

N/REF: 0074/2020

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57.1.c) 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD) y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúpleme informarle lo siguiente:

Se somete a informe el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Dicho anteproyecto se ha presentado a esta AEPD para informe junto con su memoria de análisis de impacto normativo (MAIN). En esta MAIN, en su apartado 5.3, se contiene la precisión de que la petición de informe a esta Agencia Española de protección de datos tiene por objeto “garantizar la coherencia [del texto legal] con la normativa de protección de datos de carácter personal”. Con dicha finalidad se emite el siguiente Informe al anteproyecto de ley respecto de aquellos artículos o disposiciones que afectan a esta materia.

I

Hay que referirse en primer lugar a lo establecido en el artículo 9 del anteproyecto, que plantea la elaboración de un Censo Nacional de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, con independencia de su nacionalidad, conformado con los datos suministrados por las diferentes administraciones públicas, víctimas, organizaciones memorialistas, grupos de investigación universitarios y cualquier otra fuente, nacional e internacional que cuente con información relevante para el mismo. El anteproyecto maneja un concepto de víctima (art. 3) que incluye tanto a personas fallecidas o desaparecidas cuanto a personas que pueden estar aún en vida. Por eso el anteproyecto debería de diferenciar claramente entre los datos personales que puedan corresponder a personas fallecidas y a personas aún en vida. Respecto de las primeras, el RGPD no se aplica (Considerando 27 RGPD y art. 2.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, LOPDGDD) -si bien sí se aplica el RGPD al tratamiento datos personales que se realicen con fines de investigación histórica, lo que incluye la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos-, si bien teniendo en cuenta -como ya se ha mencionado- que el RGPD no es de aplicación a personas fallecidas (Considerando 160 RGPD). Aun así, el art. 3 de la LOPDGDD establece que *Las personas vinculadas al fallecido por*

razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

No existiendo en el anteproyecto ninguna restricción a los derechos en materia de protección de datos que pueden ejercitar las personas vinculadas al fallecido, se aplica el art. 3 LOPDGDD.

Pues bien, mencionado lo anterior, la función del Censo Nacional, tal y como establece el anteproyecto de ley, será recoger el listado de las personas que sufrieron cualquier forma de violencia, coacción o represión, incluso las que murieron en combate, anotándose respecto de cada uno de dichos casos (es decir, sobre personas ya fallecidas o aún en vida) las circunstancias respecto de la represión padecida. Las causas de dicha represión o violencia pueden ser, entre otras posibles, -y de hecho lo serán en la mayor parte de las veces, tal como resulta de la exposición de motivos del anteproyecto- razones ideológicas, religiosas, étnicas o raciales, o relativas a la vida u orientación sexual de dichas personas. Todas estas circunstancias se engloban dentro de las categorías especiales de datos personales, reguladas en el art. 9.1 RGPD. El anteproyecto de ley es consciente, en el apartado 4 del artículo 9, de que dichas víctimas en vida, o los familiares de las personas fallecidas o desaparecidas, pudieran desear que dichas circunstancias fueran “confidenciales” (sic).

Así pues, de dicho artículo 9 del anteproyecto resultan las siguientes cuestiones. En primer lugar (i) el tratamiento de los datos personales de las víctimas que pudieran continuar con vida, respecto de las cuales se anotarán en dicho Censo las circunstancias de la represión padecida. En segundo lugar (ii) que dichas circunstancias pudieran constituir categorías especiales de datos personales, y por último (iii) la limitación que resulta del apartado 4 del art. 9 del anteproyecto en el derecho fundamental a la protección de datos.

Respecto de la primera de ellas, la creación del Censo proyectado constituye un tratamiento de datos personales según la definición que se contiene en el artículo 4.2 RGPD. Así, «tratamiento» será 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. El establecimiento de dicho

Censo comporta pues un tratamiento de datos. Todo tratamiento de datos necesita estar amparado en una base jurídica conforme al art. 6 RGPD. No se establece en el artículo 9 del anteproyecto cuál es la base jurídica que permitiría el tratamiento de los datos personales necesarios para la creación del Censo, si bien, como se pone de manifiesto del propio contenido del anteproyecto y de su Exposición de Motivos, el legislador del anteproyecto considera que existe un interés público en dicho Censo, , por lo que podría ser aplicable el art. 6.1.e) RGPD, y entender como base jurídica del tratamiento de los datos personales consistente en la creación el Censo que este tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público impuesta por la propia ley. Sin embargo, no se explicita en la ley la finalidad de los tratamientos de datos personales que se llevarán a cabo, circunstancia esta igualmente necesaria para entender como lícitos los tratamientos de datos personales (art. 5.1.b) y 6.4 RGPD), ausencia esta que entronca con la segunda de las cuestiones mencionadas anteriormente, que es la existencia de datos personales de categorías especiales, también llamados datos sensibles.

