

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

El anteproyecto de ley remitido tiene por objeto actuar contra todas las formas de trata de seres humanos y de explotación que constituyen la finalidad definidora de la trata, estableciendo un sistema integral de medidas, orientadas a prevenir y sancionar todas las formas de trata de seres humanos, los delitos en que la explotación se concreta y los delitos conexos, así como proteger y asistir a las víctimas y garantizar sus derechos.

De acuerdo con el mismo, se entiende por trata de seres humanos el proceso consistente en captar, trasladar, acoger, entregar o transferir el control sobre una persona, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, con la finalidad de someterla a explotación. Asimismo, a los efectos de esta ley se entiende por explotación la imposición de cualquier trabajo, servicio o actividad, regulado o no, lícito o ilícito, exigido a una persona en situación de dominación o ausencia de libertad de decisión para prestarlo. En este concepto se incluyen: la esclavitud, la servidumbre y los trabajos o servicios forzados; la mendicidad; la realización de actividades delictivas; la prestación de servicios sexuales o reproductivos; la extracción de órganos o fracción o de tejidos corporales y la celebración de matrimonios o uniones de hecho forzadas, conforme a cualquier rito.

De este modo, tal y como se destaca en su Exposición de Motivos, el anteproyecto de ley aborda conjuntamente la lucha contra todas las formas de trata de seres humanos (no sólo la trata con fines de explotación sexual, en la que se ha centrado hasta ahora principalmente la Estrategia española de lucha contra la trata) y contra todas las formas explotación que constituyen la finalidad de la trata, incriminando el trabajo forzoso, la servidumbre, la esclavitud y todas las formas de sometimiento forzoso a explotación. Y lo hace con un enfoque integral referido a ambos fenómenos. Enfoque integral conforme al cual la respuesta de los poderes públicos frente a la trata y a la explotación de seres humanos ha de ir más allá de la imprescindible respuesta

penal (investigación y persecución del delito). Ha de abordar también la prevención y la sensibilización de la sociedad, como elementos clave para la deseable erradicación de estas prácticas, incidiendo en el papel de la demanda y en la importancia de desarticular el modelo de negocio y romper la cadena de la trata y la adecuada asistencia y protección de las víctimas, que constituye el eje vertebrador de la presente ley. Esta asistencia y protección se articula en la ley mediante una sólida estructura de tutela institucional, presente desde el momento de la detección a través del novedoso Mecanismo Nacional de Derivación, que garantiza la especialización de todos los actores intervinientes en el proceso de detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas, así como la coordinación y cooperación entre ellos. Además, la ley se orienta a evitar la victimización secundaria en todos los procedimientos administrativos y procesos judiciales, ofrece una especial protección a las víctimas menores, y en todo caso, garantiza la protección de las víctimas con independencia de su situación administrativa y de su capacidad o voluntad de cooperar con las autoridades en la investigación del delito o en un eventual proceso penal.

Por otro lado, con este anteproyecto de ley se da cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por España, citando entre otros instrumentos el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y el Protocolo de la Organización Internacional del Trabajo, de 11 de junio de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso, así como las recomendaciones de diversas instancias internacionales, especialmente del Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA).

## I

El marco normativo aplicable a los tratamientos de datos de carácter personal que puedan realizarse al amparo de la norma proyectada está constituido, con carácter general, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Asimismo, en cuanto a los tratamientos de datos personales que se realicen por las autoridades competentes con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de

sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, quedarán sujetos a las disposiciones de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

El anteproyecto remitido incide en el derecho fundamental a la protección de datos personales tanto de las víctimas como de terceras personas que se ven afectados por el mismo, en la medida en que su aplicación va a implicar el tratamiento de datos personales con distintas finalidades, destacando el novedoso procedimiento de identificación formal de las víctimas en el que intervienen diversos actores, siendo una de las principales aportaciones de la ley la creación de un Mecanismo Nacional de Derivación (MND), que garantiza la especialización de todos actores intervinientes en el proceso de detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas, así como la coordinación y cooperación entre ellos. Asimismo, tal y como destaca la Exposición de Motivos, “El procedimiento de identificación se adecúa plenamente a las exigencias del artículo 10 del Convenio de Varsovia y las recomendaciones del Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA): cuenta con servicios especializados de asistencia y protección, no se deja exclusivamente en manos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y establece la participación de las entidades especializadas acreditadas; se desvincula de la denuncia y participación de la víctima en la investigación penal; garantiza el derecho a no ser expulsadas a las víctimas en situación administrativa irregular; y dispone de previsiones específicas para la identificación de menores”.

