

Dictamen en relació amb la consulta formulada per l'Administració autonòmica sobre la creació del fitxer "Víctimes de la guerra civil i persones represaliades pel franquisme"

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit de l'Administració pública autonòmica (en endavant, l'Administració), en què es demana que aquesta Autoritat emeti un dictamen per valorar determinades qüestions relatives a la creació del fitxer de dades de caràcter personal anomenat *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme* (en endavant, "el fitxer").

En concret, atès que un dels usos que es vol donar al fitxer és el de possibilitar la consulta d'informació concernent a persones incloses en el fitxer, es plantegen dubtes respecte la viabilitat, des de la perspectiva de la protecció de dades, de la publicació de dades de persones de les que no es té constància de la seva defunció; sobre la correcta aplicació del deure d'informació, i sobre l'excepció d'obtenció del consentiment, en els termes previstos en la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

Analitzada la consulta, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

I

(...)

II

Com s'ha avançat, l'Administració vol crear el fitxer de dades personals *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*, "tenint com a una de les finalitats la recopilació de dades i testimonis que permetin difondre i ampliar coneixements sobre els fets succeïts".

Concretament, un dels usos que es vol donar al fitxer és la possibilitat de consultar, a través d'una pàgina web del Memorial Democràtic, l'existència d'informació concernent a les persones incloses en el fitxer; s'explica que seria de la mateixa manera que ho realitza l'Administració estatal a la seva pàgina web.

Arrel de la voluntat de realitzar la pàgina web referida, el Memorial Democràtic es planteja si la manera de realitzar la publicació de les dades o de la informació podria vulnerar la LOPD.

En concret, la consulta es desglossa en els següents punts, que analitzarem en el mateix ordre en aquest dictamen:

1.- Viabilitat de la publicació de dades de persones que formen part del col·lectiu del fitxer *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme* i de les que no es té constància de la seva defunció i que podrien estar vives.

2.- Possibilitat d'aplicar l'excepció del dret d'informació previst a l'article 5.5 de la LOPD, tenint en compte els esforços desproporcionats que suposa, en relació amb les persones que podrien estar vives.

3.- Possibilitat d'acollir-se a l'excepció d'obtenció del consentiment en els termes previstos a l'article 6.2 de la LOPD, per ser dades recollides per a les funcions pròpies de les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències.

Abans de respondre les preguntes formulades, fem avinent que en el moment de fer aquest dictamen no es té informació concreta sobre tot el contingut del fitxer objecte de consulta, que caldrà crear mitjançant la corresponent disposició de creació del fitxer en atenció al que preveu l'article 20 de la LOPD, i que s'ha de complementar en determinats punts amb allò que disposa l'article 54 del RLOPD, als quals ens remetem. En qualsevol cas, en aquest dictamen no ens pronunciarem sobre el fitxer sinó només sobre les qüestions plantejades, sens perjudici que en el seu moment aquesta Autoritat haurà d'emetre l'informe preceptiu corresponent respecte el fitxer a què es refereix la consulta.

Per bé que aquest dictamen no té per objecte analitzar la disposició de creació del fitxer en qüestió (article 5.m) de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, esmentada), sinó que té per objecte analitzar la consulta que formula l'Administració, aquesta consideració és pertinent, doncs el dictamen s'ha d'elaborar a partir de la informació de què es disposa.

III

Hem de fer una consideració prèvia rellevant als efectes d'aquest dictamen, en relació amb les diferents preguntes formulades.

En la consulta s'explica que la major part de les dades personals que apareixen al fitxer corresponen a persones mortes a qui no els és d'aplicació la normativa de protecció de dades de caràcter personal, però el problema sorgeix quan poden haver-hi dades de persones vives, o de les que no es té certesa de la seva defunció.

Respecte l'objecte de la normativa de protecció de dades personals (en concret, la ja referida LOPD, així com el Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD), val a dir que es refereix a la protecció de qualsevol informació relativa a les persones físiques, amb la qual cosa, la informació sobre persones mortes, per bé que pot trobar-se protegida per altra normativa, no suposa pròpiament el bé jurídic protegit per la dita normativa. Així s'ha fet avinent en l'article 4.4 del RLOPD, en el qual es disposa que "aquest Reglament no és aplicable a les dades referides a persones mortes", tot i que es preveu, en el mateix article, un exercici puntual del dret a la cancel·lació de les dades del difunt, per part de persones vinculades al mort.

En citar-se en la consulta l'informe elaborat per aquesta Autoritat (en aquell moment, Agència Catalana de Protecció de Dades) amb relació al Projecte de la Llei 10/2009, de 30 de juny, sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes, sembla que s'equipara el tractament de dades personals que era objecte d'aquell informe, amb el que es podria produir en el context de la consulta que ara se'n formula. Sembla que es parteix de la base que el col·lectiu de persones físiques

afectades pel fitxer objecte de consulta podria coincidir, en termes generals, amb les persones afectades en el context d'aquell informe.

En qualsevol cas, l'objecte propi de la normativa de protecció de dades, és una qüestió que aquesta Autoritat ja va analitzar en el seu informe al Projecte de la Llei 10/2009, de 30 de juny, sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes, en concret, la no consideració com a dada personal de la informació relativa a les persones mortes. S'afegia en aquell informe, al qual ens remetem, que en determinats casos les dades de persones mortes poden rebre indirectament certa protecció, entre d'altres motius, perquè el responsable de les dades no sap amb certesa si la persona encara és viva, o perquè la informació es refereix indirectament a persones vives, o perquè es protegeix la personalitat pretèrita. També es feia avinent que "el concepte legal de persona desapareguda no equival al de persona morta". En atenció a les previsions del Codi Civil, es feia avinent que "les dades de les persones desaparegudes en relació amb les quals no existeixi una declaració judicial de defunció o mort són dades de persones físiques, i consegüentment, sí que són objecte de protecció per la normativa sobre protecció de dades." (Fonament Jurídic III de l'informe sobre el Projecte de la Llei 10/2009).

Ara bé, com concretarem a continuació, el tractament de dades de persones vives podria no ser minoritari en el context del fitxer citat.

Aquell informe de l'Autoritat es referia lògicament a les dades que s'havien de tractar en el context de la Llei 10/2009, l'objecte de la qual no sembla coincidir amb la consulta que ara ens ocupa, és a dir, amb el que podrien ser les dades contingudes en un fitxer anomenat *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*.

Efectivament, l'objecte de la Llei 10/2009, com es defineix en el seu article 1, consisteix en:

*"a) Localitzar les **persones desaparegudes** durant la Guerra Civil i la dictadura franquista per a reconèixer-ne la dignitat i fer efectius els drets de llurs familiars a obtenir informació sobre llur destí i, si escau, a recuperar-ne i a identificar-ne les restes.*

b) Senyalitzar i dignificar els llocs dels enterraments i recuperar-los com a espais de memòria.

*c) Satisfer el dret de la societat a conèixer la veritat dels fets esdevinguts durant la Guerra Civil i la dictadura franquista i les circumstàncies en què, durant aquest període, es van produir **desaparicions de persones** i es van cometre vulneracions dels drets humans."*

És en aquest context, i en relació amb les dades tractades a arrel de la creació del Cens de persones desaparegudes (article 4 de la Llei 10/2009), que s'han d'interpretar les consideracions del corresponent informe de l'Autoritat.

