



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Protección de Datos

**La designación del Delegado de Protección
de Datos en cumplimiento del principio de
responsabilidad proactiva**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Mariana Natalia Fonlut Pérez
Tipo de trabajo:	Trabajo Fin de Máster
Director/a:	María Loza Corera
Fecha:	17 de septiembre de 2020

Resumen

Desde el pasado 25 de mayo de 2018, con la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos -RGPD¹, de aplicación directa para los Estados miembros de la Unión Europea -UE-, la implantación de la figura del Delegado de Protección de Datos -DPD- se convierte en imperativo legal.

Siendo la implantación obligatoria para los Estados miembros, su designación tendrá dicho carácter, para responsables y encargados del tratamiento, en los supuestos recogidos por el RGPD y por la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales - LOPDGDD². Asimismo, su nombramiento podrá llevarse a cabo de manera voluntaria quedando sometido al régimen establecido por la normativa.

Mediante el presente trabajo buscamos realizar un análisis detallado que nos permita argumentar y establecer aquellos supuestos en los que la designación del delegado de protección de datos pueda resultar conveniente, con sujeción al principio de responsabilidad proactiva, para el correcto cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos.

Para ello, en primer lugar, estudiaremos la figura y su designación desde la perspectiva del derecho nacional y del derecho comparado en el marco de la UE. Posteriormente, fijaremos una lista de criterios clave que nos permita entender por qué y en qué casos puede resultar conveniente dicha designación aún sin ser expresamente obligatoria.

Palabras clave: “Delegado de Protección de Datos”, “DPD”, “Designación voluntaria del Delegado de Protección de Datos”, “Criterios clave”, “Principio de responsabilidad proactiva”.

¹ 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). En adelante, RGPD.

² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En adelante, LOPDGDD.

Abstract

Since last May 25, 2018, with the entry into force of The General Data Protection Regulation -GDPR-, with direct application for the European Union -EU- state members, the implementation of the Data Protection Officer -DPD- becomes a legal imperative.

Being this implementation mandatory for the state members, its designation be applied for controllers and processors, in the cases gathered by the GDPR and by the Personal Data Protection Law and guarantees of Digital Rights -LOPDGDD-. However the appointment may be carried out voluntarily, being subject to the regime established by the regulations.

Through this work, we seek to carry out a comprehensive analysis that will allow us to argue and establish those cases in which the voluntary appointment of the Data Protection Officer may be convenient, in compliance with the principle of accountability, for the correct compliance of the regulations on data protection. To do so, first, we will study this position and its designation from a national law perspective and compared to European Union framework. Subsequently, we will establish a series of key points from which understand why and in which cases such designation is convenient, even without being strictly mandatory.

Keywords: "Data Protection Officer", "DPD", "Voluntary appointment of the Data Protection Officer", "Key criteria", "Accountability".

Índice de contenidos

1.	Introducción	6
1.1.	Justificación del tema elegido.....	8
1.2.	Problema y finalidad del trabajo.....	9
1.3.	Objetivos	10
2.	Marco Normativo	11
2.1.	El derecho a la protección de datos personales y la CE de 1978	11
2.2.	El Reglamento General de Protección de Datos.....	12
2.3.	L.O. de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales	13
3.	El Delegado de Protección de Datos	14
3.1.	Definición de Delegado de Protección de Datos	14
3.1.1.	Formación.....	15
3.1.2.	Posición.....	16
3.1.3.	Funciones.....	17
3.2.	El Delegado de Protección de Datos en el derecho comparado.....	18
4.	Designación voluntaria del Delegado de Protección de Datos	22
4.1.	Criterios para la designación voluntaria del Delegado de Protección de Datos.	24
4.1.1.	Criterios extraídos del derecho comparado.....	24
4.1.1.1.	Criterios previstos en la legislación alemana:.....	24
4.1.1.2.	Criterios previstos en la legislación checa:	26
4.1.1.3.	Criterios previstos en la legislación irlandesa:	27
4.1.1.4.	Criterios previstos en la legislación de Luxemburgo:.....	27
4.1.1.5.	Criterios previstos en la legislación polaca:	27
4.1.1.6.	Criterios previstos en la legislación portuguesa:	28

4.1.2. Criterios extraídos de las directrices sobre los Delegados de Protección de Datos (DPD) del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29.....	28
4.1.3. Guía de criterios para la designación voluntaria del DPD. Listado de criterios expuestos.	30
5. Conclusiones.....	31
Referencias bibliográficas.....	33
Listado de abreviaturas	38

1. Introducción

«La evolución tecnológica y la globalización ofrecen nuevos retos en materia de protección de datos» (RALLO 2012, p.45), manifestando la obligación de una «permanente revisión de los preceptos legislativos» (DÍAZ 2009, p.415). En el ámbito de la UE, se materializó en la necesidad de una normativa que permitiera aportar un marco sólido, uniforme y coherente que facilitase seguridad jurídica y garantizase la libre circulación de los datos personales frente al aumento de su recogida e intercambio (Exposición de Motivos 7 y 10 RGPD).

En la búsqueda de una regulación uniforme sobre la materia, se aprueba el Reglamento General de Protección de Datos de aplicación directa para todos los Estados miembros y con plenos efectos desde el pasado 25 de mayo de 2018. Su artículo 5 recoge los principios que deben informar la normativa, adquiriendo un papel fundamental el de responsabilidad proactiva³.

Este principio, también conocido por su traducción al inglés *accountability*, obliga al responsable o encargado del tratamiento «a aplicar medidas oportunas y eficaces tanto para garantizar las previsiones del RGPD en el tratamiento de los datos, como para afrontar cualquier incumplimiento o violación que eventualmente se presente. Se trata de un deber de diligencia que rebasa el puro formalismo y atiende a las actuaciones materialmente emprendidas por el responsable en cumplimiento de sus deberes legales» (GAMERO 2019, p.1).

Dentro de este conjunto de medidas, se encuadra la figura del delegado de protección de datos (AEPD⁴ 2019a). Además de su papel facilitador para el cumplimiento de la normativa (GT29⁵ 2016), siendo su nombramiento obligatorio en los casos regulados, debemos valorar

³ «El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo» (art. 5.2 RGPD). Dicho apartado 1, establece los principios para el tratamiento de los datos personales (limitación de la finalidad, minimización de los datos personales, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad).

⁴ Agencia Española de Protección de Datos. En adelante, AEPD.

⁵ Actual Comité Europeo de Protección de Datos Personales.

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

su designación “voluntaria”⁶ como herramienta para «garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo» (art. 32.1 RGPD).

Al margen de los supuestos recogidos en los artículos 37.1 del RGPD y 34.1 de la LOPDGDD, en los que la designación del DPD es expresamente obligatoria, debemos analizar si, en base al cumplimiento del principio de *accountability*, en consonancia con los artículos 24.1⁷ y 32⁸ del RGPD y 28.1⁹ de la LOPDGDD, es conveniente la designación del DPD para el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales.

Los preceptos señalados no son excluyentes entre sí, todo lo contrario, son complementarios con el fin de asegurar el cumplimiento de todos los principios y medidas recogidas en los cuerpos legales. El propio Grupo de Trabajo del artículo 29 señalaba que «a menos que resulte obvio que a una organización no se le requiere la designación de un DPD, recomienda que los responsables y encargados del tratamiento documenten el análisis interno realizado para determinar si debe nombrarse o no un DPD a fin de poder demostrar que se han tenido en cuenta debidamente los factores pertinentes» (GT29 2016, p.6), haciendo referencia al artículo 24 del RGPD en lo relativo a «factores pertinentes».