Asimismo, el régimen jurídico del reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas regulado en el Título III del anteproyecto va a implicar, asimismo, el tratamiento de datos personales por los distintos órganos administrativos y entidades que participan en el mismo.

De este modo, atendiendo a la regulación contenida en el anteproyecto, la base jurídica del tratamiento de los datos personales, sin perjuicio de algunos supuestos en los que se hace referencia al consentimiento de los afectados y a los que posteriormente nos referiremos, vendrá determinada con carácter general por lo dispuesto en las letras c) y e) del RGPD:

*c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*

*e) 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;*

Para estos supuestos, el RGPD contiene previsiones adicionales en los apartados 2 y 3 del propio artículo 6:

*2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.*

*3. 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.*

*La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.*

Complementando dichos preceptos, el artículo 8 de la LOPDGDD especifica lo siguiente:

*Artículo 8. Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos.*

*1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del*

*cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.*

*2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.*

Dichas previsiones deben ponerse en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TJUE referida a la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales, tal y como viene señalando de manera reiterada esta Agencia.

De acuerdo con la misma, el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, cuyo contenido consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC76/2019, de 22 de mayo, y STC 292/2000, de 30 de noviembre). Pero, además, estas sentencias señalaron igualmente la necesidad de que la injerencia esté prevista en una ley o norma de la Unión Europea, con respeto, en todo caso, al principio de proporcionalidad.

En concreto, el Tribunal Constitucional, en la STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

*- En segundo lugar, 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 (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:*

*Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y*



*Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."*

*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).*

Además, 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; STC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; STC 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; STC 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; STC 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; STC 186/2000, de 10 de julio, F. 6)."*

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es

ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

*En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).*

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

*65 Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).*

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice:

*Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].*

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

*176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada].*

Como ya mencionamos más arriba en este informe, la STC 76/2019, tan reiterada, dispone:

*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).*

Más recientemente, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de junio de 2022, al pronunciarse respecto de la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, recuerdo su propia doctrina en los siguientes términos:

*112 Hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta no son derechos absolutos, sino que deben considerarse en relación con su función en la sociedad (Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá) de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 136 -y jurisprudencia citada, y sentencia*



de 6 de octubre de 2020, *Privacy International*, C623/17-, EU:C:2020:790, apartado 63 y jurisprudencia citada).

113 Según la primera frase del apartado 1 del artículo 52 de la Carta, toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta debe estar prevista por la ley y respetar la esencia de dichos derechos y libertades. En virtud de la segunda frase del apartado 1 del artículo 52 de la Carta, y sin perjuicio del principio de proporcionalidad, sólo pueden establecerse limitaciones a estos derechos y libertades si son necesarias y responden realmente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás. A este respecto, el apartado 2 del artículo 8 de la Carta establece que los datos personales deben tratarse, entre otras cosas, "con fines determinados y sobre la base del consentimiento del interesado o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley".

114 Debe añadirse que la exigencia de que toda limitación del ejercicio de los derechos fundamentales esté prevista por la ley implica que el acto que permite la injerencia en dichos derechos debe definir por sí mismo el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate, teniendo en cuenta, por una parte, que esta exigencia no se opone a que la limitación de que se trate se formule en términos suficientemente abiertos para poder adaptarse a los distintos supuestos y seguir el ritmo de la evolución de las circunstancias (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C401/19-, EU:C:2022:297, apartados 64 y 74 y la jurisprudencia citada) y, por otra parte, que el Tribunal de Justicia puede, en su caso, precisar, por vía interpretativa, el alcance efectivo de la limitación a la luz del propio tenor de la normativa de la UE en cuestión, así como de su régimen general y de los objetivos que persigue, interpretados a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

115 Por lo que respecta a la observancia del principio de proporcionalidad, la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada en el ámbito de la UE exige, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que las excepciones y limitaciones a la protección de datos personales sólo se apliquen en la medida estrictamente necesaria. Además, un objetivo de interés general no puede perseguirse sin tener en cuenta que debe conciliarse con los derechos fundamentales afectados por la medida, ponderando adecuadamente el objetivo de interés general con los derechos en cuestión [Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 140, y sentencia de 5 de abril de 2022, *Commissioner of An Garda Síochána y otros*, C140/20-, EU:C:2022:258, apartado 52 y jurisprudencia citada].

