



Datuak Babesteko
Euskal Bulegoa
Agencia Vasca de
Protección de Datos

		Datuak Babesteko Euskal Bulegoa Agencia Vasca de Protección de Datos	
10 MAY 2021			
Nº	551/0206		Zkia.
IRTEERA - SALIDA			



2021 MAI. 12
MAY. 12

SARRERA	IRTEERA
Zk. 259.	Zk.

Aintzane Ezenarro
Directora
**GOGORA–Instituto de la Memoria, la Convivencia
y los Derechos Humanos**
María Diaz de Haro 3-3
48013 Bilbao

Erref.
Ref.

IL21-002

**GAIA
ASUNTO**

“Euskadiko Memoria Historikoaren eta Demokratikoaren Lege aurreproiektuari” buruzko txosten juridikoa

Informe jurídico sobre el *“Anteproyecto de Ley de Memoria Histórica y Democrática de Euskadi”*

Honekin batera bidaltzen dizut Bulegoak egin duen txosten juridikoa zuren kontsultaren gainean.

Adjunto le remito informe jurídico elaborado por esta Agencia en relación a la consulta realizada por usted.

Adeitasunez.

Atentamente.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko maiatzaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de mayo de 2021



Manuel Valín López
Idazkari Nagusia / El Secretario General



DICTAMEN N° D21-007

INFORME QUE FORMULA LA AGENCIA VASCA DE PROTECCION DE DATOS EN RELACION CON EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA Y DEMOCRÁTICA DE EUSKADI

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2021 tiene entrada en esta Agencia Vasca de Protección de Datos escrito de la Directora de Gogora, Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos, en relación con el asunto referenciado en el encabezamiento.

En virtud del artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos la emisión del informe en respuesta a la consulta formulada.

CONSIDERACIONES

Descripción del Anteproyecto de Ley

El Anteproyecto de Ley tiene por objeto la regulación de las políticas públicas para la Memoria Histórica y democrática de Euskadi, a través de doce capítulos, 45 artículos y una parte final formada por dos disposiciones adicionales, dos transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

Capítulo I Disposiciones Generales

En el artículo primero se concreta la finalidad de la futura ley: promover la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la guerra y civil y la dictadura, y el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos en el período que abarca, la guerra civil, la dictadura franquista y la transición a la democracia hasta la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de Euskadi.

El conocimiento de los hechos y circunstancias a que se refiere el precepto, implica el tratamiento de datos personales, como más adelante se analizará.



Capítulo II Del derecho a la verdad

Del Capítulo II destacamos el artículo 4, que al regular la investigación para el esclarecimiento de la verdad preceptúa que el Gobierno vasco impulsará las actuaciones y adoptará las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la guerra civil y la dictadura franquista en Euskadi, a través de investigaciones históricas y recogida de testimonios orales. En el apartado 2, el precepto establece que se promoverán investigaciones para dar a conocer la injusticia histórica y política cometida sobre el conjunto de la sociedad a la que sometió la dictadura franquista, un régimen de represión y falta de libertades básicas.

Desde la perspectiva de protección de datos personales, tanto la recogida de testimonios orales como la realización de investigaciones, implican o pueden implicar tratamientos de datos de carácter personal.

Pueden verse afectados datos de carácter personal, pues tal consideración merece toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal y como dispone el art. 4.1 del 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 (en adelante RGPD).

Esta previsión debe completarse con la parte expositiva del RGPD cuando declara que el reglamento no regula el tratamiento de datos de personas jurídicas (considerando 14) ni se aplica a los datos personales de personas fallecidas (considerando 27); por tanto, solo aquellas informaciones relativas a personas físicas vivas identificadas o identificables se incluyen en el ámbito de aplicación material del RGPD.

Además, el RGPD incluye un concepto amplísimo de tratamiento al definirlo en su artículo 4.2 como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

A través de los testimonios orales, así como de las investigaciones realizadas puede realizarse una recogida de información personal relativa a personas físicas vivas, esto es, pueden realizarse tratamientos de datos, que deberán cumplir los principios proclamados en el artículo 5 del RGPD.

De una manera resumida podríamos decir que el responsable de estos tratamientos debe poder ubicarlos en alguna de las bases legitimadoras del tratamiento incluidas en el artículo 6 y en el artículo 9 del RGPD (principio de licitud), cumplir el principio de transparencia mediante el ofrecimiento de información al tiempo de la recogida, respetar el principio de minimización de datos al recoger solo aquella información adecuada, pertinente y limitada a lo necesario, utilizar los datos de acuerdo con la finalidad declarada al tiempo de la recogida, y aplicar las medidas técnicas u organizativas precisas para evitar su tratamiento no autorizado o ilícito, pérdida, destrucción o daño accidental.



Informe-base y Censo de Víctimas mortales

En el artículo 5 se prevé la elaboración de un “informe-base de vulneraciones de derechos humanos en Euskadi durante la guerra civil y el franquismo, entre 1936-1978”. En el apartado 3 del precepto se establece que, a partir de la investigación realizada para la elaboración del informe, se hará público un censo de “víctimas mortales de la Guerra Civil en Euskadi”, en el que se recogerán tanto las víctimas mortales con vecindad administrativa en Euskadi como las personas que en el momento de acaecer los hechos objeto de esta ley, hubieran sufrido la vulneración de derechos fundamentales en Euskadi.