En consecuencia, no solo debemos tener en cuenta los casos expresamente previstos sino que será necesario realizar un análisis interno que valore la designación “voluntaria” asentada, entre otros, en el estado de la técnica, los costes de aplicación, la naturaleza, ámbito, contexto, fines de tratamiento y riesgos derivados del tratamiento de los datos personales de los interesados.

⁶ Designación “voluntaria” debe entenderse como aquella que se lleva a cabo, fuera de los supuestos previstos expresamente en la normativa, en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva recogido en el artículo 5.2 RGPD.

⁷ «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 las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento» (artículo 35.1 RGPD).

⁸ «Teniendo en cuenta el estado de 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... aplicarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo» (artículo 32.1 RGPD).

⁹ «Los responsables y encargados...determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas...a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme...» con la normativa en materia de protección de datos (artículo 28.1 LOPDGDD).

1.1. Justificación del tema elegido

Dentro de los hitos detallados en la memoria anual de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente al año 2019, adquiere un papel prioritario el reto que supone el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva del artículo 5.2 del RGPD (AEPD 2019b).

Conforme a dicho principio, el responsable del tratamiento debe cumplir con los señalados en el apartado primero del artículo cinco y debe, además, ser capaz de demostrarlo. Dentro de este cumplimiento adquiere un papel fundamental la figura del delegado de protección de datos cuyo nombramiento obligatorio viene determinado conforme a las circunstancias o casos señalados en los artículos 37 del RGPD y 34 LOPDGDD. No obstante, no debemos olvidar que conforme al principio de responsabilidad proactiva es posible que la designación del DPD sea necesaria, pero no expresamente obligatoria, para cumplir con la normativa en materia de protección de datos personales.

Frente a esa situación, no disponemos de criterios fijos, objetivos y detallados que nos permitan valorar en qué supuestos, fuera de los señalados expresamente como obligatorios, convendría realizar una designación “voluntaria” del DPD. Por ello, mediante el presente Trabajo de Fin de Máster –TFM- detallaremos aquellos que nos permitirán, mediante la realización de un análisis interno, determinar si es conveniente su nombramiento en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva.

La búsqueda de los criterios para la designación “voluntaria” adquiere un interés superior cuando observamos que la presencia del DPD ofrece ventajas para los responsables y encargados del tratamiento. Un ejemplo claro de ello es que las resoluciones más rápidas y efectivas de las reclamaciones presentadas ante la AEPD conforme al artículo 37¹⁰ de la LOPDGDD, se asienta en la intervención del DPD actuando como punto de contacto entre la autoridad de control y el responsable o encargado, llegando al 33% del total de las reclamaciones presentadas (47.000) las que son gestionadas por el DPD (AEPD 2019b).

¹⁰ «Intervención del delegado de protección de datos en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos» (art. 37 RGPD).

1.2. Problema y finalidad del trabajo

La problemática que buscamos resolver mediante el presente TFM es la identificación de los criterios que nos permitan analizar los supuestos en los que la designación “voluntaria” del delegado de protección de datos es conveniente en base al cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva.

La normativa de aplicación dedica dos artículos, el 37 del RGPD y el 34 de la LOPDGDD, a la designación del DPD. Los responsables y encargados del tratamiento, en una interpretación errónea de la normativa, pueden entender que solo en los supuestos recogidos en los preceptos señalados deben proceder a dicho nombramiento. Adicionalmente, a la hora de valorar la designación “voluntaria” no disponen de referencias que les permitan tener conocimiento sobre los casos en los que, fuera de los previstos por la normativa, deben designar a un DPO (LÓPEZ 2018).

Al igual que en el resto de la normativa, el RGPD y la norma nacional de protección de datos deben ser interpretadas en su conjunto por lo que, en algunos casos, la designación debe realizarse en aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el RGPD, es decir, conforme al principio de responsabilidad proactiva.

Ante esta problemática, nuestra meta es establecer los criterios en base a los que determinar que la designación del DPD sea recomendable, de tal forma que los responsables y encargados del tratamiento puedan recurrir a una lista que les oriente a la hora de realizar el análisis interno sobre la necesidad de designar o no a un delegado de protección de datos.

Se pretende facilitar el cumplimiento de la normativa de protección de datos que obliga a aquellos que realicen tratamientos de datos sujetos al RGPD y a la LOPDGDD a tener una posición de cumplimiento diligente.

1.3. Objetivos

Con este Trabajo de Fin de Máster enmarcado en los estudios del Máster Universitario de Protección de Datos impartido por UNIR, pretendemos facilitar a los responsables y encargados del tratamiento una guía de criterios que les permita entender en qué supuestos y bajo qué tratamientos sería recomendable que procediesen a la designación de un delegado de protección de datos incluso en aquellos casos en los que, conforme a la normativa en materia de protección de datos, esta no fuese expresamente obligatoria.

Nuestro primer objeto consiste en conocer la figura en el contexto del RGPD, de aplicación directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE -TFUE-.

En este cumplimiento obligatorio del RGPD por parte de los Estados miembros de la UE, la gran mayoría han procedido a aprobar leyes nacionales para el desarrollo del RGPD, como es el caso de España¹¹. Por ello, nuestro segundo objetivo se centra en el estudio de la figura en el derecho nacional y en el derecho comparado dentro de la UE. Para el estudio de las legislaciones nacionales del resto de países que conforman la Unión Europea accedemos a cada una de las autoridades de control de protección de datos ya que ejercen una labor fundamental de información y concienciación sobre la materia, recogiendo en la mayoría de sus páginas web un apartado específico para la figura del DPD, lo que denota su importancia. De esta forma conseguimos nutrirnos del trabajo que, en materia de protección de datos, desarrollan las distintas autoridades de control dentro del marco normativo de la Unión Europea.

Del estudio realizado de las normas aprobadas en los distintos Estados miembros que desarrollan el Reglamento, en lo que al delegado de protección de datos se refiere, para alcanzar nuestro tercer, último y principal objetivo, hemos establecido criterios que, debidamente argumentados para su aplicación en el territorio nacional español y recogidos en una guía, nos permitan orientar a los responsables y encargados del tratamiento sobre la designación del DPD conforme al principio de responsabilidad proactiva.

¹¹ LOPDGDD.

2. Marco Normativo

Mediante el presente capítulo realizaremos una aproximación al marco normativo en materia de protección de datos. Tras analizar el carácter fundamental del derecho a la protección de datos, continuaremos con una aproximación a la normativa internacional y nacional de aplicación en España.

2.1. El derecho a la protección de datos personales y la CE de 1978

La Constitución española de 1978¹², norma suprema del ordenamiento jurídico español, establece el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en su artículo 18.1¹³ pero no recoge de manera expresa el derecho fundamental a la protección de datos personales. Es el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre de 2000, el que establece su contenido y le confiere autonomía respecto al derecho a la intimidad (MARTÍNEZ 2007).

Este reconocimiento, al igual que con el resto de los derechos fundamentales, atribuye al individuo una esfera de libertad frente a las intromisiones de terceros y establece garantías especiales en lo que respecta a su tutela y reforma dentro del ordenamiento jurídico español.

El derecho a la protección de datos puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, para lo que se deberá proceder a la correcta ponderación. Actualmente, en el contexto actual de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, podemos destacar el conflicto con el derecho fundamental a la salud, y especialmente en lo que respecta al tratamiento de datos personales para la utilización de aplicaciones móviles para el control de la pandemia, con las debidas garantías y con pleno cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales. En palabras de la AEPD «la protección de datos no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades, especialmente las sanitarias, en la lucha contra la pandemia.» (AEPD 2020, p.1) ya que, siguiendo a CASCÓN (2020) la cartografía geográfica, entre otros, resulta de gran utilidad para la contención de brotes mundiales.

¹² Constitución Española. En adelante, CE.

¹³ «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18.1 CE).