*116 Más concretamente, la cuestión de si los Estados miembros pueden justificar una limitación de los derechos garantizados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe apreciarse midiendo la gravedad de la injerencia que tal limitación supone y verificando que la importancia del objetivo de interés general perseguido por dicha limitación es proporcional a dicha gravedad (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2018, Ministerio Fiscal, C207/16-, EU:C:2018:788, apartado 55 y la jurisprudencia citada, y de 5 de abril de 2022, Commissioner of An Garda Síochána y otros, C140/20, EU:C:2022:258, apartado 53 y la jurisprudencia citada).*

*117 Para cumplir el requisito de proporcionalidad, la legislación en cuestión que implique la injerencia debe establecer normas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de las medidas previstas e impongan unas garantías mínimas, de modo que las personas cuyos datos hayan sido transferidos dispongan de garantías suficientes para proteger eficazmente sus datos personales contra el riesgo de abuso. En particular, debe indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones puede adoptarse una medida que prevea el tratamiento de dichos datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de estas garantías es aún mayor cuando los datos personales son objeto de tratamiento automatizado. Estas consideraciones se aplican especialmente cuando los datos del PNR pueden revelar datos sensibles de los pasajeros (Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá) de 26 de julio de 2017, -EU:C:2017:592, apartado 141, y sentencia de 6 de octubre de 2020, La Quadrature du Net y otros, C511/18-, C512/18 -y C520/18-, EU:C:2020:791, apartado 132 y la jurisprudencia citada).*

*118 Así, la legislación que prevé la conservación de datos personales debe seguir satisfaciendo criterios objetivos que establezcan una conexión entre los datos que deben conservarse y el objetivo perseguido (véanse, en este sentido, el Dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 191 y la jurisprudencia citada, y las sentencias de 3 de octubre de 2019, A y otros, C70/18, EU:C:2019:823, apartado 63, y de 6 de octubre de 2020, La Quadrature du Net y otros, C511/18-, C512/18 -y C520/18-, EU:C:2020:791, apartado 133).*

Por otro lado, de la regulación contenida en el anteproyecto se desprende que pueden ser objeto de tratamiento datos referidos a categorías especiales de datos personales, como pueden ser, entre otros, los datos de salud de las víctimas. En este caso, debe recordarse la prohibición general de tratamiento de dichos datos salvo que concorra alguna de las causas de levantamiento de la prohibición previstas en el artículo 9.2. del RGPD. En este

caso, y con la misma salvedad referida al consentimiento a la que posteriormente nos referiremos, dicho tratamiento podría venir legitimado conforme a lo previsto en el artículo 9.2.g) del RGPD:

*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;*

Asimismo, en función de la finalidad, puede concurrir la causa contemplada en la letra h) del propio precepto:

*h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*

Añadiendo el citado apartado 3 lo siguiente:

*3. Los datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse a los fines citados en el apartado 2, letra h), cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes.*

En estos casos que implican el tratamiento de las categorías especiales de datos personales, la imperiosa necesidad de recoger en la ley habilitante las correspondientes garantías es destacada por el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 76/2019, en sus FJ 6 y 8:

*c) La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.*

*La exigencia de especial protección de esta categoría de datos está prevista en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 (instrumento de ratificación publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985), cuyo artículo 6 establece lo siguiente: «Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. [...]» Esa exigencia ha sido igualmente afirmada por la Agencia Española de Protección de Datos. De acuerdo con el preámbulo de su Circular 1/2019, esas garantías adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales de los afectados «adquieren una especial relevancia tanto por la importancia de los datos personales objeto de tratamiento como por tratarse de tratamientos a gran escala de categorías especiales que entrañarán un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas difícilmente mitigable si no se toman medidas adecuadas». Asimismo, como ya se indicó en el fundamento jurídico 4 de esta sentencia, el Reglamento (UE) 2016/679 reitera la exigencia de que el legislador que regule el tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas establezca dichas garantías adecuadas [artículo 9.2.g) y considerando 56].*

*Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate. Así, no plantean los mismos problemas una recogida de datos con fines estadísticos que una recogida de datos con un fin concreto. Tampoco supone el mismo grado de injerencia la recopilación y el procesamiento de datos anónimos que la recopilación y el procesamiento de datos personales que se toman individualmente y no se anonimizan, como no es lo mismo el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física, que el tratamiento de otro tipo de datos.*

*El nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales. (FJ.6)*

*[...]*

*(iv) Por último, debemos recordar que 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. (FJ.8)*

