

DICTÁMENES

SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, y sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se asignan a la Agencia creada por el Reglamento XX las tareas relativas a la gestión del SIS II y el VIS en aplicación del título VI del Tratado UE

(2010/C 70/02)

El SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 16,

Vista la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular su artículo 8,

Vista la 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 ⁽¹⁾,

Vista la solicitud de dictamen remitida al Supervisor Europeo de Protección de Datos el 11 de agosto de 2009, de conformidad con el artículo 28, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos ⁽²⁾.

HA ADOPTADO EL SIGUIENTE DICTAMEN:

I. INTRODUCCIÓN — CONTEXTO DEL DICTAMEN

Descripción de las propuestas

1. El 24 de junio de 2009, la Comisión aprobó un «paquete legislativo por el que se crea una Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia». Este conjunto de medidas consta de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece la Agencia y de una propuesta de Decisión del Consejo por la que se asignan a la Agencia las tareas relativas a la

gestión del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y el Sistema de Información de Visados (VIS) en aplicación del título VI del Tratado UE ⁽³⁾. Estas dos propuestas se explican más pormenorizadamente en una comunicación adoptada en la misma fecha ⁽⁴⁾. Las propuestas y la comunicación se remitieron para consulta al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) el 11 de agosto de 2009, junto con la evaluación de impacto y el resumen de dicha evaluación ⁽⁵⁾.

2. La base jurídica del Reglamento propuesto es el título IV del Tratado CE. Dado que el empleo del SIS II y del VIS para fines de cooperación policial y judicial en materia penal se basa en la actualidad en el título VI del Tratado UE, el Reglamento propuesto se completa con una propuesta de Decisión del Consejo basada en el título VI del Tratado UE.

3. Los instrumentos jurídicos que establecen, respectivamente, el SIS II, el VIS y el sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo estipulan que la Comisión ha de encargarse de la gestión operativa de estos tres sistemas ⁽⁶⁾. En el caso del SIS II y del VIS, esta atribución de responsabilidad está prevista sólo para un periodo transitorio, tras el cual debe hacerse cargo de la gestión operativa una autoridad de gestión. En una declaración común de 7 de junio de 2007, el Parlamento Europeo y el Consejo invitaron a la Comisión a que, tras una evaluación de impacto en la que se analizaran las alternativas existentes, presentara las propuestas legislativas necesarias para encomendar a una agencia la gestión operativa a largo plazo del SIS II y del VIS ⁽⁷⁾. Las propuestas que nos ocupan responden a esta invitación.

⁽³⁾ COM(2009) 293 final y COM(2009) 294 final.

⁽⁴⁾ COM(2009) 292 final.

⁽⁵⁾ SEC(2009) 836 final y SEC(2009) 837 final.

⁽⁶⁾ Véanse el artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 1987/2006 sobre el SIS II (DO L 381 de 28.12.2006, p. 4), el artículo 26 del Reglamento (CE) n.º 767/2008 sobre el VIS (DO L 218 de 13.8.2008, p. 60) y el artículo 13 del Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo sobre Eurodac (DO L 316 de 15.12.2000, p. 1).

⁽⁷⁾ Véase la declaración común de 7 de junio de 2007, aneja a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2007, sobre la propuesta de Reglamento VIS.

⁽¹⁾ DO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

⁽²⁾ DO L 8 de 12.1.2001, p. 1.

4. La Agencia establecida por el Reglamento propuesto sería, en efecto, responsable de la gestión operativa del SIS II y del VIS, pero también de Eurodac y de otros posibles sistemas informáticos de gran magnitud. La referencia a «otros posibles sistemas informáticos de gran magnitud» se analiza en los apartados 28 a 31 del presente dictamen. A tenor del preámbulo del Reglamento propuesto, la gestión operativa de estos tres grandes sistemas informáticos, y posiblemente de otros, a través de una única entidad está justificada por la necesidad de realizar sinergias, aprovechar economías de escala, crear una masa crítica y maximizar la tasa de utilización del capital y los recursos humanos ⁽⁸⁾.
5. El Reglamento propuesto establece una Agencia reguladora con personalidad jurídica y autonomía jurídica, administrativa y financiera, que desempeñará las funciones atribuidas a la Autoridad de Gestión (o a la Comisión) según se describen en los instrumentos jurídicos por los que se establecen el SIS II, el VIS y Eurodac. Por otra parte, la Agencia efectuará también un seguimiento de la investigación y, previa petición concreta y específica de la Comisión, ejecutará planes piloto para el desarrollo o la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud, en aplicación del título IV del Tratado CE, y quizá en el ámbito más amplio del espacio de libertad, seguridad y justicia (véanse infra los puntos 28 a 31).
6. La estructura administrativa y de gestión de la Agencia estará formada por un Consejo de Administración, integrado por un representante de cada Estado miembro y dos representantes de la Comisión; un Director Ejecutivo, nombrado por el Consejo de Administración; y grupos consultivos encargados de asesorar al Consejo de Administración con información especializada sobre los sistemas informáticos correspondientes. La propuesta prevé de momento la creación de tres grupos consultivos: uno para el SIS II, uno para el VIS y otro para Eurodac.
7. La Decisión del Consejo propuesta, a su vez, encomienda a la Agencia las tareas que asignaban a la Autoridad de Gestión la Decisión 2007/533/JAI del Consejo sobre el SIS II y la Decisión 2008/633/JAI del Consejo sobre el VIS ⁽⁹⁾. Por otra parte, reconoce a Europol la condición de observador en las reuniones del Consejo de Administración de la Agencia cuando se trate una cuestión referente al SIS II o al VIS. Europol también podrá designar a representantes en los grupos consultivos sobre el SIS II y el VIS ⁽¹⁰⁾; Eurojust adquiere asimismo la condición de observador y puede designar a un representante, pero sólo en relación con el SIS II.