En el cas que ens ocupa no estem davant d'un fitxer de dades únicament relacionat amb el Cens de persones desaparegudes, o amb les dades tractades en relació amb l'objecte de la Llei 10/2009 (bàsicament, dades de les persones desaparegudes i de les circumstàncies de la desaparició, dades de les persones sol·licitants, en definitiva, dades personals associades al Cens), sinó que se'ns informa sobre la creació d'un

fitxer referit a *Víctimas de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*, sense més concrecions.

Hem de considerar doncs que un recull d'informació sobre "víctimes" de la Guerra Civil, i sobre "persones represaliades" durant la dictadura franquista, podria incloure una quantitat molt superior de dades de les que es tracten en el context de la Llei 10/2009, les quals a més podrien ser en una proporció important dades especialment sensibles (als efectes del que es preveu en l'article 7 de la LOPD, al qual ens referirem més endavant). Simplement a tall d'exemple, i a diferència del que es desprèn del Cens de persones desaparegudes, podríem estar parlant de dades relacionades, per exemple, amb persones afectades per l'aplicació de l'anomenada "Ley de vagos y maleantes", de 1933, modificada l'any 1954; o bé de les persones afectades per la Llei 16/1970, de 4 d'agost, sobre perillositat i rehabilitació social, que derogava l'anterior i que afectava a diversos col·lectius de persones, a les que es declarava en estat perillós i a les quals es podia aplicar les corresponents mesures de "seguretat i rehabilitació". En definitiva, aquesta normativa que citem podria afectar, entre d'altres, a persones per les seves idees polítiques o activitat sindical, creences religioses, a persones relacionades amb la prostitució, amb el tràfic de material pornogràfic, amb la mendicitat, a persones homosexuals o a persones toxicòmanes.

Atès que la pròpia consulta sembla fer una paral·lelisme entre la publicació de dades que es preveu fer amb la que es fa per part de l'Administració estatal, també és rellevant, als efectes que ens ocupen, comprovar que en la informació que es dona en la pàgina web, concretament en el portal "PARES" ("*Víctimas de la Guerra Civil y Represaliados del Franquismo*", Portal de Archivos Españoles; <http://pares.mcu.es>), es fa esment de qüestions com ara la repressió política, el Tribunal Especial contra la Maçoneria i el Comunisme, o la *Ley de Depuración de Empleados Públicos*, etc, qüestions que fan intuir que el nombre de persones sobre les quals es pot tractar informació pot resultar força ampli.

En qualsevol cas no podem descartar que un concepte tan ampli com el de "víctimes" de la Guerra civil, o el de "persones represaliades" durant la dictadura franquista, pugui incloure una informació personal qualitativa i quantitativament molt rellevant de persones represaliades en virtut de les lleis citades a títol il·lustratiu, sinó també per altres circumstàncies, dels seus familiars i d'altres persones directament o indirectament relacionades amb aquelles, o fins i tot els subjectes actius de la repressió o d'altres persones que hi hagin intervingut.

Per tant, a banda que les valoracions fetes en l'anterior informe de l'Autoritat, citat, no es poden extrapolar o aplicar directament a la consulta que ara ens ocupa, sembla clar que bona part de les persones afectades estaran vives, a diferència del que podia succeir amb el Cens de persones desaparegudes (per exemple, si tenim en compte que la Llei 16/1970 va ser derogada parcialment l'any 1978 i definitivament a través de la disposició derogatòria única 1.c) de la Llei orgànica 10/1995, que aprova el Codi Penal, és clar que la seva aplicació pot haver afectat a persones que segueixen vives).

Això ha de ser tingut especialment en compte, de cara a considerar la publicació o difusió a través d'una pàgina web, de dades que en bona mesura podrien afectar a persones vives, les quals queden clarament protegides pel conjunt de principis i garanties de la LOPD.

IV

1.- Viabilitat de la publicació de dades de persones que formen part del col·lectiu del fitxer *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme* i de les que no es té constància de la seva defunció i que podrien estar vives.

Per a la LOPD, qualsevol revelació de dades que s'efectua a una persona diferent de l'interessat, suposa una "cessió o comunicació de dades" (article 3.i) de la LOPD), i per tant, un "tractament de dades personals" (article 3.c) de la LOPD). La difusió a través d'una pàgina web de dades personals (independentment de la quantitat o qualitat d'aquestes dades), adreçada a una pluralitat indeterminada de destinataris que puguin accedir a aquesta informació, suposa als efectes que ens ocupen una "cessió de dades", tot i que el destinatari no sigui un cessionari concret o identificable.

Partint d'això, la difusió d'informació personal (la publicació de dades personals de persones vives que podrien estar incloses en el fitxer objecte de consulta), a través de pàgines web, només és legítima si es realitza en el marc de les funcions que cada ens té atribuïdes i a més es compta amb el consentiment dels afectats. Si no es compta amb el consentiment dels afectats, la difusió només podria realitzar-se si s'autoritza en una norma amb rang de llei.

Efectivament, l'article 11 de la LOPD disposa que:

- "1. Les dades de caràcter personal objecte del tractament només poden ser comunicades a un tercer per al compliment de finalitats directament relacionades amb les funcions legítimes del cedent i del cessionari amb el consentiment previ de l'interessat.*
- 2. El consentiment que exigeix l'apartat anterior no és necessari:*
- a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.*
- (...)"*

A banda que pugui resultar d'aplicació l'excepció de demanar el consentiment dels titulars, qüestió que és objecte d'una altra pregunta formulada en la consulta, i de la que ens ocuparem més endavant, el règim aplicable a les cessions exigeix bé el consentiment dels afectats, bé una norma amb rang de llei que habiliti la comunicació. En concret, l'habilitació hauria de referir-se i concretar els termes de la difusió o publicació de dades personals.

Ja hem apuntat que, segons la consulta, la publicació es faria de la mateixa manera que ho fa l'Administració estatal. Havent consultat la pàgina web, citada, es comprova que, a partir de la introducció en l'aplicació informàtica del nom i cognoms d'una persona concreta, la web facilita el que podríem denominar com una "fitxa de dades bàsiques" de la persona física de la qual es té informació, i dels expedients relacionats amb aquesta persona física sobre la qual es fa una recerca.

En concret, en aquesta fitxa s'inclouen una sèrie de dades personals: (Cognoms i Nom; Altres formes del nom; Població; Residència/es; Professió; Tipologia) i s'afegeix informació sobre "Expedients trobats": (Arxiu; Fons; Sèrie; Signatura; Data de l'expedient; Número de pàgines de l'expedient; Observacions). Sobre aquest darrer camp d'"Observacions" cal afegir, a títol il·lustratiu que, havent realitzat cerques aleatòries en el portal citat, es constata que hi apareix informació del tipus: "*La localidad y la provincia indican el lugar donde se cometió el delito, por tanto podrían no coincidir con su residencia*", o bé "*Juzgado Instructor Provincial de Responsabilidades*

Políticas número 1 de Madrid; Juzgado de Revisión: Juzgado de Instrucción de Chinchón nº de rollo (...)”.

