

El portal “*participa.gencat.cat*” centra l’objectiu de la consulta en unes preguntes concretes, per la qual cosa s’ha optat per integrar les aportacions rebudes des dels diferents àmbits relacionats en protecció de dades personals de la Diputació de Barcelona des d’aquesta perspectiva de finalitat, emmarcades en les competències de què disposa la Generalitat de Catalunya i que poden tenir cabuda en el contingut normatiu objecte de participació.

Preguntes per centrar i integrar les aportacions

1.Considera que s’ha descrit adequadament el problema?

Es manifesta d’antuvi la concordança amb el judici d’oportunitat que es fa, atesa la necessitat d’actualitzar i donar solidesa a la regulació i actuacions de l’APDCAT en coherència amb la bateria normativa sobrevinguda a la seva llei de creació (que data de 2010).

A banda de concordar en l’oportunitat, es concorda amb la pràctica totalitat del contingut a actualitzar per tal de permetre un increment de la seguretat jurídica de la ciutadania i dels operadors jurídics envers els procediments administratius en els què intervé APDCAT, tal com s’identifica a la pròpia memòria preliminar.

Hi ha aspectes que no s’han tingut en compte i que haurien de ser valorats per l’Administració de la Generalitat?

1. La incorporació de l’expressió “personals” a qualsevol part del text que es refereixi a “protecció de dades”, fins i tot al propi nom de la Llei.

JUSTIFICACIÓ

La majoria de normes actualment vigents (i les més importants i nuclears) incorporen la qualitat de **personals** a les referències a les dades protegides (protecció de dades personals), per tant s’hauria de valorar la incorporació de l’expressió “personals” a qualsevol part del text que es refereixi a “protecció de dades”, **fins i tot al propi nom de l’avantprojecte de Llei.**

D’entre les normes actualment vigents (i les més importants i nuclears) que incorporen aquesta precisió en els seus títols, destaquen:

- *Conveni per a la protecció de les persones pel que fa al tractament automatitzat de **dades de caràcter personal**, fet a Estrasburg el 28 de gener de 1981.*
- *Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d’abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de **dades personals** i a la lliure circulació d’aquestes dades (Reglament general de protecció de dades – RGPD-)*
- *Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de **protecció de dades personals** i garantia dels drets digitals (LOPDGDD)*
- *Directiva (UE) 2016/680 del Parlament Europeu i del Consell de 27 d’abril de 2016 relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de **dades personals** per part de les autoritats competents per a fins de prevenció, investigació, detecció o enjudiciament d’infraccions penals o d’execució de sancions penals, i a la lliure circulació d’aquestes dades.*
- *Llei orgànica 7/2021, de 26 de maig, de **protecció de dades personals** tractades per fins de prevenció, detecció, investigació i enjudiciament d’infraccions penals i execució de sancions penals.*

2. Incorporar referències d'aspectes materials de la LOPDGDD.

JUSTIFICACIÓ

Si bé a la Memòria, la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD) s'ha tingut en compte en els seus aspectes formals i procedimentals, no ha estat així en els seus aspectes materials, o si més no, en aquests casos no ha quedat reflectit.

3. Valorar incorporar referències a altres canvis normatius produïts des de 2010.

JUSTIFICACIÓ

Valorar altres canvis normatius, com ara en l'àmbit de la seguretat de la informació i especialment el recent RD 311/2022, de 3 de maig, pel qual s'actualitza la regulació de l'Esquema Nacional de Seguretat, per impulsar el seu grau d'implementació, en tant que és normativa d'aplicació obligatòria per el sector públic d'acord amb la Disposició addicional primera de la LOPDGDD. Tot i que la normativa de referència pot anar variant en el temps, si més no caldria una referència a *"la normativa de seguretat de la informació aplicable en cada moment a les Administracions Públiques"*

4. Aquest avantprojecte és una magnífica oportunitat per a la incorporació a l'actualització normativa de la figura de l'apercebiment juntament a les referències realitzades envers l'actualització de la figura de l'advertència contingudes a la Memòria preliminar

JUSTIFICACIÓ

- D'una banda, els arguments per actualitzar la figura de l'advertència (inclosa a la memòria preliminar) són també predicables per actualitzar la figura de l'apercebiment.
- D'altra banda, la seguretat jurídica demana que els termes sancionadors de la legislació de referència europea i espanyola siguin unívocs i no diferents als instruments normatius a Catalunya. En aquest sentit, tant l'RGPD (versió oficial ESP) com la pròpia LOPDGDD (versió original) utilitzen el terme apercebiment, mentre que la versió catalana de la LOPDGDD utilitza el terme amonestació. Jurídicament (i gramatical) no tenen el mateix significat apercebiment i amonestació, essent un risc potencial per a la seguretat jurídica dels procediments sancionadors que porti a terme APDCAT. I si es vol innovar, *reprimmand* no és *admonition* (1). La utilització del terme "amonestació" com a sanció a les entitats del sector públic sotmesos al dret administratiu en comptes de terme "apercebiment" propicia entre d'altres, la confusió entre la sanció al Responsable del Tractament (la institució), que és la d'apercebiment, i l'eventual sanció al càrrec responsable de la infracció, que és l'amonestació.
- Finalment, les altres 3 Autoritats de Control de l'Estat (Agència Basca de Protecció de Dades, Consell de Transparència i Protecció de Dades d'Andalusia i AEPD) utilitzen el terme apercebiment a les seves resolucions en comptes del terme amonestació.

