

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, se observa que en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo se indica con acierto que se ha recabado informe de la Agencia Española de Protección de Datos, si bien se hace notar que debería indicarse también en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

I

El proyecto normativo que se analiza regula la creación del Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería previsto en el artículo 197.4.c) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, y persigue los siguientes tres objetivos:

- i) Desarrollar reglamentariamente la creación y el funcionamiento del Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería, previsto en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, para la representación cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español.
- ii) Habilitar para la representación en el ámbito de extranjería a determinados grupos y organizaciones, cuya colaboración puede mejorar sustancialmente la tramitación de este tipo de procedimientos.
- iii) Garantizar el control y la trazabilidad de la representación por parte de los colaboradores de extranjería en los procedimientos que se sustancien en aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre

En lo que se refiere a su contenido el proyecto de Orden Ministerial consta de una parte expositiva, una parte dispositiva que cuenta con diez artículos y una parte final que consta de tres disposiciones finales:

Artículo 1. Objeto.

Artículo 2. Órganos competentes.

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

Artículo 4. Inscripción en el Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería.

Artículo 5. Contenido y validez de la inscripción.

Artículo 6. Solicitud de inscripción y documentación.

Artículo 7. Procedimiento para la inscripción.

Artículo 8. Obligaciones de los colaboradores de extranjería.

Artículo 9. Baja de los colaboradores de extranjería del registro.

Artículo 10. Protección de datos de carácter personal.

Disposición final primera. Facultades de ejecución y aplicación.

Disposición final segunda. Régimen jurídico aplicable.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

Centrando el análisis de este informe, como no puede ser de otra manera, en la perspectiva de la protección de datos personales, se hace notar que inevitablemente la creación y puesta en marcha de este Registro implicará el tratamiento de datos personales, e incluso pudiera ser el caso de llegar a tratar datos especialmente protegidos cuando al tratar tales datos de los extranjeros pudiera inferirse algún dato especialmente protegido, en cuyo caso debería aplicarse el régimen de protección reforzada del artículo 9 RGPD.

II

La normativa de protección de datos contempla diferentes supuestos que pueden dar lugar al tratamiento de datos de carácter personal. En concreto, de acuerdo con el **artículo 6** –“Licitud del tratamiento”-, del **RGPD**, entre otros, dicho tratamiento es lícito y 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;

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.”

Dado que este proyecto normativo persigue la creación de un Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería, así como la regulación de sus condiciones de funcionamiento y el establecimiento de los requisitos para la inscripción en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 197.4.c) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, los tratamientos de datos que resulten de la aplicación de este proyecto normativo habrán de ser realizados de acuerdo con la ley, y por los órganos competentes que resulten de acuerdo con ella.

La Orden Ministerial objeto de este informe se apoya en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la que se permite la creación de registros administrativos y sistemas de información cuando estén vinculados al ejercicio de competencias públicas, y también la Ley 39/2005, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por la que se legitima el uso de registros electrónicos sectoriales. Asimismo, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, atribuyen al Ministerio competente plenas competencias en materia de extranjería, incluyendo la ordenación de los procedimientos y sujetos intervinientes, disponiendo el artículo 197.4 de dicha norma reglamentaria en materia de *Lugares de presentación de las solicitudes, legitimación y representación cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio nacional*, que:

“Adicionalmente, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, también se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal cuando las solicitudes se presenten por quienes ejerzan válidamente su representación, siempre y cuando se esté en alguno de los supuestos siguientes:

a) Con carácter general, cualquier persona física o jurídica podrá actuar en representación de otra únicamente cuando dicha representación quede acreditada mediante apoderamiento notarial o a través de apud acta en el registro electrónico de apoderamientos.

b) En el caso de sujetos conveniados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando la presentación electrónica de solicitudes, escritos, documentos o recursos administrativos se realice de acuerdo con lo establecido mediante Convenios de habilitación para la representación de terceros. Para el desarrollo de estos convenios, la Administración General del Estado podrá establecer que los profesionales adheridos a ellos creen los correspondientes registros electrónicos de apoderamiento o representación.

c) Cuando se trate de sujetos incluidos en el Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería conforme a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que lo desarrolle.

