

Vigencia de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995 - Año 2002

Se planteó por una determinada empresa si es necesaria la autorización del Director de la Agencia para llevar a cabo una transferencia internacional de datos a un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y respecto de cuyo nivel de protección de datos no existe Decisión alguna por parte de la Comisión Europea, dado que dicho Estado figura en la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995, por la que se declaran los Estados que ofrecen un nivel de protección de datos equiparable al establecido en la legislación española.

Sentado todo lo anterior, debe analizarse detenidamente si la competencia y criterios que sustentaban la adopción de la Orden de 2 de febrero de 1995 han de considerarse confirmados tras la entrada en vigor de la LOPD, lo que determinaría la aplicación de su Disposición transitoria tercera.

Tanto la derogada LORTAD como la vigente Ley Orgánica 15/1999 parten del concepto de que será admisible la transferencia internacional (sin requerir autorización específica del Director de la Agencia Española de Protección de Datos) en los supuestos en que el nivel de protección de datos en el país de destino sea "equiparable" al establecido en la Ley.

Si bien una mera lectura de estos preceptos permitiría considerar que, reproducido el precepto en una y otra norma, su contenido es el mismo, lo que induciría a considerar vigente la Orden citada, es necesario tener en cuenta que el término "equiparable" se predica de dos normas que, en ciertos aspectos, resultan ser distintas, toda vez que la Ley Orgánica 15/1999 viene a introducir en nuestro ordenamiento jurídico determinados principios en materia de protección de datos personales que hasta su entrada en vigor no aparecían recogidos en la legislación española.

En particular, es relevante tener en consideración cómo la nueva Ley Orgánica vino a reforzar los principios de consentimiento y finalidad, ejes esenciales de la protección de datos, exigiendo requisitos más rigurosos para considerar cumplida la norma por parte de los responsables de los ficheros en estos casos. Así, desaparece la admisibilidad del consentimiento presunto, reforzándose los requisitos del consentimiento, que habrá de ser, en línea con lo exigido en la Directiva 95/46/CE "libre, inequívoco, específico e informado".

Del mismo modo, se refuerzan las exigencias de información a los afectados, exigible en un mayor número de supuestos, así como, tal y como se indicó anteriormente, la necesidad de que cualquier finalidad del tratamiento resulte ser "determinada, explícita y legítima".

Además, la Ley regula con mayor detalle la figura del encargado del tratamiento, introduciendo requisitos más rigurosos que los contenidos en el artículo 27 de la LORTAD reconoce por primera vez el derecho de oposición, establece un régimen más pormenorizado del derecho de los afectados frente a

las denominadas "decisiones personales automatizadas" y limita determinadas facultades hasta entonces ostentadas por los responsables de los ficheros de titularidad pública.

Por su parte, tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 290/2000 y 292/2000, se establece un régimen aún más riguroso del derecho a la protección de datos, concebido ahora como derecho fundamental autónomo, y del principio de reserva de Ley en las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de este derecho.

Por todos estos motivos, si bien el artículo 33.1 de la LOPD reproduce el texto del artículo 32 de la LORTAD, ello no supone que dicho precepto haya de considerarse dotado de un mismo contenido normativo, dado que al establecer el mismo un término de referencia que, como se ha indicado, ha resultado alterado por las previsiones resultantes de la reforma de la Ley Orgánica, debe considerarse modificado el propio contenido del precepto, siendo así que resulta posible que la equiparabilidad que pudiera existir a partir del análisis comparativo de la legislación del país de destino en relación con la LORTAD no resulte tal tras la entrada en vigor de la LOPD.

Por ello, la mera inclusión de un determinado país en la Orden de 2 de febrero de 1995 no podría determinar automáticamente el que su nivel de protección pueda ser considerado equiparable al previsto en la LOPD, aprobada casi cinco años después y reguladora de un régimen parcialmente distinto al de la norma derogada. Ello impide que pueda considerarse directamente aplicable la citada Orden en virtud de la Disposición transitoria tercera de la citada Ley Orgánica.

Por otra parte, debe indicarse que, en todo caso, el marco regulador de la protección de datos de carácter personal existente en el momento de adopción de la Orden de 1995 se encuentra modificado, además de en lo referente a determinados aspectos sustantivos de la protección de datos, como consecuencia de la adopción y entrada en vigor en octubre de 1998 de la Directiva 95/46/CE, que la propia Ley Orgánica 15/1999 viene a transponer al ordenamiento español. Dicha Directiva viene a imponer determinadas conductas a las autoridades de control en lo que a la determinación del nivel adecuado o equiparable de protección se refiere.

Existe un último argumento de índole competencial que coadyuva a la consideración de la citada Orden de 2 de febrero de 1995 como derogada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1995.

En efecto, la Orden fue dictada en virtud de la habilitación efectuada a favor del entonces Ministerio de Justicia e Interior por la Disposición final primera del Real Decreto 1332/1994. Dicha habilitación encontraba su justificación en la Disposición final primera de la Ley Orgánica 5/1992, que habilitaba al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la misma.

Sin embargo, la Ley Orgánica 15/1999, aún conteniendo una habilitación similar en su Disposición final primera, introduce una fundamental modificación

en lo que a la determinación del nivel adecuado de protección se refiere, al establecer el inciso primero del artículo 33.2 que "el carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia Española de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos".

En consecuencia, la mencionada Ley Orgánica atribuye a esta Agencia la competencia exclusiva para enjuiciar la existencia o inexistencia del mencionado nivel de adecuación, sin que dicho enjuiciamiento pueda efectuarse por la mera aplicación automática de una norma emanada de otro Órgano distinto, que delimite cuándo ha de entenderse procedente o improcedente dicha decisión.

En resumen, si bien en el momento de su adopción la Orden de 2 de febrero de 1995 fue dictada por Órgano competente para resolver sobre la existencia o inexistencia de adecuación, dicho Órgano perdió la competencia para decidir sobre esta cuestión con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, que atribuyó dicha competencia en exclusiva a la Agencia Española de Protección de Datos. Por este motivo, la Orden, válida en el momento de su adopción, devino contraria a lo establecido en la Ley Orgánica, lo que inequívocamente supone que la misma ha de entenderse derogada por ser contraria a la propia Ley, que atribuye en exclusiva a la Agencia la potestad de resolver sobre la existencia del nivel equiparable de protección en el Estado donde se encuentre el destinatario de los datos en una transferencia internacional.

En consecuencia, se ha indicado que la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995, y por extensión la Orden del Ministerio de Justicia de 31 de julio de 1998, por la que se ampliaba la relación contenida en la primera, deben entenderse derogadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, sin que resulte de aplicación a este caso la previsión contenida en la Disposición transitoria primera de la misma.