

I

Este Proyecto de Real Decreto trae causa de lo establecido en La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, que crea, en su artículo 23, el Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura. Dicha Ley fue objeto de informe por esta AEPD (Informe 074/2020), y, entre otras razones, como consecuencia del citado Informe, se añadió al proyecto de ley, durante su tramitación parlamentaria, una nueva Disposición Adicional décima (DA 10ª), dedicada a la protección de datos de carácter personal, y cuyo apartado 4 hace referencia a la regulación de esta materia en relación con el Banco de ADN cuyo proyecto de Real Decreto ahora se informa.

Ambos preceptos dicen así:

Artículo 23. Creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura.

1. Se crea el Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura como una Base de datos de ADN de carácter estatal, adscrito al Ministerio de Justicia, que tendrá por función la recepción y almacenamiento de los perfiles de ADN de víctimas de la Guerra y la Dictadura y sus familiares, así como de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, a fin de poder comparar dichos perfiles de ADN con vistas a la identificación genética de las víctimas. Su actividad contará con las suficientes garantías de privacidad. Al crearla, se garantizará que en la misma se incluirán los datos de interés ya existentes en la base de datos «Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos» del Ministerio de Justicia.

2. La aportación de muestras biológicas por parte de los familiares para la obtención de los perfiles de ADN, previa acreditación de tal condición, será en todo caso voluntaria y gratuita.

3. Se garantizará la colaboración entre este Banco Estatal de ADN, el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y los laboratorios de ADN designados por las distintas comunidades autónomas. Para su funcionamiento podrán colaborar los representantes de las asociaciones

de víctimas legalmente constituidas, facilitando la obtención de muestras dentro de su ámbito de actuación. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán colaborar informando a las personas interesadas sobre la existencia de la base de datos de ADN y en los trámites de inclusión de muestras.

4. Las personas afectadas por una posible sustracción de un niño o niña cuya denuncia haya sido admitida por los hechos objeto de esta ley, podrán solicitar que les sean tomadas muestras para secuenciar su ADN y compararlas con los datos que se almacenen en la Base de datos. En la Base de datos de ADN también se conservarán las muestras de restos óseos de las distintas exhumaciones llevadas a cabo, con su secuencia de ADN, y los perfiles genéticos de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos: familiares, fundamentalmente madres y padres biológicos, que buscan a sus hijas e hijos, así como hijos e hijas adoptivos que buscan a sus familiares biológicos.

5. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y procedimientos para asegurar los aspectos éticos y de bioseguridad, así como el régimen de organización y funcionamiento del Banco Estatal de ADN.

Disposición adicional décima. Protección de datos de carácter personal.

1. Los tratamientos de datos personales regulados en la presente ley se llevarán a cabo conforme a lo dispuesto en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Los derechos de acceso, rectificación y supresión se ejercitarán conforme a la normativa referida en el párrafo anterior, sin perjuicio de las especificidades que se recojan en su caso en los apartados siguientes.

(...)

4. El tratamiento de los datos personales relativos al Banco de ADN regulado en el artículo 23, basado en el interés público de investigación histórica y aplicación de las medidas comprendidas en la ley para la búsqueda de desaparecidos e identificación de víctimas, tendrá por finalidad la recepción y almacenamiento de los perfiles de ADN a fin de

poder compararlos para la identificación genética de las víctimas de la Guerra y la Dictadura franquista.

Se inscribirán en la base de datos los patrones identificativos obtenidos a partir del ADN en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos hallados en fosas o de averiguación de personas desaparecidas que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Los identificadores obtenidos a partir del ADN, respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación.

Para la recogida de muestras biológicas de familiares y almacenamiento y custodia de las mismas, con carácter previo a la toma de la muestra, la persona donante, familiar de la víctima, deberá firmar el consentimiento para que la misma le sea tomada, informándosele en ese trámite sobre el alcance del tratamiento y los aspectos recogidos en los párrafos siguientes.

