

Dirigido a:	Subsecretaría Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática
Asunto:	Proyecto decreto desarrollo Ley 14-2017 memoria democrática y convivencia.

EX 2022_114

El 6 de julio de 2022 se remite a esta Delegación, en cumplimiento del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, el Proyecto de Decreto del Consell, por el cual se desarrolla la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana. En relación con el citado proyecto de Decreto, se informa de lo siguiente:

1.- Esta Delegación actúa conforme a lo establecido en el artículo 10 1.a, 1.j y 3.b de la Orden 1/2021, de 20 de abril, de la consellera de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática, por la que se desarrolla el Decreto 179/2020, de 30 de octubre, del Consell, por el cual se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática.

2.- En primer lugar, es necesario indicar que para llevar a cumplimiento lo regulado en el presente proyecto de decreto, resulta necesario realizar tratamientos de datos de carácter personal, entendidos estos datos como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable”*, de acuerdo con la definición hecha por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Por ello, resulta de aplicación a dichas actuaciones el régimen jurídico en materia de protección de datos personales.

Junto a ello, es necesario añadir que este Reglamento y el régimen de protección de datos personales no es de aplicación al tratamiento de datos de personas jurídicas (Considerando 14) ni se aplica a los datos de personas fallecidas (Considerando 27), si bien, respecto al acceso a los datos de las personas fallecidas, existe un régimen específico en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

3.- Para la realización de tratamientos de datos personales es exigible disponer de una causa de licitud de las reguladas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679. En las administraciones públicas, principalmente, resultan de aplicación las siguientes recogidas en sus letras c) y e):

- El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

El apartado 2 del referido artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679 determina que *“La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por: a) el Derecho de la Unión, o b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento”*. En este sentido, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales dispone que cuando el tratamiento está fundado en una obligación legal o en el interés público, éste debe *“derivar de una competencia atribuida por una norma con rango de ley”*.

Respecto al presente proyecto normativo, en el ámbito estatal se dictó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Pero la norma que desarrolla el presente proyecto normativo, la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana, regula distintas actividades de tratamiento de datos personales a los que les otorga base jurídica, de conformidad con el referenciado artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679:

- Artículo 5 Censo de víctimas
- Artículo 7 Localización, exhumación e identificación
- Artículo 8 Procedimiento para actividades de localización, exhumación e identificación
- Artículo 9 Protocolos de actuación para las localizaciones, exhumaciones e identificaciones
- Artículo 11 Descubrimiento de restos
- Artículo 12 Traslado de restos y pruebas genética
- Artículo 13 Protocolo de puesta en conocimiento por indicios de la comisión de delitos
- Artículo 15 Derecho de información y asistencia a las víctimas
- Artículos 17 a 19 Documentación relativa a la memoria democrática valenciana
- Artículo 28 Difusión e interpretación de lo acaecido
- Artículo 30 Registro de entidades memorialistas de la Comunitat Valenciana
- Artículos 32 a 34 De la investigación, enseñanza y divulgación
- Artículos 35 y 35bis Reparación y reconocimiento de las víctimas

- Artículo 38 Investigación científica y divulgación
- Artículos 44 a 52 Instituto Valenciano de la Memoria Democrática, los Derechos Humanos y las Libertades Públicas
- Artículo 57 Relación con la administración local
- Artículo 58 Relaciones con la administración general del Estado y otras comunidades autónomas
- Artículos 59 a 65 Régimen sancionador
- Disposición adicional quinta. Desaparición forzada de niños y niñas

En conclusión, podemos señalar, con carácter general, que los tratamientos previstos en el presente proyecto de decreto deben encontrar su base jurídica en los preceptos referidos anteriormente o en otros regulados en normas con rango de ley. Por tanto, el departamento responsable de la tramitación del presente decreto deberá velar por la existencia de las diferentes atribuciones competenciales legales para los distintos tratamientos previstos en el presente proyecto de decreto, conforme a todo lo señalado anteriormente. Desde esta Delegación no se ha detectado ningún tratamiento que no tenga acogida en la referida disposición legal.

4.- Vista la base de licitud, a continuación hay que tener en cuenta que conforme al apartado 1 del artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, *“Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”*. Este precepto establece el principio general de prohibición del tratamiento de esta categoría de datos, salvo que concurren alguna de las excepciones que se recogen en el apartado 2 de dicho artículo.