Con el fin de dar adecuado cumplimiento a la normativa y jurisprudencia citada, esta Agencia viene recomendando repetidamente en sus informes que el prelegislador, en aquellos casos, como el presente, en que los tratamientos tienen como base jurídica el art. 6.1.c) o e) del RGPD (esto es, tratamientos cuya base es una obligación legal o una misión de interés público), y venga establecida por el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento y tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, como es el caso de las operaciones de tratamiento impuestas por el proyecto que se



informa, o cuando el mismo implique el tratamiento de categorías especiales de datos personales, haga uso de la posibilidad que establece el art. 35.10 RGPD de modo que sea el propio órgano proponente de la disposición general, en el curso del procedimiento de creación de la disposición de la norma (ley, real decreto etc.) quien realice una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica. Dicha EIPD habrá de incorporarse, como permite el art. 2.1, letra g), del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Este precepto es, además, suficientemente expresivo de la voluntad del legislador de incluir en la MAIN, dentro del concepto “Otros impactos”, el análisis del “impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma”.

*g) Otros impactos: La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y al impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma*

Dicha EIPD no se ha llevado a cabo por el órgano proponente de la disposición general, sin que tampoco la MAIN contenga previsión alguna respecto del tratamiento de los datos de carácter personal, si bien en el texto de la norma sí que se han incluido previsiones específicas, tal y como posteriormente se analizará. Su realización permitiría que los responsables o encargados del tratamiento no tendrían la obligación de realizar dicha evaluación de impacto de datos personales (EIPD) prescrita en el art. 35 RGPD (y que el Real Decreto del ENS ha considerado asimismo obligatoria) precisamente por haberse llevado ya a cabo en el seno del proceso de gestación de la norma de carácter general.

Esta Agencia recuerda, asimismo, que el citado Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) establece que la política de seguridad del sistema de información deberá examinar y tener en cuenta “los riesgos que se derivan del tratamiento de los datos personales” (art. 12.1.f)), así como que en caso de que los sistemas de

información traten datos personales (como es el caso), en todo caso, prevalecerán las medidas a implantar como consecuencia del análisis de riesgos y, en su caso, de la evaluación de impacto en caso de resultar agravadas respecto de las previstas en el citado real decreto (art. 3.3).

En definitiva, esta AEPD recomienda que, con la participación del delegado de protección de datos (DPD), se lleven a cabo y se incorporen a la MAIN el análisis de riesgos (art. 24 RGPD) y la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 35 RGPD), lo que permitirá, a la vista de ello, al propio prelegislador, determinar no sólo las medidas de seguridad necesarias en los sistemas de información, sino las garantías específicas que se requieran para afrontar los riesgos derivados del tratamiento de los datos que el Anteproyecto de ley establece (ver art. 35.7.d) RGPD).

Corresponde, cabe recordar, al responsable del tratamiento, en virtud del principio de responsabilidad proactiva (art. 24.1 RGPD) el establecimiento de las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento, 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, y que ello habrá de hacerlo “desde el diseño” del tratamiento (art. 25.1 RGPD), integrando las garantías en el tratamiento, y ello aconsejaría que las garantías para minimizar los riesgos, una vez conocidos y ponderados en la EIPD tras el análisis de riesgos, se incorporen a la propia norma.

Por todo ello, sin perjuicio de que el texto remitido haya tenido en cuenta la protección del derecho a la protección de los datos personales de las víctimas en los términos que posteriormente se verán, una adecuada regulación conforme a la normativa de protección de datos personales requeriría la realización, con intervención de los DPD de los ministerios proponentes, de dichos análisis, con el fin de incorporar las garantías adecuadas, previa identificación de los correspondientes tratamientos de datos que se pretenden realizar, incluidos no solo los de las víctimas sino también los de otras personas físicas identificadas o identificables que puedan ser objeto de tratamiento, así como la tipología de los datos personales que pueden ser tratados, incluidos en su caso los correspondientes a las categorías especiales de datos del artículo 9 del RGPD o datos referidos a condenas e infracciones penales del artículo 10 del RGPD (a los que también se refiere el artículo 10 de la LOPDGDD), a los que posteriormente nos referiremos.