⁽⁸⁾ Véase el considerando 5 de la propuesta de Reglamento.

⁽⁹⁾ DO L 205 de 7.8.2007, p. 63, y DO L 218 de 13.8.2008, p. 129.

⁽¹⁰⁾ Si, tras la adopción de la propuesta de Decisión del Consejo relativa a las solicitudes de comparación con datos Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de la aplicación de la ley [véase COM(2009) 344 final], se autoriza a Europol a acceder al sistema Eurodac, es probable que se le reconozca con respecto a dicho sistema la misma condición que con respecto al SIS II y al VIS. Ahora bien, el SEPD emitió el 7 de octubre de 2009 un dictamen desfavorable sobre dicha propuesta de Decisión del Consejo, dictamen que puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2009/09-10-07_Access_Eurodac_EN.pdf

Consulta al SEPD

8. El SEPD se congratula de que se le haya consultado sobre esta cuestión y recomienda que se mencione esta consulta en los considerandos de las propuestas, como suele hacerse en los textos legislativos sobre los cuales se le pide dictamen con arreglo al Reglamento (CE) n° 45/2001.
9. Ya antes de la adopción de la propuesta se había consultado de manera oficiosa al SEPD; éste se congratuló entonces de esa iniciativa, y comprueba ahora con satisfacción que la mayoría de sus observaciones se han tenido en cuenta en la propuesta final.
10. Como es natural, el SEPD está siguiendo con atención todas las iniciativas relacionadas con la creación de la Agencia que se encargará del correcto funcionamiento y la seguridad de bases de datos como el SIS II, el VIS y Eurodac, que contienen grandes cantidades de datos personales. Como se explicará en el presente dictamen, el SEPD no se opone a la creación de tal agencia, siempre y cuando se aborden adecuadamente en los instrumentos legislativos de base ciertos riesgos que podrían incidir de manera importante en la protección de la vida privada de las personas.
11. Antes de explicar esta posición más detenidamente (en las secciones III y IV del presente dictamen), el SEPD analizará primero, en la sección II, la incidencia que tiene en las propuestas actuales el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En la sección V, el SEPD presenta observaciones sobre determinadas disposiciones de ambas propuestas.

II. INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA

12. La estructura jurídica de la Unión Europea se ha modificado considerablemente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. En lo que se refiere concretamente al espacio de libertad, seguridad y justicia, se han ampliado las competencias de la UE y se han adaptado los procedimientos legislativos. El SEPD ha analizado la incidencia de las modificaciones introducidas en los Tratados para las propuestas que nos ocupan.
13. Las bases jurídicas mencionadas en la propuesta de Reglamento son los artículos 62.2.a), 62.2.b)ii), 63.1.a), 63.3.b) y 66 del Tratado CE. El texto de estos artículos corresponde en gran medida al de los artículos 77.1.b), 77.2.b), 77.2.a), 78.2.e), 79.2.c) y 74 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El procedimiento legislativo que debe aplicarse para adoptar medidas sobre estas bases jurídicas no cambia: el procedimiento de codecisión era y sigue siendo aplicable, pero se denomina ahora «procedimiento legislativo ordinario». La incidencia de la modificación de los Tratados en la base jurídica de la propuesta de Reglamento y en el procedimiento legislativo correspondiente parece, pues, limitada.

14. Los artículos en los que se basa actualmente la propuesta de Decisión son los artículos 30.1.a), 30.1.b) y 34.2.c) del Tratado de la UE. En los nuevos Tratados, se ha derogado el artículo 34 del Tratado de la UE. El artículo 30.1.a) ha sido sustituido por el artículo 87.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la UE, que establece la base de las medidas relativas a la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario. El artículo 30.1.b) del Tratado de la UE, sobre cooperación operativa entre las autoridades competentes, ha quedado sustituido por el artículo 87.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que prescribe un procedimiento legislativo especial según el cual el Consejo ha de pronunciarse por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. Al ser incompatibles entre sí estos dos procedimientos, los artículos 87.2.a) y 87.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE no pueden ser ya la base jurídica combinada de la Decisión del Consejo: hay elegir.

15. A juicio del SEPD, el artículo 87.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la UE podría ser la base única de la medida propuesta, y la más idónea puesto que la aplicación del procedimiento legislativo ordinario supone la plena participación del Parlamento Europeo y garantiza la legitimidad democrática de la propuesta ⁽¹¹⁾. A este respecto, conviene destacar que la propuesta se refiere al establecimiento de una agencia que se encargará de la protección de datos personales, un derecho fundamental reconocido en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, vinculante desde el 1 de diciembre de 2009.