El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con los datos de identificadores obtenidos a partir del ADN de familiares se podrá efectuar en los términos establecidos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Los datos sólo podrán ser utilizados para la investigación y la identificación genética de restos humanos de personas desaparecidas en la guerra española. Los datos se conservarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.

El responsable del tratamiento será el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que garantizará la aplicación de las medidas de seguridad preceptivas que resulten del correspondiente análisis de riesgos, teniendo en cuenta que dichos tratamientos serán realizados por administraciones públicas obligadas al cumplimiento del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Sobre la base de lo dispuesto en la citada ley 20/2022 (que no es objeto de este Informe) y en la normativa de protección de datos personales se procederá al análisis

Como puede observarse, el legislador, mediante ley formal, ha establecido una obligación de creación de un denominado Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura, pero esta denominación no es completa, puesto que su objeto se extiende, como el mismo precepto legal establece, no sólo a la recepción y almacenamiento de los perfiles de ADN de víctimas de la Guerra y la Dictadura y sus familiares, sino igualmente de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, a fin de poder comparar dichos perfiles de ADN con vistas a la identificación genética de las víctimas, por lo que las normas sobre dichos tratamientos se extienden a ambas finalidades, como ha expresado el legislador.

Es por tanto de acuerdo con lo que dispone esta ley 20/2022 (que no es objeto de este Informe) y la normativa específica de protección de datos, básicamente el RGPD y la LOPDGDD, que se habrá de analizar la norma sometida a Informe.

II

Sin perjuicio de examinar posteriormente determinados preceptos anteriores en orden al que ahora se comenta, comenzaremos por el art. 5 del proyecto, en relación con el 7, sobre el responsable del tratamiento.

La ley 20/2022, en su DA 10ª determina que el responsable del tratamiento es el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Y el proyecto, en su art. 7.6, último párrafo, establece que *[e]l INTCF será el responsable del tratamiento a efectos de protección de datos quien además deberá garantizar la aplicación de las medidas de seguridad preceptivas que resulten del correspondiente análisis de riesgos.*

No obstante lo anterior, el art. 5.5 del proyecto establece:

5. La DGTD AJ (sic) será responsable de las aplicaciones informáticas que permitan el registro y la gestión de usuarios del Banco Estatal de ADN, de las actualizaciones y modificaciones o instalaciones de software y su mantenimiento, de la realización de copias de seguridad, así como cualquier otra operación encaminada a obtener un óptimo rendimiento de las mencionadas aplicaciones del Banco Estatal de ADN y garantizará la aplicación de las medidas técnicas y

organizativas de seguridad correspondientes, en cumplimiento de la normativa por la que se regula el Esquema Nacional de Seguridad y la protección de datos personales.

El art. 4.2 RGPD define “tratamiento” 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;*

La jurisprudencia del TJUE ha establecido que el concepto de tratamiento de datos ha de ser interpretado en sentido “amplio”. Así, por ejemplo, la STJUE de 22 de junio de 2023, C-579/21.

46 *En segundo lugar, por lo que respecta al concepto de «tratamiento», tal como se define en el artículo 4, punto 2, del RGPD, procede señalar que, al utilizar la expresión «cualquier operación», el legislador de la Unión quiso dar a este concepto un alcance amplio, al emplear una enumeración no exhaustiva de operaciones aplicadas a datos personales o conjuntos de datos personales, que comprenden, entre otras cosas, la recogida, el registro, la conservación o incluso la consulta (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 27).*

Ello supone que las operaciones que lleva a cabo la DGTD AJ son verdaderos tratamientos de datos personales, ya que, por ejemplo, lleva a cabo (además de las demás señaladas en el precepto), operaciones de “copias de seguridad” o cualquier otra operación sobre los datos encaminadas a obtener un óptimo rendimiento de las aplicaciones, debiendo además, como establece la norma, garantizar la aplicación de medidas técnicas y organizativas *en cumplimiento de la normativa por la que se regula (...) la protección de datos personales.*

Vemos así que se establecen al menos dos responsables del tratamiento. Esta AEPD no se opone a ello, puesto que la ley 20/2022 adscribe el Banco Estatal de ADN estudiado al Ministerio de Justicia, y por otra parte el propio RGPD prevé que pueden existir más de un responsable del tratamiento.