2.2. El Reglamento General de Protección de Datos

El Reglamento General de Protección de Datos -RGPD-, al que le precedió la Directiva¹⁴ en materia de protección de datos, es el instrumento normativo utilizado para una aplicación uniforme de la normativa en materia de protección de datos en el ámbito de la Unión Europea que aporta mayor protección para los derechos y libertades de los interesados (LÓPEZ 2016).

El Reglamento supone una nueva realidad al establecer un renovado marco de privacidad en la UE (ÁLVAREZ, RECIO 2016). De aplicación directa para los Estados miembros, entre sus novedades¹⁵ destaca la introducción de la figura del delegado de protección de datos. El Reglamento dedica sus artículos 37 a 39 a la delimitación de los supuestos en los que será obligatoria su designación, la posición que desempeña dentro de las organizaciones y las funciones que desempeña, respectivamente.

Con anterioridad a la entrada en vigor del RGPD los Estados miembros «tenían la posibilidad de regular la protección de la información personal, lo que significaba que las normas eran considerablemente diferentes entre ellos» (RODRÍGUEZ 2019, p.93). Algunos Estados miembros regularon la figura del delegado de protección de datos mientras que otros optaron por no hacerlo.

Así, con carácter previo a la entrada en vigor del Reglamento, Alemania en 1977 se constituyó como el primer país en regular la figura mediante la Ley Federal de Protección de Datos (RODRÍGUEZ 2019). En el caso concreto de España, el DPD no se implantó hasta la llegada del RGPD y la posterior ley de desarrollo, LOPDGDD, ya que ni la ley orgánica anterior¹⁶ de protección de datos ni su reglamento de desarrollo¹⁷ lo regulaban.

¹⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁵ Para consultar otras novedades aparejadas a la entrada en vigor del RGPD es de especial utilidad el resumen realizado por autoridad catalana en <https://apdcat.gencat.cat/es/documentacio/RGPD/novetats/#bloc16>.

¹⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹⁷ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

2.3. L.O. de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

«Los Estados miembros se encuentran obligados a integrar la normativa de la Unión Europea en sus respectivos ordenamientos jurídicos» (ZAPATERO 2019, p. 52) y en España se realizó mediante la aprobación y entrada en vigor, el 7 de diciembre de 2018, de la Ley Orgánica de la de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sustituyendo la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su reglamento de desarrollo.

El objeto del legislador con la nueva Ley es la de adaptar el RGPD al ordenamiento jurídico español. Como hemos expuesto a lo largo del presente trabajo, el Reglamento es de aplicación directa para los Estados miembros. No obstante, cada uno de ellos podrá aprobar leyes, que en el caso de España será ley orgánica por regular un derecho fundamental, para su desarrollo.

En lo que respecta a la figura del delegado de protección de datos, cuya implantación es obligatoria (SIERRA 2018), dedica sus artículos 34 a 37, estableciendo, en el primero de ellos, «una larga y heterogénea lista de supuestos», (MARTÍNEZ 2019, p. 50), de designación obligatoria.

De esta forma el legislador español ha optado por establecer una serie de supuestos en los que, por las características de los tratamientos llevados a cabo, por el responsable o encargado del tratamiento, por el sector en el que se llevan o por la categoría de datos implicados, se establece como obligatoria la designación del DPD para un correcto cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, constituyéndose como una garantía adicional para la protección de los datos personales y los derechos de los interesados .

El establecimiento de las circunstancias señaladas en artículo 34 de la LOPDGDD no adquiere la categoría de lista cerrada, lo que significa que la no inclusión en esta lista no debe interpretarse como la ausencia de conveniencia en la designación del DPD. Para ello se requiere realizar un análisis de la normativa en su conjunto pudiendo resultar conveniente el nombramiento en cumplimiento de los principios del RGPD, especialmente el principio de responsabilidad proactiva.

3. El Delegado de Protección de Datos

Para lograr el objetivo principal del presente trabajo, realizamos el estudio del DPD en el derecho de aplicación en España para, a continuación, analizar la regulación de la figura en el derecho comparado.

3.1. Definición de Delegado de Protección de Datos

RECIO señala que la Comisión Europea define al DPD como «la persona responsable en el ámbito de la actividad del responsable o del encargado del tratamiento, para supervisar y monitorear de manera independiente la aplicación interna y el cumplimiento de las normas de protección de datos» (RECIO 2017, p.1). Por el contrario, la normativa vigente no contiene definición alguna sobre el delegado de protección de datos.

Para establecer una definición del delegado de protección de datos los autores «acuden a consideraciones basadas en la unificación de los caracteres y las características definitorias del significado y funciones de dicha figura» (RAMÓN 2019, p.8).

Aunque en esencia no es una figura nueva, sí adquiere una renovada denominación con el RGPD. «Realiza tareas muy parecidas a las de una auditoría interna y periódica... es una figura independiente... en contacto permanente con el responsable, con... los encargados del tratamiento, con los interesados... y con la autoridad de control. Se encarga de mediar entre los agentes y actores... y trata de encontrar soluciones a conflictos» (SIMÓN 2018, p.67).

De lo expuesto, y en base a lo dispuesto en los artículos 37¹⁸, 38¹⁹ y 39²⁰ del RGPD que regulan la figura, podemos extraer una definición que nos permita realizar una aproximación al DPD, de tal forma que entendemos como tal a la persona física o jurídica que en base al nombramiento, obligatorio o voluntario, realizado por el responsable o encargado del tratamiento en base a sus cualidades profesionales, conocimientos y práctica en la materia, y desde una posición de independencia, realiza las funciones de asesoramiento y revisión del cumplimiento en materia de protección de datos, de contacto con encargados, autoridad de control e interesados, así como la resolución de conflictos de una manera rápida y eficaz.

¹⁸ Designación del delegado de protección de datos.

¹⁹ Posición del delegado de protección de datos.

²⁰ Funciones del delegado de protección de datos.

3.1.1. Formación

«El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos» (art. 37.5 RGPD).

El Grupo de Trabajo del artículo 29 ha señalado que las cualidades profesionales deben ser acordes con la sensibilidad, complejidad y cantidad de datos cuyo tratamiento se lleve a cabo por el responsable o encargado del tratamiento (GT29 2016). Aunque no se exige una titulación específica parece razonable que, para adquirir los conocimientos necesarios para el desempeño de las funciones establecidas en el artículo 39 del RGPD, lo más recomendable sea la obtención de formación específica. Así, BOTANA (2018) afirma que una formación adecuada con la correspondiente acreditación puede marcar la diferencia, beneficiar a la organización y constituir garantía de haber alcanzado los conocimientos adecuados. Ahora bien, nada de esto tendría sentido sin una práctica en la materia que permita al DPD tener conocimiento en el campo de la protección de datos.

No obstante, y ante la falta de especificación sobre la titulación requerida para el desempeño de la función, que a nuestro entender debe ser universitaria, la AEPD ha promovido un Esquema de Certificación²¹.

Aunque hay que destacar que en España los profesionales sobre la materia han destacado siempre por su alta especialización (RALLO 2019), con este esquema la AEPD busca que los responsables y encargados del tratamiento puedan recurrir a DPD con competencias suficientes acreditadas mediante la correspondiente certificación (AEPD 2020). Para ello se puede acceder al listado de quienes lo han obtenido a través de las correspondientes entidades autorizadas. No obstante, esta certificación no es obligatoria por lo que se podrá designar a un delegado de protección de datos que no cuente con ella.