En consecuencia, y en lo que a la normativa de protección de datos se refiere, el anteproyecto es en exceso genérico. No basta con incluir una referencia genérica al cumplimiento de la normativa de protección de datos, y menos en un supuesto de tanta trascendencia e implicaciones en los derechos de los afectados, al incluir categorías especiales de datos. Debe hacerse un riguroso análisis de riesgos y establecer en la Ley las garantías adecuadas. Se trata de una exigencia tanto del RGPD como de nuestra doctrina constitucional (sentencias 292/2000 y 76/2019), como pasamos a exponer.

Pues bien, la **sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 76/2019, de 22 de mayo**, contiene la doctrina relevante de este sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, y aborda tanto las características como el contenido que ha de tener la normativa que pretenda establecer una injerencia en ese derecho fundamental.

(...) Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). (...) Esta doble 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 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).

Y ello porque, en el ámbito de las categorías especiales de datos personales, (...) el *Reglamento general de protección de datos* establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. **En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales**, ni en el ámbito de los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, **tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles**, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [artículo 9.2.g) RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.

En consecuencia, y tal y como exige el Tribunal Constitucional, la ley que establezca unas determinadas injerencias en el derecho fundamental a la protección de datos personales de los interesados, como es, en el caso presente en el art. 9 del anteproyecto, la posibilidad de tratar datos personales de los interesados de categorías especialmente sensibles, como pudiera ser su orientación sexual, su ideología, u otras de las reguladas en el artículo 9.1 RGPD, requiere que esta en primer lugar:

a) *especifique el interés público esencial que fundamenta la restricción del derecho fundamental* (FJ 7 de la STC 76/2019). El artículo 9 del anteproyecto no establece el interés público esencial, de manera expresa, que fundamenta dicha injerencia. Al igual que en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 citada, la norma parece presuponer que dicho interés público esencial requerido por el art. 9.2.g) RGPD ha de existir pero no llega a especificarlo. Por lo tanto, la ley habrá de explicitar de manera expresa cuales el interés público esencial que fundamenta la injerencia al derecho fundamental mediante los tratamientos de datos personales que propone en el art. 9 del anteproyecto, y ello, el TC, con cita de la STC 292/2000, *rechaza que dicha identificación de los fines legítimos de la restricción pueda realizarse mediante conceptos genéricos o fórmulas vagas*.

b) en segundo lugar, la ley habrá de regular pormenorizadamente las injerencias al derecho fundamental *estableciendo reglas claras sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza*. Es decir, habrá de establecer cuáles son los presupuestos y las condiciones del tratamiento de datos personales relativos a las categorías especiales de datos personales que pueden incluirse en dicho Censo mediante reglas claras y precisas (STC 76/2019, FJ 7 b)

c) Y por último, **la propia ley** habrá de contener las garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales que autoriza. El TC ha sido claro en cuanto a que *[l]a previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del artículo 53.1 CE (...). Es evidente que si la norma incluyera una remisión para la integración de la ley con las garantías adecuadas establecidas en normas de rango inferior a la ley, sería considerada como una deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 53.1 CE, y, por este solo motivo, debería ser declarada inconstitucional y nula. (...) Tampoco sirve que para el establecimiento de dichas garantías adecuadas y específicas se pretenda remitirse al propio RGPD o a la LOPDGDD.*