16. Optar por el artículo 87.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la UE como única base jurídica permitiría además a la Comisión fusionar las dos propuestas actuales en un solo instrumento para el establecimiento de la Agencia: un Reglamento adoptado con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

17. El SEPD invita en todo caso a la Comisión a que aclare esta situación en breve.

III. CREACIÓN DE UNA AGENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

18. Como se ha indicado en el anterior punto 3, el Parlamento Europeo y el Consejo invitaron en su día a la Comisión a que examinara las opciones existentes y presentara las propuestas legislativas necesarias para encomendar a una agencia la gestión operativa a largo plazo de los sistemas SIS II y VIS, a los cuales la Comisión ha añadido el sistema Eurodac. En su evaluación de impacto, la Comisión analiza cinco opciones de gestión operativa de los tres sistemas:

— mantenimiento de las disposiciones actuales, a saber: gestión por la Comisión, que incluye, en lo que respecta al SIS II y al VIS, una delegación de funciones en dos Estados miembros (Austria y Francia),

— mantenimiento de las disposiciones actuales, pero delegando además la gestión operativa de Eurodac en las autoridades de los Estados miembros,

— creación de una nueva agencia reguladora,

— transferencia de la gestión operativa a la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores (Frontex),

— transferencia de la gestión operativa del SIS II a Europol y continuación de la gestión de VIS y Eurodac por la Comisión.

La Comisión ha analizado estas opciones desde cuatro perspectivas diferentes: operativa, de gobernanza, financiera y jurídica.

19. En el marco de su análisis jurídico, la Comisión compara cómo permitirían estas diferentes estructuras salvaguardar eficazmente los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la protección de datos personales. Llega a la conclusión de que las opciones 3 y 4 son las preferibles a este respecto ⁽¹²⁾. En relación con las dos primeras opciones, apunta a las posibles dificultades asociadas a la supervisión por el SEPD, que se analizaron ya durante el desarrollo del SIS II; también respecto de estas dos opciones, la Comisión alude a la problemática situación que produciría, en términos de responsabilidad, si se impugnaran las operaciones realizadas por personal nacional (como consecuencia artículo 288 del Tratado CE, actual artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

20. El SEPD está de acuerdo con la Comisión en que, desde la perspectiva de la supervisión por el SEPD, sería preferible que una entidad europea se encargase de la gestión operativa de un sistema informático de gran tamaño como el SIS II, el VIS o Eurodac. La existencia de una entidad única aclararía, por lo demás, las cuestiones de la responsabilidad y la normativa aplicable, ya que el Reglamento (CE) n° 45/2001 sería aplicable a todas las actividades de la entidad europea.

21. La siguiente cuestión que se plantea es, sin embargo, por qué entidad europea, o qué tipo de entidad europea, debería optarse. La Comisión considera dos posibilidades: la creación de una nueva agencia y la utilización de dos entidades

⁽¹¹⁾ En la sentencia «Dióxido de titanio», el Tribunal de Justicia concedió especial importancia a la participación del Parlamento Europeo en el proceso decisorio (véase sentencia de 11 de junio de 1991 en el asunto C-300/89, *Comisión/Consejo*, apartado 20, Rec. 1991, p. I-2867).

⁽¹²⁾ Véase la evaluación de impacto, página 32.

ya existentes, a saber, Frontex y Europol. Hay un argumento de peso en contra de que Frontex o Europol se hagan cargo de la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud, ya que, en el ejercicio de sus funciones, ambas tienen intereses propios en utilizar datos personales. El acceso de Europol al SIS II y al VIS ya está previsto, y se está examinando un texto legislativo encaminado a dar a Europol acceso a Eurodac ⁽¹³⁾. El SEPD opina que sería preferible encomendar la gestión operativa combinada de una base de datos de gran magnitud como SIS II, VIS y Eurodac a una entidad independiente que no tenga intereses propios como usuaria de la base. Se reduciría así el riesgo de utilización ilícita de los datos. A este respecto, el SEPD desea destacar que uno de los principios básicos de la protección de datos consiste en la limitación de la finalidad, que exige que los datos personales no se utilicen para fines incompatibles con el fin para el cual fueron inicialmente tratados ⁽¹⁴⁾.

22. Una opción que la Comisión no ha examinado es la de hacerse cargo ella misma de la gestión operativa de los sistemas, sin ninguna delegación en el plano nacional. Una opción cercana a ésta sería la creación de una agencia ejecutiva en lugar de una agencia reguladora. Aunque nada se opone en principio, desde la perspectiva de la protección de datos, a que la propia Comisión asuma esta función (ya que no es la usuaria de estos sistemas), el SEPD considera que la existencia de una agencia aparte presenta ventajas prácticas. La elección de una agencia *reguladora* en lugar de una agencia *ejecutiva* también se considera satisfactoria, ya que impide que la agencia y su ámbito de actividades se establezcan y determinen por decisión exclusiva de la Comisión. La Agencia actual se establecerá mediante un Reglamento adoptado de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, y será objeto, por tanto, de una decisión democrática.
23. El SEPD conviene en que la creación de una agencia reguladora independiente presenta ventajas. Desea destacar, sin embargo, que tal agencia sólo debe establecerse una vez que se hayan definido con claridad sus actividades y responsabilidades.

