

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

AIRES JOSE ROVER

FERNANDO GALINDO AYUDA

ADRIAN TODOLI SIGNES

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Aires José Rover; Fernando Galindo Ayuda; Adrian Todoli Signe – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-003-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

O X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA mostrou que os temas relacionados às novas tecnologias estão cada vez mais inseridos na realidade jurídica brasileira e mundial. Diversos fenômenos do cenário digital foram abordados ao longo dos trabalhos e demonstraram que a busca por soluções nessa esfera só pode ser pensada de forma multidisciplinar.

Assim, vejamos as principais temáticas tratadas nos artigos, em sua sequência de apresentação no sumário e apresentação no GT.

O primeiro artigo tratou da governança ambiental e a necessária participação social nesse processo; o seguinte, a utilização de drones em serviços de entrega, sofrendo com falta de regulação e uma visão burocrática do serviço; em seguida, a discussão de casos de dados sensíveis de pacientes sendo expostos em redes sociais e a fundamental conscientização da existência da autodeterminação já definida em lei; a importância da teoria do risco na responsabilidade civil dos novos atores digitais; tratou do conceito de armas autônomas e a precária situação de regular seu uso pelos estados; a difícil comunicação entre seres humanos e robôs dotados de inteligência artificial a partir da teoria de Luhmann; a transformação e mesmo morte do modelo clássico de contratos com o crescente uso do blockchain; os limites legais ao uso de dados pessoais pelo big data e os reflexos na livre concorrência e no desenvolvimento socioeconômico; uma comparação entre as normas jurídicas de proteção de dados na Europa e no Brasil; o artigo que tratou de inteligência artificial e direito buscou fazer uma revisão sistemática da literatura relativa ao seu uso em situações de resolução de conflitos on-line.

Com esses estudos de excelência os coordenadores desse grupo de trabalho convidam a todos para ler na íntegra os artigos, dando prosseguimento ao debate de temáticas inovadoras e centrais no mundo atual.

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC

Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda - Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. Adrian Todoli Signes - Universidad de Valencia

**LAS NORMAS JURÍDICAS DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA Y EN
BRASIL: UNA COMPARACIÓN ENTRE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE
PROTECCIÓN DE DATOS Y EL MODELO BRASILEÑO**

**THE LEGAL RULES OF DATA PROTECTION IN EUROPE AND BRAZIL: A
COMPARISON BETWEEN THE SPANISH DATA PROTECTION AGENCY AND
THE BRAZILIAN STATUTES**

**Rafael Copetti
José Renato Gaziero Cella**

Resumo

El artículo analiza la protección de datos personales en España y en Brasil y tiene como objetivo analizar, por medio del método hipotético-deductivo, las características normativas de la legislación que creó la Autoridad Nacional de Protección de Datos en Brasil en comparación con la normativa europea y español (Agencia Española de Protección de Datos). Se hace un análisis sobre los medios utilizados para salvaguardar la protección de datos por medio de un ente que tenga como dar efectividad a la legislación protectora. Al final, se percibe que, en Brasil, el texto retira características indispensables a la actuación del ente creado.

Palavras-chave: Agencia de protección de datos, Autoridad, Independencia, Autonomía, Datos personales

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the protection of personal data in Spain and Brazil and aims to analyzing, through the hypothetical-deductive method, the normative characteristics of the legislation that created the National Data Protection Authority in Brazil in comparison to the European and Spanish regulations (Spanish Agency for Data Protection). An analysis is made of the means used to safeguard data protection through an entity that has the effectiveness of the protection legislation. At the end, it is perceived that, in Brazil, the text removes characteristics which are essential to the performance of the created entity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Data protection agency, Authority, Independence, Autonomy, Personal data

1. INTRODUCCIÓN

La protección de datos personales en Brasil, recientemente, recibió tratamiento legislativo específico por medio de la Ley de nº 13.709, del 14 de agosto de 2018, la cual, tras alteraciones legislativas y tiene previsión de entrada en vigor después de dos años desde su publicación.

El texto es reciente en el territorio brasileño. No obstante ya viene siendo discutido y disciplinado en otros países como los Estados Unidos y la Unión Europea desde hace varios años. Las constantes actualizaciones se vienen realizando e influenciando los textos protectores de los demás países, incluso por exigencias para firmar acuerdos internacionales con diferentes contenidos.

En el territorio brasileño, uno de los temas que ganó notoriedad y ha sido objeto de críticas fue el veto presidencial a los artículos que creaban la autoridad nacional de protección de datos personales, bajo la alegación de vicio de iniciativa legislativa. Posteriormente, a través de un instrumento normativo de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, la Agencia fue creada por medio de la Medida Provisional nº 869/2018, sacándole importantes características.

En la Unión Europea, la Agencia Española de Protección de Datos tiene características en consonancia con la normativa europea y se ha destacado en el escenario de protección de los datos personales. En el año 2018, por ejemplo, aplicó severa multa a la empresa Whatsapp por compartir datos personales de sus usuarios sin previo consentimiento con la empresa Facebook y, esta última, por tratar estos datos, también sin el debido consentimiento.