Partint de l'observació de la informació disponible a la pàgina web, podem interpretar que la informació que semblaria que l'Administració voldria publicar de forma generalitzada a través de la web (ja que se'ns informa que es faria com ho fa l'Administració estatal), podrien ser els camps que s'acaben de consignar, o com a mínim, una informació similar. Per bé que es dedueix que òbviament no es publicaria el conjunt de l'expedient d'aquella persona (els documents de divers tipus que podem imaginar que podrien formar part d'un expedient personal en el context que ens ocupa), sí entenem que es publicaria un extracte igual o similar a aquesta “fitxa de dades bàsiques” que publica l'Administració estatal.

Dit això, analitzem el marc normatiu rellevant en el cas que ens ocupa:

- Llei 10/2009, del 30 de juny, sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes, i Llei 13/2007, del 31 d'octubre, del Memorial Democràtic.

En primer lloc no sembla que en la Llei 10/2009, citada, hi hagi previsions que puguin habilitar la publicació o difusió general de les dades personals que hem considerat que podrien ser l'objecte de consulta, sense comptar amb el consentiment dels titulars. Ja hem apuntat la diferència entre l'objecte d'aquesta Llei 10/2009, i el que podria ser el contingut del fitxer, i a partir d'això sembla clar que la dita llei no es refereix a la difusió o comunicació pública general d'informació més o menys àmplia de persones víctimes o represaliades durant la dictadura, sinó només a les dades específicament previstes en el Cens de persones desaparegudes (article 4 de la Llei) i, pel que fa al seu desenvolupament reglamentari, articles 8 a 10 del Decret 111/2010. Sempre respecte el Cens de persones desaparegudes, l'article 10.3 del Decret 111/2010 preveu que “les persones que tinguin un interès legítim podran consultar, per via telemàtica”, el nom i cognoms de les persones desaparegudes i la data de naixement. Per tant no es considera que aquestes previsions es refereixin a la publicació o difusió de les dades objecte de consulta, en els termes exposats en l'escrit de l'Administració.

Hem de considerar també les previsions la Llei 13/2007, del 31 d'octubre, del Memorial Democràtic, tota vegada que és el Memorial Democràtic el que, segons la consulta, ha de crear el fitxer *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*.

Entre les seves funcions, que es descriuen en l'article 3.1 de la llei, es preveu la configuració d'un centre estable d'activitats de commemoració, difusió, formació, assessorament i participació social relatives al coneixement del període de la Segona República, la Guerra Civil i les seves víctimes en tota llur diversitat, la repressió franquista, l'exili, la deportació i les arrels antifranquistes del sistema de valors de la recuperació de la democràcia. A aquest efecte, el Memorial formula propostes de polítiques públiques relatives a la recuperació, la conservació i el foment de tots els elements i factors que integren i configuren la memòria democràtica (apartat a) del citat article). També és una funció pròpia del Memorial Democràtic la recerca d'informació, amb mitjans propis o aliens, sobre els elements personals i col·lectius, de materials i documentals que nodreixen els referents de la lluita per la recuperació de les llibertats públiques (apartat d) del mateix article), així com la difusió del patrimoni democràtic i dels espais de la memòria, amb la creació d'un fons informatiu integrat per un servei d'informació documental, un portal informàtic, un banc de dades audiovisuals

i bases de dades, i també amb l'organització d'exposicions (apartat e) del mateix article), entre d'altres.

Ara bé, la Llei que comentem, desenvolupada pel Decret 145/2008, de 15 de juliol, pel qual s'aproven els Estatuts del Memorial Democràtic, no preveu que per a dur a terme cap d'aquestes funcions s'hagi de procedir a la difusió universal de dades, entre d'altres, dades personals, de persones represaliades durant la dictadura o que varen ser víctimes durant la Guerra Civil o el franquisme. Aquesta llei tampoc no crea el que podria ser un Registre públic o un arxiu que hagi de ser objecte de consulta pública universal o oberta a qualsevol consultant. Per bé que de les funcions consignades es preveu, en termes generals, la labor del Memorial Democràtic en matèria de difusió de l'anomenat patrimoni democràtic, les funcions descrites no s'han complementat en la Llei citada amb la creació d'un arxiu públic que hagi de ser objecte de pública consulta. Com ja hem dit, una habilitació legal que permeti la cessió de dades personals sense el consentiment dels titulars, ha de preveure de forma més concreta aquesta cessió.

- Llei 52/2007, de 26 de desembre, per la que es reconeixen i amplien drets i s'estableixen mesures en favor d'aquelles persones que van patir persecució o violència durant la guerra civil i la dictadura.

Examinem a continuació les previsions de la Llei 52/2007, que resulten rellevants per a aquest dictamen. Dins el seu àmbit d'actuació, aquesta llei crea al Centre Documental de la Memòria Històrica (article 20) el qual té, entre d'altres, la funció de recuperar, reunir, organitzar i posar a disposició dels interessats els fons documentals i les fonts secundàries que puguin resultar d'interès per a l'estudi de la Guerra Civil o la dictadura franquista. En l'article 22 de la Llei 52/2007 es preveu que:

"1. A los efectos de lo previsto en esta Ley , se garantiza el derecho de acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos y la obtención de las copias que se soliciten.

2. Lo previsto en el apartado anterior será de aplicación, en sus propios términos, a los archivos privados sostenidos, total o parcialmente, con fondos públicos.

(...)".

Aquesta Llei legitima a favor de determinades persones un dret d'accés a determinada informació, però només per a l'exercici de les finalitats pròpies d'aquesta Llei, com es deriva del propi article 22.1, citat, que es concreten en l'article 1 de la Llei 52/2007:

"1. La presente Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

2. Mediante la presente Ley , como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la

preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos.”

No es pot considerar que la Llei 52/2007 habiliti per a fer una difusió o publicació generalitzada o universal de les dades de totes les persones físiques que podrien ser objecte de tractament en el fitxer, a través d'una pàgina web, en els termes apuntats.

És així, perquè l'accés que preveu la llei citada es limita als efectes que preveu la pròpia llei, i ha de vincular-se necessàriament amb l'objecte de la llei, concretat en l'article 1, citat.

En relació amb l'anàlisi de la Llei 52/2007, fem avinent l'especial rellevància de l'informe que l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) ha emès enguany en resposta a una consulta de l'Administració estatal. Aquesta va consultar a l'AEPD si és acord a la LOPD la difusió pública a Internet de dades personals referides a les víctimes de la Guerra Civil i represaliats del Franquisme. Hi ha, doncs, una connexió directa, en quant en fons, entre aquesta consulta, i la consulta que ara s'examina.

Hem de posar de manifest la coincidència amb el parer expressat a l'informe de l'AEPD, citat, pel que fa a la manca de cobertura per a la difusió generalitzada o universal de tota la informació personal del conjunt de persones afectades, en els termes que comentem.

- Normativa sobre accés a documents històrics: Llei 16/1985, de 25 de juny, del Patrimoni històric espanyol i Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i documents.