El art. 4.7 RGPD define «responsable del tratamiento» o «responsable»: *como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, **solo o junto con otros**, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para*

su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

El TJUE ha considerado en primer lugar que el concepto de “responsable”, al igual que el concepto de “tratamiento”, es un concepto “amplio”, dirigido a la conseguir una protección eficaz de las libertades y derechos fundamentales y la protección de los interesados (véase STJUE de 5 diciembre 2023, C-683/21, apartado 29, y las demás ahí citadas). Además, el TJUE ha considerado que *cualquier persona física o jurídica que, atendiendo a sus propios objetivos, influya en el tratamiento de tales datos y participe, por tanto, en la determinación de los fines y los medios del tratamiento puede ser considerada responsable de dicho tratamiento* (apartado 30 de la sentencia del TJUE citada).

Nos encontramos en definitiva ante dos responsables del tratamiento, situación esta de corresponsabilidad que no es extraña al RGPD, que la regula en el art. 26. Ahora bien, el TJUE también ha sentado (apartado 42 de la sentencia) que:

la existencia de una responsabilidad conjunta no se traduce necesariamente en una responsabilidad equivalente de los diversos agentes a los que atañe un tratamiento de datos personales. Por el contrario, esos agentes pueden presentar una implicación en distintas etapas de ese tratamiento y en distintos grados, de modo que el nivel de responsabilidad de cada uno de ellos debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso concreto (sentencia de 5 de junio de 2018, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, C-210/16, EU:C:2018:388, apartado 43). Por otra parte, la responsabilidad conjunta de varios agentes respecto a un mismo tratamiento no exige que cada uno de ellos tenga acceso a los datos personales en cuestión (sentencia de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, apartado 69 y jurisprudencia citada).

El art. 26 RGPD establece la necesidad de que cuando haya dos o más responsables del tratamiento, estos *determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento (...)* El acuerdo indicado en el apartado 1 *reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. (...)*

De nuevo el TJUE, en su sentencia C-683/21 citada, apartados 44 y 45, ha establecido que *la existencia de tal acuerdo no constituye un requisito previo para que dos o más entidades sean calificadas de corresponsables del tratamiento, sino una obligación que dicho artículo 26, apartado 1, impone a los corresponsables del tratamiento, una vez calificados de tales.*

En definitiva, de la regulación del proyecto se desprende la existencia de dos responsables del tratamiento, los cuales serán responsables en función de las responsabilidades de cada uno. El art. 26 establece la obligación para dichos corresponsables de alcanzar un acuerdo conjunto en los términos que allí se determinan, para lo que la asistencia del Delegado de Protección de datos en el cumplimiento de dicha obligación está prevista expresamente en el art. 39.1.a) RGPD.

Esta existencia de dos corresponsables deberá de tener su reflejo en el contenido del Registro de Actividades de Tratamiento previsto en el art. 30 RGPD (art. 30.1.a) RGPD) así como en el Inventario de actividades de tratamiento a que se refiere el art. 31 LOPDGDD.

III

Dentro de las medidas técnicas y organizativas posibles, el art. 5 del proyecto, en su apartado 2, así como el art. 7.1, establecen que *[l]os datos genéticos se registrarán en el Banco Estatal de ADN de forma disociada del resto de datos personales, mediante un código alfanumérico identificador, garantizando en todo caso su privacidad y su trazabilidad.*

Esto es, los datos genéticos cuyo tratamiento está previsto expresamente por la ley 20/2022, se registrarán *seudonimizados*.

El RGPD define como *el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable;*

Esta AEPD considera favorablemente la adopción de esta medida en el diseño del tratamiento. Sin embargo, no puede pronunciarse acerca de si es la más apropiada o la idónea ya que no se ha presentado con los antecedentes un análisis de riesgos o una Evaluación de Impacto de Protección de Datos (EIPD), pues como establece el Considerando (28) RGPD:

La aplicación de laseudonimización a los datos personales puede reducir los riesgos para los interesados afectados y ayudar a los responsables y a los encargados del tratamiento a cumplir sus obligaciones de protección de los datos. Así pues, la introducción explícita de la «seudonimización» en el presente Reglamento no pretende excluir ninguna otra medida relativa a la protección de los datos.