IV. DOS INQUIETUDES GENERALES EN RELACIÓN CON LA CREACIÓN DE LA AGENCIA

24. Durante el debate legislativo y público de esta propuesta, se han expresado inquietudes ante la posibilidad de que se cree una agencia con funciones de «Gran Hermano». Esta interpretación está relacionada con la posibilidad de que se produzca una desviación de uso, pero también con el problema de la interoperatividad de los distintos sistemas informáticos. Ambos temores se abordan en la presente sección del dictamen.
25. Antes de ello, el SEPD desea plantear, como hipótesis de base, que el riesgo de error o de utilización ilícita de datos personales puede aumentar a medida que aumenta el número de sistemas informáticos de gran magnitud encomen-

dados a un mismo gestor operativo. El número total de grandes sistemas informáticos gestionados por una sola agencia debe, por tanto, limitarse de modo que permita garantizar adecuadamente la protección de datos. En otras palabras, debemos partir del principio de que no conviene encomendar la gestión operativa de tantos grandes sistemas informáticos como sea posible a una sola agencia.

IV.1. Desviación de uso

26. En el contexto actual, el temor de que se produzca una desviación de uso está relacionado con la idea de que la nueva Agencia podrá crear y combinar, por iniciativa propia, los grandes sistemas informáticos ya existentes, así como otros nuevos, hasta un nivel imprevisible en este momento. El SEPD considera que la desviación de uso por la agencia puede evitarse, en primer lugar, limitando y definiendo con claridad en el instrumento de base el ámbito de (posibles) actividades de la agencia y, en segundo lugar, velando por que cualquier expansión de ese ámbito de actividad se efectúe aplicando un procedimiento decisorio democrático, que será normalmente el procedimiento legislativo ordinario.
27. Por lo que respecta a la limitación del ámbito de (posibles) actividades de la agencia, la propuesta actual indica en su artículo 1 que la Agencia se crea para la gestión operativa del SIS II, del VIS y de Eurodac, y «para desarrollar y gestionar otros sistemas informáticos de gran magnitud, en aplicación del Título IV del Tratado CE». Esta última frase lleva a plantear tres preguntas en lo que se refiere a la determinación del ámbito de actividad: ¿qué se entiende por «desarrollar»?; ¿qué se entiende por «sistemas informáticos de gran magnitud»?; y ¿qué se entiende por la cláusula que sigue a la coma?. Examinaremos a continuación estas tres cuestiones, empezando por el final.

¿Qué significa «en aplicación del Título IV del Tratado CE»?

28. La cláusula «en aplicación del Título IV del Tratado CE» constituye una limitación de los grandes sistemas informáticos que pueden incluirse en el ámbito de actividad de la Agencia. El SEPD observa, sin embargo, que dicha cláusula establece un ámbito de actividad más limitado que el que se desprende del título del Reglamento propuesto y de sus considerandos 4 y 10, que difieren del artículo 1 en el sentido de que su alcance es más amplio: se refieren al «espacio de libertad, seguridad y justicia», en lugar del ámbito de competencia, más limitado, que establece el título IV del Tratado CE (visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas).
29. La distinción entre el título VI del Tratado CE y el concepto, más amplio, de «espacio de libertad, seguridad y justicia» (que también abarca el título IV del Tratado de la UE) se hace patente en el artículo 6 del Reglamento propuesto, que trata en su apartado 1 de la posibilidad de que la Agencia ejecute planes piloto para el desarrollo o la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud, *en aplicación del título IV del Tratado CE*, y, en su apartado 2, de la posibilidad de que ejecute planes piloto relativos a otros sistemas informáticos de gran magnitud en

⁽¹³⁾ Sobre este último punto, véase el dictamen emitido por el SEPD el 7 de octubre de 2009, mencionado en la nota n° 10.

⁽¹⁴⁾ Véase artículo 4.1.b) del Reglamento (CE) n° 45/2001.

relación con *el espacio de libertad, seguridad y justicia*. En rigor, el artículo 6.2 no es conforme con el artículo 1 de la propuesta de Reglamento.

30. Es necesario resolver la contradicción entre el artículo 1 y el título del Reglamento propuesto, y entre los considerandos 4 y 10 y el artículo 6.2. Por lo que respecta a la hipótesis de base que hemos formulado en el punto 25 del presente dictamen, el SEPD considera que, en esta fase, sería recomendable restringir el ámbito de competencia de la Agencia a los grandes sistemas informáticos en aplicación del título IV del Tratado CE. Desde el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esta restricción equivaldría a una limitación a los ámbitos de actuación mencionados en el capítulo 2 del título V del Tratado de Funcionamiento de la UE. Una vez que se adquiera más experiencia y tras una evaluación positiva del funcionamiento de la agencia (véanse el artículo 27 de la propuesta y las observaciones del punto 49 del presente dictamen), la referencia del artículo 1 podría, quizá, ampliarse para cubrir todo el espacio de libertad, seguridad y justicia, siempre y cuando la decisión de ampliación se base en el procedimiento legislativo ordinario.

31. No obstante, si el legislador optase por el ámbito de actuación que se desprende del título y de los considerandos 4 y 10, habría que aclarar otra cuestión en lo que respecta al artículo 6.2. En efecto, contrariamente al apartado 1, este apartado 2 no especifica que la ejecución del plan piloto tenga por finalidad el *desarrollo o la gestión operativa* de grandes sistemas informáticos. La distinción deliberada entre ambos apartados y la ausencia de esta cláusula de finalidad en el apartado 2 lleva a plantearse qué es realmente lo que la Comisión intenta establecer. ¿Significa que los planes piloto mencionados en el apartado 1 deben incluir una evaluación del posible desarrollo y gestión operativa por la nueva Agencia, y que tal evaluación no forma parte de los planes piloto del apartado 2? En caso afirmativo, habría que aclararlo mejor en el texto, ya que la supresión de esta cláusula no excluye la posibilidad de que la Agencia desarrolle y realice la gestión operativa de tales sistemas. En caso negativo, si lo que la Comisión pretendía era otra cosa, también habría que aclararlo en el texto.