Cal fer menció de la normativa catalana d'arxius i documents, en concret, de la Llei 10/2001, desenvolupada pel Decret 190/2009, de 9 de desembre, dels requisits dels arxius del Sistema d'Arxius de Catalunya, del procediment d'integració i del Registre d'Arxius de Catalunya. Aquesta llei preveu en el seu Títol IV (articles 34 i següents, als quals ens remetem), el règim d'accés a documents públics, la manera com s'exercita aquest dret, i qui el pot exercitar.

Ens interessa destacar, en concret, l'article 36.1 de la Llei 10/2001, segons el qual:

*“D'una manera general, les exclusions establertes legalment quant a la consulta de documents públics queden sense efecte al cap de trenta anys de la producció del document, llevat que la legislació específica disposi una altra cosa. Si es tracta de documents que contenen **dades personals que puguin afectar la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge de les persones**, com a norma general, i llevat que la legislació específica disposi una altra cosa, poden ésser objecte de consulta pública amb el consentiment dels afectats o quan hagin passat vint-i-cinc anys d'ençà de la seva mort o, **si no se'n coneix la data**, cinquanta anys d'ençà de la producció del document.”*

Com veiem, aquesta normativa estableix les corresponents pautes i requisits d'accés als documents que, en relació amb la matèria que ens ocupa, puguin constar en els arxius corresponents.

Òbviament, tot accés que es refereixi a documents del patrimoni històric espanyol, s'haurà de regir per les previsions de l'esmentada Llei 16/1985, per la qual cosa resulta imprescindible el seu estudi en el context d'aquest dictamen. Aquesta llei preveu les condicions d'accés a documents, podríem dir, pel que fa a l'accés a dades íntimes, en termes similars a la llei catalana d'arxius, tot i que cal fer constar que la llei

estatal explicita la referència a dades “de caràcter policial, processal, clínic”, entre d’altres, a diferència de la llei catalana, cosa que pot resultar clarificadora, per discernir la pertinença de determinades sol·licituds d’accés.

En qualsevol cas, com que no podem descartar que es pugui sol·licitar accés a documents del Patrimoni històric subjecte a la Llei 16/1985, caldrà, si escau, tenir en compte les seves previsions.

L’article 57.1 d’aquesta llei preveu les pautes a seguir en relació amb la consulta de documents constitutius del Patrimoni documental espanyol, i disposa que:

“a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la Defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el Jefe del Departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.

(...)”.

Constatem, d’entrada, que la normativa d’arxius, tant la llei estatal com la llei catalana, estableixen un règim diferenciat d’accés en funció de que els documents als quals es vol accedir continguin dades íntimes o sensibles, o no. S’estableix, en una i altra norma, una protecció reforçada, podríem dir, de la informació íntima o sensible.

La protecció reforçada de la informació sensible també és un principi rector de la LOPD. Efectivament, l’article 7 de la LOPD, citat, determina que certes tipologies de dades han de rebre una protecció especial:

“(…)”

*2. Només amb el consentiment exprés i per escrit de l’afectat poden ser objecte de tractament les dades de caràcter personal que revelin la **ideologia, l’afiliació sindical, la religió i les creences**. S’exceptuen els fitxers mantinguts pels partits polítics, els sindicats, les esglésies, les confessions o les comunitats religioses i associacions, les fundacions i altres entitats sense ànim de lucre, amb finalitat política, filosòfica, religiosa o sindical, quant a les dades relatives als seus associats o els seus membres, sens perjudici que la cessió d’aquestes dades requereix sempre el consentiment previ de l’afectat.*

3. Les dades de caràcter personal que facin referència a **l'origen racial, a la salut i a la vida sexual** només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament.
4. Queden prohibits els fitxers creats amb la finalitat exclusiva d'emmagatzemar dades de caràcter personal que revelin la ideologia, l'afiliació sindical, la religió, les creences, **l'origen racial o ètnic**, o la vida sexual.
5. Les dades de caràcter personal relatives a la **comissió d'infraccions penals o administratives** només poden ser incloses en fitxers de les administracions públiques competents en els casos que preveuen les normes reguladores respectives.
(...)"

Així doncs la normativa d'arxius exclou de la consulta pública aquelles dades personals (a menys que es disposi del consentiment o existeixi la suficient habilitació) que poden afectar els drets fonamentals a la intimitat, l'honor i la pròpia imatge (article 18.1 de la Constitució), en coherència amb la normativa de protecció de dades, que protegeix determinades categories de dades "sensibles", que ho són, en bona mesura, perquè el seu tractament inadequat podria perjudicar els esmentats drets fonamentals.

Resulta especialment rellevant per al cas que ens ocupa, valorar les previsions de la normativa sobre arxius i documents (tant l'estatal com la catalana) respecte els terminis de temps en què les exclusions a la consulta de documents queden sense efecte.

Com hem vist, l'article 57.1.c) de la Llei 16/1985, estatal, preveu que la pública consulta dels documents a què es refereix aquest apartat concret de la llei (documents que continguin dades personals de caràcter policial, processal, clínic o de qualsevol altra índole que puguin afectar la seguretat de les persones, al seu honor, a la intimitat de la seva vida privada i familiar i a la seva pròpia imatge), no es pot dur a terme si no és amb consentiment exprés dels afectats, "*o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos*".

Aquesta previsió, en connexió amb allò que disposa la LOPD, ens ha de portar a considerar que el termini de 25 anys opera en cas de conèixer-se la mort del titular de la informació, cas en el qual la LOPD ja no resulta aplicable, per bé que la informació pugui resultar protegida per altra normativa; la mateixa norma preveu que "*en otro caso*", s'ha d'aplicar el termini de 50 anys. En aquest darrer cas, cal entendre que també estaríem referint-nos en qualsevol cas a persones mortes, ja que si el document es pot referir a persones vives, la plena aplicació de la LOPD (norma cronològicament posterior a la Llei 16/1985 i de rang superior, ja que té rang orgànic) porta a excloure la possibilitat de difondre públicament dades personals especialment protegides només en base al mer transcurs del temps des de l'elaboració del document, a menys que es disposi del corresponent consentiment.

Recordem en aquest punt que la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú, que comentarem més endavant, preveu en el seu article 37.2 que l'accés a documents que contenen dades referents a la intimitat de les persones està reservat a aquestes. És a dir, aquesta altra llei, que també és posterior a la Llei 16/1985, també limita l'accés a determinats documents amb la finalitat de protegir la intimitat dels afectats.

No podem interpretar, doncs, que la Llei 16/1985 permeti la difusió de dades personals de persones vives sense el corresponent consentiment, només perquè el document en

el qual es contenen aquestes dades tingui una antiguitat de més de 50 anys, ja que això resultaria contrari als principis de protecció de la LOPD, que s'estenen a qualsevol dada personal de persones físiques vives, independentment de l'antiguitat del suport documental en el qual es troben aquestes dades.

A més, amb el benentès que tot i que la informació relativa a persones mortes pot rebre protecció per altra normativa, en cap cas tindria sentit, des de la perspectiva de la protecció de dades, fer una interpretació que protegís de manera més reforçada la persona que ja ha mort, la informació que s'hi refereix i els drets o interessos que puguin sobreviure a aquesta persona, que no pas les persones físiques vives i els seus drets fonamentals.

