

0056/2021

Dicho Proyecto de norma deroga el Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los registros de matrícula de las oficinas consulares en el extranjero (salvo un aspecto meramente puntual), para adoptar la tramitación electrónica de dicho procedimiento, e incorporar, añade, la reciente regulación en materia de Protección de Datos personales del 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, RGPD), y de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

I

El primer comentario que resulta del proyecto sometido a informe es lo establecido en su artículo 3, donde establece una obligación de inscripción de los nacionales españoles que residan habitualmente en el extranjero en el registro de matrícula de la oficina consular de carrera que corresponda a la circunscripción donde se encuentre. Dicha obligación de inscripción supone un tratamiento de datos personales que, en principio, viene establecido en una norma con rango de Real Decreto. Ya el Real Decreto 3425/2000, citado, que se deroga, contenía dicha obligación de inscripción en su art. 2.1.

El Tribunal Constitucional, en su STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

*- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), **precisa una habilitación legal** (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:*

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

"En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de

mayo [RTC 1995, 66], F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270], F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37], F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186], F. 6)."

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

*En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que **la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho** de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).*

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 *Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).*

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice: *Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [Dictamen 1/15 (Acuerdo*

PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

*176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de **garantías suficientes** que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada].*

Pues bien, ello supone, de acuerdo con lo expuesto, que es necesario determinar la existencia de una norma con rango de ley que establezca la posibilidad de dicha injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, debiendo dicha ley asimismo establecer la condiciones y garantías del tratamiento y estas cumplir el principio de proporcionalidad.

Esta AEPD considera, como igualmente consideró en su Informe 5719/2000, de 21 de marzo de 2000 (véase además el Dictamen del Consejo de Estado 2732/2000, de 4 de octubre de 2000, sobre el proyecto de Real Decreto que luego fue el 3425/2000), que dicha ley es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), modificada por la ley 4/1996, de 10 de enero, y desarrollada por el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, cuyo art. 17.5 LBRL no sólo establece la obligación para la Administración General del Estado, en colaboración con los Ayuntamientos y Administraciones de las Comunidades

Autónomas, de confeccionar un Padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE), sino que a este PERE serán de aplicación las normas de la propia LBRL que regulan el padrón municipal. Luego serán aplicables las condiciones y garantías que para los tratamientos de datos del padrón municipal establezca la LBRL.

El Informe de esta AEPD citado 5719/2000 estableció que:

Tal y como se indica en el Preámbulo de la propia norma sometida a consulta de esta Agencia, la misma supone el desarrollo del mandato contenido en el artículo 17.5 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada a la misma por la Ley 4/1996, de 10 de enero, a cuyo tenor “la Administración General del Estado, en colaboración con los Ayuntamientos y Administraciones de las Comunidades Autónomas confeccionará un Padrón de españoles residentes en el extranjero, al que será de aplicación las normas de esta Ley que regulan el Padrón municipal”.

(...)

En el presente caso, la cumplimentación del padrón de residentes en el extranjero tiene por objeto el desempeño por la Administración de las funciones derivadas de lo establecido en la Ley de Bases de Régimen Local, garantizando, entre otras cosas, el libre cumplimiento por los interesados de los derechos de participación política consagrados en el artículo 23 de la Constitución y en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. Además, el cumplimiento de esta obligación viene especialmente exigido por una norma con rango de Ley (la propia Ley 4/1996).

En consecuencia, esta Agencia de Protección de Datos informa favorablemente la norma sometida a su parecer, al suponer un tratamiento de datos permitido por las Leyes, si bien debe recordarse que el fichero resultante quedará, en cuanto a su utilidad y cesión de los datos, sujeto a las mismas limitaciones y reglas que resultan de aplicación al padrón municipal de habitantes, conforme establece el artículo 17.5 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción anteriormente transcrita.

En consecuencia, al igual que el art. 15 LBRL establece que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente, lo que se justifica por el evidente interés público en el conocimiento de la población (española o extranjera) residente en un municipio (y por extensión en el conjunto de España), dicho interés público (de conocer la población española en el extranjero) justificaría igualmente una obligación de inscripción a los españoles residentes fuera de España en su demarcación consular, ya que además el Estado está sujeto a obligaciones respecto a dicha población en el extranjero, bien establecidas en leyes bien en tratados internacionales. Así, el art. 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (que cita la Exposición de Motivos del proyecto) establece que las funciones consulares consisten en a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; o e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas. A su vez, la ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, establece como objetivo de la política exterior de España la de (art. 2.2.j) la asistencia y protección a sus ciudadanos, así como la protección de los intereses económicos de España en el exterior, y el art. 47 de la ley establece que las Oficinas Consulares son los órganos de la Administración General del Estado encargados del ejercicio de las funciones consulares y especialmente de prestar asistencia y protección a los españoles en el exterior.