A la vista de lo cual, se observa la concurrencia de la base habilitante contenida en el artículo 6.1.c) y e): *Tratamiento necesario para el cumplimiento*

de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, dado que este Registro está llamado a organizar la tramitación de la extranjería en España, a controlar a los intermediarios que intervengan en dicha tramitación, y a mejorar la eficacia y seguridad jurídica de tales tratamientos.

En todos estos casos, las citadas previsiones competenciales deben estar establecidas en una norma con rango de ley formal, respondiendo con ello a las exigencias derivadas del artículo 8 de la LOPDGDD, cuando dispone que:

“Artículo 8. Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos.

*1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con **rango de ley**, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679. (La negrita es nuestra)*

*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**.” (La negrita es nuestra)*

En consecuencia, **la base de legitimación de los tratamientos derivados del proyecto normativo que se analiza se encuentra incardinada en las previsiones de las letras c) y e) del artículo 6.1 del RGPD al constituir un desarrollo de los supuestos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, atribuyen al Ministerio competente plenas competencias en materia de extranjería, concretamente en su artículo 197.4. Debiendo, asimismo, recordarse la doctrina jurisprudencial**

existente en torno a las limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos citando, por todos, el informe de este Servicio Jurídico número 47/2024:

“En primer lugar, debe partirse de la naturaleza reglamentaria del proyecto informado y de la vigencia, en relación con las limitaciones al derecho fundamental de protección de datos personales, del principio de reserva de ley exigido por el artículo 53.1 de la Constitución y el artículo 8 de la LOPDGDD, que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, requiere, 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”.

III

Siendo la finalidad principal de este proyecto normativo la de regular el Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería, tal como se acaba de analizar, resulta evidente que la tramitación que se realice de estas solicitudes implicará necesariamente el tratamiento de datos de carácter personal.

En este sentido, el artículo 5 del borrador normativo que se analiza regula el contenido y validez de la inscripción, incluyendo, entre otros datos, e) *los datos identificativos de los representantes legales de la organización sindical o de la entidad sin ánimo de lucro, y h) censo con los datos identificativos de las personas habilitadas para la representación por las organizaciones sindicales o entidades sin ánimo de lucro inscritas como colaboradores*. En cuanto a los datos de contacto se refiere tanto el RGPD como la LOPDGDD determinan el carácter de datos personales que tienen estos datos, sin perjuicio de la presunción de interés legítimo que existe para tratarlos ex artículo 19 LOPDGDD.

Por su parte, el artículo 6, sobre solicitud de inscripción y documentación, incorpora datos como a) *copia de la tarjeta de identificación fiscal o b) documento nacional de identidad del representante legal que presenta la solicitud y documentación acreditativa de dicha representación*.

A la vista de lo expuesto, se observa que, en definitiva, aunque el Registro sea de Entidades Colaboradoras la operativa asociada al mismo implica inevitablemente el tratamiento intensivo de datos personales.

En este sentido, 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 —RGPD—), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales —LOPDGDD— conforman el marco jurídico de referencia en España que afecta a la protección de datos de carácter personal. En estas normas se regulan los principios y fundamentos a los que deben ajustarse la recogida y tratamiento de los datos personales por cualquier persona pública o privada que lleve a cabo tratamiento de datos de carácter personal en el ejercicio de su actividad.

Entre otras definiciones, el artículo 4 del RGPD se refiere a «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. Y «tratamiento» como 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, el apartado 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece que: *“Lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.”*

Pues bien, el artículo 10 del borrador normativo que se informa contiene

una cláusula en materia de *Protección de Datos de Carácter Personal* con el siguiente contenido:

“1. De conformidad con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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, el tratamiento automatizado de sus datos que resulte necesario para el adecuado funcionamiento del Registro Electrónico de Colaboradores de Extranjería se fundamenta en el artículo 6.1 del citado Reglamento.

Previo análisis de los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas se adoptarán las medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con la normativa de protección de datos personales que serán revisadas y actualizadas cuando sea necesario. Las medidas a implantar como consecuencia del citado análisis de riesgos, en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, deberían prevalecer sobre éstas últimas a fin de dar adecuado cumplimiento a lo exigido por el Reglamento General de Protección de Datos.