Los tratamientos de datos personales sujetos al RGPD, además de la necesaria licitud a la que ya se ha hecho referencia, deben cumplir con todos los principios de protección de datos personales contenidos en el artículo 5 del RGPD:

*1. Los datos personales serán:*

*a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*

*b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);*

*c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);*

*d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);*

*e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);*

*f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).*

*2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).*

El texto remitido ha incluido previsiones específicas que inciden en el tratamiento de los datos personales de las víctimas a las que se reconoce dentro del Título III, referido a los derechos de las víctimas y en lo que denomina en su Capítulo III “derechos de protección” el derecho a la privacidad y a la protección de su identidad en el artículo 38:

*Artículo 38. Derecho a la privacidad y a la protección de su identidad.*

*1. Desde el momento de su detección, en todos los procedimientos administrativos y judiciales que se sigan ante las autoridades competentes se protegerá la privacidad y la identidad de las presuntas víctimas de trata o de explotación de seres humanos.*

*2. Las entrevistas y declaraciones durante las actuaciones administrativas y judiciales se realizarán de manera reservada y confidencial respetando minuciosamente su intimidad y con protección de sus datos personales.*

*3. No se divulgará públicamente el nombre, la dirección y otros datos, incluidas las fotografías de todo o parte de su físico, de una víctima o presunta víctima. Tanto las autoridades como los medios de comunicación adoptarán las medidas necesarias para hacer efectiva esta prohibición.*

*4. Los reconocimientos médicos que se realicen a lo largo de todo el proceso desde su detección serán considerados de carácter confidencial y se utilizarán únicamente a los fines de la investigación y el procedimiento penal.*

*5. Toda la información intercambiada entre una víctima y profesionales que intervienen durante el proceso, desde su detección, tendrán carácter confidencial y no se distribuirá a terceros sin el consentimiento de la víctima, salvo que sean reclamados por el órgano judicial en el marco del proceso penal.*

*6. Los datos personales relativos a las víctimas de la trata y explotación se procesarán, registrarán y utilizarán en las condiciones y exclusivamente para los fines previstos en la normativa de protección de datos personales.*

En relación con los datos personales de las víctimas que sean menores de edad, se contiene una previsión específica en el artículo 56:

*Artículo 56. Protección de datos personales de los menores.*

*Se adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la identidad o los elementos que permitan la identificación de un menor víctima de trata o explotación de seres humanos no se hagan públicos en los medios de comunicación o por cualquier otro medio, salvo circunstancias excepcionales, como cuando se trate de permitir la*

*localización de miembros de la familia o de garantizar su bienestar y su protección.*

Dichos preceptos deben ponerse en relación, asimismo, con las previsiones del artículo 11 del Convenio de Varsovia de 2005:

*Artículo 11. Protección de la vida privada.*

*1. Cada Parte protegerá la vida privada y la identidad de las víctimas. Los datos personales de éstas se almacenarán y utilizarán en las condiciones previstas en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STE n.º 108).*

*2. En particular, cada Parte adoptará medidas para garantizar que la identidad, o los datos que permitan la identificación, de un menor víctima de la trata de seres humanos no se hagan públicos, sea a través de los medios de comunicación o por cualquier otra vía, salvo en circunstancias excepcionales con objeto de facilitar la búsqueda de los miembros de su familia o asegurar de otro modo su bienestar y su protección.*

*3. Cada Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con el artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, medidas que induzcan a los medios de comunicación a salvaguardar la vida privada y la identidad de las víctimas a través de la autorregulación o de medidas de regulación o corrección.*

Por otro lado, se contienen garantías específicas en otros preceptos de la norma, como la contemplada en el artículo 36.3 *in fine*, referido al derecho al retorno voluntario, que prevé que *“En ningún caso quedará constancia de la situación de trata y explotación de la persona en la documentación expedida o en los archivos administrativos”*.

Y las normas internacionales a las que el propio texto se refiere incluyen asimismo, previsiones específicas, que deberían trasladarse expresamente al texto de la norma. De este modo, además de las previsiones del Convenio de Varsovia que han sido incluidas en los artículos transcritos, el artículo 12.4.d) de la Directiva 2011/36/UE, si bien referido a la evitación de la victimización secundaria pero que también incide en relación con el principio de minimización respecto del tratamiento de los datos personales, se refiere a evitar “preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario”, garantía actualmente contemplada para la fase de enjuiciamiento del proceso penal en el artículo 25.2.c) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la



víctima del delito pero que podría incorporarse, asimismo, en la regulación del proceso administrativo de identificación.