En consecuencia, y por lo que hace a la base jurídica del tratamiento, conforme al art. 6 RGPD, esta Agencia considera que el tratamiento de los datos personales está justificado por el interés público de la misión encomendada a la Administración del Estado de proteger a sus ciudadanos en el exterior, de conocer la población española residente en el exterior a esos efectos (PERE), así como la de facilitar a dicha población en el exterior el ejercicio de su derecho al voto, mediante la formación del Censo de Residentes Ausentes en el extranjero (CERA) (art. 75 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, LOREG) o mediante el voto por correo de los residentes temporalmente en el extranjero (art. 74 LOREG).

Dado que, desde el punto de vista del tratamiento de los datos personales, el presente Real Decreto trae causa, como lo fuera el RD

3425/2000, del art. 17.5 LBRL, se sugiere que en la Exposición de Motivos se haga mención, como ya se hizo en la Exposición de Motivos del RD 3425/2000, al citado art. 17.5 LBRL que contempla la confección de un Padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE), al que serían de aplicación las normas de dicha Ley reguladora del Padrón Municipal.

Lo anterior nos lleva a las bases jurídicas que el proyecto de norma considera que justifican los tratamientos de datos que regula. Dichas bases jurídicas se concretan en los Anejos 1 y 2 del proyecto, que recogen de manera acertada, clara y específica (salvo algún aspecto menor, que se comentará más adelante en este Informe), a juicio de esta Agencia, la “información básica sobre Protección de Datos de carácter personal”. La finalidad de los tratamientos es facilitar la asistencia consular a los españoles en el extranjero y la elaboración del PERE, lo que se considera correcto.

II

En relación con otros aspectos del articulado del proyecto de norma, se hacen los siguientes comentarios:

Art. 3.3: la mención a la “incapacitación” ha de entenderse superada por la modificación del Código civil y otras normas llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que debería de redactarse el precepto teniendo en cuenta la nueva normativa.

Art. 4.2 y 6.2: Estos preceptos parecen sugerir que la solicitud de inscripción como residente o no residente sólo podrá presentarse por algunas de las vías que se mencionan en ellos. Si se interpretara así ello sería contrario al art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (ley 39/2015), que permite a los interesados elegir en qué oficinas/registros podrán presentar las solicitudes, por lo que los citados artículos del proyecto deberían completarse con una mención a que, “sin perjuicio de ello, los interesados podrán presentar sus solicitudes en cualquiera de los lugares permitidos por el apartado 4 del artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Art. 4.3: Establece que los interesados deberán “acreditar documentalmente” su (i) identidad y (ii) la nacionalidad española (amén de la residencia en la demarcación consular correspondiente). Ello parece suponer que los interesados habrán de aportar “documentos” que así lo prueben. Además, el art. 4.5 establece que la presentación de la solicitud “comportará la autorización” a la Oficina Consular para consultar telemáticamente o por otras vías la identificación personal del solicitante. Al respecto, hay que señalar que el proyecto de norma habrá de tener en cuenta que el art. 28.2 de la ley 39/2015 señala que los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (ejemplo, su DNI o el pasaporte, si lo tuviesen). Y, por otro lado, la redacción que se da al apartado 4.5 parece responder más bien a la redacción del art. 28.2 de la ley 39/2015 anterior a la reforma de dicho precepto por la LOPDGDD, pues tras la reforma dicho artículo no hace referencia ya a una “presunción” de consentimiento o autorización del interesado para que la Administración pueda consultar los documentos que ya obran en su poder, sino que es la propia ley la que autoriza dicho tratamiento de datos, “salvo que el interesado se opusiera a ello”. Se considera que este apartado 5 del art. 4 debería seguir la redacción de la ley 39/2015.

III

El art. 7 del Proyecto lleva por título Constancia documental de la inscripción en el Registro de Matrícula Consular, y trata básicamente de la normativa de protección de datos personales en relación con la inscripción de las solicitudes de los interesados.

El primer párrafo señala que los tratamientos de datos personales se regirán por la normativa que regula dicho derecho fundamental, esto es, el RGPD y la LOPDGDD. Y ello por cuanto, aunque las Oficinas consulares puedan estar en países ajenos a la UE, el art. 3.3 RGPD, en lo relativo al ámbito territorial de aplicación del RGPD establece que el mismo se aplica cuando sea de aplicación el Derecho de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público, como en una misión diplomática u oficina consular de un Estado miembro (Considerando 25 RGPD).