En este escenario, como problema de investigación, es necesario averiguar si la naturaleza jurídica de la Agencia de Protección de Datos brasileña, al desvincularse de caracteres relevantes de las normativas europeas, permanece con elementos suficientes para dar efectividad a la protección de los datos personales.

Ante este problema, se pretende confirmar la hipótesis de que es imprescindible la creación de una autoridad independiente y con autonomía funcional y financiera para protección de datos.

El artículo tiene el propósito de analizar cuáles son los elementos característicos del Reglamento y Directivas europeas, enfatizando las peculiaridades de la Agencia Española de Protección de Datos. En el caso de la Agencia Brasileña, se busca analizar si

la Agencia Brasileña tiene una naturaleza jurídica adecuada para hacer efectiva la protección de datos.

Al final, es perceptible que es esencial la utilización de institutos eficaces a la protección de datos personales, especialmente la creación de una autoridad de protección con autonomía e independencia. Tales características ayudan a la transparencia ya la definición de responsabilidades, medios de control y de procesamiento de la información almacenada.

2. REGLAMENTO 2016/679 Y DIRECTIVA 2016/680

La Directiva 95/46/CE constituyó un marco histórico que estableció un marco general de la UE en la protección de datos personales y aún mantiene sus objetivos válidos. Sin embargo, la Directiva fue adoptada en un período en el que la Internet no era una realidad como es actualmente, presentando desafíos menores si se comparan con la actual era digital.

La Comisión Europea, en enero de 2012, preocupada con este desafío del mundo digital actual, pretendiendo adecuar las reglas en vigor y continuar garantizando la eficacia en la protección de los datos personales, propuso una reforma global de la normativa en la Unión Europea.

Así se adoptó un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

El Reglamento General sobre la Protección de Datos, identificado como Reglamento 2016/679, y la Nueva Directiva (2016/680) se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de mayo de 2016 y se derogó la Directiva 95/46 / CE.

El Reglamento entró en vigor el 24 de mayo de 2016, siendo aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. La Directiva entró en vigor el día posterior a su publicación, y los países integrantes de la Unión Europea deben adaptar su ordenamiento jurídico hasta el momento el día 6 de mayo de 2018.

De conformidad con la Comunicación de la Comisión Europea (2016) al Parlamento Europeo, el Reglamento propuesto moderniza los principios establecidos en la Directiva de 1995, adaptándolos a la era digital y armonizando la legislación sobre protección de datos a nivel europeo. Y subraya el mismo documento: "La protección de

datos debe ser objeto de normas rigurosas para restaurar la confianza de las personas en la forma en que se utilizan sus datos personales" (COMISIÓN EUROPEA, 2016).

Entre los objetivos del nuevo reglamento está el de devolver a los ciudadanos el control sobre sus datos personales y simplificar la regulación del ambiente de negocios. Con el objetivo de reforzar, observa la Comisión Europea (2016), los derechos individuales y consolidar el mercado interior de la UE, garantizar una aplicación más rigurosa de la reglamentación, simplificar las transferencias internacionales de datos personales e instaurar normas internacionales en materia de protección de datos.

A tal efecto, las nuevas normas prevén las siguientes medidas:

Mejora del acceso a los datos relativos - las personas recibirán más información, más clara y más comprensible, sobre la forma en que se tratan sus datos;

El "derecho de ser olvidado" - cuando una persona deje de querer que sus datos sean tratados, y si no existen motivos legítimos para su conservación, podrá obtener la supresión de los mismos;

El derecho de una persona a saber si sus datos han sido pirateados - las empresas deberán notificar a la autoridad de supervisión sobre eventuales violaciones de datos personales que pongan a las personas en riesgo y comunicar cuanto antes al titular de los datos las violaciones que presenten riesgos elevados, para que este pueda tomar las medidas adecuadas;

El derecho a la portabilidad de los datos permitirá a las personas transferir fácilmente sus datos personales de un proveedor de servicios a otro. (COMISIÓN EUROPEA, 2016).

La reforma incluye la directiva para el sector de policía e investigación criminal, que tiene por objeto proteger los datos personales de víctimas, testigos y sospechosos incluso en procedimientos de investigación, en los que el intercambio de información puede ser esencial para la efectividad de una eventual medida represiva.

Se establecen, por lo tanto, normas relativas a la protección de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes a efectos de prevención, investigación, detención o represión de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, incluida la salvaguardia y prevención de amenazas a la Seguridad Pública.

La Directiva 2016/680 se refiere a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos por las autoridades competentes a efectos de prevención, investigación, detención o represión de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos.

Dicho texto deroga la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, que limitaba el ámbito de aplicación de las actividades realizadas en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial al tratamiento de datos personales transmitidos o puestos a disposición entre los Estados miembros.

3. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La protección de datos personales ha sido un tema de interés diferenciado en el continente europeo, haciendo que sea una referencia en la actualidad. Cada uno de los países cuenta con legislación propia, siendo una de las características notables el hecho de que la mayoría constituye una autoridad para su aplicación de forma equilibrada y efectiva.