Més enllà que la interpretació literal de l'article 57.1.c) pogués portar a conclusions que s'aparten de l'apuntada, hem de tenir en compte que en el cas concret que ara ens ocupa, resulta d'aplicació la previsió de l'article 36.1 de la Llei 10/2001, citada.

Com també ha quedat referit en aquest dictamen, l'article 36.1 de la llei catalana, parteix de deixar sense efecte les exclusions a la consulta de documents públics als 30 anys de la producció del document, "llevat que la legislació específica disposi una altra cosa." S'afegeix, per a documents que contenen dades personals que puguin afectar la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge de les persones, que "poden ser objecte de consulta pública amb el consentiment dels afectats o quan hagin passat vint-i-cinc anys d'ençà de la seva mort o, si no se'n coneix la data, cinquanta anys d'ençà de la producció del document."

Certament, la literalitat de l'article 36.1 de la Llei 10/2001 porta encara més clarament a la interpretació apuntada, coherent amb la normativa de protecció de dades, en el sentit que el termini de 50 anys cal aplicar-lo als casos en què la mort del titular de les dades s'ha produït, però simplement, no es coneix la data de la mort. S'exclou així d'aquesta consulta o difusió pública i generalitzada la informació personal referida en l'article 36.1, de persones físiques vives.

En conclusió, aquesta interpretació de les previsions sobre terminis de la legislació d'arxius, resulta coherent amb la LOPD, que no s'aplica a les dades de les persones mortes, però que protegeix les dades d'aquella persona física viva la informació de la qual es pot contenir en documents, fins i tot, de més de 50 anys d'antiguitat. Per tant, la normativa estatal i catalana sobre arxius i documents no pot considerar-se l'habilitació necessària, des de la perspectiva de la LOPD, per difondre les dades de persones físiques vives en els termes apuntats en la consulta, en la mesura que afecti a dades íntimes o especialment protegides.

- Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

Encara pel que fa a l'accés a arxius i documents, no podem deixar de fer menció a les previsions de la Llei 30/1992, en concret, allò que disposa l'article 37. Segons aquest article:

"(...)

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o

completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

(...)"

Aquesta norma (article 37, apartats 2; 3 i 4) ens portaria a considerar que l'accés a determinats documents es limita al propi interessat o, si escau, a tercers que acreditin un interès legítim i directe, de manera que no s'habilitaria tampoc un accés generalitzat de les dades objecte de consulta, en base a aquesta normativa.

Recordem també el que disposa l'article 37.7 de la Llei 30/1992, segons el qual:

*"El derecho de acceso será ejercido (...). No obstante, **cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante**, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, **siempre que quede garantizada** debidamente la intimidad de las personas."*

La Llei 30/1992 preveu, com veiem, un accés directe, per bé que condicionat, a favor dels investigadors per finalitats històriques o científiques. Ara bé, aquesta és una previsió d'aplicació només a supòsits concrets, en què es pugui certament al·legar aquest interès i aquesta condició d'investigador o historiador del o dels sol·licitants, circumstàncies que caldrà valorar adequadament abans de donar el corresponent accés. En aquest sentit, si afirmem que l'accés és "condicionat", és perquè igualment cal garantir un tractament de la informació respectuós des de la perspectiva de la protecció de dades i dels drets fonamentals de l'article 18.1 de la Constitució. És a dir, l'accés per part d'investigadors pot produir-se amb determinades condicions, i sempre que quedi degudament garantida la intimitat dels titulars d'informació.

Aquesta previsió específica respecte l'accés per part d'historiadors o investigadors no desvirtua les consideracions fetes en aquest dictamen, en el sentit que aquesta previsió no suposa una habilitació general per a la difusió de dades personals a través d'una pàgina web, en els termes que s'apunten en la consulta.

Pel que fa a l'accés a dades, específicament per part dels investigadors, a banda del que preveu la Llei 30/1992, caldrà tenir en compte la previsió de l'article 4.2 de la LOPD, segons el qual les dades de caràcter personal objecte de tractament no es poden utilitzar per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals les dades hagin estat recollides. Afegeix aquest mateix article que no es considera incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o

científiques. Això pot portar a que unes dades recollides per a una determinada finalitat, es tractin també per a aquestes altres finalitats compatibles.

A més de la previsió de l'article 4.2 de la LOPD, cal tenir en compte el règim aplicable a les cessions de dades, que permet la cessió de dades entre administracions públiques per a aquestes finalitats històriques, estadístiques o científiques, que es consideren compatibles (articles 11.2.e) i 21 de la LOPD).

Aquestes previsions de la LOPD podrien permetre determinats supòsits d'accés a documents que continguin determinada informació, atesa la "finalitat considerada com a compatible", però no, novament, un accés generalitzat o una divulgació universal de tota la informació personal, com hem anat comentant.

Vist el conjunt de la normativa aplicable al cas que ens ocupa, podem concloure que no hi ha, en el conjunt de la normativa citada, previsions que puguin fonamentar una habilitació legal legitimadora de la difusió generalitzada de dades personals de qualsevol persona víctima de la Guerra Civil o represaliada durant el franquisme, o de terceres persones relacionades, les dades de les quals puguin tractar-se en el fitxer objecte de consulta. Caldria, en conseqüència, i a menys que existeixi altra habilitació en norma amb rang legal, comptar amb el consentiment de les persones interessades.

V

En qualsevol cas, cal tenir especialment en compte, des de la perspectiva de la protecció de dades, les exigències derivades, entre d'altres, del principi de qualitat i de la proporcionalitat exigida en la difusió d'informació, qüestions expressament previstes en la LOPD.

Així doncs, a banda que la "viabilitat" (entesa com a legitimitat) de la comunicació o publicació de dades personals a través d'una pàgina web del Memorial Democràtic, passi per aplicar el règim de cessió o comunicació de dades previst en l'article 11 de la LOPD, qüestió que hem analitzat anteriorment en aquest dictamen, la legitimitat de la difusió de dades personals no només depèn de que es compleixi aquest règim previst en la LOPD (és a dir, que es compti amb el consentiment o amb una suficient habilitació en una norma amb rang legal), sinó que cal tenir en compte aquests principis citats.

Com es desprèn de la pròpia LOPD, i com ha posat de manifest aquesta Autoritat en la seva Recomanació 1/2008, sobre la difusió d'informació que contingui dades de caràcter personal a través d'Internet, a la qual ens remetem, per avaluar una possible difusió de dades a través d'Internet és necessari realitzar una anàlisi prèvia en la què, a través del corresponent exercici de ponderació, es determini quines concretes dades personals podrien ser objecte de difusió, si existeix cap deure de reserva que faci necessari descartar la difusió de certes dades, si entre les dades que es pretén difondre n'hi ha que tinguin la consideració d'especialment protegides o que es refereixin a l'honor, la intimitat o la pròpia imatge, o si les dades permeten o faciliten l'obtenció de perfils de la personalitat o la conducta de les persones afectades, entre d'altres punts d'anàlisi.