Atendiendo a lo señalado, esta Agencia valora positivamente la inclusión de dichas previsiones, si bien se considera que deberían completarse con el fin de cumplir adecuadamente con la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales, lo que requeriría la realización del análisis de riesgos y de la evaluación de impacto a los que ya nos hemos referido.

En este sentido, en cuanto a las garantías específicas que se recogen en el artículo 38, destaca la prohibición de la divulgación pública de los datos de las víctimas o presuntas víctimas recogida en el apartado 3 del artículo 38, que impide de manera absoluta el tratamiento con dicha finalidad.

Por otro lado, el propio precepto contiene previsiones adicionales respecto del citado principio de limitación de la finalidad. De este modo, respecto de los reconocimientos médicos, en cuanto incluyen categorías especiales de datos personales, el apartado 4 prevé que “se utilizarán únicamente a los fines de la investigación y el procedimiento penal”. Dicha previsión debe ponerse, asimismo, en relación con el tratamiento de los datos personales incluidos en la historia clínica que se regula en el artículo 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el propio texto remitido prevé el posible tratamiento de los datos médicos para otras finalidades socio-asistenciales, como es el supuesto de las entidades de primera acogida a las que se refiere el artículo 25.3, o el posible conocimiento de dichos datos por los asistentes a la entrevista de identificación provisional, incluida la entidad colaboradora especializada, puesto que el artículo 26.2 hace referencia a la necesidad de tener en cuenta la “situación psicológica, emocional, de salud, posible discapacidad o minoría de edad”. Asimismo, el artículo 30 en su apartado 2 recoge el derecho a la asistencia especializada “de aquellas víctimas que lo requieran, en particular, las derivadas de su estado de salud física y psíquica, de haber sufrido violencia física, psicológica o sexual, de su estado de gestación, su discapacidad o su edad”, al que asimismo hace referencia el artículo 35.1.c).

A este respecto, debe destacarse que en determinados supuestos la norma hace referencia al consentimiento del afectado, como es el caso de la aplicación de las medidas de asistencia, apoyo y protección previstas en la ley, que conforme al artículo 30.4 requerirá el consentimiento de la víctima a la que se dirigen. O el artículo 26.4., que prevé que la resolución denegatoria de la identificación provisional se notifique a la entidad u organización que haya asistido a la presunta víctima “en caso de que esta lo haya consentido previamente”. Asimismo, con carácter general, el apartado 5 del artículo 38

prevé que “Toda la información intercambiada entre una víctima y profesionales que intervienen durante el proceso, desde su detección, tendrán carácter confidencial y no se distribuirá a terceros sin el consentimiento de la víctima, salvo que sean reclamados por el órgano judicial en el marco del proceso penal”.

Por consiguiente, la comunicación de los datos personales a terceros requiere el consentimiento del afectado, y esta Agencia considera que dicho requisito constituye una garantía para el interesado, ya que somete dicho tratamiento a su voluntad, y dicho consentimiento constituiría la causa que levantaría la prohibición de tratar dichos datos de salud conforme al art. 9.2, letra a) del RGPD. Ahora bien, se llama la atención a que dicho consentimiento es por esencia revocable (art. 7.3 RGPD), y en consecuencia cualquier tratamiento de dichos datos posterior a la retirada del consentimiento no será conforme al RGPD, sin que afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada.

No obstante, ese consentimiento se refiere a la comunicación a terceros, pero no al tratamiento de los datos por los profesionales que intervienen durante el proceso de identificación, incluidas las entidades colaboradoras especializadas, respecto de las que el consentimiento se requiere a efectos de la notificación de la resolución, pero no para la participación en la entrevista que inicia el procedimiento, que se impone imperativamente en el artículo 26.2.

Por tanto, y atendiendo a la posible contradicción existente respecto de las finalidades para las que puedan utilizarse los datos personales recogidos en los reconocimientos médicos, debería revisarse el texto propuesto y, en el supuesto de que se prevea el uso de los mismos dentro del proceso de identificación proceder a su regulación de manera expresa incluyendo las garantías oportunas, entre las que debe recogerse necesariamente el sometimiento de todas las personas que accedan a los mismos a un expreso deber de secreto.

Para concluir con el análisis del artículo 38, el apartado 6 recoge una nueva manifestación del principio de limitación de la finalidad, al señalar que “Los datos personales relativos a las víctimas de la trata y explotación se procesarán, registrarán y utilizarán en las condiciones y exclusivamente para los fines previstos en la normativa de protección de datos personales”.

