”, estatuye que:

*“1. Serán **competentes para conocer de las infracciones de contrabando los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en la forma en que se disponga reglamentariamente.** (la negrita es nuestra)*

2. Las resoluciones de los órganos administrativos aludidos en el punto anterior que resuelvan o pongan fin al expediente administrativo de contrabando podrán ser objeto de impugnación ante la vía económico-administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

En definitiva, la necesidad de nombramiento y la determinación del responsable derivan de la norma con rango suficiente *“para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”* conforme al art. 6.1.e) RGPD.

En consecuencia, en relación con la base jurídica del tratamiento en el texto que se analiza, el tratamiento responde a la base de legitimación del artículo 6.1.e) del RGPD, por ser necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

V

Mención especial merece el artículo 21 del texto reglamentario, que establece la forma de actuar de los diferentes órganos con competencia en la investigación y descubrimiento de infracciones de contrabando cuando de los hechos se pudiera inferir que existen indicios de delito de contrabando.

Tal y como se adelantó, los tratamientos de datos personales en relación con la concurrencia de un ilícito penal, su prevención, detección, investigación, enjuiciamiento, así como la ejecución de las sanciones penales derivadas de su comisión, se regulan por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, que traspone la Directiva 680/2016, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril. En consecuencia, el Derecho de la Unión exige a los Estados miembros que se proceda a la determinación de la deuda cuando las autoridades aduaneras tengan los elementos para determinar esta y la identificación del deudor y proceder a su notificación al deudor (artículos 105.3 y 102.3 del Reglamento UE nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013), salvo que se *“perjudique la investigación judicial”* —artículos 105.6 y 102.3 del citado Reglamento—, es decir, cuando exista secreto de sumario.

Pues bien, en este punto, el proyecto sometido a informe exige que los órganos previstos en el artículo 11 del Reglamento comuniquen las actuaciones, remitiendo copia de lo actuado a efectos únicamente de la aplicación de la legislación aduanera y fiscal, para la liquidación, notificación y, en su caso, acción recaudatoria de la deuda aduanera y tributaria por los hechos que constituyen, además, una infracción de contrabando, a saber:

“Artículo 21. Procedimiento administrativo y jurisdicción penal.

1. Cuando en las actuaciones de investigación y de descubrimiento de ilícitos de contrabando existan indicios de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de contrabando, los órganos y funcionarios competentes según el artículo 11.1, procederán conforme a las siguientes reglas:

a) Con carácter previo al traslado de las actuaciones a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, deberán remitir dichas actuaciones a la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación Estatal de Administración Tributaria competente en relación con el lugar de realización de las actuaciones de investigación o de descubrimiento de ilícitos de contrabando para la práctica, en su caso, de la oportuna liquidación de la deuda tributaria y aduanera según lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica y el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

No obstante; (...) (—sigue.)”

En consecuencia, en aras de la seguridad jurídica, asumiendo el mandato derivado de la norma europea de aplicación —Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013—, se han previsto un conjunto de reglas específicas aplicables a la determinación de los diversos tipos de ilícitos, penales o administrativos, facilitando la determinación de la deuda cuando las autoridades aduaneras tengan los elementos para determinar esta y la identificación del deudor, procediendo a su notificación.

Por otra parte, según se señaló, en el marco del procedimiento administrativo sancionador de que se trata, por parte de los órganos responsables se procederá al tratamiento de diversos tipos de datos, muchos de ellos de “carácter personal”, al referirse a personas físicas identificadas y/o identificables en el sentido del artículo 4.1 RGPD.

Sin embargo, no se observa que el texto reglamentario propuesto (a diferencia de lo que ocurre con la Disposición adicional única del Real Decreto que lo aprueba, referida al registro de sancionados) se realice mención específica alguna al respeto y garantía de la normativa de protección de datos.

En consecuencia, también en el texto del reglamento que se informa —y no únicamente en la Disposición adicional única de la norma que lo aprueba, cuyo objeto es el específico del Registro de sancionados— deberían establecerse las directrices básicas que se utilizarán para el tratamiento de la información, garantizando su confidencialidad y buen uso, de modo que se autorice su difusión limitada solamente a los fines legalmente previstos, e indicándose expresamente en la norma cuáles serán dichas medidas de cumplimiento normativo.

De tal modo, por parte del órgano consultante, podría incorporarse bien en el propio Reglamento o en el texto del Real Decreto, una Disposición adicional específica (además de la ya existente sobre el Registro de sancionados) que expresamente recogiera que los tratamientos de datos personales llevados a cabo en el ejercicio de las potestades sancionadoras en virtud del Reglamento que aprueba el presente Real Decreto deberán cumplir los preceptos del **RGPD y la LOPDGDD**.

Nótese que, el propio Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión, del que —parcialmente— trae causa la norma que se informa, en su artículo 12, en relación con la “Comunicación de información y protección de datos”, dispone:

“Artículo 12 Comunicación de información y protección de datos

1. Toda información obtenida por las autoridades aduaneras en el desempeño de sus funciones que sea confidencial por naturaleza o que se haya facilitado con ese carácter estará protegida por el deber de secreto profesional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47, apartado 2, las autoridades competentes no podrán difundir esa información sin el consentimiento expreso de la persona o autoridad que la haya facilitado. Dicha información, sin embargo, podrá difundirse sin ese consentimiento cuando las autoridades aduaneras estén obligadas o autorizadas a hacerlo así en el marco de un procedimiento judicial o en virtud de las disposiciones vigentes, especialmente en materia de protección de datos.