2. El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones será el responsable del tratamiento”.

A este respecto, se valora como acertada la mención que figura en la parte expositiva de esta Orden Ministerial a la normativa específica que habilita la creación de este Registro a la cual se ha hecho anterior referencia, cuyo funcionamiento, como se acaba de analizar, implicará necesariamente el tratamiento de datos de carácter personal.

En cuanto a la figura del Responsable del Tratamiento, atribuida al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se advierte que como Responsable del Tratamiento de este Registro con base en el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5 RGPD) estará obligado a garantizar la licitud de todos los tratamientos de datos que se deriven del mismo, debiendo aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que los mismos son conformes al RGPD (ex artículo 24.1 RGPD), a establecer un sistema de protección de datos desde el diseño y por defecto (ex artículo 25 RGPD), y a elaborar una Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos en los casos en que resulte procedente de conformidad con el artículo 35 RGPD.

A este respecto este borrador de OM contempla la adopción de medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias tras el análisis de los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, si bien se considera

procedente traer a colación un extracto de nuestro informe número 47/2024, en el que se advierte de la recomendación realizada repetidamente por esta Agencia de hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 35.10 RGPD de modo que sea el propio órgano proponente de la disposición general- en vez de a posteriori por los responsables de los tratamientos- quien realice en el curso del procedimiento de creación de la norma una evaluación de impacto relativa a la protección de datos en aquellos casos, como el presente, en que los tratamientos puedan tener como base jurídica el art. 6.1.c) o e) del RGPD, esto es, tratamientos cuya base es una obligación legal o una misión de interés público, y venga establecida por el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro.

“Del mismo modo, en la Memoria Justificativa del proyecto consta que se han recabado informes de evaluación de impacto de género y de impacto por razón, de orientación sexual, expresión e identidad de género y de impacto por razón de discapacidad del proyecto de decreto de servicios a la ciudadanía, y se ha realizado por la Dirección General de Administración Electrónica y Sociedad de la Información un Informe contestación a los anteriores. Sin embargo, no se ha realizado ningún informe, análisis de riesgos o evaluación de impacto en materia de protección de datos (EIPD) respecto de los riesgos asociados a los tratamientos de datos, amplios, variados y que afectan de manera importante al derecho fundamental a la protección de datos, que la norma proyectada conlleva.

Es de recordar que el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, de aplicación a todo el sector público (art. 2), establece que:

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.

No resulta dudoso, sino evidente del propio texto del proyecto informado, que los sistemas de información a los que se refiere el proyecto de Decreto tratan (o pueden tratar) datos personales.

Cabe recordar que el art. 25 RGPD establece la necesidad de la protección de datos “desde el diseño” de los tratamientos, y la necesidad de tener en cuenta los riesgos que se derivan de estos.

Artículo 25. Protección de datos desde el diseño y por defecto

*1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los **riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas**, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.*

Dicho análisis de riesgos y evaluación de impacto deberían de llevarse a cabo con la ayuda del Delegado de Protección de datos correspondiente.

Esta Agencia viene recomendando repetidamente en sus informes que el prelegislador, en aquellos casos, como el presente, en que los tratamientos puedan tener como base jurídica el art. 6.1.c) o e) del RGPD (esto es, tratamientos cuya base es una obligación legal o una misión de interés público), y venga establecida por el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento y tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, haga uso de la posibilidad que establece el art. 35.10 RGPD de modo que sea el propio órgano proponente de la disposición general, -en vez de a posteriori los responsables de los tratamientos- quien realice en el curso del procedimiento de creación de la norma una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica.

Dicha EIPD habrá de incorporarse, como permite -casi debería decirse que lo impone, pero en cualquier caso no lo prohíbe- el art. 2.1, letra g), del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo ¹. Este precepto es, además, suficientemente expresivo de la voluntad del legislador de incluir en las Memorias justificativas de los proyectos normativos, (en el caso del Estado, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, MAIN), dentro del concepto “Otros impactos”, el análisis del “impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma”.