En relación con el apartado 2 de dicho art. 7, en lo relativo a la cesión de los datos, establece una redacción que se separa de las condiciones y garantías previstas en la LBRL, por lo que debería ser revisada la redacción y adaptada a la citada LBRL. En concreto, como ya hemos expuesto en el epígrafe I de este Informe, la base jurídica que habilita estos tratamientos deriva de la misión de interés público que contiene la LBRL para el Padrón Municipal de habitantes, en su art. 17.5, al señalar que al PERE le serán de aplicación las normas de dicha ley que regulan el padrón municipal. Pues bien, la cláusula de cesión de datos contenida en el art. 7.2, segundo inciso, del proyecto es más amplia que la establecida en el art. 16.3 LBRL (que era además idéntica a la que contenía el art. 6.2 del RD 3425/2000), y que debería ser respetada, por contener las garantías que la ley que, en definitiva, permite el tratamiento, ha establecido. Así, por ejemplo, el art. 7.2, primer párrafo del proyecto ha suprimido que la cesión será “para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia en el extranjero sean datos relevantes”, lo que debería volverse a incluir, pues en caso contrario el proyecto de reglamento habría suprimido una de las garantías al tratamiento de datos previstas en la ley.

Por otra parte, hay que considerar que la normativa de protección de datos no establece “supuestos” en que los datos podrán ser cedidos, sino a lo sumo los requisitos para que dichas cesiones (que son, en definitiva, tratamientos de datos, art. 4.2 RGPFD) puedan producirse válidamente, entre ellos, como resulta de la jurisprudencia constitucional, que dichas peticiones sean conformes con los principios y la regulación de Protección de Datos personales como esto es caso a caso como justificadas una a una y motivadas, con imposibilidad de acceso indiscriminado genérico etcétera. Por ello, el inciso en el art.7.2 del proyecto, que ahora dice: “Dichos datos podrán ser cedidos a otras Administraciones públicas que lo soliciten en los supuestos establecidos en la normativa de protección de datos de carácter personal y con los condicionantes establecidos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” deberá de completarse con lo mencionado en este párrafo, y en el anterior de este Informe.

No hay que olvidar, por otra parte, que las transmisiones de datos entre Administraciones Públicas tienen una regulación general en el art. 155 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (ley

40/2015), en la redacción dada por el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre.

El apartado final del art. 7.2 del proyecto tiene una redacción algo confusa, pero lo que sí puede afirmarse es que no corresponde a un reglamento, de acuerdo con lo que ya ha quedado expuesto, la determinación de los datos personales necesarios para un tratamiento, tarea esta que corresponde exclusivamente a la ley. De la redacción del apartado, y a la vista de los datos que se contiene en la solicitud de inscripción como residente podría entenderse que la referencia que se hace en este párrafo a “la solicitud de otros datos necesarios fotos de una correcta protección consular” hace referencia a posibles datos que se requerirían en caso de que el interesado pudiese solicitar en la sede consular la expedición o la renovación del pasaporte ordinario (de ahí la mención a la Ley Orgánica 4/2015 o al Real Decreto 896/2003). Pero sin embargo dichos datos no aparecen como necesarios en este momento, puesto que en ningún sitio resulta obligatorio que un residente en una demarcación consular esté obligado a solicitar expedición o la renovación del pasaporte en dicha demarcación consular, y no en otra diferente o incluso en el interior del territorio español, y en consecuencia su petición en este momento conculcaría el principio de minimización de datos, puesto dichos datos podrían no llegar a ser necesarios en ningún momento si el interesado no acudiese a la oficina consular a la renovación de su pasaporte. En cualquier caso además, y volviendo a la, en opinión de esta Agencia, algo confusa redacción de este apartado, no resulta claro si la alegada “desvinculación” de estos datos, que no se concretan en el texto (aunque posiblemente sí resultan de los modelos presentados como anejos 1 y 2, aunque no se diferencian en ellos -esto es, no se dice cuáles responden a esta finalidad- de aquellos que no responden a esta finalidad) supone que no estarán sujetos a una posible cesión a otras autoridades administrativas, o bien que lo estarán en todo caso con independencia de las posibles garantías que puedan existir en la LBRL. Por ello se sugiere que se suprima directamente este último apartado del artículo 7.2 del proyecto, e igualmente se supriman de los modelos aportados como anejos 1 y 2 los datos personales a que hace referencia este apartado (que, se reitera, no se establecen dichos modelos qué datos responden a esta finalidad). Si una determinada persona acudiese a la oficina consular a renovar su pasaporte, será en ese momento cuando deban requerírsele los datos necesarios para dicha finalidad, sin que exista necesidad

alguna de que dichos datos consten con antelación a la petición de inicio del procedimiento administrativo correspondiente.

IV

Por último, en cuanto a los modelos de solicitudes de inscripción en el registro de matrícula consular presentados como anejos, hay que señalar que el artículo 94.1.c) del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (RPDTEL), aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, en consonancia con el art. 16.2, f) LBRL y en relación con el art. 17.5 LBRL, tan sólo prevén que en la inscripción conste el *d) Número del documento nacional de identidad, o pasaporte* (no “y” el pasaporte), por lo que la solicitud de ambos como obligatoria sería contraria a estas normas, y por tanto al principio de minimización de datos (art. 5.1.c) RGPD). Lo mismo resultaría de los “nombres de los progenitores”, que ni están en el art. 94 RPDTEL, ni se explica la necesidad de ellos.