No cabe por otra parte olvidar que los datos “seudonimizados” siguen siendo datos atribuibles a una persona física, esto es, datos personales, y como tal han de ser tratados (véase Considerando 27 RGPD).

IV

En el art. 7 del proyecto se regula la utilización de los datos genéticos existentes en la Base de ADN para la función prevista en la ley de poder comparar dichos perfiles de ADN con vistas a la identificación genética de las víctimas o de las personas afectadas por sustracción de menores.

Esta AEPD no se opone lo que se regula en el mismo, y considera el tratamiento proporcionado a los fines previstos en la ley. Esta consideración se realiza exclusivamente respecto de la normativa de protección de datos personales, ya que todo el tratamiento de datos previsto en el mismo está sujeto y subordinado a dicha regulación (art. 7.4 y 7.6 del proyecto) por lo que habrá de estarse al caso concreto, en su momento, para ver la contabilidad del tratamiento (cómo se efectúa este en la práctica) con el RGPD.

En el art. 7.6, última frase, del proyecto, se sugiere eliminarla, ya que tras la entrada en vigor del RGPD, las denominadas “medidas de nivel alto”, o bajo, o medio, propias del régimen legal anterior al RGPD y la LOPDGDD, no tiene razón de ser, ya que las medidas a aplicar serán aquellas que el responsable del tratamiento, en cada caso, en el ejercicio de su responsabilidad proactiva y según resulte del correspondiente análisis de riesgo y de la EIPD, considere necesarias.

Así, como muestra, el art. 25.1 RGPD establece:

Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

O el art. 25.1 RGPD:

Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de

tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.

Lo anterior, sin perjuicio, además, por la naturaleza jurídica de los responsables del tratamiento, de deber cumplir el Esquema Nacional de Seguridad.

Por último, en este apartado, no cabe dejar de poner de manifiesto que los responsables del tratamiento que resultan de la ley 20/2022 y del proyecto de Real Decreto que se informa, están sujetos a realizar, conforme al art. 35.1 RGPD, una EIPD con carácter obligatorio **antes del tratamiento**, ya que dichos tratamientos están expresamente incluidos en el art. 35.3.b) RGPD: *tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1 (...).*

V

Igualmente, llegados a este punto, cabe mencionar que de la regulación que se desprende del Real Decreto existen otros varios responsables de tratamientos de datos genéticos. Así, resulta de la Exposición de Motivos y del texto normativo, que existen *bases de datos de perfiles genéticos de víctimas de la guerra y la dictadura y de sus familiares ya creadas por parte de diferentes laboratorios* (véase la Exposición de motivos). Y en el real decreto se regula igualmente la “integración” de dichos datos genéticos en el Banco Estatal de ADN, de datos que son tratados por “laboratorios designados por las comunidades autónomas o a iniciativa particular” (véase art. 2.a) o 4 del proyecto).

Pues bien, el presente informe no va referido a la licitud de los tratamientos realizados por los distintos laboratorios mencionados, por lo que cada tratamiento de datos personales por estos habrá de contar con la correspondiente base de licitud del art. 6 RGPD y la causa correspondiente de levantamiento de la prohibición de tratamientos de datos personales prevista en el art. 9.1 y 9.2 RGPD, sobre los que este Informe no se pronuncia.

VI

Por último, la Disposición adicional cuarta del proyecto hace referencia a que los tratamientos de datos de carácter personal derivado de la ejecución de

las actuaciones previstas en el real decreto se someten, en todo caso, a lo dispuesto en el RGPD, la LOPDGDD, la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática y demás disposiciones vigentes sobre la materia, a lo cual esta AEPD no se opone por ser una consecuencia natural de lo establecido en el apartado 1 de la Disposición adicional décima, Protección de datos de carácter personal, de la ley 20/2022, de 19 de octubre.