Normalmente, según lo descrito por la Agencia Española de Protección de Datos (2014), son las autoridades de supervisión encargadas del control y cumplimiento de las leyes que regulan el tratamiento de datos personales. Se presenta como característica esencial la independencia, fundamento que permite un desempeño efectivo de sus funciones.

De la experiencia europea es posible enumerar como características: la independencia de la autoridad de protección de datos para el ejercicio de sus funciones y la respectiva supervisión de normas específicas de protección de datos. Ambas permiten una mayor especialización del ente para la ejecución de sus actividades, contribuyendo para el constante perfeccionamiento de las normas y, especialmente, para una adecuada protección de los datos personales.

La existencia de una autoridad independiente que vela por la protección de los datos personales está prevista en el mencionado Convenio 108 del Consejo Europeo de 1981, que se caracteriza como primer texto internacional sobre el tema. La configuración más completa se obtiene con la Directiva 2016/680/CE en lo que se refiere a la protección de datos personales y también a la libre circulación de estos. (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2014).

De acuerdo con el Parlamento Europeo y el Consejo de La Unión Europea, el elemento esencial para la protección de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales presupone la creación de una autoridad de control que ejerza sus funciones con plena independencia en cada uno de los Estados miembros. La Directiva

europea indica que tal autoridad ejercerá las funciones que se le atribuyen con total independencia.

El Reglamento 2016/679 añade que todas las autoridades de control debían dotarse de recursos financieros y humanos, de los locales e infraestructura necesarios para la realización de sus funciones. Cada autoridad debe disponer de presupuesto anual propio, el cual podrá orientarse del presupuesto del Estado o de otro de ámbito nacional.

3.1 LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO

La Agencia Española de Protección de Datos, con esa naturaleza de ente independiente, con objeto propio y plena autonomía funcional fue creada en 1992 y comenzó a funcionar en el año 1994.

Después, la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre de 1999, reguló la Protección de Datos de Carácter Personal y cuyo período de *vacatio legis* fue de un mes (pasando a vigilar el 14 de enero de 2000). Actualmente, sólo permanece en vigor en los puntos en que no es contraria a la normativa 2016/679.

La legislación citada regula la naturaleza, el régimen jurídico, la composición y las funciones de la Agencia, la cual se caracteriza como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y su aplicación. Entre estas atribuciones, se destacan principalmente las relativas al derecho de información, acceso, rectificación, oposición, cancelación y exclusión de datos.

Se trata de un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y con plena capacidad pública y privada, la cual actúa con total independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

Los funcionarios proceden de las Administraciones Públicas o contratados para un determinado fin, según la naturaleza de sus funciones. Ante las peculiaridades de las actividades ejercidas, la legislación impone la obligatoriedad de guardar secreto de las informaciones a que tiene acceso en el desempeño de las actividades. En especial por tratarse de informaciones de carácter personal.

Es importante subrayar que el referido ente español posee autonomía financiera y sus recursos serán incluidos en el Presupuesto General del Estado Español. Se establecen anualmente a partir de anteproyecto de presupuesto elaborado por la propia entidad y sometido al Gobierno para su inclusión en la rúbrica respectiva. Los bienes y recursos pueden provenir de otras fuentes autorizadas legalmente.

3.2 ADMINISTRACIÓN

La Agencia española de protección de datos posee una composición híbrida y heterogénea. En el artículo 38 de la LOPD (ESPAÑA, 1999), además de su director, por personas indicadas por el gobierno tanto nacional (designado por el Gobierno Central) como local (indicado por el Consejo de Provincias y Municipios), representantes del Congreso de Los diputados y Senado, un miembro de la sociedad civil (representando a los consumidores y usuarios), un representante de la Academia de Historia, un experto en el área (indicado por el Consejo Superior Universitario), un representante de cada Comunidad Autónoma que ya haya creado una agencia de protección de datos en su ámbito territorial y un representante del sector de archivos privados.

El director de la Agencia es el responsable de su gestión y la representa legalmente. Se nombra mediante Decreto Real entre los miembros del Consejo Consultivo por un período de cuatro años. Deberá ejercer sus funciones con total independencia y objetividad, no estando sujeto a ninguna instrucción para su desempeño.

Sin embargo, deberá oír al Consejo Consultivo en aquellas propuestas que estén haya realizado en el ejercicio de sus atribuciones.

3.3 FUNCIONES

Las atribuciones de la Agencia se enumeran en el art. 37 de la Ley Orgánica 15/1999 (ESPAÑA, 1999). Menciona el texto normativo:

1. Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:
 - a) Velar por el contenido de la solicitud sobre protección de datos y controlar su aplicación, en particular en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, separación y cancelación de datos.
 - b) emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus respectivos reglamentarias.
 - c) Dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.
 - d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
 - e) Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.
 - f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las condiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus causas.

- g) Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley.
- h) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de desarrollo general que desarrollen esta Ley.
- i) Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda y información estima necesaria para el desarrollo de sus funciones.
- j) Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.
- k) Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.
- l) Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.
- m) Velar por el contenido de las técnicas que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46.
- n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.