Del precepto se deduce la existencia de dos bases de datos: una general al que se denomina informe-base de vulneraciones” y otra, más específica, extraída de la general, a la que se denomina “censo de Víctimas mortales de la Guerra Civil en Euskadi.” En primer lugar, llama la atención la denominación del censo, cuando del contenido del mismo parece deducirse que no solo va a estar formado por información relativa a víctimas mortales.

Esta precisión es importante no solo de cara a la denominación del censo, sino también para el régimen de acceso a los datos que en él se contengan. Así, en el caso de informaciones relativas a personas fallecidas no hay limitación desde protección de datos para el acceso, pues este derecho fundamental no protege a estas personas. Sin embargo, el acceso a las informaciones relativas a personas vivas debe tener acomodo en alguna de las bases legitimadoras del tratamiento previstas en el artículo 6 o 9.2 del RGPD.

El precepto adolece de indefinición, pues no concreta los datos integrantes del censo. Si el censo se conforma única y exclusivamente con los datos identificativos de las víctimas, la publicidad del censo podría ampararse en el cumplimiento de una misión realizada en interés público, impuesta por la propia Ley. Sin embargo, si el censo contuviese categorías especiales de datos, la base legitimadora sería la satisfacción de un interés público esencial (art. 9.2. RGPD) que exigiría que la ley proyectada cumpliera las condiciones exigidas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/2019, de 22 de mayo. 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.

Sin embargo, el artículo 5 se limita a introducir una mera remisión genérica a la LOPDGDD sin que se determinen aspectos básicos del tratamiento, como la naturaleza de los datos contenidos en el censo, concretos fines para los que pueden utilizarse o las garantías exigidas en el tratamiento de la información.

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 (STC 76/2019, de 22 de mayo).



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; 142/1993, 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.”

Capítulo III. Del derecho a la Justicia

En este Capítulo merece destacarse el apartado 2 del artículo 6 al disponer que dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se instará la reparación de quienes padecieron los efectos de las resoluciones de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos cuya ilegitimidad declara el artículo 3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, sin perjuicio de que las víctimas o sus familiares puedan solicitar la declaración judicial que acredite su nulidad.

En la medida en que las actuaciones de reparación impliquen tratamientos de datos personales, habrán de respetar los principios contenidos en el RGPD.

Capítulo IV. Del derecho al reconocimiento y reparación de víctimas

En este capítulo, el artículo 10 reconoce el derecho de las víctimas a obtener un Documento de reconocimiento personalizado de carácter institucional emitido por el Gobierno Vasco, destinado a la rehabilitación de su honor y su satisfacción moral. Al igual que en el supuesto del artículo 6.2, en la medida en que este documento contenga datos de personas físicas vivas, el tratamiento de datos que la emisión del documento implica deberá respetar los principios contenidos en el RGPD.



En relación con los actos de recuerdo, homenaje y reconocimiento previstos en el artículo 11 del texto, entendemos indispensable que se cuente con el consentimiento de las propias víctimas objeto de reconocimiento o con el conocimiento de sus familiares, si se tratase de personas fallecidas.

Capítulo V. Divulgación y Educación

A fin de promover la difusión de la memoria histórica, el artículo 13 del Anteproyecto incluye varias medidas entre las que, a nuestros efectos, destacamos:

- a) La creación y consolidación del Centro Documental y Biblioteca de Gogora y su disposición pública, facilitando el acceso efectivo a toda la ciudadanía.
- b) La creación y difusión del fondo audiovisual y documental, en especial de testimonios de víctimas de la guerra civil y el franquismo.

La difusión de información obrante en el Centro Documental y Biblioteca, así como del fondo audiovisual y documental puede implicar el tratamiento de información personal, que deberá respetar los principios declarados en el artículo 5 del RGPD y que han sido expresados con anterioridad de forma resumida.

Capítulo VI. Medidas para la búsqueda de personas desaparecidas y su identificación

En este Capítulo destaca, desde la perspectiva de Protección de Datos el artículo 19, dedicado a las pruebas genéticas.

El precepto comienza afirmando que, la recogida de muestras genéticas de los restos óseos procedentes de las exhumaciones, se realizarán conforme a las directrices del protocolo referido en el artículo 15.3. Este artículo, a su vez, nos remite al protocolo de actuación científica y multidisciplinar previsto en el artículo 12.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que dispone que “el Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones.” La técnica de continuo reenvío no hace más que dificultar la comprensión del texto y añadir inseguridad jurídica.

El apartado 2 del precepto dispone que Gogora realizará pruebas genéticas que permitan la identificación de los restos óseos exhumados en colaboración con la UPV/EHU. Asimismo, establece que Gogora podrá recoger muestras genéticas a todas aquellas personas que así lo soliciten de forma voluntaria y que acrediten tener un familiar desaparecido en la Guerra Civil. El precepto dispone que la responsable del tratamiento de los datos (muestras de ADN) será Gogora y la encargada de su tratamiento y custodia será la UPV/EHU.