No obstante, dicho precepto debe modificarse en el sentido de que la normativa sobre protección de datos personales, que recoge la limitación de la finalidad como uno de los principios fundamentales de la protección de datos personales, y directamente relacionado con el mismo el principio de minimización de datos al que posteriormente nos referiremos, no regula directamente las finalidades del tratamiento, que en los supuestos aplicables al

presente caso vendrán determinadas por las normas reguladoras de los mismos y, en su caso, por las finalidades para que se haya prestado el consentimiento, correspondiendo a los responsables del tratamiento la correcta identificación de los mismos y el cumplimiento de deber de información al respecto.

Por lo tanto, el tratamiento de los datos personales deberá limitarse a los fines previstos en la norma proyectada y, en su caso, para aquellos respecto de los que el afectado haya prestado su consentimiento.

En cuanto a la regulación del tratamiento de los datos personales de las víctimas menores de edad, el artículo 56, conforme a las previsiones del Convenio de Varsovia de 2005, incluye como garantía específica una nueva limitación del tratamiento, prohibiendo que los mismos se hagan públicos salvo circunstancias excepcionales que el mismo identifica (cuando se trate de permitir la localización de miembros de la familia o de garantizar su bienestar y su protección).

Estas garantías específicas respecto del tratamiento de los datos personales por los medios de comunicación contenidas tanto en el artículo 38 como en el artículo 56 permiten conciliar, asimismo, el derecho fundamental a la protección de datos personales y las libertades de expresión e información, dando cumplimiento a las previsiones del RGPD y debiéndose comunicar oportunamente en los términos previstos en el artículo 85 del propio reglamento:

#### *Artículo 85*

##### *Tratamiento y libertad de expresión y de información*

*1. Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria.*

*2. Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades de control independientes), VII (cooperación y coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información.*

*3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legislativas que adopte de conformidad con el apartado 2 y, sin dilación, cualquier modificación posterior, legislativa u otra, de las mismas.*

### III

Como puede observarse, el texto remitido incluye garantías específicas respecto del tratamiento de los datos de carácter personal de las víctimas, referidas al principio de limitación de la finalidad y de confidencialidad, incluyendo la necesidad del consentimiento para comunicar los datos a terceros, que actúa como garantía específica para dicha comunicación pero sin que ello implique que la base jurídica legitimadora de los procedimientos administrativos que puedan tramitarse para la prestación de asistencia o el ejercicio de los derechos sea dicho consentimiento, sino que será, como tiene reiteradamente señalada esta Agencia, el interés público o el cumplimiento de obligaciones legales.

No obstante, y sin perjuicio de las garantías específicas que pudieran resultar del análisis de riesgos y de la EIPD, se plantean otras cuestiones referidas a otros principios fundamentales de la protección de datos personales, como son los principios de minimización de datos personales, exactitud y limitación del plazo de conservación.

Comenzando con el principio de minimización de datos personales, la primera cuestión que se plantea es la referida a las categorías de datos personales a la que pueden tener acceso los distintos intervinientes en el proceso de identificación, teniendo en cuenta la propia configuración que en el anteproyecto de ley se realiza del sistema institucional de la trata y de la explotación de seres humanos, que quedaría integrado por la Relatoría Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, a la que queda adscrito el Mecanismo Nacional de Derivación, configurado como órgano colegiado interministerial, el cual contará con Unidades Multidisciplinares de Identificación en cada provincia, previéndose asimismo la posibilidad de contar con la participación de organizaciones representativas de intereses sociales. Asimismo, como se viene señalando, se prevé la participación obligatoria en el proceso de identificación de las entidades colaboradoras especializadas, así como de intérpretes o mediadores culturales si fuera preciso.

Habida cuenta del amplio número de sujetos que pueden tener acceso a los datos de carácter personal, debería identificarse en la norma las categorías de datos personales a los que podrían tener acceso y, en su caso, aquellos respecto de los que no procederá el mismo, de modo que los mismos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con la finalidad

para la que serán tratados, teniendo en cuenta las concretas funciones legales que la norma atribuye a cada uno de estos actores. A estos efectos, deberían implementarse mecanismos de anonimización o seudonimización, singularmente, respecto de los órganos administrativos que, por razón de sus competencias, no necesiten acceder a los datos identificativos de las víctimas.

Por otro lado, el principio de minimización de datos personales deberá tenerse en cuenta, asimismo, respecto de los datos personales que se comuniquen a terceros para la implementación de las medidas asistenciales y la efectividad de los derechos contemplados en la norma y que queda supeditado, conforme al artículo 38.5, al previo consentimiento de la víctima, debiendo limitarse el conocimiento de su condición de víctima a los supuestos en que sea estrictamente necesario.