El referido rol no es taxativo, pudiendo ser establecidas otras atribuciones por medio de normas legales o reglamentarias. Sin embargo, el artículo establece los objetivos primordiales en cuanto a la protección de datos personales.

Es posible observar que entre las principales funciones está la de dar efectividad a la legislación de protección de datos, velando por su cumplimiento y controlando la aplicación. En particular, en lo que se refiere a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

Otro aspecto relevante es que la entidad es la responsable de responder a las solicitudes y reclamaciones de personas que tienen sus derechos violados. La referida función contribuye en diversos segmentos, pues centraliza el direccionamiento de las demandas y las atribuye a un ente especializado.

Además, tiende a desburocratizar los procedimientos que se realizan en el órgano, el cual puede estructurarse de manera diferenciada y de modo a facilitar la tramitación de los expedientes. Con ello, el costo para la parte consultiva o cuyo derecho fue violado es más bajo, y la solución de la demanda puede darse de forma más rápida, aún más considerando que los procedimientos son analizados y decididos por profesionales especializados en la temática.

Por tratarse de proceso administrativo, se exenta la presencia de un procurador jurídico, permitiendo al ciudadano acceso sin intermediarios. En el caso de que se produzca un cambio en las condiciones de trabajo, Así, se evita la judicialización de situaciones que no exigen la presencia de un juez tocado sea porque la demanda es simple o porque la Agencia tiene poderes y autonomía suficientes para resolverla.

Se asigna una función consultiva, ya que deberá proporcionar información a las personas sobre sus derechos en los asuntos relativos a la protección de datos personales.

A la Agencia, de acuerdo con las funciones recogidas en el dispositivo legal citado, es lícito ejercer control sobre el tratamiento que se está realizando con los datos disponibles. Podrá exigir, garantizada la previa defensa, de aquellos que sean los gestores de los datos o de los encargados del tratamiento, que adopten las medidas necesarias para adecuar el procesamiento de datos con las disposiciones de la LOPD. Y, si es el caso, no atendidas las determinaciones o realizados los ajustes necesarios, ordenar el cese del tratamiento y la cancelación o exclusión de los archivos y base de datos.

La posibilidad de ejercer un poder sancionador es también una característica relevante. Es posible que el órgano imponga sanciones a las infracciones cometidas por los agentes públicos o privados.

En caso de que los archivos sean de responsabilidad pública, podrá instaurar un procedimiento en el que la Agencia pueda determinar las medidas pertinentes para que se cese o se corrijan los efectos de la infracción. Además, cabrá la apertura de procedimiento disciplinario de acuerdo con la legislación específica de los servidores responsables.

En cuanto a los archivos privados, existe la posibilidad de aplicación de sanción pecuniaria, la cual variará de acuerdo con la gravedad de la sanción (leve, grave o muy grave) y con los criterios establecidos en el art. 45 de la LOPD (ESPAÑA, 1999).

Constituyen también como función de informar, con carácter obligatorio, las iniciativas de disposiciones generales para la aplicación y aplicación de la LOPD. En este contexto, los informes o proyectos para la correcta y efectiva aplicación de la ley emanados por el órgano responsable tienen carácter vinculante a todos sus destinatarios. Expedida eventual reglamentación y orientación, constituirá un deber de observancia.

La referida atribución es significativa a medida que da publicidad de las acciones preventivas y represivas que serán adoptadas para el fiel cumplimiento de la legislación. Se da mayor transparencia acerca de las iniciativas que se están adoptando y al mismo tiempo previo conocimiento a todos los interesados, sean éstos quienes almacenan los datos o quienes los proporcionan.

Se establece entre las funciones la posibilidad de requerir y/o solicitar de los responsables de los archivos toda información y ayuda que se haga necesaria para el desempeño de las funciones de la Agencia.

A partir de la redacción del dispositivo legal (artículo 37-1, "i", de la LOPD), es posible deducir que la Agencia tiene derecho de acceso a los datos que están en poder de aquellos agentes que obtuvieron determinado dato o información y alguna forma manipulando.

La Agencia no puede ser impedida de tener conocimiento de las informaciones contenidas en los registros de las entidades privadas u organismos públicos en los asuntos que se refieren al ejercicio de sus funciones, legalmente por el dispositivo legal citado, así como el ente que guarda la información está sujeto a sanciones. Evidentemente no habría sentido atribuir determinadas funciones como las que se vienen describiendo si no fuera posible averiguar y tener subsidios para fundamentar sus orientaciones o intervenciones.

En caso de que la información no esté disponible, se aplicarán las sanciones previstas en el título VII de la LOPD, que consisten en la aplicación de una multa que se cuantificará de conformidad con el 45.4.

El individuo tiene la prerrogativa de requerir las informaciones directamente al responsable de quien mantiene los datos, igualmente pudiendo ser aplicada eventual sanción pecuniaria en caso de infracción.

El deber de información por quien tuvo acceso a los datos personales permite un control más adecuado del cumplimiento de las disposiciones de la legislación y de su violación del derecho fundamental del ciudadano.

Asimismo, incumbe a la Agencia velar por la publicidad de la existencia de archivos de datos con carácter personal. Para ello, publicará periódicamente una lista de dichos archivos con cualquier información adicional a criterio de su Director. También es responsabilidad de la Agencia elaborar un informe anual y someterlo al Ministerio de Justicia.

Con respecto al tratamiento y el intercambio de datos a nivel internacional, corresponde a la Agencia española ejercer el control y aplicar las autorizaciones que se hagan necesarias. Asimismo, deberá desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.

Las deliberaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con el artículo 37.2 de la LOPD, después de la ciencia de los interesados, se harán públicas. El referido acto se realizará preferentemente por medios informáticos o telemáticos.

Por otro lado, el art. 37.2 de LOPD (ESPAÑA, 1999) señala que no se aplicará dicha disposición a las decisiones referentes a los registros de un archivo o tratamiento en el Registro General de Protección de Datos ni a aquellas en las que se resuelva por la inscripción en este código tipo.

3.4 PODER DE INSPECCIÓN

En este contexto, la Agencia tiene la prerrogativa de realizar auditorías, ejerciendo un control sobre los datos a que la Ley hace mención, pudiendo inspeccionar y solicitar las informaciones que se hagan necesarias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.1 de LOPD (ESPAÑA, 1999).

Para la ejecución de esta actividad, los agentes invertidos en la función podrán solicitar la exhibición y el envío de documentos y datos o, si lo prefiere, examinarlos en el lugar en que se encuentren archivados. Además, en virtud del dispositivo legal mencionado, podrá inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de datos, teniendo acceso a los lugares en los que se instan.

Se resalta que los agentes mencionados serán considerados funcionarios mientras en el desempeño de sus funciones, debiendo guardar sigilo sobre las informaciones a que tengan acceso, incluso después de la conclusión de las actividades.

4. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN BRASIL

El PL 5276/2016 preveía la creación de una Autoridad Nacional de Protección de Datos (ANPD), la cual estaba prevista en los arts. 55 a 57.

La referida Autoridad sería integrante de la administración pública federal indirecta, sometida a régimen autárquico especial y vinculada al Ministerio de Justicia.

En virtud del PL 5276/2016, la ANPD debería observar las disposiciones de la Ley nº 9.986, de 18 de julio de 2000, la cual presentó dispositivos acerca de la gestión de recursos humanos de las Agencias Reguladoras y de otras providencias.

El Consejo Directivo, compuesto por el Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad, además de las unidades especializadas para la aplicación de la Ley, por tres miembros, al máximo órgano de la Autoridad, la Junta Directiva.

Se dio la naturaleza de autarquía especial conferida a la ANPD, caracterizándola por independencia administrativa, ausencia de subordinación jerárquica, mandato fijo y estabilidad de sus dirigentes y autonomía financiera.

Esas características presentan un alto grado de relevancia, he aquí que, al menos en tesis, atribuyen más libertad para el cumplimiento del deber de protección de los datos y, según el caso, de sanción. Esto porque da autonomía a sus agentes, concediéndoles autonomía financiera, estabilidad en el desempeño de las funciones y no vinculando el orden de otro órgano estatal o privado.

Optó al legislador, por una centralización de la protección de datos en un ente y su principal auxiliar, el Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad. La ANPD congregaría las competencias de supervisión y consulta en materia de protección de datos, siendo responsable de asegurar que las instituciones y órganos del país respetaran las obligaciones establecidas.

Entre las atribuciones de la ANPF, había establecido el art. 56 del PL 5276/2018:

- I - velar por la protección de los datos personales, de conformidad con la legislación;
- II - velar por la observancia de los secretos comerciales e industriales en ponderación con la protección de datos personales y del secreto de las informaciones cuando esté protegido por la ley o cuando la ruptura del secreto violar los fundamentos del art. 2º de esta Ley;
- III - elaborar directrices para Política Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad;
- IV - fiscalizar y aplicar sanciones en caso de tratamiento de datos realizado en incumplimiento a la legislación, mediante proceso administrativo que asegure el contradictorio, la amplia defensa y el derecho de recurso;
- V - atender peticiones de titular contra controlador;
- VI - diseminar el conocimiento de las normas y de las políticas públicas sobre protección de datos personales y de las medidas de seguridad a la población;
- VII - promover estudios sobre las prácticas nacionales e internacionales de protección de datos personales y privacidad;
- VIII - estimular la adopción de estándares para servicios y productos que faciliten el ejercicio de control de los titulares sobre sus datos personales, debiendo esos patrones tener en cuenta las especificidades de las actividades y el porte de los responsables;
- IX - promover acciones de cooperación con autoridades de protección de datos personales de otros países, de naturaleza internacional o transnacional;
- X - disponer sobre las formas de publicidad de las operaciones de tratamiento de datos personales, observado el respeto a los secretos comerciales e industriales;
- XI - solicitar, en cualquier momento, a las entidades del Poder Público que realicen operaciones de tratamiento de datos personales, informe específico sobre el alcance y la naturaleza de los datos y los demás detalles del tratamiento realizado, pudiendo emitir un dictamen técnico complementario para garantizar el cumplimiento de ésta la ley;
- XII - elaborar informes de gestión anuales sobre sus actividades;
- XIII - editar reglamentos y procedimientos sobre protección de datos personales y privacidad, así como sobre informes de impacto a la protección de datos personales para los casos en que el tratamiento representa un alto riesgo para la garantía de los principios generales de protección de datos personales previstos en esta Ley;
- XIV - oír los agentes de tratamiento y la sociedad en materias de interés relevante, así como rendir cuentas sobre sus actividades y planificación;