²¹ Para más información sobre el esquema de certificación consultar: <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/delegado-de-proteccion-de-datos/certificacion>

3.1.2. Posición

El artículo 38 del RGPD señala que el delegado de protección de datos debe desempeñar su papel conforme a la normativa sobre la materia, garantizando su independencia en el ejercicio de sus funciones. Para ello:

- a) Debe garantizarse que participe en las cuestiones que, relativas a la protección de datos personales, se desarrollos por el responsable o encargado del tratamiento (art. 38.1 RGPD).
- b) En el desempeño de las funciones debe tener el respaldo del responsable o encargado del tratamiento. Este respaldo hace referencia a los recursos necesarios para el desempeño de las funciones, al acceso a los datos y operaciones de tratamiento y al mantenimiento de sus conocimientos. (art.38.2 RGPD). Como señalábamos en el apartado correspondiente a la formación del DPD, habiendo destacado el conocimiento especializado en la materia, se hace más que justificado que este conocimiento debe mantenerse durante el desarrollo de la actividad, estableciendo el RGPD que deberá ser el responsable o el encargado quien garantice este mantenimiento.
- c) Para garantizar la independencia del delegado de protección de datos se establece que el mismo no podrá recibir instrucciones para el desempeño de sus funciones y que aquél tendrá que rendir cuentas al más alto nivel jerárquico (art. 38.3 RGPD).

Adicionalmente, conforme al artículo 37.6 del RGPD el delegado de protección de datos puede prestar sus servicios formando parte de la plantilla o como profesional externo. Ya sea como empleado o sin incluirse en la estructura laboral del responsable o encargado, debe desempeñar sus funciones con total independencia (art 38.3 RGPD), lo que confiere una especial protección «frente a despidos o sanciones como consecuencia del desempeño de sus funciones» (PÉREZ 2017, p.6).

3.1.3. Funciones

El último de los artículos que el RGPD utiliza para la regulación de la figura del delegado de protección de datos es el que establece las funciones que, como mínimo, debe desempeñar como tal. Estas son:

- a) Informar y asesorar de las obligaciones establecidas por la normativa en materia de protección de datos personales (art. 39.1.a RGPD).
- b) Supervisar el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos (art.39.1.b RGPD).
- c) Asesorar sobre la evaluación de impacto de protección de datos (art.39.1.c RGPD).
- d) Cooperar con la autoridad de control (art.39.1.d RGPD).
- e) Actuar de punto de contacto con la autoridad de control (art.39.1.e RGPD).

Según lo señalado, se trata de las funciones mínimas que debe desempeñar el delegado de protección de datos. No obstante, son múltiples las tareas que puede desarrollar en el ejercicio de su actividad.

Como señalábamos anteriormente, «realiza tareas muy parecidas a las de una auditoría interna y periódica... es una figura independiente... en contacto permanente con el responsable del tratamiento, con... los encargados de tratamiento, con los interesados... y con la autoridad de control. Se encarga de mediar entre los agentes y actores... y trata de encontrar soluciones a conflictos» (SIMÓN 2018, p.67).

Conforme a lo anterior, debemos destacar la función que desempeña el delegado de protección de datos mediante su intervención en casos de reclamación ante la autoridad de protección de datos. El artículo 37 de la LOPDGDD regula el desempeño de la misma señalando que los interesados podrán «dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame» (art.37.1 LOPDGDD), antes de acudir a la autoridad competente. Además de ello, el artículo establece que se cuenta con un plazo máximo de dos meses para proceder a comunicar la decisión al interesado lo que supone que el procedimiento de reclamación resulte más eficaz y rápido que otros procedimientos de reclamación. Las reclamaciones dirigidas al DPD suelen resolverse con más rapidez y de forma más eficaz.

3.2. El Delegado de Protección de Datos en el derecho comparado.

La Directiva²² derogada por el actual RGPD omitía en su artículo 18.2, bajo ciertas condiciones, la obligación de notificación previa de los registros de tratamiento ante la autoridad de control. Una de estas condiciones era que el responsable del tratamiento realizara la designación del conocido como encargado de protección de datos, actual delegado de protección de datos.

La norma señalada, que no era de aplicación directa, permitía que los Estados miembros legislaran o no sobre dicha figura y es por ello que, con carácter previo a la entrada en vigor del RGPD, la regulación de la figura del actual DPD no era uniforme en el territorio de la UE. Determinados países, como Alemania, regularon la figura adquiriendo carácter obligatorio, otros, como Francia, con carácter voluntario y otros, como España, no lo regularon.

Actualmente, con una normativa homogénea fruto de la aplicación directa del Reglamento, la implantación del DPD adquiere carácter obligatorio. Ahora bien, en uso de la soberanía nacional, cada Estado miembro, dentro del respecto al Reglamento, podrá aprobar las correspondientes leyes de desarrollo.

De esta forma, a excepción de Bélgica, Letonia y Suecia, se han aprobado las correspondientes normas de desarrollo del RGPD:

- Alemania: *Federal Data Protection Act (BDSG new)*.
- Austria: *Austrian data protection act (Datenschutzgesetz, DSG)*.
- Bulgaria: *Loi sur la protection des données à caractère personnel*.
- Chequia: *Czech Act No. 110/2019 Coll., act of 12 March 2019 on personal data*.
- Chipre: *Law providing for the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and for the Free Movement of such Data of 2018 (Law 125(I)/2018)*
- Croacia: *The Act on Implementation of General Data Protection Regulation (Official Gazette, No. 44/2018)*

²² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos.

- Dinamarca: *Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven).*
- Eslovaquia: *Act no. 18/2018 on personal data protection and amending and supplementing certain Acts.*
- Eslovenia: *Information Commissioner Act/Personal Data Protection Act of The Republic os Slovenia.*
- Estonia: *Isikuandmete kaitse seadus Vastu võetud 12.12.2018 Decisión N ° 367.*
- Finlandia: *Data Protection Act (1050/2018).*
- Francia: *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*
- Grecia: *Law 4624/2019.*
- Hungría: *Act CXII of 2011 on Informational Self-Determination and Freedom of Information ("Privacy Act").*
- Irlanda: *Data Protection Act 2018.*
- Italia: *Il Codice in materia di protezione dei dati personali.*
- Lituania: *Republic Of Lithuania Law on legla protection of personal data. 11 June 1996 No. I-1374.*
- Luxemburgo: *Loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données.*
- Malta: *Chapter 586 Data Protection Act.*
- Países Bajos: *Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG).*
- Polonia: *The Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data.*
- Portugal: *Lei n.º 58/2019 – Lei de execução do RGPD.*
- Rumania: *LEGE nr. 190 din 18 iulie 2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679.*

En lo que respecta a la figura del DPD, mediante el cuadro que se presenta a continuación y que recoge las peculiaridades que en la regulación del delegado han establecido las legislaciones de los Estados miembros en desarrollo del RGPD, podemos analizar los aspectos sobre los que se han pronunciado.

	DESIGNACIÓN OBLIGATORIA	FORMACIÓN	OTROS
ALEMANIA	a) Si emplean constantemente 20 personas encargadas del procesamiento automatizado de datos personales; b) Se realiza tratamiento sujeto a una evaluación de impacto; c) Se realiza tratamiento con fines de mercado, opinión, investigación o comerciales que impliquen cesiones ²³ .		
AUSTRIA			Derecho legal a negarse a prestar testimonio. Prohibición de incautación y confiscación de archivos y documentos del DPO ²⁴ .
BULGARIA		Certificado obligatorio para nombramiento ²⁵ .	
CHEQUIA	En los tratamientos con fines de investigación científica, histórica o estadísticos se debe prever el cumplimiento de medidas específicas. Tales medidas pueden incluir la designación de DPD ²⁶ .		
ESPAÑA	Supuestos previstos en el artículo 34 de la LOPDGDD.	La AEPD establece un esquema de certificación.	Intervención en caso de reclamación conforme artículo 37 de la LOPDGDD.

²³ Chapter 3, Section 38. *Federal Data Protection Act (BDSG new)*.