A este respecto, hay que hacer mención a que el apartado g) del referido artículo 9.2 incluye entre las causas que levantan la prohibición general del art. 9.1 la siguiente: *“g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”*.

Como referencia debemos destacar que la Disposición adicional sexta bis de la Ley determina lo siguiente: *“Corresponde al Gobierno garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.3 de esta Ley, asegurando en todo caso unas condiciones adecuadas de dignidad y respeto. A tal efecto, se declara de*

urgente y excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social, la inmediata exhumación y el traslado de los restos mortales distintos de los mencionados en dicho artículo”.

En relación a los requisitos que debe reunir la ley que categorice tratamientos de datos como de interés público esencial, se puede ver el análisis realizado en el [Dictamen Nº D21-007](#), informe que formula la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con el anteproyecto de Ley de memoria Histórica y Democrática de Euskadi, y del que se puede resaltar lo siguiente en la presente materia:

“Conforme a la doctrina constitucional, la ley que habilita el tratamiento de categorías especiales de datos debe especificar el interés público esencial que fundamenta la restricción del derecho fundamental, establecer reglas claras sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza, y habrá de contener las garantías adecuadas que deben respetarse en el tratamiento de los datos”.

(...)

“La vaguedad en la regulación de estos aspectos sería contraria al derecho fundamental; así lo ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al disponer que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas precisa una habilitación legal, si bien la función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: “por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, esto es, ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”.

(...)

Respecto a esta dimensión cualitativa de la reserva de ley, “se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. En la STC 292/2000, FJ 15, señalamos que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla”.

Para el TC la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado

Sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 14211993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)"

Por ello, "a la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, la jurisprudencia de este Tribunal le exige al legislador que, además de cumplir los requisitos anteriormente mencionados, también establezca garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen Sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental. En este fundamento jurídico precisaremos la naturaleza y el alcance de este específico requisito constitucional."

Por tanto, para el tratamiento de datos de categorías especiales, como por ejemplo el acceso a las historias clínicas para investigar evidencias relacionadas con la sustracción ilegal de bebés (bebés robados), se requiere que la norma con rango de ley que regula esta posibilidad establezca las garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos para los derechos y libertades de las personas en relación con el uso de sus datos.

A tal efecto, en su caso, *de lege ferenda* como referencia se puede acudir a la disposición adicional décima del [proyecto de ley de memoria Democrática](#) que regula en detalle el régimen de protección de datos de carácter personal de los tratamientos previstos en dicha norma, contemplando tratamiento a tratamiento los diferentes aspectos que se deben prever por rango de ley.

5.- Fuera del referido ámbito, en otros casos, el supuesto que podría legitimar el tratamiento de categorías especiales de datos personales es que el interesado haya dado «*su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados*» –art.9.2.a).

El consentimiento explícito que da el interesado es para el tratamiento de categorías especiales de datos personales «con uno o más de los fines especificados» –art.9.2.a) RGPD -EDL 2016/48900- de forma que cuando el tratamiento es para varios fines, debe darse el consentimiento explícito para cada uno de ellos. Además, la regulación de las condiciones para el consentimiento del art. 7 del RGPD debe entenderse aplicable al consentimiento explícito.

Así, en primer lugar, «cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales» – art.7.1 RGPD.

En segundo lugar, el consentimiento debe ser libre de manera que el consentimiento no es una base jurídica válida cuando existe un desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento.

En tercer lugar, el consentimiento debe ser específico. Así, la CDFUE señala que los datos «se tratarán de modo leal, para fines concretos» –art.8.2-. Además, el RGPD trata de que el consentimiento para el tratamiento de datos personales se distinga de cualquier otra dación de consentimiento para otro asunto. El RGPD establece que *«si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud del consentimiento se presentará de forma que se distinga claramente de los demás asuntos»*. El Considerando 32 del RGPD señala que *«el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos»*. En todo caso, *«no será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento»* –art.7.2 RGPD in fine. En cuarto lugar, la solicitud de consentimiento se presentará *«de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo»* –art.7.2 RGPD-.