XV - recaudar y aplicar sus ingresos y publicar, en el informe de gestión a que se refiere el inciso XII del *caput* de este artículo, el detalle de sus ingresos y gastos; y

XVI - realizar o determinar la realización de auditorías, en el ámbito de la actividad de fiscalización, sobre el tratamiento de datos personales efectuado por los agentes de tratamiento, incluyendo el Poder Público.

Se percibe un extenso rol de atribuciones. Lo que no es extraño, una vez que se vislumbra una centralización en un ente fuerte e independiente para la efectiva protección de datos. Y para la concreción de ese ideal, es urgente la creación de un órgano con cualificación técnica para lidiar con la multitud de disciplinas de la protección de datos personales, que tenga competencia normativa y propicie la amplia participación de los más variados sectores sociales. Se suma la necesaria transparencia, imprescindible en la configuración del Estado de Derecho. Eso todo más allá de las características, ya nominadas, de la independencia y autonomía financiera.

En lo que se refiere a los ingresos de la ANPD, establecía el art. 57 del PL 5276/2016:

I - el producto de la ejecución de su deuda activa;

II - los créditos consignados en el presupuesto general de la Unión, los créditos especiales, los créditos adicionales, las transferencias y los traspasos que le sean conferidos;

III - las donaciones, los legados, las subvenciones y otros recursos que le sean destinados;

IV - los valores obtenidos en la venta o alquiler de bienes muebles e inmuebles de su propiedad;

V - los valores obtenidos en aplicaciones en el mercado financiero de los ingresos previstos en este artículo;

VI - el producto del cobro de emolumentos por servicios prestados;

VII - los recursos provenientes de acuerdos, convenios o contratos celebrados con entidades, organismos o empresas, públicos o privados, nacionales o internacionales;

VIII - el producto de la venta de publicaciones, material técnico, datos e informaciones, incluso para fines de licitación pública.

La creación de la ANPD vendría al encuentro de la reglamentación europea de protección de datos, siendo elemento relevante a la preservación de los datos personales, evitando la modificación y trayendo subsidios para que se aseguren derechos fundamentales del ciudadano, con el fin de no modificar y utilizar indebidamente los datos por medio de artificios tecnológicos.

De acuerdo con la normativa europea, en caso de incumplimiento, cualquier ciudadano puede reclamar a la autoridad de protección de los datos, la cual estará apta para instaurar procedimiento administrativo y aplicar sanciones al responsable.

En el marco de una ley a una autoridad de protección de datos, según Galindo Ajuda (2013, p. 137), es una forma de completar el marco de derecho y obligaciones, dándole la obligación de velar por el "el" las medidas conducentes a evitar la identificación de los datos personales por la utilización de las técnicas de seguridad de las TIC consideradas más adecuadas en cada momento.

La existencia de autoridad responsable de la protección de los datos, con atribuciones claras y orientadas a la no transgresión de los datos personales, parece, por lo tanto, un relevante mecanismo.

No obstante, la relevancia del tema, la medida fue vetada por el Presidente de la República con argumentos de discutible validez.

5. EL MITO DE LA AUTORIDAD

En el umbral del Gobierno del Presidente Michel Temer en Brasil fue editada la Medida Provisional nº 869/2018, la cual altera la LGPD y crea la Autoridad de Protección de Datos Personales. Entre las alteraciones está el aumento del período de *vacatio legis* para dos años a partir de la publicación.

La Autoridad Nacional de Protección de Datos - ANPD, de conformidad con el art. 55-A, es órgano de la Administración Pública Federal, integrante de la Presidencia de la República, siendo asegurada, según el art. 55-B, asegurada autonomía técnica a la ANPD.

En el punto en análisis, no obstante, la referencia a la autonomía técnica, queda evidenciada la dependencia y la sumisión de la ANPD a la jefatura del Ejecutivo Federal, retirándose características primordiales a un órgano de protección de datos.

La MP retira de la redacción original de la LNPD las características de la autonomía administrativa y ausencia de subordinación jerárquica.

Se estableció que la Autoridad está compuesta por un Consejo Directivo, órgano máximo de dirección, Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad; Asuntos internos; Defensor del Pueblo; órgano de asesoramiento jurídico propio; y unidades administrativas y unidades especializadas en la aplicación de la ley.