El principi de qualitat resulta un element clau en aquesta anàlisi. L'article 4.1 de la LOPD disposa que les dades de caràcter personal només es poden recollir per ser

tractades, així com sotmetre-les a aquest tractament, quan siguin adequades, pertinents i no excessives en relació amb l'àmbit i les finalitats determinades, explícites i legítimes per a les quals s'han obtingut.

Partint d'aquesta premissa, hem de considerar que les dades personals -seguint el model de la web de l'Administració estatal-, a les quals sembla ser que es voldria donar difusió universal, tot i que puguin semblar les mínimes possibles (el que hem denominat, en el Fonament Jurídic IV, com "fitxa de dades bàsiques"), entenem que s'estaria donant una informació prou important sobre la identitat i les circumstàncies de persones víctimes de la Guerra Civil o represaliades durant el franquisme. És més, podríem considerar que el mer fer de constar o no, amb unes mínimes referències personals, pot donar, com a mínim, un cert "perfil" d'una persona física (a tall d'exemple, com hem vist en les cerques aleatòries realitzades en la web citada, qualsevol persona pot conèixer l'existència d'un delictes jutjat en determinat any relacionat amb una persona física clarament identificada).

Havent constatat en aquest dictamen que el tipus i quantitat d'informació personal que podria arribar a ser objecte de tractament en el fitxer, pot resultar d'una especial sensibilitat, i que pot afectar clarament un gran nombre de persones físiques vives que són objecte de protecció per la LOPD, resulta imprescindible que, abans de plantejar-se la viabilitat de la concreta publicació de dades personals i, si escau, la manera de procedir a aquesta difusió, s'estableixi clarament quines són les persones físiques vives les dades de les quals poden ser incloses en el fitxer *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*, i quines serien les dades personals que es poden difondre. Només així es pot avaluar si es compleixen els requisits de la LOPD en quant als principis aplicables, principalment, el principi de qualitat.

Com hem vist en examinar el règim aplicable a les comunicacions de dades (article 11 de la LOPD), si bé és clar quines són les funcions que desenvolupa el Memorial Democràtic, no sembla que la difusió, amb caràcter general, de determinades informacions personals, més encara quan aquestes poden ser especialment sensibles i afectar un nombre indeterminat de persones físiques, quedi justificada per al compliment de les finalitats del Memorial Democràtic, les quals podrien fonamentar la recollida de la informació, però no necessàriament la seva difusió posterior en uns termes tan amplis com els que es plantegen en la consulta (difusió universal).

Encara des de la perspectiva de la proporcionalitat esmentada, fem un esment de la proposta que es fa en la consulta: En cas que aquesta Autoritat consideri que les dades que es pretén publicar no poden ser consultades públicament com ho està fent l'Administració estatal, el Memorial Democràtic es limitarà a donar una confirmació o denegació sobre l'existència d'informació de la persona consultada i a donar la referència del fons documental a on es troba la informació, deixant per a un moment posterior la possibilitat de donar un accés a les dades personals concretes, que quedarà subjecte a una prèvia identificació del sol·licitant de la informació (si es tracta d'un familiar; si disposa del consentiment del titular; o si es tracta d'un investigador) i a la concreció de la finalitat i objectiu de la seva sol·licitud.

Es planteja, doncs, com a possibilitat alternativa a la publicació de dades en els termes en què s'havia plantejat, donar una informació més limitada, és a dir, una simple confirmació de l'existència d'informació, cas en el qual la persona interessada, es dedueix, podria sol·licitar un accés a les dades concretes, en base a la normativa sobre l'accés a informació disponible en arxius públics (Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i documents).

Respecte el plantejament expressat en la consulta sobre la possibilitat de donar una simple confirmació de l'existència d'informació, denota una especial sensibilitat envers la perspectiva de la proporcionalitat esmentada, tot i que cal fer avinent que el mer fet d'informar que una persona física "consta o no consta" en el fitxer objecte de consulta i en la base de dades de la pàgina web del Memorial, en sí mateix ja constitueix una difusió de dades personals, ja que es dona informació (ni que sigui indirecta) sobre una persona física identificada. A més, aquesta –mínima- informació, en un context com el que analitzem, podria ser considerada informació sensible.

Per tant caldria complir necessàriament els mateixos requisits que la difusió de la "fitxa de dades bàsiques", és a dir, no serà legítima la difusió a menys que es fonamenti en el consentiment previ dels interessats, o que pugui concórrer una habilitació en una norma amb rang legal.

Una recomanació a tenir en compte, es refereix al fet que, en fer una recerca sobre l'existència d'informació d'una determinada persona física, si no consta informació sobre la mateixa, no aparegui un llistat de noms o cognoms coincidents o similars d'altres persones, sobre les que sí hi ha informació. És a dir, seria convenient que la recerca sobre una persona concreta doni exclusivament informació sobre aquesta (en el sentit que consta informació o que no consta), i en cas que no consti informació, que no es doni cap resposta ni aparegui cap llistat sobre altres persones físiques de noms o cognoms coincidents o similars.

Finalment, un apunt sobre la manera de difondre la informació. El principi de qualitat i la proporcionalitat exigida, haurien de portar a considerar la possibilitat de difondre informació de forma anonimitzada o dissociada, de manera que no sigui possible identificar les persones víctimes o represaliades, en aquells casos en què això sigui suficient per a donar correcte compliment a les seves funcions de difusió del Memorial Democràtic.

VI

2.- Possibilitat d'aplicar l'excepció del dret d'informació previst a l'article 5.5 de la LOPD, tenint en compte els esforços desproporcionats que suposa, en relació amb les persones que podrien estar vives.

L'article 5 de la LOPD, disposa com a norma general que cal informar els titulars de les dades d'una sèrie de circumstàncies sobre el tractament de dades, que es concreten en l'article 5.1, al qual ens remetem. La norma general ha de ser doncs la d'informar, i atès que el deure d'informar, que recau en el responsable del fitxer o tractament (en aquets cas, el Memorial Democràtic), és fonamental per a l'exercici dels drets ARCO (d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició), la normativa ha volgut que aquest deure només pugui ser excepcionat en casos taxats en la pròpia LOPD.

L'article 5.4 de la LOPD concreta quina informació cal donar "quan les dades no hagin estat recollides de l'interessat". L'article 5.5 de la LOPD suposa una excepció al que disposa l'apartat 4 del mateix article, i preveu que:

*"No és aplicable el que disposa l'apartat anterior quan, de manera expressa, una llei ho prevegi, **quan el tractament tingui finalitats històriques, estadístiques o científiques, o quan sigui impossible informar-ne l'interessat o exigeixi esforços desproporcionats, a criteri de l'Agència de Protecció de Dades o de l'organisme***

autonòmic equivalent, en consideració al nombre d'interessats, a l'antiguitat de les dades i a les possibles mesures compensatòries.

Així mateix, tampoc no regeix el que disposa l'apartat anterior quan les dades procedeixin de fonts accessibles al públic i es destinin a l'activitat de publicitat o prospecció comercial; en aquest cas, en cada comunicació que s'adreça a l'interessat se l'ha d'informar de l'origen de les dades i de la identitat del responsable del tractament, així com dels drets que l'assisteixen."