Por lo expuesto, el anteproyecto deberá recoger, para aquellos tratamientos de datos personales que estén incluidos en la categoría de especiales del art. 9.1 RGPD, los requisitos que especifica el Tribunal Constitucional en su STC76/2019, de 22 de mayo, y que han quedado sucintamente expuestos. Por todo lo argumentado, el que el apartado 5 del art. 9 del anteproyecto mencione que se deberá respetar la normativa de protección de datos de carácter personal, sin perjuicio de un recordatorio adecuado de sometimiento a dicha normativa, no puede ser considerado como que supla las carencias expuestas de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Más en concreto, cabe añadir:

i) Finalidad: no se establece en el precepto. La Ley persigue fines muy amplios (entre otros, de reconocimiento y reparación, búsqueda de personas desaparecidas, investigación judicial, investigación histórica, educativas, divulgación, etc.) Debería especificarse los concretos fines para los que podrá utilizarse el Censo.

ii) Responsable del tratamiento: el precepto hace referencia a la colaboración con las CC.AA. y corporaciones locales, pero no identifica quién es el responsable del tratamiento ni el papel de estas en dichos tratamientos. Debe quedar claramente identificado quién va a ser responsable del Censo y,

consecuentemente, de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos, y definir el papel de los demás intervinientes.

iii) Base legitimadora y levantamiento de la prohibición del artículo 9.1 RGPD para los datos especialmente sensibles. La base legitimadora del tratamiento de los datos personales sería, en principio, como ya se ha mencionado, y según parece desprenderse del anteproyecto, la prevista el artículo 6.1.e) RGPD, esto es, el cumplimiento de una misión de interés público, si bien, cuando se traten datos de categorías especiales, sería necesario, además, la concurrencia de alguno de los supuestos del 9.2 RGPD. Por ello, no basta con un interés público, sino que el RGPD requiere para tratar dichos datos sensibles que se trate de un interés público “esencial”, y a este respecto ya esta Agencia ha señalado en los informes 31/2019, 36/2020 y 44/2020 que *“tratándose de categorías especiales de datos, el supuesto contemplado en la letra g) del artículo 9.2 no se refiere solo a la existencia de un interés público, tal y como hace en muchos otros de sus preceptos el RGPD, sino que es el único precepto del RGPD que requiere que el mismo sea “esencial”, adjetivo que viene a cualificar dicho interés público, habida cuenta de la importancia y necesidad de mayor protección de los datos tratados”. Y partiendo de la jurisprudencia constitucional, añadimos que la ley “deberá, además especificar el interés público esencial que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse, estableciendo las reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias, sin que sea suficiente, a estos efectos, la invocación genérica de un interés público. Y dicha ley deberá establecer, además, las garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos” y que “[a]demás, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero: “En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270], F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37], F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6).”*

iv) Principio de exactitud: teniendo en cuenta todas las entidades que pueden facilitar los datos para la elaboración del Censo, debería articularse en la ley la forma en la que el responsable garantiza la exactitud de los datos, o en su caso, fijar quiénes son los responsables de garantizar dicha exactitud.

v) Minimización de datos. El RGPD requiere (art. 5.1.c)) que los datos tratados sean sólo los adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»). Por ello, debería en la ley identificarse los datos estrictamente necesarios que habrán de tratarse y hacerse constar en el Censo para el cumplimiento de las finalidades previstas en la ley, pudiendo diferenciarse en función de si se trata o no de categorías especiales de datos.

vi) Acceso a los datos. El texto el anteproyecto no identifica la finalidad ni, por ende, permite determinar quiénes van a poder acceder a los datos del Censo. Debería especificarse si se pretende que sea un censo de acceso público o, en su caso, quiénes son los que van a poder acceder al mismo (autoridades administrativas, judiciales, investigadores...), teniendo en cuenta ciertamente la finalidad del Censo y el principio de proporcionalidad. En este punto, hasta ahora el criterio de la Agencia ha sido más restrictivo cuando lo que se pretendía era un acceso generalizado mediante la publicación en una página web (Informe 85/2019), circunstancia que debería justificarse adecuadamente, pues el alcance del acceso podría influir en el de los derechos de los afectados.

vii) Derechos de los afectados y garantías. Tratándose de personas vivas y refiriéndose a categorías especiales de datos, parece razonable garantizar los derechos de oposición y supresión, a fin de mantener el control sobre unos datos basados en unos hechos que pueden afectar en gran medida a la intimidad de las personas afectadas.-