¿Qué es un sistema informático de gran magnitud?

32. El concepto de «sistema informático de gran magnitud» es bastante discutible, ya que no siempre hay acuerdo en qué sistemas informáticos deben considerarse de gran magnitud y cuáles no. La interpretación de este concepto tiene implicaciones importantes para la delimitación de las actividades que podrá desarrollar en el futuro la agencia. Los tres grandes sistemas informáticos que se mencionan expresamente en la propuesta tienen un rasgo común: el almacenamiento de datos en una base de datos centralizada cuya responsabilidad (hasta ahora) corresponde a la Comisión. No está claro si las posibles actividades futuras de la agencia estarán limitadas a los grandes sistemas informáticos que presenten esa característica, o si podrán incluir también sistemas descentralizados en los que la responsabilidad de la Comisión se limite al desarrollo y mantenimiento de la estructura común, como ocurre con el sistema Prüm o con

el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) ⁽¹⁵⁾. A fin de impedir futuros malentendidos, el SEPD invita al legislador a que aclare el concepto de «sistemas informáticos de gran magnitud» en relación con la creación de la agencia.

¿Qué se entiende por «desarrollar» sistemas informáticos de gran magnitud?

33. Además de la gestión operativa de grandes sistemas informáticos, la agencia realizará también las funciones establecidas en los artículos 5 (seguimiento de la investigación) y 6 (planes piloto). El primero implica el seguimiento de las investigaciones pertinentes y la presentación de informes al respecto a la Comisión. Las actividades relacionadas con los planes piloto, a su vez, consisten en la ejecución de tales planes para el desarrollo o la gestión operativa de grandes sistemas informáticos (véanse, no obstante, las observaciones del punto 31 del presente dictamen). El artículo 6 define la forma en que debe interpretarse el término «desarrollo». La utilización de este término en el artículo 1 lleva a pensar que la agencia podría hacerse cargo por iniciativa propia del desarrollo de grandes sistemas informáticos. Esta posibilidad, sin embargo, queda excluida por la formulación de los apartados 1 y 2 del artículo 6, en los que se indica expresamente que la agencia podrá ejercer estas funciones «previa petición concreta y específica de la Comisión». En otras palabras, es la Comisión quien debe tomar la iniciativa de desarrollar tales sistemas. Naturalmente, cualquier decisión encaminada a crear efectivamente nuevos sistemas informáticos de gran magnitud debe basarse en los procedimientos legislativos establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la UE. Para restringir más claramente el significado del artículo 6 del Reglamento propuesto, el legislador podría añadir la palabra «sólo» al comienzo de los apartados 1 y 2.

En resumen

34. Como se ha indicado, el riesgo de desviación de uso puede evitarse si, en primer lugar, se delimita y se define con claridad en el instrumento jurídico de base el ámbito de (posibles) actividades de la agencia y, en segundo lugar, si se garantiza que toda ampliación de dicho ámbito se base en un procedimiento decisorio democrático, que será normalmente el procedimiento legislativo ordinario. Por lo demás, el texto actual ya contiene especificaciones que limitan el riesgo de desviación de uso.

35. Ahora bien, subsiste cierta incertidumbre en cuanto al alcance concreto de las actividades que podría realizar la nueva Agencia. A este respecto, el legislador debería, en

⁽¹⁵⁾ Sobre el sistema de Prüm, véanse las Decisiones 2008/615/JAI y 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, que se refieren a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (DO L 210 de 6.8.2008, p. 1 y DO L 210 de 6.8.2008, p. 12) y los dictámenes del SEPD del 4 de abril de 2007 (DO C 169 de 21.7.2007, p. 2) y del 19 de diciembre de 2007 (DO C 89 de 10.4.2008, p. 1). Sobre el sistema ECRIS, véanse la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) (DO L 93 de 7.4.2009, p. 33) y el dictamen del SEPD del 16 de septiembre de 2008 (DO C 42 de 20.2.2009, p. 1).

primer lugar, aclarar y decidir con fundamento si dichas actividades están limitadas al capítulo 2 del título V del Tratado de Funcionamiento de la UE, o si podrían abarcar todos los grandes sistemas informáticos que se desarrollen en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. En segundo lugar, el legislador debería aclarar el concepto de «sistemas informáticos de gran magnitud», indicando expresamente si está circunscrito a los grandes sistemas informáticos que se caracterizan por el almacenamiento de datos en una base centralizada de la que es responsable la Comisión o la Agencia. En tercer lugar, aunque el artículo 6 ya impide que la agencia desarrolle nuevos sistemas informáticos por iniciativa propia, se podría, en caso de aceptarse lo anterior, formular el artículo 6 de forma aún más restrictiva añadiendo la palabra «sólo» al comienzo de los apartados 1 y 2.