2. La información confidencial del apartado 1 podrá comunicarse a las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de países o territorios situados fuera del territorio aduanero de la Unión a efectos de la cooperación aduanera con dichos países o territorios en el marco de un acuerdo internacional o de la legislación de la Unión en el ámbito de la política comercial común.

3. Toda difusión o comunicación de la información a que se refieren los apartados 1 y 2 deberá garantizar un nivel adecuado de protección de datos con pleno respeto de las disposiciones vigentes en materia de protección de datos.”

Por lo demás, respecto del resto de los preceptos del reglamento, relativos (i) al procedimiento para la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones por contrabando, (ii) la regulación de los órganos competentes para investigar las infracciones de contrabando y los órganos competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores por infracciones administrativas de contrabando, y (iii) la regulación de las facultades para la investigación de las infracciones de contrabando, su documentación, diligencias, informes, y depósito de bienes y mercancías, no cabe sino reiterar el obligado respeto y garantía de los principios de protección de datos del artículo 5 del RGPD —*ut supra*—, y que como ya se ha expuesto, sería más que conveniente que se recogiera en una Disposición Adicional que se aplicara íntegramente a todos los tratamientos de datos personales derivados de la competencia sancionadora desarrollada en el reglamento que se aprueba.

Del mismo modo, y tal y como se adelantó, el proyecto normativo objeto de informe debería referirse a las medidas necesarias para asegurar el tratamiento confidencial y el buen uso de la información almacenada, así como la adecuada tutela de la información que afecte a los datos personales, **conteniendo previsiones específicas en relación con la seguridad en el tratamiento de los datos de carácter personal objeto del reglamento, toda vez que el reglamento que se informa carece de previsión alguna al respecto.**

En este sentido, el artículo 24.1 RGPD dispone que *“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 presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario”*.

A su vez, en relación con la seguridad de la información, el artículo 32.1 establece que *“Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo (...)”*.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 11/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad:

“Artículo 3. Sistemas de información que traten datos personales.

1. Cuando un sistema de información trate datos personales le será de aplicación lo dispuesto en 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 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) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, o, en su caso, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, el resto de normativa de aplicación, así como los criterios que se establezcan por la Agencia Española de Protección de Datos o en su ámbito competencial, por las autoridades autonómicas de protección de datos, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el presente real decreto.

2. En estos supuestos, el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, realizarán un análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos.

3. En todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto a los que se refiere el apartado anterior, en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el presente real decreto.”

En consecuencia, se sugiere que se incorpore explícitamente, en el texto que se informa una mención al régimen de protección de datos, sugiriéndose —a tales efectos— la siguiente redacción:

Tratamientos de datos de carácter personal.

1. Los tratamientos de datos de carácter personal de las personas físicas que sean necesarios para la aplicación del presente real decreto se realizarán con estricta sujeción a lo dispuesto en el 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 en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. El tratamiento de los datos personales se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679, al realizarse para el cumplimiento de una misión de interés público y en el ejercicio de potestades públicas.

3. Los sistemas de información que traten datos personales deberán garantizar la aplicación de las medidas técnicas y organizativas que resulten del correspondiente análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos por el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, en los términos previstos en el artículo 3 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

VI

Otras cuestiones:

- El art. 27.2.d) del Reglamento sometido a informe establece que en el acuerdo de iniciación habrá de indicarse que el pago de la sanción reducida supondrá el reconocimiento, adicional, de la responsabilidad, y a su vez el art. 42.2 establece una prevención similar. Esta AEPD sugiere que se reexamine dicha regulación, dado que podría ser contraria al art. 85 de la ley 39/2015, a la vista de, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 1260/2022, de 27/09/2022 (Rec, 294/2021), pues esta sentencia considera que el pago anticipado no comporta reconocimiento alguno de responsabilidad. En consecuencia,

mediante este reglamento se estaría privando al infractor de un derecho reconocido en la ley 39/2015, que sería el de pagar sin reconocer la responsabilidad, con lo que ello conlleva.

- En el art. 28.1, tercer párrafo, se hace referencia a la consulta al Registro de Sancionados para determinar la existencia de reiteración, bien por existencia de una sanción previa o de una condena penal previa; pero de este Registro no se deduce la existencia de condenas penales, por lo que habría que referirse también al Registro de Penados para ello, en los términos del apartado f) del art. 6 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, añadido por la DF segunda del Real Decreto que ahora se informa, con la redacción sugerida por esta AEPD en este Informe.
- Asimismo, en el mismo art. 28.1, tercer párrafo, habría de precisarse que la DA única a que se refiere es del RD que aprueba el reglamento, y no del reglamento mismo.
- El art. 43, apartado 3, del reglamento es confuso en cuanto a la referencia que se hace a “una vez aplicada, en su caso, la reducción prevista en el apartado anterior de este artículo” para determinar el importe de la reducción, pues no parece concordar con lo establecido en el ya mencionado art. 27.2.c), que requiere que el acuerdo de iniciación determine el importe de la sanción reducida aplicable a cada supuesto, bien de reconocimiento de responsabilidad bien de pago anticipado. Quizás sería conveniente aclarar la redacción del art. 43.3 a este respecto porque parece que se hace una reducción adicional, ya que la segunda reducción del 20% -la prevista en el art. 43.3 del reglamento- parece que se aplicaría sobre la base del importe ya abonado previamente, con el 20% de reducción, lo que, además, sería perjudicial para el sancionado, porque implicaría que la base sobre la que se aplicaría la reducción sería inferior.