Además, y dado que del anteproyecto de ley no resulta claro si lo que parece pretenderse con el art. 9.4 es establecer una “limitación” al derecho fundamental a la protección de datos personales o establecer “*motivos legítimos imperiosos*” que permitan al responsable del tratamiento tratar los datos prevaleciendo sobre el derecho de oposición del interesado (art. 21.1 RGPD) hay que recordar que si fuere una limitación habrá de darse cumplimiento a lo establecido en el art. 23 RGPD, de modo que la propia ley que establezca la limitación al derecho fundamental a la protección de datos personales deberá igualmente cumplir los requisitos establecidos en dicho artículo 23, de manera que la ley deberá explicitar cuál el bien jurídico protegido de entre los mencionados en el art. 23.1 RGPD que se pretende salvaguardar con dicha limitación, y además el RGPD (art. 23.2) impone que cualquier medida legislativa que establezca una limitación al derecho fundamental de protección de datos personales deberá contener como mínimo

disposiciones específicas relativas a todas las circunstancias mencionadas en dicho apartado, que son (al menos):

- a) *la finalidad del tratamiento o de las categorías de tratamiento;*
- b) *las categorías de datos personales de que se trate;*
- c) *el alcance de las limitaciones establecidas;*
- d) *las garantías para evitar accesos o transferencias ilícitos o abusivos;*
- e) *la determinación del responsable o de categorías de responsables;*
- f) *los plazos de conservación y las garantías aplicables habida cuenta de la naturaleza alcance y objetivos del tratamiento o las categorías de tratamiento;*
- g) *los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, y*
- h) *el derecho de los interesados a ser informados sobre la limitación, salvo si puede ser perjudicial a los fines de esta.*

En el establecimiento de las garantías específicas que habrá de tener en cuenta el anteproyecto de ley debería de distinguirse entre las garantías que se habrán de aplicar respecto de las víctimas fallecidas, por cuanto, se reitera, sobre los datos personales de estas no se aplica la normativa de protección de datos personales, -sin perjuicio de lo establecido en el art. 3 LOPDGDD- de aquellas garantías que habrán de aplicarse sobre las víctimas aún en vida, por cuanto, por ejemplo en el apartado 4 del art. 9, no sería lo mismo la ponderación que habrá de realizarse sobre los tratamientos de datos personales de categorías especiales respecto de personas en vida que de aquellas ya fallecidas. En opinión de esta Agencia, por tanto, este apartado 4 debería reforzarse para cumplir con los requisitos de certeza y seguridad jurídica que predica la doctrina constitucional expuesta por cuanto no sólo no regula las garantías específicas, sino que parece que limita los derechos de los interesados (por ejemplo, el derecho de supresión o limitación de los datos personales, aunque lo describe de manera impropia como “confidencialidad de los datos incluidos en el censo”) puesto que establece que dicha “solicitud de confidencialidad” será ponderada -no se dice por quién, esto es, no dice quién es el responsable del tratamiento- y no se sabe cuál será el resultado de la ponderación, aunque parece dejar entrever que si una víctima ha tenido una gran relevancia en cuanto a la represión sufrida, esa circunstancia jugaría precisamente en contra del interesado en cuanto a la “solicitud de confidencialidad” pretendida.

Se sugiere, desde una perspectiva práctica, que las circunstancias relativas a la protección de datos personales de los tratamientos que se derivan de la norma se recojan por ejemplo en un Anexo o una Disposición Adicional a la ley, de modo que sea este Anexo o disposición el que de manera conjunta recoja las bases jurídicas que el legislador entiende que justifican el tratamiento de datos personales (art. 6.1.e) RGPD, u otros que se consideren); cuál es el interés público esencial que permite levantar la prohibición de tratamiento de datos personales de categorías especiales, y las medidas adecuadas y

específicas que se establece para proteger los intereses y derechos fundamentales de los interesados (art. 9.2.g) RGPD); y por último, en caso de establecerse limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de protección de datos personales, recoger, como mínimo, las circunstancias previstas en el art. 23.2 RGPD, o clarificar si en realidad no estamos ante una limitación del derecho fundamental sino ante la predeterminación legislativa de los “motivos legítimos imperiosos” que permitirían al responsable del tratamiento vencer el derecho de oposición ejercido por el interesado.