IV.2. Interoperabilidad

36. El concepto de interoperabilidad no es inequívoco. A esta conclusión llegó el SEPD en las observaciones que formuló el 10 de marzo de 2006 en relación con la comunicación de la Comisión sobre la interoperabilidad entre las bases de datos europeas⁽¹⁶⁾. Con respecto a la nueva Agencia, debe entenderse que este concepto entraña el riesgo de que, al poner varios sistemas informáticos de gran magnitud bajo la gestión operativa de una agencia, se utilice una tecnología similar para todos ellos, que permita, por tanto, interconectarlos con facilidad. En general, el SEPD considera que este temor está justificado. En las observaciones que formuló el 10 de marzo de 2006, el SEPD indicó que el hecho de hacer técnicamente factible la interconexión de distintos sistemas informáticos de gran magnitud constituye una poderosa incitación a interconectarlos efectivamente. Ésta es una razón de peso para insistir, una vez más, en la importancia de las normas de protección de datos. En dichas observaciones, el SEPD destacó por ello que la interoperabilidad de grandes sistemas informáticos *únicamente* debe hacerse posible en condiciones de pleno respeto de los principios de protección de datos y, en particular, del principio de limitación de finalidad antes mencionado (véase el punto 21 del presente dictamen).
37. La posible incitación a hacer interoperables los grandes sistemas informáticos si la tecnología empleada permite interconectarlos con facilidad no está necesariamente ligada, sin embargo, a la creación de una nueva agencia: también sin ella puede ocurrir que se creen, por medios similares, sistemas que resulten interoperables.
38. Cualquiera que sea la estructura de gestión operativa por la que se opte, la interoperabilidad sólo debe hacerse posible si es conforme con los principios de protección de datos y si la decisión concreta por la que se haga posible se adopta por el procedimiento legislativo ordinario. Del contenido del Reglamento propuesto se desprende claramente que la decisión de hacer interoperables entre sí varios sistemas informáticos de gran magnitud no es una decisión que pueda tomar la Agencia (véase también el análisis del anterior punto 33). En términos aún más contundentes, como se desprende también de la comunicación de la Comisión del 11 de marzo de 2008 sobre las agencias europeas, la Comisión no está autorizada a delegar en una agencia la facultad de adoptar medidas reguladoras de carácter tan general⁽¹⁷⁾. Hasta que no se haya tomado una decisión en ese sentido, la agencia está obligada a implantar medidas de seguridad adecuadas para *impedir* cualquier posible interconexión de los grandes sistemas informáticos que gestiona (sobre las medidas de seguridad, véanse también los puntos 46 y 47 del presente dictamen).
39. La interoperabilidad (prevista o que pueda contemplarse en el futuro) podría formar parte de una petición dirigida por la Comisión a la Agencia para que ésta ejecute un plan piloto destinado al desarrollo de sistemas informáticos de gran magnitud, tal como se prevé en el artículo 6 de la propuesta de Reglamento. Esta posibilidad lleva a preguntarse qué procedimiento aplicará la Comisión para pedir a la Agencia que ejecute tal plan. En todo caso, la petición de la Comisión debería basarse en una evaluación al menos preliminar de si el sistema informático como tal, y la interoperabilidad en particular, respetarían los requisitos en materia de protección de datos y, en términos más generales, la base jurídica en virtud de la cual se creen esos sistemas. El procedimiento por el que se rijan estas peticiones podría incluir, por otra parte, la consulta prescriptiva al Parlamento Europeo y al SEPD. La propia petición de la Comisión a la Agencia debería, en cualquier caso, ponerse en conocimiento de todas las partes interesadas, incluidos el Parlamento y el SEPD. El SEPD insta al legislador a que aclare este procedimiento.

V. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

Considerando 16 y artículo 25 del Reglamento propuesto: referencias al Reglamento (CE) n° 45/2001

40. El Reglamento propuesto establece una agencia reguladora independiente, dotada de personalidad jurídica. El considerando 6 de dicho Reglamento estipula que la Agencia debe establecerse en forma de agencia reguladora con personalidad jurídica ya que la autoridad de gestión ha de disfrutar de autonomía jurídica, administrativa y financiera. Como se ha indicado en el anterior punto 20, la creación de una entidad única aclara las cuestiones de responsabilidad y la ley aplicable.
41. El artículo 25 del Reglamento propuesto confirma que la información tratada por la nueva Agencia está sujeta al Reglamento (CE) n° 45/2001. El considerando 16, por otra parte, explicita que, como consecuencia de ello, el SEPD podrá obtener de la Agencia acceso a toda la información necesaria para sus investigaciones.
42. El SEPD considera muy positivo que se haya precisado así en el texto la aplicabilidad del Reglamento (CE) n° 45/2001 a las actividades de la nueva Agencia. En la propuesta de Decisión del Consejo no se hace referencia a dicho Reglamento, aunque está claro que la Agencia también estará vinculada por sus disposiciones cuando las bases de datos se empleen para actividades de cooperación judicial y policial en materia penal. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —y en el supuesto de que el legislador opte por mantener la división en dos instrumentos jurídicos (véanse las observaciones de la sección II del presente dictamen)—, no hay razón que se oponga a la inclusión de una referencia al Reglamento (CE) n° 45/2001 también en los considerandos o en el articulado de la propuesta de Decisión del Consejo.

⁽¹⁶⁾ Las observaciones del SEPD de 10 de marzo de 2006 pueden consultarse en la dirección http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Comments/2006/06-03-10_Interoperability_EN.pdf

⁽¹⁷⁾ COM(2008) 135 final, p. 5.