²⁴ Artículo 5 (2). *Austrian data protection act (Datenschutzgesetz, DSG)*.

²⁵ Artículo 16.3. *Loi sur la protection des données à caractère personnel*.

²⁶ Section 16. *Czech Act No. 110/2019 Coll., act of 12 March 2019 on personal data*.

	DESIGNACIÓN OBLIGATORIA	FORMACIÓN	OTROS
HUNGRÍA			Si el responsable del tratamiento está obligado a designar un delegado de protección de datos, adoptará y aplicará una política interna de protección y seguridad de datos como parte de las medidas especificadas ²⁷ .
POLONIA	a) Entidades del sector de las finanzas públicas; b) Institutos de investigación; c) Banco Nacional de Polonia ²⁸ .		Desde el 01/09/18 el administrador de seguridad de la información pasará a ser DPD ²⁹ .
PORTUGAL	a) Entidades administrativas autónomas y Banco de Portugal; b) Instituciones públicas; c) Instituciones públicas de educación superior, independientemente de su naturaleza; d) Empresas del sector empresarial estatal y del sector empresarial regional y local; e) Asociaciones públicas ³⁰ .		El delegado de protección de datos de una entidad pública no puede ejercer simultáneamente estas funciones en una entidad sujeta a control, o insertada en el perímetro regulatorio de esa entidad ³¹ .

No todos los países miembros de la UE que han aprobado normas nacionales sobre protección de datos se han incluido en la tabla expuesta ya que han optado por remitir la regulación de la figura del DPD a lo dispuesto por el RGPD sin incluir innovación o desarrollo de la normativa respecto a este tema.

²⁷ Section 25/A (3). Act CXII of 2011 on Informational Self-Determination and Freedom of Information ("Privacy Act").

²⁸ Artículo 9. The Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data.

²⁹ Artículo 158. The Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data. Lo que parece indicar que se trata de la misma figura con distinto nombre. En sentido contrario, RECIO (2018) indica que lo que anteriormente se conocía como responsable de seguridad y el DPD son figuras distintas e independientes.

³⁰ Artículo 12. Lei n.º 58/2019 – Lei de execução do RGPD.

³¹ Artículo 12. Lei n.º 58/2019 – Lei de execução do RGPD.

4. Designación voluntaria del Delegado de Protección de Datos

El delegado de protección tiene un papel clave en la gestión de procesos críticos, como brechas de seguridad, reclamaciones de derechos, gestión de transferencias internacionales, revisión de la metodología de clasificación de tratamientos en el registro de actividades de tratamiento, realización de Evaluaciones de Impacto o elaboración de códigos de conducta (SIMÓN 2018).

No estar adaptado al RGPD, en el mercado internacional y, especialmente en el mercado digital, implica ser menos competitivo o descartar, ya de entrada, un volumen potencial de clientes, el de la Unión Europea (SIMÓN 2018).

Existen multitud de razones que pueden ser tomadas en cuenta a la hora de optar por la designación “voluntaria” del DPD. Así la Asociación Francesa de datos de carácter personal³² recoge una lista³³ de puntos fuertes a tener en cuenta para la designación de un delegado de protección de datos, algunos de ellos señalan que:

1. Permite reducir el riesgo jurídico.
2. Contribuye a la reducción de trámites para el responsable o encargado del tratamiento.
3. Permite una relación directa con la AEPD.
4. Permite organizar el tratamiento de los datos personales de manera más rápida estructurando debidamente los tratamientos.
5. Mejora la reputación de la organización.
6. Puede contribuir a la mejora del clima social.
7. Promueve la implementación de un enfoque de calidad para la gestión de la información.
8. Contribuye a mejorar la política de seguridad informática.
9. Contribuye a reducir los costes del tratamiento de información al adoptar medidas para que este resulte más eficiente.
10. Contribuye a reducir los costes ante el ejercicio de derechos de los interesados.

³² Association française des correspondants à la protection des données à caractère personnel (AFCDP).

³³ Puede consultarse la lista completa en <https://afcdp.net/les-bonnes-raisons-de-designer-un-dpo/>.

11. Permite una mayor revalorización de la información.
12. Permite el desarrollo de la colaboración entre los distintos departamentos empresariales (jurídico, informático, marketing, etc.)
13. Permite la cooperación con otras entidades que cuentan con la misma figura.

El RGPD y la LOPD establecen aquellos supuestos en los que la designación del DPD será obligatoria, atendiendo, en el primer caso, a los criterios señalados y, en el segundo, a la actividad desarrollada.

Fuera de los supuestos establecidos como obligatorios por la normativa en materia de protección de datos, existen actividades llevadas a cabo por responsables y encargados del tratamiento que, conforme a ciertos aspectos podemos observar que el nombramiento, sin llegar a ser obligatorio, adquiere un papel fundamental en el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva.

El RGPD no se centra en señalar una lista cerrada de medidas de seguridad según el nivel de riesgo, como sí hacia la LO de protección de datos del año 99, anterior a la entrada en vigor del RGPD. La nueva normativa europea enfoca su cumplimiento en el análisis de riesgo. Dicho análisis de riesgo puede dar como resultado la necesidad de designación de DPD aunque este nombramiento no sea expresamente obligatorio conforme a lo establecido en la normativa.

Para poder determinar en qué supuestos la designación del delegado es conveniente en cumplimiento del principio señalado, no encontramos, en la normativa nacional, criterios que nos permitan realizar esta valoración. Por lo que, en la práctica, se traduce en que responsables y encargados, en una interpretación deficiente de la normativa, entiendan que únicamente se tiene la obligación de designar a un delegado de protección de datos en los casos o circunstancias tasadas por el RGPD y por LOPDGDD.

No obstante, el propio grupo de trabajo del artículo 29 hace referencia a la necesidad de documentar la no obligación de designación y entendemos que conforme a la nueva normativa esta no designación no debe centrarse únicamente en los supuestos específicamente señalados sino en un correcto análisis sobre la necesidad de la figura para la correcta protección de los derechos de los interesados ajustando el tratamiento a un adecuado nivel del riesgo.

4.1. Criterios para la designación voluntaria del Delegado de Protección de Datos.

Mediante el presente apartado expondremos una serie de criterios para determinar en qué supuestos la designación del delegado de protección de datos es conveniente para el correcto cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva previsto en el artículo 5.2 del RGPD. Asimismo, realizaremos la correspondiente argumentación para la aplicación de los criterios en el ámbito nacional español.

4.1.1. Criterios extraídos del derecho comparado.

Tras el estudio de cada una de las normas nacionales en materia de protección de datos de los Estados miembros de la Unión Europea, a las que hemos hecho referencia en el apartado 3.1 del presente Trabajo Fin de Máster, hemos extraído aquellos criterios establecidos para la designación del DPD en el respectivo territorio nacional. Estos criterios, aunque carecen de carácter vinculante en el territorio español, pueden emplearse para ayudar a responsables y encargados del tratamiento en la valoración sobre la designación “voluntaria” de la figura.

4.1.1.1. Criterios previstos en la legislación alemana³⁴:

- a) Se emplean constantemente a 20 personas encargadas del procesamiento automatizado de datos personales.³⁵

El artículo 4.2 del Reglamento General de Protección de Datos define el tratamiento como «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no» (art. 4.2 RGPD).

A pesar de hacer mención a la posibilidad de que el procedimiento de tratamiento sea automatizado o no, la normativa actual no establece ni una definición al respecto ni diferencias en la aplicación de la norma entre uno y otro. Sí lo hacia la normativa

³⁴ *Federal Data Protection Act (BDSG new)*.

³⁵ *Chapter 3 Obligations of controllers and processors table of contents. Section 38 Data protection officers of private bodies de la Federal Data Protection Act (BDSG new)*.