Corresponde al legislador (en esta fase, al redactor del anteproyecto) considerar, en caso de que los propósitos de la norma lo permitiesen, establecer que el Censo previsto en el art. 9 se circunscribiese tan sólo a personas ya fallecidas o declaradas fallecidas, dado que la normativa de protección de datos no aplicaría a los datos personales de estas -sin perjuicio de lo previsto en el art. 3 LOPDGDD acerca de los derechos de los familiares de los fallecidos, que además la propia LOPDGDD (art. 3.1 segundo párrafo) prevé que la ley podrá excluir estos derechos-.

En cualquier caso, esta Agencia (Informe 44/2020) ha venido manteniendo cuando menos la conveniencia de que se realice una Evaluación de Impacto de Protección de Datos (EIPD) y que éste se incluya en la MAIN:

“Por último, en el caso de que las autoridades competentes consideraran procedente la tramitación de la correspondiente modificación legal por considerar que no se trata de finalidades incompatibles, que existe un interés público esencial y que la medida propuesta supera, a priori, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/2019 de 22 mayo, la propia ley que establece la limitación del derecho fundamental debe establecer las “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”.

Con esta finalidad, por parte de las autoridades competentes para la tramitación del anteproyecto legislativo, debería realizarse el correspondiente análisis de riesgos (AR), conforme al artículo 24 del RGPD.

Asimismo, en la medida en que va a suponer el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos, debería realizarse la evaluación de impacto en la protección de datos personales a la que se refiere el artículo 35 RGPD e incorporarse a la MAIN, dando de este modo cumplimiento a lo previsto en su apartado 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”.

II

Sobre el artículo 24, relativo a la Base Nacional de ADN de Víctimas de la Guerra Civil, en su apartado 5, cabe aplicar las mismas reflexiones del Tribunal Constitucional expuestas anteriormente sobre la llamada al reglamento para los “requisitos y procedimientos para asegurar el cumplimiento de la normativa de protección de datos”. No cabe deferir al reglamento cuestiones que han de estar determinadas en la ley que regule el tratamiento de datos personales. El cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos o bien no necesita desarrollo alguno, porque el RGPD es, como tal reglamento europeo, “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” o bien, respecto de las categorías especiales de datos personales, en los que no cabe duda de que el ADN incluido en las muestras biológicas a aportar por los familiares está incluido, se requiere que sea la propia ley que establece el tratamiento de datos personales, en cuanto que constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales reconocido en el artículo 18.4 CE, la que establezca, la finalidad del tratamiento, una regulación pormenorizada de los presupuestos y las condiciones del tratamiento de datos personales, y por último las garantías adecuadas.

En opinión de esta Agencia, dicho artículo 24 regula adecuadamente la finalidad del tratamiento como constitutiva de un interés público que consiste en la recepción y almacenamiento de los perfiles de ADN “a fin de poder comparar dichos perfiles de ADN con vistas a la identificación genética de las víctimas”. Igualmente se considera adecuada que la aportación de muestras biológicas por parte de los familiares para la obtención de los perfiles de ADN sea en todo caso voluntaria, pero no se establecen las garantías adecuadas que requiere el Tribunal Constitucional como necesarias, garantías estas que deberán regularse en la propia ley.

III

Por último, cabe poner de manifiesto lo que parece en principio una incongruencia entre lo establecido en el artículo 40 y el artículo 63 del anteproyecto, que tiene repercusiones en materia de protección de datos. Así, el art. 40.1 establece con carácter general una prohibición de otorgar subvenciones. Por lo tanto, dado que no se precisa más, habrá de entender que se refiere a subvenciones de cualquier tipo, ya que no se establece

especificación alguna, - y sin mención a plazo de duración en dicha prohibición – a aquellas personas que hubiesen sido sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la memoria democrática, conforme a lo establecido en el título IV del anteproyecto. Sin embargo, el art. 63.5 establece como sanción específica en la materia *“la perdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas **de las administraciones públicas en materia de memoria democrática**, (...) durante los cinco años anteriores, en esa misma materia”*. Mientras que el primero de estos artículos parece establecer una prohibición general de cualquier tipo de subvenciones, ilimitada en el tiempo, el segundo establece un periodo en el cual no se podrán obtener subvenciones exclusivamente en materia de memoria democrática. Ambas regulaciones parecen cuando menos contradictorias.