El Consejo Directivo de la ANPD estará compuesto por cinco directores, incluido el Director-Presidente, nombrados por el Presidente de la República, ocupando su cargo en comisión del Grupo Directivo y Asesoramiento Superior - DAS de nivel 5.

El mandato será de 4 años, elegidos entre brasileños, de reputación ilibada, con nivel superior de educación y elevado concepto en el campo de especialidad de los cargos para los que serán nombrados.

La remoción de los miembros del Consejo Directivo ocurrirá sólo en virtud de renuncia, condena judicial transitada en juzgado o pena de dimisión derivada del proceso administrativo disciplinario instaurado por el Presidente de la República.

No hay, por lo tanto, ninguna exigencia de confirmación o fiscalización por otro Poder de la República acerca del nombramiento a ser realizado, como lo es, por ejemplo, la exigencia de la sabatina por el Senado en el caso de las Agencias Reguladoras convencionales.

Los ocupantes de los cargos en comisión y de las funciones de confianza de la ANPD serán indicados por el Consejo Directivo y nombrados o designados por el Director.

La estructura regimental será establecida por acto del Presidente de la República, siendo que, mientras no definida, la ANPD recibirá el apoyo técnico y administrativo de la Casa Civil para el ejercicio de sus actividades. Es a ese Ministerio, incluso que tendrá atribución de a instaurar el proceso administrativo disciplinario contra los miembros del Consejo Directivo.

Con respecto al Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad, el texto de la MP definió que estará compuesto por veintitrés representantes, titulares suplentes, de los siguientes órganos: seis del Poder Ejecutivo federal; uno del Senado Federal; uno de la Cámara de Diputados; uno del Consejo Nacional de Justicia; uno del Consejo Nacional del Ministerio Público; VI - uno del Comité Gestor de Internet en Brasil; cuatro de entidades de la sociedad civil con actuación comprobada en protección de datos personales; cuatro de instituciones científicas, tecnológicas y de innovación; y cuatro de entidades representativas del sector empresarial relacionadas con el área de tratamiento de datos personales.

Todos los representantes del Consejo serán designados por el Presidente de la República.

Es imperativo subrayar, además, que, en los términos de la redacción dada al art. 55-A, la ANPD se crea sin aumento de gasto. En otras palabras, significa decir que se retira de la Autoridad de Protección la imprescindible autonomía financiera. La referida característica es esencial en la consecución de sus objetivos de proteger de forma eficaz los datos personales en un mundo en que el ciudadano es vulnerable y su privacidad comprometida.

La vinculación del órgano a la Administración Directa, vinculándola a la Presidencia de la República compromete igualmente la ejecución de los objetivos de la Autoridad, trayendo subordinación jerárquica y ausencia de autonomía administrativa. Estas características estaban presentes en la ley de protección de datos y su retirada reduce sustancialmente la eficacia y efectividad de la Autoridad. Como se observa, son elementos indisociables a una actuación cualitativa del ente.

También implica la inseguridad que una MP trae a la temática. Para ejemplificar, hasta el último día 03 de abril, la comisión mixta que analiza la MP 869/18 aún no había votado su plan de trabajo. Hasta el momento, ya se han presentado 176 enmiendas al texto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Por medio del Acta Declaratoria n. De acuerdo con lo establecido en el artículo de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Página 3.

En la actualidad, el texto del Proyecto de Ley de Conversión nº 7, de 2019, el cual convierte la medida provisional, fue aprobado en la Cámara de Diputados y en el Senado, siguiendo para sanción presidencial. (CONGRESSO NACIONAL, 2019).

Prácticamente fue reproducido los términos de la Medida Provisional, siendo observada apenas pequeña reducción en el cuantitativo de los representantes de algunos órganos en la composición del Consejo Nacional e inclusión de espacio a ser ocupados por tres representantes de las confederaciones sindicales representativas de las categorías económicas del sector productivo y dos de entidades representativas del sector laboral.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Las características traídas a la ANPD no garantizan una protección adecuada y se vuelve temeraria en la medida en que pone en riesgo la garantía individual de protección de la privacidad, y retira elementos imprescindibles a la operacionalización de su fin, entre ellos, la autonomía administrativa y la no subordinación jerárquica.

Se supone que la Autoridad de Protección de Datos no garantiza la existencia de esas garantías para que pueda desempeñar con independencia su misión institucional. Ellas deben asegurar que los dictámenes técnicos sean emitidos sin la influencia de posiciones ideológicas o político-partidarias. Además, no podrá estar sometida a amenazas o influencias externas, mucho menos del titular de la jefatura de uno de los poderes de la República.

Es necesario que la composición sea exclusiva por profesionales habilitados y actualizados con la evolución cada vez más rápida de la tecnología. La composición debe ser híbrida y multidisciplinar, especializada y sin subordinación a órganos estatales y privados. Las demandas, en especial con la aplicación de las técnicas de inteligencia artificial, aprendizaje de máquina, consubstancian grado de complejidad elevada, exigiendo conocimiento e independencia en la ejecución de las actividades.