Artículo 9.1.o) de la propuesta de Reglamento: el responsable de la protección de datos

43. El SEPD también considera positivo que se mencione expresamente en el artículo 9.1.o) de la propuesta de Reglamento el nombramiento de un responsable de la protección de datos. Destaca la importancia de que este nombramiento se haga en una fase precoz de la existencia de la Agencia, atendiendo a las observaciones formuladas por el SEPD en su documento sobre los responsables de la protección de datos ⁽¹⁸⁾.

Letras i) y j) del artículo 9.1 de la propuesta de Reglamento: programa de trabajo anual e informe anual de actividades

44. A tenor del Reglamento (CE) n° 45/2001 y de los instrumentos jurídicos por los que se establecen los sistemas informáticos, el SEPD tiene competencias de supervisión sobre la Agencia. Estas competencias, que se enumeran en el artículo 47 del Reglamento (CE) n° 45/2001, se ejercen principalmente cuando ya se ha producido un incumplimiento de las normas de protección de datos. El SEPD tiene interés en que se le informe de manera regular de las actividades de la Agencia, no sólo *a posteriori* sino también *a priori*. El SEPD ha implantado un sistema de trabajo con la Comisión que atiende a este interés. Confía en que pueda establecerse una cooperación igual de satisfactoria con la nueva Agencia. En vista de ello, recomienda al legislador que incluya al SEPD en la lista de destinatarios del programa de trabajo anual y del informe anual de actividades de la Agencia a que se refieren las letras i) y j) del artículo 9.1 del Reglamento propuesto.

Artículo 9.1.r) de la propuesta de Reglamento: auditorías del SEPD

45. El artículo 9.1.r) del Reglamento propuesto se refiere al informe de auditoría que debe elaborar el SEPD de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n° 1987/2006 sobre el SIS II y el artículo 42.2 del Reglamento (CE) n° 767/2008 sobre el VIS. Tal como está formulado el texto actualmente, parece que la Agencia puede decidir con entera libertad las medidas consecutivas a la auditoría, e incluso que puede no seguir en absoluto las recomendaciones derivadas de ella. Si bien es cierto que la Agencia puede formular observaciones sobre el informe, y que será libre de aplicar a su manera las recomendaciones del SEPD, lo que no le cabe es la opción de no seguirlas en absoluto. El SEPD sugiere por tanto que se suprima este artículo, o bien que se sustituya la cláusula «y decidirá sobre el seguimiento de la auditoría» por «y decidirá sobre la forma de dar cumplimiento del modo más adecuado a las recomendaciones de la auditoría».

Artículo 9.1.n), artículo 14.6.g) y artículo 26 de la propuesta de Reglamento: normas de seguridad

46. El Reglamento propuesto dispone que el director ejecutivo presente al Consejo de Administración, para su adopción, un proyecto de las medidas de seguridad necesarias, incluido un plan de seguridad [véanse los artículos 14.6.g) y 9.1.n)]. En el artículo 26, que trata de las normas de

seguridad en materia de protección de la información clasificada y de la información confidencial no clasificada, se mencionan asimismo la Decisión 2001/844/CE, CECA, Euratom ⁽¹⁹⁾ de la Comisión, de 29 de noviembre de 2001, y, en el apartado 2, los principios de seguridad relativos al tratamiento de la información confidencial no clasificada adoptados y aplicados por la Comisión Europea. Aparte de las observaciones que figuran en el punto 47, el SEPD recomienda que el legislador incluya también una referencia a documentación específica en el apartado 2, que resulta bastante vago en su versión actual.

47. El SEPD destaca que los instrumentos jurídicos en que se basan el SIS II, el VIS y Eurodac contienen disposiciones detalladas en materia de seguridad. No es evidente que esas normas específicas sean totalmente similares o plenamente compatibles con las normas a que se refiere el artículo 26. Dado que el plan de seguridad debe garantizar el máximo nivel de seguridad, el SEPD recomienda al legislador que modifique el artículo 26 convirtiéndolo en una disposición más amplia en la que se aborde la cuestión de las normas de seguridad desde una perspectiva más general y se incluyan referencias a las disposiciones pertinentes de los instrumentos jurídicos relativos a los tres grandes sistemas informáticos de que se trata. Antes de ello, habría que evaluar en qué medida son similares o compatibles entre sí las normas correspondientes. Por otra parte, debería establecerse un vínculo entre esta disposición, de carácter general, y los artículos 14.6.g) y 9.1.n), que tratan de la elaboración y aprobación de normas de seguridad y de un plan de seguridad.

Artículos 7.4 y 19 de la propuesta de Reglamento: sede de la Agencia

48. El SEPD es consciente de que la decisión sobre la sede de la Agencia, contemplada en el artículo 7.4, es en gran medida de carácter político. Aun así, recomienda que, a la luz del artículo 19 (que trata del acuerdo de sede), la elección de la sede se base en criterios objetivos como los locales disponibles, la ubicación de la Agencia en un único edificio, ocupado exclusivamente por ella, y las posibilidades de garantizar la seguridad del edificio.