(1) La versió autèntica de l'RGPD en les 24 llengües oficials de la UE es troba a EUR-Lex, la porta d'entrada en línia que proporciona l'accés oficial als documents legals de la UE. En aquest document, l'article 58.2 disposa que "cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación (d'entre els quals no es troba l'amonestació): sancionar a todo responsable con una advertencia cuando las operaciones de tratamiento puedan infringir lo dispuesto en el presente Reglamento, sancionar a todo responsable con aperebimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento ..."

L'article 77.2 de la LOPDPGDD disposa que quan les Administracions o el seu sector públic sotmès a dret administratiu cometessin "alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento"

L'acció d'"amonestar" en un procediment sancionador de protecció de dades de caràcter personal, no és la prevista a l'esmentat article 77.2 de la LOPDPGDD i tampoc existeix a cap article de l'RGPD, ambdues normes de referència preveuen la sanció d'apercebiment i per tant no pot ser utilitzada en una sanció altra expressió diferent, com ara "amonestar" o "amonestació" per a imposar una sanció.

La utilització del terme "amonestació" segurament és producte de la versió en català de la Llei estatal, ja que en el text en català publicat en els suplementos en llengua catalana del BOE, s'ha traduït "apercibimiento" com amonestació. Aquest fet mereix tenir en compte les següents consideracions:

- L'article 77 de la LOPDPGDD distingeix en la seva versió original entre "apercibimiento", com a sanció amb que l'autoritat competent sancionarà, entre d'altres, a les administracions públiques, quan cometin alguna de les infraccions dels articles 72 a 74 ("...la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento") i "amonestación", com a acció complementaria quan les infraccions siguin imputables a autoritats i directius ("...en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable...").

La versió en català tradueix amb el mateix terme ambdós casos, obviant la diferència que disposa el text original. En virtut del principi "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*", recollit per la jurisprudència en nombroses sentències com la STS, Sala 1a de lo Civil, de 2 d'abril de 1997, Rec. 3284/1994 o la STS, Sala 3a, del Contenciós-administratiu, Sec. 4ª, de 28 de maig de 2020, Rec. 5298/2017, pel qual "on la Llei no distingeix, tampoc ho hem de fer nosaltres", no cap si no concloure que s'ha de reclamar una aplicació estricta del text de la norma jurídica sense admetre més diferències que aquelles que, en el seu cas, la pròpia norma contingui; de la mateixa manera, a sensu contrari, s'ha de concloure que si la llei distingeix, també ho hem de fer nosaltres. En definitiva, no distingir, i més en seu de dret sancionador, on la Llei original si ho ha fet, implicaria adquirir una funció que només correspon al poder legislatiu. De fet, aquesta regla té també l'objecte de circumscriure l'esfera d'acció de l'intendent o el traductor i impedir-li usurpar el domini del legislador, i la jurisprudència ha recordat com la infracció d'aquesta regla implica també la vulneració del principi de seguretat jurídica.

- El Real Decret 489/1997, de 14 d'abril, sobre publicació de les lleis en les llengües oficials de les Comunitats autònomes, estableix que les lleis un cop sancionades pel Rei seran publicades en castellà en el BOE a efectes del previst a l'article 2.1 del CC., derivant-se en conseqüència la seva plena eficàcia; afegint, que podran ser també publicades en les demés llengües oficials de les diferents Comunitats Autònomes. La pròpia exposició de motius de l'esmentat RD 489/1997, després de manifestar la conveniència d'utilitzar les llengües cooficials per difondre i estendre el coneixement de la legislació de l'Estat, afirma que la mesura ha de ser compatible per elements de seguretat jurídica amb el principi d'univocitat del Dret.

Per tant, el nostre ordenament jurídic preveu que les normes estatals publicades en castellà tenen caràcter oficial i autèntic, extrem que també queda recollit en el Real Decret 1511/1986, de 6 de juny, d'ordenació del Butlletí oficial de l'Estat.

- La traducció dels textos jurídics ha de ser molt rigorosa per reproduir el significat original fidelment. En aquest sentit, les expressions “amonestar” o “amonestació” tenen característiques desfavorables en relació a les expressions “apercebre” o “apercebiment”, i més en els casos d'entitats del sector públic sotmeses al dret administratiu, quin règim sancionador no preveu cap element de gradació de les sancions (llevat la diferència entre requerir o no mesures correctores).