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

anterior³⁶ con una norma específica para el tratamiento automatizado de datos. En su artículo 1 señalaba su propósito: «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos» (art. 1 LOTADP).

De lo expuesto se extraen dos conclusiones evidentes que nos permitirán tener en cuenta el criterio señalado para la designación “voluntaria” del delegado de protección de datos. Por un lado, el tratamiento de datos mediante procedimientos automatizados, que pueden suponer tratamientos masivos o a gran escala, puede acarrear un mayor riesgo para el derecho a la protección de los datos (GONZÁLEZ 2017). Por otro lado, dicho tratamiento aumenta la posibilidad de que el tratamiento que se realice de datos personales sea a gran escala ya que a la hora de determinar esto último se tendrá en cuenta «el volumen de datos o la variedad de elementos de datos que son objeto de tratamiento» (GT29 2016, p.8).

- b) Se realiza tratamiento sujeto a una evaluación de impacto³⁷.

El artículo 35 del RGPD establece los supuestos en los que será obligatoria la realización de una evaluación de impacto –EIPD-. Es su apartado número uno destaca que «cuando un tipo de tratamiento...entrañe un alto riesgo...realizará...una evaluación de impacto» (art. 35 RGPD).

El RGPD a través de una serie de artículos recogidos a lo largo del cuerpo normativo establece una serie de medidas cualificadas para aquellos casos en los que puede preverse un riesgo alto para los derechos y libertades de los interesados.

Una de estas medidas es la obligación, en su caso, de realizar la correspondiente EIPD. Ello, unido a una de las funciones propias de la figura del DPO recogida en el artículo 39.1.c) del Reglamento, parece indicar que sería recomendable designar a un DPO cuando el tratamiento requiera la realización de una EIPD ya que la misma obligación deriva de un posible riesgo alto en el tratamiento.

³⁶ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En adelante, LOTADP.

³⁷ Chapter 3 Obligations of controllers and processors table of contents. Section 38 Data protection officers of private bodies de la Federal Data Protection Act (BDSG new).

- c) Se realiza tratamiento con fines de mercado, opinión, investigación o comercio que impliquen cesiones de datos.³⁸

El propio RGPD confiere un lugar primordial, a la hora de establecer la información que debe facilitarse al interesado cuando se realice el tratamiento de sus datos, al deber informar sobre « los destinarios o las categorías de destinatarios de los datos personales» (art. 13 y 14 RGPD).

La normativa europea no pretende limitar la circulación de los datos personales, todo lo contrario, busca que en ese movimiento el interesado tenga un control total y permanente de los tratamientos que se realizan sobre sus datos personales.

Por lo tanto, si la cesión de los datos va a llevarse a cabo con finalidades tales como de mercado, opinión y comerciales, principalmente, puede derivarse un riesgo alto para los derechos de los interesados. La designación del DPD, con conocimientos especializados en la materia, puede ayudar, a través de su asesoramiento en el cumplimiento de la normativa, a que el riesgo derivado de estas operaciones se mitigue. Por tanto, en aras de proteger los derechos y garantizar el control de los interesados sobre sus datos es oportuno realizar una designación “voluntaria” del DPD.

4.1.1.2. Criterios previstos en la legislación checa³⁹:

- a) Tratamientos con fines de investigación científica, histórica o estadística se debe prever el cumplimiento de medidas específicas tales como la designación de DPD.⁴⁰

Al igual que lo expuesto en el apartado 4.1.1.1 letra c), en este caso prescindiendo de la cesión de los datos, las finalidades descritas presentan peculiaridades desde el punto en que el interesado puede ver perjudicado sus derechos por el tratamiento de sus datos en estudios que pueden suponer categorización de la persona en función de determinadas características derivadas de sus datos. Por ello, la designación de la

³⁸ Chapter 3 Obligations of controllers and processors table of contents. Section 38 Data protection officers of private bodies of the Federal Data Protection Act (BDSG new).

³⁹ Czech Act No. 110/2019 Coll., act of 12 March 2019 on personal data.

⁴⁰ Section 16 of the Czech Act No. 110/2019 Coll., act of 12 March 2019 on personal data.

figura puede constituir una buena garantía para la protección de los mismos y de sus titulares.

4.1.1.3. Criterios previstos en la legislación irlandesa⁴¹:

- a) El Estado podrá establecer supuestos de designación obligatoria teniendo en cuenta la necesidad de protección. En particular: la naturaleza, alcance, contexto, fines y propósitos del procesamiento; riesgos que surjan para los derechos y libertades de las personas; la probabilidad y la gravedad de dicho riesgo para las personas interesadas; los costos de implementación⁴².

De igual forma a lo previsto en el apartado 4.1.1.1.b) se tendrá en cuenta para la realización de EIPD el riesgo alto y, conforme a lo señalado, puede ser un indicador para la designación de DPD.

4.1.1.4. Criterios previstos en la legislación de Luxemburgo⁴³:

- a) Según la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos para los derechos y libertades de las personas, para tratamientos con fines de investigación científica, histórica o estadística⁴⁴.

Idéntica consideración que los apartados 4.1.1.1.b y 4.1.1.3.a) en consonancia con el apartado 4.1.1.2.a).

4.1.1.5. Criterios previstos en la legislación polaca⁴⁵:

- a) Entidades del sector de las finanzas públicas;
- b) Institutos de investigación;
- c) Banco Nacional de Polonia⁴⁶.

De igual forma que nuestra LOPDGDD establece en su artículo 34 un listado de sectores/actividades en los que la designación del delegado de protección de datos

⁴¹ *Data protection act 2018*

⁴² Art. 34 de la *Data protection act 2018*

⁴³ *Loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données.*

⁴⁴ Art. 65 de la *Loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données.*

⁴⁵ *The Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data.*

⁴⁶ Art. 9 del *The Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data.*

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

es expresamente obligatoria, en este caso se ha optado por establecer estos supuestos de nombramiento.

4.1.1.6. Criterios previstos en la legislación portuguesa⁴⁷:

- a) Entidades administrativas autónomas y Banco de Portugal;
- b) Instituciones públicas de educación superior, independientemente de su naturaleza;
- c) Empresas del sector empresarial estatal y del sector empresarial regional y local
- d) Asociaciones públicas⁴⁸.

Idéntica consideración que el apartado 4.1.1.6.

Sin resultar de aplicación, en España, la legislación nacional del resto de Estados miembros, partiendo del cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva en el que el responsable debe ser capaz de cumplir los principios y capaz de demostrarlo y, habiendo dejado de lado el antiguo sistema de medidas en función del nivel de seguridad requerido, resulta recomendable y útil acudir a un análisis del derecho comparado para valorar si la reglamentación establecida en ellos puede resultar de aplicación con la intención de ofrecer un nivel de riesgo adecuado para los derechos de los interesados.

Por ello, debemos considerar que, en las circunstancias señaladas, aun sin ser obligatorio conforme a la normativa nacional española la designación del delegado de protección de datos puede resultar proporcional para la protección de los derechos de los interesados.

4.1.2. Criterios extraídos de las directrices sobre los Delegados de Protección de Datos (DPD) del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29.

Por su parte, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 emitió en 2016, revisado en 2017, las directrices sobre los delegados de protección de datos. En dicho documento se señala que «los responsables y encargados del tratamiento documenten el análisis interno realizado para determinar si debe nombrarse o no un DPD, a fin de poder demostrar que se han tenido en cuenta los factores pertinentes» (GT29 2016, p.6). Cuando hace referencia a factores pertinentes menciona el artículo 24 del RGPD que establece la responsabilidad de

⁴⁷ Lei n.º 58/2019 – Lei de execução do RGPD.

⁴⁸ Art. 12 de la Lei n.º 58/2019 – Lei de execução do RGPD.

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

establecer las medidas técnicas y organizativas para demostrar que se ha cumplido el Reglamento.