Artículo 27 de la propuesta de Reglamento: evaluación

49. El artículo 27 del Reglamento propuesto dispone que, en los tres años siguientes a la entrada en funcionamiento de la Agencia y, a continuación, cada cinco años, el Consejo de Administración encargue una evaluación externa independiente, sobre la base de las condiciones establecidas por el Consejo de Administración después de consultar a la Comisión. A fin de garantizar que la protección de datos se integre en esas condiciones, el SEPD recomienda al legislador que haga referencia expresa a ella en el apartado 1 de este artículo. El SEPD invita asimismo al legislador a que especifique, de forma no limitativa, cuáles son las «partes interesadas» a que se alude en el apartado 2 e incluya entre ellas al SEPD. Le recomienda que incluya también al SEPD en la lista de instituciones destinatarias de los documentos mencionados en el apartado 3.

⁽¹⁸⁾ Documento del SEPD del 28 de noviembre de 2005, que puede consultarse en la dirección http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Papers/PositionP/05-11-28_DPO_paper_EN.pdf

⁽¹⁹⁾ DO L 317 de 3.12.2001, p. 1.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

50. A título preliminar, el SEPD destaca la imposibilidad de basar la propuesta de Decisión del Consejo en los dos artículos del Tratado de Funcionamiento de la UE que sustituyen a los artículos del Tratado de la UE en que se basa la propuesta actual. El SEPD invita a la Comisión a que aclare la situación y a que considere, por una parte, la posibilidad de utilizar como base jurídica el artículo que dé más poderes al Parlamento Europeo y, por otra, la posibilidad de fusionar las dos propuestas en un solo reglamento.
51. El SEPD ha analizado las diferentes opciones de gestión operativa del SIS II, del VIS y de Eurodac y considera que la creación de una agencia reguladora para la gestión operativa de ciertos grandes sistemas informáticos presenta ventajas. El SEPD subraya, sin embargo, que semejante agencia sólo debe establecerse si se definen claramente su ámbito de actividad y sus responsabilidades.
52. El SEPD ha examinado en el presente dictamen dos inquietudes generales que ha suscitado la creación de una agencia que puede afectar a la protección de datos: el riesgo de desviación de uso y las consecuencias para la interoperabilidad de los sistemas.
53. El SEPD considera que el riesgo de desviación de uso puede evitarse, en primer lugar, definiendo claramente y limitando en el instrumento jurídico de base el ámbito de las posibles actividades de la agencia y, en segundo lugar, garantizando que toda ampliación de su ámbito de actividad se base en un procedimiento decisorio democrático. El SEPD observa que las propuestas actuales contienen ya especificaciones en ese sentido, pero que subsisten ciertas incertidumbres. Recomienda por ello al legislador:
- que aclare y decida con fundamento si el ámbito de actuación de la Agencia estará limitado al capítulo 2 del título V del Tratado de Funcionamiento de la UE o si debe poder abarcar los grandes sistemas informáticos que se desarrollen en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia;
 - que aclare el concepto de «sistemas informáticos de gran magnitud» en relación con la creación de la Agencia, y determine si sólo incluye los sistemas de este tipo que se caracterizan por el almacenamiento de datos en una base centralizada de la cual sean responsables la Comisión o la Agencia;
 - que dé aún más firmeza a la restricción que establece el texto del artículo 6 añadiendo la palabra «sólo» en el apartado 1 y, si decide mantenerlo, en el apartado 2.
54. En general, el SEPD considera preocupantes ciertas ambigüedades de la evolución hacia la posible interoperabilidad de los grandes sistemas informáticos. Sin embargo, no considera que la creación de la Agencia sea el factor más peligroso a este respecto. Ha tomado nota de que la Agencia no podrá tomar decisiones en materia de interoperabilidad por iniciativa propia. El SEPD alienta por ello al legislador, en el contexto de los planes piloto propuestos, que aclare el procedimiento que debe aplicar la Comisión antes de solicitar la ejecución de un proyecto piloto. A juicio del SEPD, este procedimiento debe incluir una evaluación de la posible repercusión de la iniciativa desarrollada a raíz de tal solicitud, evaluación que podría requerir una consulta al Parlamento Europeo y al SEPD.
55. El SEPD desea formular asimismo las siguientes recomendaciones concretas:
- que se incluya al SEPD en la lista de destinatarios del programa de trabajo anual y del informe anual de actividades a que se refieren las letras i) y j) del artículo 9.1 del Reglamento propuesto;
 - que se suprima el artículo 9.1.r) del Reglamento propuesto, o bien que se sustituya la frase «y decidirá sobre el seguimiento de la auditoría» por «y decidirá sobre la forma de dar cumplimiento del modo más adecuado a las recomendaciones de la auditoría»;
 - que se modifique el artículo 26 de la propuesta de Reglamento convirtiéndolo en una disposición más amplia en la que se aborde la cuestión de las normas de seguridad desde una perspectiva más general y se incluyan referencias a las disposiciones pertinentes de los instrumentos jurídicos relativos a los tres grandes sistemas informáticos de que se trata, y que se establezca un vínculo entre esta disposición general y los artículos 14.6.g) y 9.1.n);
 - en relación con lo anterior, que se incluya en el artículo 26.2 del Reglamento propuesto una referencia a documentos específicos;
 - que se tengan en cuenta criterios prácticos y objetivos cuando se decida la sede de la Agencia;
 - que se incluya al SEPD en la lista de instituciones que recibirán los documentos a que se refiere el artículo 27.3 del Reglamento propuesto.

Hecho en Bruselas, el 7 de diciembre de 2009.

Peter HUSTINX
Supervisor Europeo de Protección de Datos