En la consulta es cita l'informe d'aquesta Autoritat en relació amb l'Avantprojecte de llei sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista (Llei 10/2009, de 30 de juny, citada), a on es va informar, segons la consulta, que era possible acollir-se a l'excepció del dret d'informació per considerar que el tractament tenia finalitats històriques, i la impossibilitat que comporta la identificació i localització de les persones que podrien estar vives, per suposar esforços desproporcionats. En base a això, es planteja la concurrència d'aquesta excepció en el cas consultat.

Hem de recuperar en aquest punt les consideracions fetes anteriorment (Fonament Jurídic III), en el sentit que aquell informe s'havia d'interpretar en relació amb el contingut del projecte de llei que s'examinava, que és diferent del tractament objecte de la present consulta.

En el Fonament Jurídic IV de l'informe relatiu a la Llei 10/2009, es considerava que:

"(...)

Pel que fa a les dades personals que no es recullen de l'interessat, com seria el cas, per exemple, si qui insta la localització de la persona desapareguda aporta dades personals d'un familiar d'aquesta, l'apartat 4 de l'article 5 de la LOPD preveu com a regla general l'obligatorietat d'informar-ne a l'interessat o afectat, que en l'exemple posat seria el familiar. Tanmateix, però, en aquest cas seria aplicable una de les excepcions previstes a l'apartat 5 del mateix article, en concret, la que disposa que no caldrà informar-lo quan el tractament tingui finalitats històriques."

El fet que en el context de la Llei 10/2009 es considerés excepcional el deure d'informació perquè el tractament tenia finalitats històriques, en el cas concret apuntat, no és necessàriament extrapolable al cas que ens ocupa, en el qual, d'entrada, no disposem d'informació concreta, com ha quedat exposat, sobre totes les concretes finalitats i usos del fitxer de dades personals *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*.

En aquest punt cal distingir les finalitats o funcions que com a tal pot tenir el Memorial Democràtic (algunes de les quals, certament, poden qualificar-se com funcions de tipus històric), amb les finalitats d'un tractament de dades personals, com és en aquest cas la difusió generalitzada o universal de dades personals a través d'una pàgina web. En el cas de la Llei 10/2009, la finalitat del tractament de dades en el Cens de persones desaparegudes, que pot definir-se com finalitat de tipus històric, està prou concretada en la norma, a diferència del que passa amb el tractament que ara ens ocupa.

Cal tenir present que és clara la finalitat, en la normativa sobre el Memorial Democràtic, per la qual aquest Memorial recull i tracta dades, però es desconeix quines podrien ser les finalitats per a les quals qualsevol persona podria consultar les dades universalment difoses a través de la pàgina web. Quan una persona concreta exerceix un dret d'accés a determinada documentació seguint els mecanismes

previstos en la corresponent normativa sobre accés a arxius i documents, citada, es pot concretar la finalitat d'aquest accés (per ser familiar de la persona represaliada o víctima, per acreditar algun interès legítim, perquè es tracta d'un historiador que realitza determinada investigació o estudi, etc). Una difusió universal d'informació no permet, per raons òbvies, constatar quina és la finalitat d'una consulta, i per tant, si aquesta es pot incardinar en el que la LOPD denomina com "finalitats històriques".

Tot això no permet considerar excepcional el deure d'informar, per la concurrència de finalitats històriques, les quals no són clares en tots els accessos que podrien produir-se, ni tampoc en relació amb el concret tractament consistent en la difusió de dades, en els termes apuntats.

A banda de la qüestió relativa a les finalitats històriques, la consulta exposa si seria viable l'excepció del deure d'informar, en base a la concurrència d'esforços desproporcionats. Respecte d'això, fem avinent el següent:

En no disposar de la informació completa sobre el fitxer en qüestió (novament, en relació amb la informació que, *ex. art.* 20 de la LOPD ha de contenir la corresponent disposició de creació del fitxer), desconeixem com es procediria a recollir les dades de les persones afectades (a les quals ja ens hem referit), és a dir, si les dades es recolliran -al menys en part- del propi interessat, de familiars o d'altres persones, d'Administracions públiques, per exemple, d'arxius de jutjats o tribunals on s'haguessin jutjat els delictes comesos, o si les dades personals objecte de difusió s'extrauran directament de la documentació, d'arxius o bases de dades municipals, etc.

Aquesta indefinició respecte la procedència i procediment de recollida de les dades que es pretén difondre (les de la "fitxa de dades bàsiques"), és determinant per a la resposta que es pot donar a la possible aplicació de l'article 5.5 de la LOPD. En desconèixer els mecanismes d'obtenció de les dades, no es pot determinar la concurrència d'esforços desproporcionats en el cas que ens ocupa de forma generalitzada tot i que podria justificar-se en determinats casos.

El que sí es pot afirmar és que, a diferència del que succeïa en el context del tractament de dades de persones desaparegudes (Llei 10/2009), quan ens referim a persones represaliades durant la dictadura franquista o a víctimes de la Guerra Civil, estem en un context en el qual el tractament de dades de persones físiques vives no sembla excepcional. La concurrència d'esforços desproporcionats en el context del Cens de persones desaparegudes (Llei 10/2009), no és extrapolable a un tractament de dades que podria estar referint-se a persones represaliades durant la dictadura franquista però no "desaparegudes" sinó fàcilment localitzables. Afirmar que en el context de la Llei 10/2009, informar adequadament les persones físiques sobre el tractament de les seves dades pot ser una tasca que requereixi esforços desproporcionats, afirmació que sembla justificada en el context de persones "desaparegudes", no implica que la mateixa dificultat es pugui predicar respecte de totes les persones físiques afectades en el context que ara ens ocupa.

Ara bé, atesa la diversitat de persones físiques que podrien veure's afectades pel tractament de dades analitzat, podria ser que en determinats casos concrets sí pogués considerar-se que donar informació a determinats interessats pot suposar esforços desproporcionats.

D'acord amb el que disposa l'article 5.5 de la LOPD l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades haurà de valorar aquesta qüestió en consideració al nombre d'interessats, a

l'antiguitat de les dades i a les possibles mesures compensatòries, en el moment en què es sol·licita a l'Autoritat l'autorització corresponent per a poder considerar exclòs el deure d'informar.

Respecte el procediment per sol·licitar l'exempció del deure d'informar, ens remetem a les previsions dels articles 153 i següents del RLOPD que, en referència al mateix procediment tramitat per l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, preveu que el responsable, en sol·licitar l'exempció, ha d'identificar clarament el tractament de dades a què es pretén aplicar l'exempció del deure d'informar; ha d'indicar expressament els motius quant a les causes en què fonamenta la impossibilitat o el caràcter desproporcionat de l'esforç que implicaria el compliment del deure d'informar; ha d'exposar detalladament les mesures compensatòries que proposa realitzar en cas d'exoneració del compliment del deure d'informar; ha d'aportar una clàusula informativa la difusió de la qual, en els termes que s'indiquin en la sol·licitud, permeti compensar l'exempció del deure d'informar (article 153.2 del RLOPD).