¹ Véase su mención en Memorias justificativas de proyectos normativos en Aragón por ejemplo en: <https://gd.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1178921404242>

g) Otros impactos: **La memoria** del análisis de impacto normativo **incluirá** cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y al **impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma**

Dicho análisis de riesgos o la EIPD no parece haberse llevado a cabo por el órgano proponente del proyecto. Y esta Agencia considera de la mayor importancia en una norma como la proyectada la realización de un análisis de riesgos y la evaluación de los impactos en materia de protección de datos que resulten en una norma como la proyectada, pues precisamente el objeto central de la norma, no meramente indirecta o derivada, es establecer esos medios y servicios por la Administración digital, que conlleva tratamientos automatizados, predictivos y perfilados de los ciudadanos.

Esta Agencia recuerda, asimismo, que el reiterado Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) establece que la política de seguridad del sistema de información deberá examinar y tener en cuenta “los riesgos que se derivan del tratamiento de los datos personales” (art. 12.1.f)), así como que en caso de que los sistemas de información traten datos personales (como es el caso), en todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el citado real decreto (art. 3.3), análisis de riesgos y evaluación de impactos en protección de datos que, al no haberse realizado, o no constar haberlos realizados, no puede saberse si las medidas a implantar serían o no las correctas.

En definitiva, esta AEPD recomienda que se lleven a cabo, y se incorporen a la Memoria justificativa del proyecto el análisis de riesgos (art. 24 y 25 RGPD) y la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 35 RGPD), que con carácter obligatorio, como resulta del art. 35.3 RGPD, habrá de realizarse por los responsables de los tratamientos, al prever la norma proyectada tratamientos automatizados de datos personales, lo que incluye, pero no agota la materia, “la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o

que les afecten significativamente de modo similar”, como resulta del art. 35.3.a) RGPD, y sin descartarse tampoco, pues resulta del texto proyectado que podrían tratarse datos de categorías especiales, que concurriera un “tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10”, como establece el art. 35.3.b) RGPD. Ello permitirá al propio prelegislador, determinar no sólo las medidas de seguridad necesarias en los sistemas de información, sino las garantías específicas que se requieran para afrontar los riesgos derivados del tratamiento de los datos que el proyecto de Real Decreto establece (ver art. 35.7.d) RGPD). Al no haber una EIPD en el presente caso, no se conocen cuáles son esos riesgos que derivan de los tratamientos de datos personales que establece la norma, por lo que tampoco en la norma se recogen las posibles medidas y garantías que paliarían esos riesgos.

Corresponde, cabe recordar, al responsable del tratamiento, en virtud del principio de responsabilidad proactiva (art. 24.1 RGPD) el establecimiento de las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el RGPD, teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, y que ello habrá de hacerlo “desde el diseño” del tratamiento (art. 25.1 RGPD), integrando las garantías en el tratamiento, y ello aconsejaría que las garantías para minimizar los riesgos, una vez conocidos y ponderados en la EIPD tras el análisis de riesgos, se incorporen a la propia norma.

*Desde un punto de vista práctico, esta Agencia ha publicado su **Guía denominada “Orientaciones para la realización de una evaluación de impacto para la protección de datos en el desarrollo normativo”** ², que*

² <https://www.aepd.es/es/documento/orientaciones-evaluacion-impacto-desarrollo-normativo.pdf>

tienen como objeto servir de guía para la realización de una evaluación de impacto para la protección de datos (EIPD) en el marco de la elaboración de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), cuando las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas implican el tratamiento de datos personales. Este documento está orientado a los organismos de las Administraciones Públicas que promuevan proyectos normativos que impliquen tratamientos de datos personales a los que sea de aplicación el RGPD, así como 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 (L.O. 7/2021). Asimismo, está dirigido a los Delegados de Protección de Datos (DPD) de los citados organismos con el fin de contribuir al desempeño de sus funciones de asesoramiento en relación con dichos proyectos normativos.