El sistema jurídico de protección de los datos personales debe estar constituido por una estructura sólida, que dé transparencia y establezca un sistema de identificación y almacenamiento de datos con salvaguardias. Es necesaria una definición clara de quién controla, quién fiscaliza, quién es responsable y la forma en que los datos pueden ser compartidos.

La creación de una autoridad independiente puede contribuir, a ejemplo del derecho europeo, a la aplicación de la protección de los datos. En los moldes presentados se trata de un ente multidisciplinario, pero al mismo tiempo especializado en el tema, sin subordinación a órganos estatales y privados.

Con esta autoridad se puede solucionar demandas aún en el ámbito administrativo, sin necesidad de judicializarla, ganando también en la celeridad y especialidad del análisis. Para la operacionalización, es necesario que tanto procedimientos como funciones, sanciones y demás atribuciones estén previstas en legislación específica.

Se trata de un órgano con diversas atribuciones sociales, políticas y jurídicas, pues, como se observa en experiencias europeas, además de fiscalizar, controlar y aplicar sanciones a la violación de los datos personales, cabe la promoción de acciones educativas y de información tanto para ciudadanos como para ciudadanos para los organismos públicos.

Es necesario delimitar las atribuciones, estructura, composición y observar una autonomía financiera y política a ese órgano. La vinculación a órganos gubernamentales y ligados al Poder Ejecutivo no es deseable. La dependencia del Poder Legislativo,

Judicial u otros de la estructura jurídico-administrativa pueden comprometer incluso la seguridad de los datos.

El nuevo órgano debe tener autonomía y medios efectivos de ejecutar sanciones a los infractores, además de organizar las políticas para la concientización en cuanto a la utilización y custodia de datos personales.

En el trabajo, la Agencia Española de Protección de Datos es dirigida por un presidente electo entre los miembros del Consejo Consultivo, que está formado por representantes de cada una de las casas del Poder Legislativo, un representante indicado por el gobierno central, otro propuesto por las autoridades las administraciones locales concentradas en la Federación Española de Municipios y Provincias, un miembro de la Academia Real de Historia, un técnico en el asunto seleccionado por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los consumidores y usuarios, además de un representante del sector de base de datos privados.

La presencia de miembros de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial tiende a mantener la idea del sistema de control y ejecución de cada una de las actividades a las que se les atribuye constitucionalmente. Los Estados federados, ya sea por medio de asociaciones o entidades representativas por regiones geográficas, también pueden indicar miembros (s) en tratar de traer una contribución acerca de las distintas realidades en las regiones brasileñas. Representantes oriundos de entes educacionales y sectores de tecnología e información contribuyen a una visión diferenciada de la regulación de los archivos.

La referencia interrelacionada hace que tanto cuestiones política-económico-sociales y técnicas sean tenidas en cuenta tanto en el momento de definiciones fundamentales en la protección de los datos por medio de instrumentos regulatorios como en el juicio de los casos concretos a ella sometidos.

Además de la especificidad referente a la materia y de la función de velar por el fiel cumplimiento y respeto a la ley, interpretándola y aplicándola, el ente independiente debe estar dotado de poderes para inspeccionar y aplicar sanciones. Es necesario que los responsables de los archivos mantengan dicho órgano informado acerca de las características de su banco, además de, en su caso, cuando sean solicitados, den acceso a los datos que en él constan.

7. REFERÊNCIAS

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. **Seguridad y Protección de Datos Personales**. Madrid: Thomson Civitas, 2009.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Países con autoridad de protección de datos**. 2014. Disponible en: <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/internacional/Proteccion_datos_mundo/index-ides-idphp.php>. Acceso en: 07 jan. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acceso en: 07 set. 2018.

BRASIL. Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 15 ago. 2018. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm>. Acceso en: 07 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **MPV 869/2018**. Medida Provisória. 2019. Disponible en: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190283>>. Acceso en: 06 jun. 2019.

COMISIÓN EUROPEA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu**. Disponible en: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-214-PT-F1-1.PDF>>. Acceso en: 11 jun. 2016.

CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória nº 869, de 2018**. Proteção de dados pessoais: Aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº7. 2019. Disponible en: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135062>>. Acceso en: 06 jun. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESPAÑA. **Directiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeo e do Conselho**, 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. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>>. Acceso en: 07 set. 2018.

ESPAÑA. **Ley Orgánica nº 15-1999**, de 13 de dezembro de 1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acceso en: 07 set. 2018.

ESPAÑA. **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). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:119:TO>. Acceso en: 07 set. 2018.

EUR-LEX. **El acceso al derecho de la Unión Europea**. 2016. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114012>>. Acceso en: 08 fev. 2016.

GALINDO AYUDA, Fernando. Seguridad y sociedad del conocimiento. In: GALINDO, Fernando (ed.). **El derecho de la sociedad en red**. Lefis Series, 14. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p. 129-154.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal n° 78**, de 30 de maio de 2019. 2019. Disponible en: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=100881&paginaDireta=116#diario>>. Acceso en: 06 jun. 2019.