Por tanto entendemos que, no solo se requiere argumentar que no se cumplen las circunstancias del artículo 37 del RGPD, sino que, de forma adicional, hay que argumentar que no se ha procedido a la designación ya que no se ha considerado como medida adecuada para garantizar el cumplimiento de la normativa en aras del principio de responsabilidad proactiva.

Adicionalmente a ello, el GT29 en su explicación de los conceptos indeterminados del artículo 37 del RGPD, entre otros, a gran escala, observación habitual y sistemática, hace referencia a determinados supuestos de los que podemos extraer otra serie de criterios para la designación “voluntaria” del delegado de protección de datos.

Entre estos criterios se encuentra:

- a) El tratamiento se lleve a cabo por persona física o jurídica que desempeñe una labor pública. La primera letra del artículo 37 apartado 1 recoge la obligación de designar un delegado de protección de datos para autoridad u organismo público. Sin embargo, no hace referencia alguna a aquellos responsables que en el desarrollo de su actividad desempeñan una labor pública. Este es el ejemplo de «los servicios de transporte público, el suministro de agua y energía, las infraestructuras viarias, la radiodifusión publica, la vivienda pública o los órganos disciplinarios de las profesiones reguladas» (GT29 2016). Sigue el Grupo de Trabajo señalando que en los tratamientos llevados a cabo por estos responsables del tratamiento, la situación ante la que se encuentra el interesado permite entender que se requiera una protección adicional por lo que la designación del delegado podría ser conveniente conforme a la necesidad de adoptar las medidas de protección oportunas.
- b) Cuando el responsable del tratamiento tenga obligación de designar a un delegado de protección de datos, no siendo obligatorio para el encargado si puede resultar recomendable (GT29 2016). La adopción de medidas por el responsable del tratamiento carecería de sentido y no cumpliría con su cometido si determinados tratamientos se derivan en encargados de tratamiento que no garanticen el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos. Es por ello, que el GT29 recomienda que el encargado del tratamiento realice la designación de un DPD

cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva cuando el responsable por cuenta de quien trata los datos tenga obligación de hacerlo.

4.1.3. Guía de criterios para la designación voluntaria del DPD. Listado de criterios expuestos.

Como resultado de nuestra investigación y del estudio del derecho comparado y GT29, en cumplimiento del objetivo previsto en la elaboración del presente TFM, recogemos aquí el listado de criterios expuestos a lo largo del presente documento para que conste a efectos de guía para los responsables y encargados del tratamiento.

- a) Se emplean constantemente a 20 personas encargadas del procesamiento automatizado de datos personales.
- b) Se realiza tratamiento sujeto a una evaluación de impacto.
- c) Se realiza tratamiento con fines de mercado, opinión, investigación científica, histórica o estadística, o comercio que impliquen cesiones de datos.
- d) Se realiza tratamiento con fines de mercado, opinión, investigación científica, histórica o estadística, o comercio que no impliquen cesiones de datos.
- e) Supuestos teniendo en cuenta la necesidad de protección. En particular: la naturaleza, alcance, contexto, los fines y propósitos del procesamiento; riesgos que surjan para los derechos y libertades de las personas; la probabilidad y la gravedad de dicho riesgo para las personas interesadas; los costos de implementación.
- f) Entidades del sector de las finanzas públicas.
- g) Institutos de investigación.
- h) Banco Nacional.
- i) Entidades administrativas autónomas.
- j) Instituciones públicas de educación superior, independientemente de su naturaleza.
- k) Asociaciones públicas.
- l) Empresas del sector empresarial estatal y del sector empresarial regional y local.
- m) El tratamiento se lleve a cabo por persona física o jurídica que desempeñe una labor pública.
- n) Cuando el responsable del tratamiento tenga obligación de designar a un delegado de protección de datos, no siendo obligatorio para el encargado.

5. Conclusiones

Mediante el presente TFM se ha analizado la figura del delegado de protección de datos desde una perspectiva nacional e internacional dentro del marco de aplicación de la normativa de la Unión Europea, con el objetivo principal de ofrecer a los responsables y encargados del tratamiento una guía de criterios que les permita determinar aquellos supuestos en los que la designación “voluntaria” del delegado de protección de datos venga motivada por el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva.

Tras la investigación realizada podemos concluir,

Primero.- Que en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva, la designación del delegado de protección de datos no debe limitarse a los supuestos expresamente recogidos en el artículo 37 del RGPD y 34 de la LOPDGDD. Será conveniente su designación “voluntaria” cuando así derive del cumplimiento de los principios de la normativa, pues de lo contrario no estaríamos aplicando correctamente la legislación.

Segundo.- Que la mayoría de los países miembros de la UE han optado por remitir la regulación de la figura al propio RGPD no utilizando, en esta materia específica, su facultad de desarrollo del reglamento lo que, a nuestro entender, supone un perjuicio para responsables y encargados que no pueden recurrir a sus normas nacionales para la interpretación de la norma europea.

Tercero.- Que los responsables y encargados del tratamiento se ven obligados a recurrir a especialistas sobre la materia para aplicar la normativa de protección de datos ya que esta no establece una lista de medidas de seguridad cerrada. Serán los responsables y encargados los que, conforme al principio de responsabilidad proactiva apliquen las medidas que consideren oportunas para garantizar un nivel de seguridad apropiado.

Cuarto.- Que, en consonancia con lo anterior, la normativa en materia de protección de datos debe ser interpretada en su conjunto, lo que puede suponer un gran reto para los que realizan tratamientos de datos si no cuentan con un especialista que les asesore sobre como cumplir correctamente con las obligaciones impuestas por la normativa.

Quinto.- Que la figura del DPD, más allá de consistir en una obligación legal, aporta grandes ventajas competitivas a aquellos que proceden a su designación ya que podrán realizar

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

tratamientos de datos con mayores garantías conforme a la normativa, permitiéndoles obtener beneficios empresariales, ya sean económicos, de reputación, o de cualquier otro tipo. La protección de datos no debe entenderse como un obstáculo sino como un valor añadido.

Sexto.- Que en la labor de facilitar a los responsables y encargados del tratamiento el cumplimiento de la normativa se hace necesaria la publicación de guías, herramientas e instrucciones que le permitan proteger los datos personales de los interesados, con mayor énfasis cuando la protección del interesado se requiera por la posición en la que se encuentra ante el responsable o encargado del tratamiento.

Séptimo.- Que los criterios que conforman la guía elaborada en este trabajo pueden ser utilizados para determinar aquellos supuestos en los que la designación del DPD sea conveniente en cumplimiento de los principios y normas de la protección de datos personales.

Como conocedores de la materia, en este caso mediante los estudios de Máster Universitario en Protección de Datos de UNIR, debemos adquirir un papel facilitador en el asesoramiento sobre la aplicación de la normativa en materia de protección. Es decir, debemos utilizar nuestros conocimientos para ayudar a aquellos que realicen los tratamientos de datos personales a cumplir sus obligaciones, garantizando y protegiendo a los interesados, sin que ello suponga ni un límite a los tratamientos, y en consecuencia a su actividad, ni a la libre circulación de los datos personales. Por lo tanto, tenemos el deber de ofrecer herramientas que permitan a responsables y encargados aplicar correctamente la normativa para beneficio de todos y, principalmente, de los interesados.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

ÁLVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad.* 1^a ed. Madrid: Reus, 2016.

BOTANA GARCÍA, G. «La formación del Delegado de Protección de Datos (DPO)». *Actualidad Civil* [en línea]. 2018, núm. 5, pp.27-36 [consulta: junio de 2020]. Disponible en: https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5500_00000000_2018050100000050000?fileName=content%2FDT00002671_21_20180518.HTML&location=pi-1877.