En esta “Guía” se contienen, con profundidad y rigor, los pasos o el método a seguir para determinar la necesidad y el contenido de la Evaluación de Impacto, y entre ellos esta AEPD desea resaltar en este momento el apartado D del epígrafe II del mismo, relativo a las características de la norma que ampara el tratamiento:

Toda medida legislativa que habilite un tratamiento debe cumplir con la premisa de “previsto en la ley”. Esto implica que debe ser clara y precisa, y su aplicación accesible y previsible para sus destinatarios, de conformidad con el TEDH, el TJUE y el Tribunal Constitucional (TC). Por lo tanto, ***en la norma han de estar claramente definidos, con precisión y apropiadamente:***

1.- La finalidad o finalidades del tratamiento.

2.- La legitimidad del tratamiento.

3.- La descripción de la implementación del tratamiento en sus aspectos relevantes, como pueden las operaciones y los procedimientos determinantes del tratamiento (por ejemplo, recogida, almacenamiento, acceso, transmisión, difusión,...), las tecnologías planteadas para implementar las operaciones (inteligencia artificial, almacenamiento en Nube, biometría, IoT, móviles, videovigilancia,...), la existencia de decisiones automatizadas, así como la participación o posible

participación de encargados y/o subencargados en distintas operaciones del tratamiento, entre otros.

4.- El ámbito y extensión del tratamiento con relación a las categorías de datos personales tratados (especialmente si son categorías especiales), las categorías de interesados afectados, las circunstancias en las que se utiliza la información personal (por ejemplo: de forma sistemática, solo en determinados casos, durante un periodo de tiempo limitado, etc.), los plazos de conservación de los datos, la frecuencia de recogida de datos, la granularidad de los datos y otros factores que definan el alcance del tratamiento.

5.- Los responsables/corresponsables o categorías de responsables y, en su caso, los encargados o categorías de encargos y/o de subencargados.

*6.- Las entidades que acceden y a las que se pueden comunicar datos personales, así como los fines de tal comunicación, en particular, las condiciones de la **comunicación de datos entre autoridades públicas en virtud de una obligación legal** para el ejercicio de una misión oficial según las condiciones del RGPD (Cons. 31):*

- En el marco de una investigación concreta.*
- De interés general.*
- De conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.*
- Por escrito y de forma motivada.*
- Con carácter ocasional.*
- No deben referirse a la totalidad de un fichero.*
- No deben dar lugar a la interconexión de varios ficheros.*

7.- La justificación de la solución adoptada para el acceso a datos personales, teniendo en cuenta que supone la utilización de datos de conformidad con unos requisitos específicos de carácter técnico, jurídico u organizativo, sin que ello implique necesariamente la transmisión o la descarga de los datos.

*8.- Las **medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, habida cuenta de la naturaleza, alcance (especialmente con relación a las categorías especiales de datos), contexto y***

***finalidades del tratamiento** o de las categorías de tratamientos, los mecanismos de información y transparencia, así como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX del RGPD, en particular, aquella orientadas a evitar los accesos o las transferencias de datos ilícitos o abusivos.*

9.- En el caso de limitación por ley de derechos u obligaciones al amparo de los arts. 23 del RGPD o 24 de la L.O. 7/2021, debe estar muy clara su determinación, las condiciones específicas de limitación de las obligaciones y derechos (Cons. 19 del RGPD), y los perjuicios concretos a la consecución de los fines que justifican la falta de información a los interesados sobre la limitación. La lista anterior no es exhaustiva, sino que cualquier otra disposición pertinente, para cada caso concreto, debería incluirse en la descripción del tratamiento”.

Por todo ello, se recomienda valorar la conveniencia de realizar el análisis de riesgos y/o la evaluación de impacto en materia de protección de datos en el proceso de creación de esta norma, sin demorarlo a un momento posterior, teniendo en cuenta a tal fin la **Guía** publicada por esta AEPD y denominada **“Orientaciones para la realización de una evaluación de impacto para la protección de datos en el desarrollo normativo”**, que tiene como objeto justamente servir de guía para la realización de una evaluación de impacto para la protección de datos (EIPD) en el marco de la elaboración de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), cuando las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas implican el tratamiento de datos personales, tal y como sucede en el caso de esta Orden Ministerial.