Pues bien, el art. 40.3 del anteproyecto, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 40.1, prohibición general de otorgar subvenciones por cualesquiera administraciones públicas a los sancionados en virtud de este anteproyecto de ley, establece la obligación para el departamento competente en materia de memoria democrática de establecer una base de datos que permita cruces informáticos para seguimiento y comprobación de aquellas personas que hayan sido sancionadas por resolución administrativa firme en aplicación de esta ley. Es decir, se establece una base de datos de sanciones administrativas cuya finalidad es permitir que otras administraciones tengan acceso a dichas sanciones administrativas para comprobar dichas circunstancias a los efectos de denegar subvenciones en otras materias.

Sin perjuicio de su incompleto engarce con la normativa general de subvenciones (art. 13.2.h) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones -LGS- y art. 26 del Reglamento de la LGS, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio), y de cómo jugaría esa prohibición, lo que no es materia de este informe, sí que lo es el que el art. 27 LOPDGDD establece especialidades para los tratamientos de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas. El apartado 1 de dicho artículo 27 establece que los responsables de dichos tratamientos habrán de ser los órganos competentes en el procedimiento sancionador, lo que se cumple; y que el tratamiento se limitará a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquel, que habrá de ser necesariamente el establecimiento de una sanción por incumplimiento de la ley. Este último aspecto también deberá cumplirse, por cuanto los datos personales necesarios en el tratamiento de datos personales cuya finalidad es el establecimiento de una sanción habrán de cumplir el principio de minimización en todo caso. Ahora bien, el apartado 2 de dicho artículo 27 LOPDGDD establece que *cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados*. Pues bien, el tratamiento de datos

personales que consiste en la transmisión de los datos contenidas en dicha base de datos custodiada por la autoridad en materia de memoria democrática a otro ente u órgano administrativo que tiene entre sus funciones el otorgamiento de subvenciones para que ésta última compruebe si la persona solicitante ha sido sancionada en materia de memoria democrática, necesariamente habrá de incluir “garantías adicionales” para los interesados, y ello en la propia ley que establece el tratamiento (es decir, en este anteproyecto), como tantas veces se ha reiterado ya en este informe que establece la doctrina del Tribunal Constitucional, y que además en este caso que exige el propio precepto de manera específica (“en la que se regularán”).

Estas garantías adicionales que requiere el precepto habrán de tener en cuenta muy especialmente que dentro de los tipos de infracción contenidos en el anteproyecto de ley existen algunos que, en opinión de esta Agencia, podrían incidir en la ideología de las personas -dato especialmente protegido por el art. 9.1 RGPD y el art. 16 CE-, y podrían incidir además en otros derechos fundamentales como el derecho de manifestación o de expresión, por cuanto, por ejemplo, el art. 62.1.e) del anteproyecto regula específicamente como infracción administrativa “la convocatoria de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, informa escrita o verbal, en sus elementos sonoros pues sus imágenes sean *contrarias a la normativa sobre memoria democrática* (sic) (...)”. Una tan amplia redacción podría comprender incluso el ejercicio del derecho de manifestación o de expresión que pretendiese la modificación de la propia ley de memoria democrática, pues podría incluir como infracción la convocatoria de un acto (por ejemplo, la convocatoria de una manifestación), una campaña de publicidad (en ejercicio de la libertad de expresión), o la emisión de una opinión “*contraria a la [necesidad o existencia o contenido] de la normativa de memoria democrática*”, lo que entrañaría otras consideraciones acerca de la constitucionalidad de dicha medida. Ciñéndonos exclusivamente al ámbito de la protección de datos personales, dichas garantías adicionales -que requiere el artículo 27 LOPDGDD que consten en la propia ley que establece el tratamiento- habrán de tener en cuenta el peligro y los riesgos que para el derecho fundamental a la protección de datos especialmente protegidos, como el derecho a la ideología de las personas, resultan del tratamiento de datos personales que la propia ley establece en este artículo 40, sin perjuicio de que, en caso de que existan limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos personales, deber recogerse de nuevo en el anteproyecto las circunstancias mencionadas en el art. 23.2 RGPD, como mínimo.