Finalmente, *«el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento»* – art.7.3 RGPD. La retirada del consentimiento, por ejemplo, en el ámbito de la investigación no afectará a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento hasta ese momento.

También es necesario mencionar que el Reglamento (UE) 2016/679 establece otra de las excepciones a la prohibición de su art. 9.1 relevantes en la materia objeto de esta norma es la contemplada en el supuesto j) del apartado 2 de dicho artículo: “el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el consentimiento se aplica de forma residual y únicamente en aquellos casos en los que no exista obligación legal o interés público manifestado en una norma con rango de ley como base de legitimación.

6.- El artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679 determina que *“Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales...”*.

Dentro del apartado 3 del referido artículo se incluye expresamente entre los supuestos en los que se requiere esta evaluación el *“tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10...”*.

El referido Dictamen de la Autoridad vasca de Protección de Datos continua en esta materia con los siguientes argumentos:

“El considerando 91 del RGPD concreta el tratamiento a gran escala al referirlo a las operaciones de tratamiento que persiguen tratar una cantidad considerable de datos personales a nivel regional, nacional o supranacional.

Además, el Grupo de Trabajo del artículo 29, antiguo órgano asesor de la Comisión Europea en materia de protección de datos recomendaba que se tuviesen en cuenta los siguientes factores a la hora de determinar si el tratamiento se realiza a gran escala:

El número de interesados afectados, bien como cifra concreta o como proporción de la población correspondiente, el volumen de datos o la variedad de elementos de datos que son objeto de tratamiento, la duración, o permanencia de la actividad de tratamiento de datos y el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.

Teniendo en cuenta la tipología de los datos afectados, el alcance geográfico del tratamiento, así como el posible número de personas afectadas, en nuestra opinión debería realizarse la evaluación de impacto a que se refiere el artículo 35 del RGPD, dando cumplimiento a la previsión contenida en el apartado 10.

“10. Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica, los apartados 1 a 7 no serán de aplicación excepto si los Estados miembros consideran necesario proceder a dicha evaluación previa a las actividades de tratamiento”.

7.- En conclusión, a la vista del texto del proyecto y con el objeto de dar cumplimiento al régimen jurídico en materia de protección de dato se propone lo siguiente:

A) A los efectos indicados en el apartado 4, y con el fin de garantizar la seguridad jurídica en los tratamientos realizados en el ámbito de la norma proyectada, que se añada una disposición adicional a la

Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana, en la que se recoja expresamente la declaración del interés público esencial de los tratamientos de datos de categorías especiales, que fundamente la restricción del derecho fundamental a la protección de datos, y que establezca las reglas claras sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza, y que contenga las garantías adecuadas que deben respetarse en el tratamiento de los datos, entre las que se incluiría dentro de éstas la evaluación de impacto a la que se hace referencia en el apartado 6 de este informe.

B) Así mismo, se efectúa la recomendación de incluir una nueva disposición en el proyecto de decreto que recoja las referencias fundamentales en la materia, con una redacción igual o similar a la siguiente:

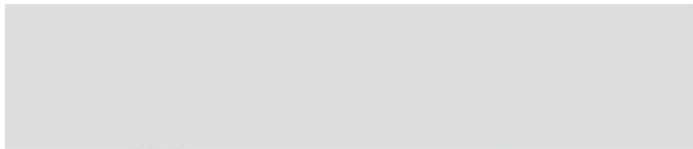
“Disposición XXX. Protección de Datos

“1.- El tratamiento de datos personales que se realice en cumplimiento de esta norma se ajustará a lo dispuesto en el régimen jurídico europeo y estatal en materia de protección de datos de carácter personal.

2.- Los datos personales que las personas proporcionen a la administración en el ejercicio de los derechos garantizados en esta norma serán utilizados con las finalidades y los límites previstos

3.- Con el fin de garantizar un nivel adecuado de protección de los derechos y libertades de las personas interesadas, el departamento competente en memoria democrática deberá determinar las medidas de seguridad, técnicas y organizativas apropiadas en función de los riesgos que supone el tratamiento de datos personales debiendo realizar, cuando proceda conforme al régimen jurídico en materia de protección de datos, la oportuna evaluación de impacto”.

Atentamente,



Delegación de Protección de Datos de la Generalitat