CASCÓN-KATCHADOURIAN, J. «Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad». *Profesional de la información* [en línea]. 2020, vol. 29, núm. 4, pp.1-20 [consulta: julio de 2020]. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/EPI/article/view/79450/61150>.

DÍAZ, F. E. «Nuevo Reglamento de protección de datos de carácter personal». *Revista De Derecho UNED* [en línea]. 2009, núm. 4, pp.415-424 [consulta: mayo de 2020]. Disponible en: <https://search.proquest.com/openview/7d20649cad57436d5a0a90abdb3c2d5c/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596356>.

GAMERO CASADO. E. «El Delegado de Protección de Datos en las Administraciones públicas: Ombudsman de los datos». *LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA*. 15 mayo 2020, 12:05. Disponible en: <http://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1509261>.

GONZÁLEZ, P. «Responsabilidad proactiva en los tratamientos masivos de datos». *Ética de datos, sociedad y ciudadanía* [en línea]. 2017, núm. 24, pp. 115-129 [consulta: mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000103/493>.

LÓPEZ CALVO, J. (coordinador). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos.* 1^a ed. Madrid: Bosch, 2018.

LÓPEZ DONAIRE, B. «Emergencia del “paciente tecnológico”. Referencia al reglamento europeo de protección de datos». *Derecho y Salud* [en línea]. 2016, vol. 26, núm. 1 pp. 89-103 [consulta: septiembre de 2020] Disponible en:

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

<http://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Interior%20Derecho%20y%20Salud%20vol%2026%20n1%202010x280%20v2.pdf#page=89>

MARTÍNEZ MATÍNEZ, R. «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas». En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas». *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC* [en línea]. 2007, núm. 5, pp. 47-61 [consulta: marzo de 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Mariana/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElDerechoFundamentalALaProteccionDeDatosPerspectiv-2372613.pdf>.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. «El reciente marco de la protección de datos personales (RGPD y nueva LOPDP): las obligaciones del responsable y del encargado, el Delegado de Protección de Datos y el régimen sancionador». *RUEDA* [en línea]. 2019, núm. 3-4, pp. 2-17 [consulta: agosto de 2020]. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/44945/Revista%20RUEDA.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>.

MONZÓN PÉREZ, H. «La Naturaleza de la relación laboral del "delegado de protección de datos"». *IusLabor* [en línea]. 2017, núm. 2, pp.1-21 [consulta: septiembre de 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Mariana/AppData/Local/Temp/333006-Texto%20del%20art%C3%ADculo-478036-1-10-20180209-1.pdf>.

RALLO LOMBARTE, A.R. «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma». *Revista De Derecho Político UNED* [en línea]. 2012, núm. 85, pp. 13-56. [consulta: abril de 2020]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10244>.

RALLO LOMBARTE, A.R (director). *Tratado de Protección de Datos, actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

RAMÓN-DÍAZ, A. *El Delegado de Protección de Datos en la Administración local*. Director: Pere Simón Castellano. Universidad Internacional de la Rioja, Facultad de Derecho, Área jurídica de protección de datos, Badajoz, 2019. Disponible en: https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/8191/RAMON%20DIAZ%2c%20ALONS_O.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

RECIO GAYO, M. «La independencia del delegado de protección de datos (DPD): obligación y garantía». *Revista Diario La Ley Ciberderecho UNED* [en línea]. 2018, núm. 19 [consulta: julio de 2020]. Disponible en: [https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20180710000000190000?location=pi-827&searchHighlight=%C2%ABLa%20independencia%20del%20delegado%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20\(DPD\):%20obligaci%C3%B3n%20y%20garant%C3%ADa%C2%BB](https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20180710000000190000?location=pi-827&searchHighlight=%C2%ABLa%20independencia%20del%20delegado%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20(DPD):%20obligaci%C3%B3n%20y%20garant%C3%ADa%C2%BB).

RECIO GAYO, M. «Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad» *Diario La Ley Sección Legal Management* [en línea]. 2017, núm. 2, [consulta: julio de 2020]. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1OXW-DMAz8NfUL0hSgUvuSBxhMqsQ-xNCkPhqwQrQ06RLDyr9fWnaS7ZN8vvPPTH7t6MayOhXt6T2p6qQpkqY-Q1its-tFdn4mYOyDzMxuMOTpvWWAA89oKjfl_M71Qh32UQLOj-TLVQpgx2haCvIYXK_b7hohaydLdFvtnocZdWJiGwvjiKFhXylAvmlFVkmmlSamlis6ZV38_VFGyZflaM810W7y_bJA5lIDxAI_TB9oCLZkELzijbySzR7wnC9gbHf8efPh2rz3C7KmTnm9my3HQwmzhhCz2jljv8f_wFg8AQPMMAAAA==WKE.

RODRÍGUEZ ROCA, A. «Un nuevo orden para proteger los datos personales». *Revista Acta Judicial* [en línea]. 2019, núm. 3, pp. 93-137 [consulta: agosto de 2020]. Disponible en: <https://letradosdejusticia.es/revistaactajudicial/index.php/raj/article/view/26/24>.

SIERRA BENÍTEZ, E. M. «El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico». *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo* [en línea]. 2018, vol. 6, núm. 1, pp. 236-260 [consulta: marzo de 2020]. Disponible en: <file:///C:/Users/Mariana/AppData/Local/Temp/558-1160-1-PB.pdf>.

SIMÓN CASTELLANO, P. *El desempeño de las funciones de Delegado de Protección de Datos. Gestión de procesos críticos y casos prácticos.* 1^a ed. Madrid: Bosch, 2019.

ZAPATERO MARTÍN, M. «El reto de la ordenación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en un universo digital». *Universitas* [en línea]. 2019, núm. 29,

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

pp. 32-69. [consulta: septiembre de 2020]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/4509>.

Directrices, guías, informes y memorias.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Guía del RGPD para responsables del tratamiento* [en línea]. AEPD, 2019a, [consulta: junio de 2020]. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Los tratamientos de datos en relación con el COVID-19* [en línea]. AEPD, 2020, N/REF: 0017/2020 [consulta: junio de 2020]. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria AEPD 2019* [en línea]. AEPD, 2019b, [consulta: junio de 2020]. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/memoria-AEPD-2019.pdf>.

GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre los delegados de protección de datos* [en línea].. GT29, [consulta: marzo de 2020]. Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>.

Legislación citada

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 31-50. (Derogada). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1600324018959&from=ES>.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2018, núm. 294, pp. 119788-119857. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>.

La designación del Delegado de Protección de Datos en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 1992, número 262, pp. 37037 a 37045. (Derogada). Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-24189>.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de diciembre de 1999, núm. 298. (Derogada). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750&p=20110305&tn=2>.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de enero de 2008, núm. 17. (Derogada). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>.

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. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 4 de mayo de 2016, núm. 119, pp. 1-88. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1600324514192&from=ES>

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 1 de marzo de 2020, núm. 202, p. 47. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016E/TXT-20200301&from=ES>.

Jurisprudencia referenciada

Sentencia de 30 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TC:2000:292. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2001-332.pdf>.

Enlaces web

«Certificación de delegado de protección de datos» *aepd*. 5 de junio de 2020, 10:45. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/delegado-de-proteccion-de-datos/certificacion>.

Listado de abreviaturas

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

AFCDP: Association française des correspondants à la protection des données à caractère personnel.

Art.: Artículo.

CE: Constitución española de 1978.

DPD: Delegado de Protección de Datos.

EIDP: Evaluación de Impacto de Protección de Datos.

GT29: Grupo de Trabajo del artículo 29.

LO: Ley Orgánica.

LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (Ley Orgánica de Protección de Datos).

LOTADP: Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

RGPD: REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de 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).

TFM: Trabajo Fin de Máster.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.