Per tant en sol·licitar l'exempció corresponent a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, l'Administració hauria de concretar quines poden ser les persones afectades, i quines circumstàncies concretes i referides a cadascun dels col·lectius afectats, porten a considerar la dificultat de donar-los informació sobre el tractament de les dades, per tal que l'Autoritat pugui fer l'oportuna valoració.

VII

Analitzem a continuació la tercera pregunta formulada en la consulta:

3.- Possibilitat d'acollir-se a l'excepció d'obtenció del consentiment en els termes previstos a l'article 6.2 de la LOPD, per ser dades recollides per a les funcions pròpies de les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències.

L'article 6 de la LOPD disposa que:

*"1. El **tractament** de les dades de caràcter personal requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat que la llei disposi una altra cosa.
2. No cal el consentiment quan les dades de caràcter personal **es recullen per a l'exercici de les funcions pròpies de les administracions públiques** en l'àmbit de les seves competències; (...)
(...)."*

En la consulta es considera que, d'acord amb l'article 6.2 de la LOPD, no seria necessari obtenir el consentiment dels titulars de les dades, en tant es recullen per a l'exercici de les funcions pròpies del Memorial Democràtic. (S'apunta que si no fos necessari el consentiment, s'evitaria la mateixa problemàtica plantejada amb el dret d'informació.)

D'entrada partim de la base que l'article 6 de la LOPD estableix el règim general aplicable al "tractament" de dades, però en canvi les comunicacions de dades tenen un règim específic (articles 11 i 21 de la LOPD). En aquest sentit, s'ha analitzat anteriorment el règim específic de la comunicació de dades (article 11 de la LOPD), i s'ha conclòs que la difusió de dades objecte de consulta exigeix el consentiment dels titulars, a manca de la suficient habilitació en norma amb rang legal.

L'article 6.2 de la LOPD suposa, en principi, que el Memorial Democràtic podria recollir determinades dades personals per al compliment de les seves funcions sense el consentiment dels titulars, però no en termes genèrics i per a qualsevol de les possibles dades tractades, sinó només aquelles dades necessàries per al compliment de cadascuna de les concretes funcions que la Llei 13/2007 o una altra llei li atribueix.

Com apuntem, aquesta previsió ha de ser objecte d'una matisació important, en el sentit que quan ens referim al tractament de dades especialment protegides (article 7 de la LOPD), el consentiment que la llei exigeix per a tractar aquestes dades és reforçat. Efectivament, aquest consentiment dels titulars s'exigeix que sigui exprés, o fins i tot exprés i per escrit, ex. art. 7 de la LOPD, en funció de les dades tractades. Per tant, no és clar que es pugui excloure la necessitat de demanar aquest consentiment fins i tot per a la recollida de determinades dades, tot i que l'Administració pública estigui exercint les seves funcions.

Per exemple, pel que fa a les dades que revelin la ideologia, afiliació sindical, religió o creences, la llei disposa que només poden ser objecte de tractament amb el consentiment exprés i per escrit de l'afectat (article 7.2 de la LOPD).

Respecte les dades de salut i vida sexual, l'article 7.3 de la LOPD disposa específicament que només poden ser "recollides, tractades i cedides" quan, per raons d'interès general, ho disposa una llei o l'afectat hi consent expressament. El fet que es requereixi un consentiment exprés també fa difícil considerar, en aquest cas, que la recollida d'aquestes dades pugui excepcionar-se, a menys que ho disposi una llei.

Com es deriva del que ja s'ha exposat, aquesta Autoritat considera que no hi ha, en el marc normatiu aplicable, previsions concretes amb rang legal que permetin la possibilitat de recollir, i encara menys difondre, dades de salut o vida sexual, amb la qual cosa el consentiment exprés fins i tot per a la recollida seria necessari en aquest cas.

Respecte les dades relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives, les quals podem considerar, raonablement, i per la informació de què disposem, que es tractaran en el context del fitxer *Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme*, cal tenir present que segons disposa l'article 7.5 de la LOPD, "només poden ser incloses en fitxers de les administracions públiques competents en les casos que preveuen les normes reguladores respectives".

Més enllà de que la previsió citada de l'article 6.2 de la LOPD pogués habilitar al Memorial Democràtic per a la "recollida" de dades, sempre per al desenvolupament de les seves funcions, sense haver de disposar del corresponent consentiment i només en relació amb determinades dades, en qualsevol cas, i als efectes que ens ocupen, la legitimació per a la recollida no comporta legitimació per a d'altres tractaments, com pot ser la difusió.

No es pot interpretar que aquesta habilitació de l'article 6.2 de la LOPD serveixi per a legitimar el tractament consistent en una comunicació o difusió generalitzada posterior a la recollida de les dades personals, especialment en relació amb dades sensibles. Per tant, el consentiment que correspongui obtenir en cada cas, en funció de la informació tractada, resulta necessari en els termes apuntats en aquest dictamen, i no es pot excepcionar en el context de la consulta formulada.

D'acord amb les consideracions fetes fins ara en relació amb la consulta plantejada per l'Administració autonòmica sobre la creació del fitxer "Víctimes de la guerra Civil i persones represaliades pel franquisme", es fan les següents,

Conclusions

El concepte de "víctimes" de la Guerra Civil, o el de "persones represaliades" durant la dictadura franquista, pot incloure una informació personal qualitativa i quantitativament molt rellevant de persones físiques vives, el tractament de les quals exigeix el compliment del conjunt de principis i obligacions de la LOPD.

El règim aplicable a la cessió o difusió de dades a través d'una pàgina web exigeix el consentiment dels titulars de les dades, a menys que es disposi d'una habilitació en norma amb rang legal (article 11 de la LOPD).

La normativa analitzada no conté previsions que puguin fonamentar una habilitació legal legitimadora de la difusió generalitzada de dades personals de qualsevol persona víctima de la Guerra Civil o represaliada durant el franquisme, o de terceres persones relacionades, que inclogui dades especialment protegides. Caldria, en conseqüència, i a menys que existeixi altra habilitació en norma amb rang legal, comptar amb el consentiment de les persones físiques afectades.

A banda de la necessària aplicació del règim de comunicació de dades, caldrà que el responsable del tractament realitzi una anàlisi prèvia per tal d'analitzar les exigències derivades del principi de qualitat i de la proporcionalitat exigida al tractament de dades personals, especialment quan es tracta de dades sensibles (article 7 de la LOPD).

Atès que es desconeix quines persones físiques podrien veure's afectades, la procedència de les dades i els procediments per obtenir-les, no queda justificada la concurrència d'esforços desproporcionats per complir amb el deure d'informació que imposa l'article 5.4 de la LOPD, si bé podria concórrer en determinats supòsits. En el moment de sol·licitar a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades l'autorització corresponent, l'Administració haurà de concretar les circumstàncies que porten a considerar que existeix motiu d'excepció del deure d'informar.

L'habilitació de l'article 6.2 de la LOPD, que es refereix a la recollida de les dades personals, no pot considerar-se legitimadora del tractament consistent en una comunicació o difusió generalitzada posterior a la recollida de les dades, especialment en relació amb dades sensibles, i per tant caldrà disposar del consentiment que sigui necessari en cada cas, en funció de la informació tractada.

Barcelona, 17 de novembre de 2010