A este respecto, debería valorarse, además, la inclusión de garantías específicas respecto de la forma en la que se procederá a la publicación de los datos personales de las víctimas en aquellos casos en los que la normativa administrativa exija la publicación en boletines oficiales, de modo que se incorporen las garantías oportunas que eviten su identificación en cuanto tal. Así, esta Agencia ha venido señalando que el órgano que publica un acto o comunicación debe examinar la finalidad de la publicación, de modo que se protejan los datos de las personas, evitando la publicación de datos especialmente protegidos y teniendo presente las especiales necesidades de protección de los datos de algunos colectivos como el de los menores o las víctimas de violencia de género o, en el presente caso, las víctimas de trata o explotación. Siguiendo tales criterios, podría incluirse como garantía específica la forma en que el órgano que publica la notificación debe extraer la información de modo que no se publiquen los datos que puedan ser innecesarios (como el hecho de que la persona es víctima de trata o explotación) o que puedan generar un riesgo para la seguridad de la persona.

En cuanto al principio de exactitud, debería recogerse en la norma la forma en la que se articularía la necesaria interrelación entre el resultado obtenido en el proceso administrativo de identificación y el procedimiento penal, para el supuesto de que se llegara a conclusiones contrarias.

Y respecto del principio de limitación del plazo de conservación, además del supuesto ya citado respecto del retorno voluntario en el artículo 36.3 del anteproyecto, debería valorarse la posibilidad de limitar, con carácter general o en aquellos casos en los que así se justifique, la constancia de la circunstancia de víctima más allá de lo necesario, de manera análoga a lo contemplado en el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.



Por otro lado, la normativa sobre protección de los datos de carácter personal a la que se hace referencia en el primer apartado del presente informe resultará de aplicación, igualmente, a los tratamientos de datos personales referidos a otras personas físicas identificadas o identificables distintas de las víctimas, como pueden ser los familiares o allegados o las hijas e hijos menores de edad o con discapacidad a los que se refiere el artículo 37, respecto de los cuales debe quedar igualmente garantizado dicho derecho fundamental.

Asimismo, debe hacerse referencia a los datos personales que pueden incluirse en las resoluciones judiciales a las que se refiere el artículo 24.1 del anteproyecto como forma de poder acreditar la condición de víctima:

*1. La identificación de las víctimas de trata o explotación de seres humanos se podrá realizar mediante el procedimiento previsto en esta ley, sin perjuicio de su declaración como víctima mediante sentencia penal condenatoria, orden de protección o cualquier otra resolución judicial penal firme, dictadas en un procedimiento por un delito de trata o explotación de seres humano.*

En nuestro informe 53/2020 referente al Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, atendiendo a un supuesto análogo al presente referido a la forma de acreditar la existencia de violencia sexual mediante resoluciones recaídas en el proceso penal, ya se indicaba que, conforme al artículo 10 del RGPD y el artículo 10 de la LOPDGDD, la utilización de datos personales relativos a condenas penales o medidas de seguridad para fines distintos del propio del proceso penal sólo podrá llevarse a cabo cuando lo autorice el derecho de la Unión o de los Estados miembros que debe “establecer garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados”, incluyendo no solo a las víctimas, ya que “*el concepto de interesado en materia de datos personales es más amplio puesto que abarcaría tanto a las personas respecto de las cuales se predica que han realizado violencia sexual, como la de posibles hijos/descendientes de la víctima que puedan al verse afectados sus datos personales por el devenir del procedimiento regulado por la ley*”.

Por consiguiente, en el análisis de riesgos y en la EIPD a los que se ha hecho referencia deberían analizarse estos tratamientos de datos personales referidos a personas distintas de las propias víctimas, incluidos los relativos a condenas penales o medidas de seguridad, incluyendo en la regulación sustantiva las garantías específicas para la adecuada protección de su derecho fundamental de tratamiento de datos personales.

**V**

Para concluir, respecto de las modificaciones que introduce la norma proyectada en la normativa procesal, en la medida en la que puedan referirse a tratamientos de datos personales con fines jurisdiccionales, los mismos exceden de las competencias de esta Agencia correspondiendo la competencia para informar el texto remitido, en cuanto autoridad de control, al Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, a la Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos que se cree en la Fiscalía General del Estado.