5. El consentiment no és la única base jurídica de legitimació dels tractaments de dades personals.

JUSTIFICACIÓ

Durant el text s'afirma que el poder de disposició sobre les dades personals es tradueix en el reconeixement del dret a consentir-ne la recollida. Aquesta afirmació hauria de matisar-se en documents posteriors, atès que en el cas del sector públic la immensa majoria de vegades la base jurídica de legitimació no és el consentiment, sinó el compliment d'una obligació legal, el compliment d'una missió en interès públic o l'exercici de poders conferits al Responsable del Tractament, bases jurídiques que s'han de contenir en una norma amb rang de llei.

Tal vegada s'hauria d'incorporar l'expressió “si s'escau” en el redactat del paràgraf afectat, que quedaria de la següent manera:

“El dret a la protecció de dades comporta no només el poder jurídic d'imposar a tercers el deure d'abstenir-se de qualsevol intromissió en l'esfera íntima de la persona, sinó, més enllà d'això, un poder de disposició sobre les dades personals que es tradueix en el reconeixement del dret a, si s'escau, consentir-ne la recollida i l'ús de les dades personals...”

6. L'opció de regulació i simplificació administrativa ha d'incorporar el sector públic.

JUSTIFICACIÓ

Al text de la Memòria preliminar es tria encertadament una opció de regulació i simplificació administrativa, però només s'esmenta aquest valor respecte de la ciutadania i les empreses, quan és un valor que s'ha de predicar també necessàriament de la pròpia Administració, i per tant, esmentar també el sector públic.

La redacció del paràgraf afectat amb l'esmentada incorporació podria ser la següent:

“En termes d'opció de regulació i simplificació administrativa no genera càrrega a la ciutadania, al sector públic català i a les empreses, sense que tingui incidència directa en la activitat econòmica.”

Hi ha altres efectes negatius o positius derivats del marc normatiu vigent que s'estiguin produint actualment que no s'han posat en relleu a la documentació?

Podria haver referències genèriques a aspectes generals de normatives recents o en marxa a la UE com ara intel·ligència artificial, tractament de dades sensibles per a la recerca, el marc per a la identitat digital europea o la utilització massiva de dades, però s'entén que aquests aspectes o problemes no tenen cabuda en una norma que no regula continguts materials.

2. S'haurien de preveure altres objectius diferents?

Es podria aprofitar l'oportunitat d'aquesta nova llei per tenir en compte, de forma total o parcial, els següents objectius:

- Implantar un procediment d'exercici dels drets al sector públic que faciliti la simplificació i l'eficàcia de l'actuació administrativa amb total seguretat jurídica.
- Promoure i potenciar la formació especialitzada per a delegats de protecció de dades en àmbits específics, fins i tot promovent la creació de mecanismes de certificació dirigida a delegats de protecció de dades de l'administració pública catalana en aquest àmbit.
- Promoure la sensibilització dels responsables i dels encarregats del tractament sobre les obligacions que els pertoquen en aplicació de la normativa de protecció de dades, una xarxa de coneixement que ajudi al conjunt dels ens locals a garantir el compliment de la normativa de protecció de dades i incentivar l'elaboració de guies i directrius per al compliment de la normativa de protecció de dades.

Alguns dels objectius esmentats potser no han de desplegar-se a la llei, però aquesta podria contenir una habilitació específica a APDCAT per a desenvolupar-los.

3. Cal considerar altres alternatives a les proposades?

- A l'ampliació de la composició l'actual Consell Assessor, fins ara formulada des del criteri de membres nats i membres designat per stakeholders específics (APDCAT, IDESCAT, Parlament, Govern, Consell de Governos Locals, Consell Interuniversitari, Consell de Persones Consumidores de Catalunya i Institut d'Estudis Catalans), s'afegeix un criteri de representació més general de societat civil i de col·lectius professionals específics, com ara col·legis professionals, organitzacions empresarials, professionals de la protecció de dades personals, professionals de la seguretat de la informació i organitzacions sindicals. Caldria tenir cura que l'ampliació no fos de pura suma matemàtica, ja que podria arribar a tenir més de 25 membres i el faria poc operatiu. Es proposaria que el seu nombre màxim fos significativament menor, tot i que la visió dels professionals de la protecció de dades personals i dels professionals de la seguretat de la informació (inclosa l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya) es considera imprescindible.
- Atesa la regulació normativa de 2021 i les incidències produïdes en el procediment de designació de la presidència de l'agència de protecció de dades estatal (episodi que no està tancat encara), considerar la possibilitat de revisar l'actual procediment de designació de la direcció de l'APDCAT, regulat a l'article 7 de l'actual llei de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades de Catalunya (Llei 32/2010, de l'1 d'octubre) per si s'escau alguna modificació.

Hi ha efectes de les alternatives esmentades que no s'hagin tingut en compte i que siguin rellevants?

De les alternatives proposades a la memòria no s'ha observat cap altra efecte que sigui rellevant i que no s'hagi tingut en compte.