A su vez, el apartado 3 dispone que todas las actuaciones se realizarán de conformidad con la LOPDGDD.

En relación con estas previsiones, es importante destacar que el texto remitido a la Agencia no contempla el almacenamiento de las muestras de ADN en una base de datos específica, a diferencia de lo previsto en el texto del Anteproyecto de Ley sometido a información pública, que contemplaba la existencia de un banco de datos de ADN. A ese banco de datos



de ADN se refiere la Oficina de Control Económico en el informe que Gogora ha remitido a esta Agencia.

En este sentido, resulta obligado destacar que la eventual creación de una base de datos de muestras de ADN (banco de datos de ADN), que contenga información genética de personas vivas, implica un tratamiento de categorías especiales de datos, que debe estar previsto en la propia ley, sin que quepa diferir su regulación a un posterior desarrollo reglamentario, siendo plenamente aplicables a este precepto las consideraciones anteriormente referidas al Censo de víctimas.

Por último, en cuanto al papel asignado a la Universidad del País Vasco como encargado del tratamiento de los datos, debe recordarse la necesidad de la constancia escrita del encargo de tratamiento de datos con los requisitos exigidos por el artículo 28 del RGPD.

Capítulo VIII Símbolos contrarios a la Memoria Histórica

Dentro de este capítulo se incluye el artículo 26 que al regular la retirada de distinciones, nombramientos, títulos y honores institucionales preceptúa:

“Las Administraciones locales de Euskadi procederán, revisarán e invalidarán todas las distinciones, nombramientos, títulos honoríficos y demás formas de realzar a personas y entidades que supongan exaltación o enaltecimiento del golpe militar de 1936, la Guerra Civil y del franquismo, procediéndose en el plazo de un año a realizar las diligencias oportunas que lo certifiquen. Dichas certificaciones serán hechas públicas por las distintas Administraciones y comunicadas debidamente a Gogora, a efectos de su publicación en su portal web.”

El precepto contempla una doble publicación de las certificaciones que acrediten la revisión o invalidez de distinciones, nombramientos o títulos. A nuestro juicio, en la medida en que las certificaciones se refieran a personas físicas vivas, esa difusión múltiple puede resultar excesiva en relación con la finalidad pretendida. Si el propósito buscado es la retirada de honores o distinciones injustamente recibidos, una vez revisados los procedimientos correspondientes e invalidados los títulos, condecoraciones, etc., una difusión general del acto finalizador del procedimiento en distintas páginas web parece una medida excesiva.

Capítulo IX Documentos de la Memoria Histórica de Euskadi

En el artículo 28.1 del texto se incluye un concepto muy amplio de documento de la Memoria Histórica de Euskadi

Por otra parte, el artículo 31.1 del texto garantiza el derecho de acceso a los documentos de la Memoria Histórica de Euskadi constitutivos del patrimonio documental vasco, de conformidad con la regulación establecida en Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco, y demás normativa vigente que sea de aplicación.

A este respecto debe señalarse que la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco, al regular el acceso contiene una mera remisión a la normativa de protección de datos. Teniendo en cuenta que la regulación de la ley citada es mínima y que recientemente se ha aprobado el Proyecto de Ley de Gestión Documental Integral y Patrimonio



Documental de Euskadi, sería conveniente que se tuviera en cuenta la tramitación de esta iniciativa legislativa a fin de que se adopte un régimen armónico entre ambos textos.

Capítulo XII Régimen sancionador

Este capítulo regula el régimen sancionador derivado del incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley.

A este respecto merece destacarse la especial protección que a los datos relativos a infracciones administrativas otorga el artículo 27 de la LOPDGDD que establece una doble exigencia:

- a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones.
- b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquel.

Por último, es preciso realizar una serie de consideraciones generales relacionadas con aspectos que los responsables de los tratamientos derivados de la aplicación de la futura norma, deben tener en cuenta; nos referimos al registro de actividades del tratamiento, a las evaluaciones de impacto y al ejercicio de derechos por los ciudadanos.

Registro actividades del tratamiento

Por su condición de Organismo Autónomo, Gogora está obligada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de ley 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), a hacer público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal.

En ese inventario o registro de actividades de tratamiento habrá de incluir Gogora la información correspondiente a los tratamientos derivados de la entrada en vigor de la Ley proyectada.

Evaluación de impacto

EL RGPD establece en su artículo 35 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.

Uno de los supuestos en los que el RGPD exige la realización de una evaluación de impacto es el contenido en el apartado 2.b), referido al “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 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.”

Posibilidad de ejercicio de derechos

Es importante que el responsable del tratamiento sea consciente de las obligaciones que le impone el artículo 12.2 del RGPD cuando le obliga a facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22 del RGPD.

Por tanto, se debe posibilitar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, olvido, oposición, limitación y el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles.

Este es el informe que emite la Agencia Vasca de Protección de Datos, que somete a cualquier otro mejor fundado en derecho.

En Vitoria-Gasteiz, a 10 de mayo de 2021

Fdo.: Margarita Uribe Etxebarria
Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos