

CNS 33/2010

Dictamen en relación con la consulta formulada por la Administración autonómica sobre la creación del fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito de la Administración Pública autonómica (en adelante, la Administración) en el que se solicita que esta Autoridad emita un dictamen para valorar determinadas cuestiones relativas a la creación del fichero de datos de carácter personal denominado *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo* (en adelante, “el fichero”).

En concreto, dado que uno de los usos que se quiere dar al fichero es el de posibilitar la consulta de información concerniente a personas incluidas en el fichero, se plantean dudas respecto de la viabilidad, desde la perspectiva de la protección de datos, de la publicación de datos de personas de cuya defunción no se tiene constancia; sobre la correcta aplicación del deber de información y sobre la excepción de obtención del consentimiento, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD).

Analizada la consulta, teniendo en cuenta la normativa vigente aplicable, y visto el informe de la Asesoría Jurídica, se dictamina lo siguiente:

I
(...)

II

Como se ha avanzado, la Administración quiere crear el fichero de datos personales *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*, “teniendo como una de las finalidades la recopilación de datos y testimonios que permitan difundir y ampliar conocimientos sobre los hechos ocurridos”.

Concretamente, uno de los usos que se quiere dar al fichero es la posibilidad de consultar, a través de una página web del Memorial Democrático, la existencia de información concerniente a las personas incluidas en el fichero; se explica que sería de la misma forma en que lo hace la Administración estatal en su página web.

A raíz de la voluntad de crear la página web referida, el Memorial Democrático se plantea si la manera de realizar la publicación de los datos o de la información podría vulnerar la LOPD.

En concreto, la consulta se desglosa en los siguientes puntos, que analizaremos en el mismo orden en este dictamen:

1.- Viabilidad de la publicación de datos de personas que forman parte del colectivo del fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo* y de cuya defunción no se tiene constancia y que podrían estar vivas.

2.- Posibilidad de aplicar la excepción del derecho de información previsto en el artículo 5.5 de la LOPD, teniendo en cuenta los esfuerzos desproporcionados que ello supone, en relación con las personas que podrían estar vivas.

3.- Posibilidad de acogerse a la excepción de obtención del consentimiento en los términos previstos en el artículo 6.2 de la LOPD, por ser datos recogidos para las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias.

Antes de responder las preguntas formuladas, deseamos señalar que en el momento de emitir este dictamen no se tiene información concreta sobre todo el contenido del fichero objeto de consulta, que será necesario crear mediante la correspondiente disposición de creación del fichero en atención a lo previsto en el artículo 20 de la LOPD, y que debe complementarse en determinados puntos con lo dispuesto en el artículo 54 del RLOPD, a los que nos remitimos. En cualquier caso, en este dictamen no nos pronunciaremos sobre el fichero sino tan sólo sobre las cuestiones planteadas, sin perjuicio de que en su momento esta Autoridad deberá emitir el informe preceptivo correspondiente respecto del fichero al que se refiere la consulta.

Si bien este dictamen no tiene por objeto analizar la disposición de creación del fichero en cuestión (artículo 5.m) de la Ley 32/2010, de 1 de octubre, mencionada), sino que tiene por objeto analizar la consulta que formula la Administración, esta consideración es pertinente, pues el dictamen debe elaborarse a partir de la información que se posee.

III

Debemos hacer una consideración previa relevante a los efectos del presente dictamen, en relación con las diferentes preguntas formuladas.

En la consulta se dice que la mayor parte de los datos personales que aparecen en el fichero corresponden a personas fallecidas a las que no es de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal, pero el problema surge cuando puede haber datos de personas vivas, o de cuya defunción no se tiene certeza.

Respecto al objeto de la normativa de protección de datos personales (en concreto, la ya referida LOPD, así como el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD (en adelante, RLOPD)), hay que decir que se refiere a la protección de cualquier información relativa a las personas físicas, de manera que la información sobre personas fallecidas, aunque pueda estar protegida por otra normativa, no supone propiamente el bien jurídico protegido por dicha normativa. Así se ha señalado en el artículo 4.4 del RLOPD, donde se dispone que “este Reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas”, si bien en el mismo artículo se prevé un ejercicio puntual del derecho de cancelación de los datos del difunto por parte de personas vinculadas a él.

Al citarse en la consulta el informe elaborado por esta Autoridad (en aquel momento, Agencia Catalana de Protección de Datos) en relación con el Proyecto de la Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes, parece que el tratamiento de datos personales que era objeto de aquel informe se equipara con lo que podría producirse en el contexto de la consulta que ahora

se nos formula. Parece que se parte de la base de que el colectivo de personas físicas afectadas por el fichero objeto de consulta podría coincidir, en términos generales, con las personas afectadas en el contexto de aquel informe.

En cualquier caso, el objeto propio de la normativa de protección de datos es una cuestión que esta Autoridad ya analizó en su informe sobre el Proyecto de la Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes, en concreto la no consideración como dato personal de la información relativa a las personas fallecidas. En aquel informe, al que nos remitimos, se añadía que en determinados casos los datos de personas fallecidas pueden recibir indirectamente cierta protección, entre otros motivos porque el responsable de los datos no sabe con certeza si la persona todavía está viva, o porque la información se refiere indirectamente a personas vivas, o porque se protege la personalidad pretérita. También se señalaba que “el concepto legal de persona desaparecida no equivale al de persona fallecida”. En atención a lo previsto en el Código Civil, se señalaba que “los datos de las personas desaparecidas en relación con las cuales no exista una declaración judicial de defunción o muerte son datos de personas físicas y, por consiguiente, sí que son objeto de protección por la normativa sobre protección de datos” (Fundamento Jurídico III del informe sobre el Proyecto de la Ley 10/2009).

Ahora bien, como concretaremos a continuación, el tratamiento de datos de personas vivas podría no ser minoritario en el contexto del fichero citado.

Aquel informe de la Autoridad se refería, lógicamente, a los datos que debían tratarse en el contexto de la Ley 10/2009, cuyo objeto no parece coincidir con la consulta que ahora nos ocupa, es decir, con lo que podrían ser los datos contenidos en un fichero llamado *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*.

Efectivamente, el objeto de la Ley 10/2009, como se define en su artículo 1, consiste en:

*“a) Localizar a las **personas desaparecidas** durante la Guerra Civil y la dictadura franquista para reconocer su dignidad y hacer efectivos los derechos de sus familiares a obtener información sobre su destino y, si procede, a recuperar e identificar sus restos.*

b) Señalizar y dignificar los lugares de los entierros y recuperarlos como espacios de memoria.

*c) Satisfacer el derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos acaecidos durante la Guerra Civil y la dictadura franquista y las circunstancias en las que, durante ese período, se produjeron **desapariciones de personas** y se cometieron vulneraciones de los derechos humanos”.*

Las consideraciones del correspondiente informe de la Autoridad deben interpretarse en este contexto y en relación con los datos tratados a raíz de la creación del Censo de personas desaparecidas (artículo 4 de la Ley 10/2009).

En el caso que nos ocupa no estamos ante un fichero de datos únicamente relacionado con el Censo de personas desaparecidas, o con los datos tratados en relación con el objeto de la Ley 10/2009 (básicamente, datos de las personas desaparecidas y de las circunstancias de su desaparición, datos de las personas solicitantes, en definitiva, datos personales asociados al Censo), sino que se nos informa sobre la creación de un fichero referido a *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*, sin más concreciones.

Debemos considerar, pues, que un compendio de información sobre “víctimas” de la Guerra Civil, y sobre “represaliados” de la dictadura franquista, podría incluir una cantidad muy superior de los datos que se tratan en el contexto de la Ley 10/2009, los cuales, además, podrían ser en una proporción importante datos especialmente sensibles (a los efectos de lo previsto en el artículo 7 de la LOPD, al cual nos referiremos más adelante). Simplemente a modo de ejemplo, y a diferencia de lo que se desprende del Censo de personas desaparecidas, podríamos estar hablando de datos relacionados, por ejemplo, con personas afectadas por la aplicación de la llamada “Ley de vagos y maleantes”, de 1933, modificada en 1954; o bien de las personas afectadas por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, que derogaba la anterior y afectaba a diversos colectivos de personas, a las que se declaraba en estado peligroso y a las que se podía aplicar las correspondientes medidas de “seguridad y rehabilitación”. En definitiva, esta normativa que citamos podría afectar a personas con determinadas ideas políticas, actividad sindical o creencias religiosas, a personas relacionadas con la prostitución, con el tráfico de material pornográfico o con la mendicidad, así como a personas homosexuales o a personas toxicómanas, entre otras.

Dado que la propia consulta parece establecer un paralelismo entre la publicación de datos que se prevé realizar y la que realizó la Administración estatal, también es relevante, a los efectos que nos ocupan, comprobar si en la información que se facilita en la página web, concretamente en el portal “PARES” (“*Víctimas de la Guerra Civil y Represaliados del Franquismo*”, *Portal de Archivos Españoles*; <http://pares.mcu.es>), se mencionan cuestiones como puedan ser la represión política, el Tribunal Especial contra la Masonería y el Comunismo, o la *Ley de Depuración de Empleados Públicos*, etc., cuestiones que llevan a intuir que el número de personas sobre las cuales se puede tratar información puede resultar muy amplio.

En cualquier caso, no podemos descartar que un concepto tan amplio como el de “víctimas” de la Guerra Civil, o el de “represaliados” de la dictadura franquista, pueda incluir una información personal cualitativa y cuantitativamente muy relevante de personas represaliadas en virtud de las leyes citadas a título ilustrativo, y también, por otras circunstancias, de sus familiares y de otras personas directa o indirectamente relacionadas con aquellas, o incluso de los sujetos activos de la represión u otras personas que hayan intervenido.

Por lo tanto, aparte de que las valoraciones hechas en el anterior informe de la Autoridad, citado, no se pueden extrapolar ni aplicar directamente a la consulta que ahora nos ocupa, parece claro que buena parte de las personas afectadas estarán vivas, a diferencia de lo que podía suceder con el Censo de personas desaparecidas (por ejemplo, si tenemos en cuenta que la Ley 16/1970 fue derogada parcialmente en 1978 y definitivamente a través de la disposición derogatoria única 1.c) de la Ley Orgánica

10/1995, que aprueba el Código Penal, está claro que su aplicación puede haber afectado a personas que siguen vivas).

Esto debe tenerse especialmente en cuenta de cara a considerar la publicación o difusión a través de una página web de datos que en buena medida podrían afectar a personas vivas, las cuales quedan claramente protegidas por el conjunto de principios y garantías de la LOPD.

IV

1.- Viabilidad de la publicación de datos de personas que forman parte del colectivo del fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo* y de cuya defunción no se tiene constancia y que podrían estar vivas.

Para la LOPD, cualquier revelación de datos a una persona distinta del interesado supone una “cesión o comunicación de datos” (artículo 3.i) de la LOPD) y, por lo tanto, un “tratamiento de datos personales” (artículo 3.c) de la LOPD). La difusión a través de una página web de datos personales (con independencia de la cantidad o calidad de estos datos), dirigida a una pluralidad indeterminada de destinatarios que puedan acceder a esta información, supone, a los efectos que nos ocupan, una “cesión de datos”, aunque el destinatario no sea un cesionario concreto o identificable.

Partiendo de esto, la difusión de información personal (la publicación de datos personales de personas vivas que podrían estar incluidas en el fichero objeto de consulta) a través de páginas web solamente es legítima si se realiza en el marco de las funciones que cada ente tiene atribuidas y además se cuenta con el consentimiento de los afectados. Si no se cuenta con el consentimiento de los afectados, la difusión sólo podría realizarse si se autoriza en una norma con rango de ley.

Efectivamente, el artículo 11 de la LOPD dispone que:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión esté autorizada en una ley.

(...)”.

Aparte de que pueda resultar de aplicación la excepción de solicitar el consentimiento de los titulares, cuestión que es objeto de otra pregunta formulada en la consulta, y de la que nos ocuparemos más adelante, el régimen aplicable a las cesiones exige bien el consentimiento de los afectados o bien una norma con rango de ley que habilite la comunicación. En concreto, la habilitación debería referirse y concretar los términos de la difusión o publicación de datos personales.

Ya hemos apuntado que, según la consulta, la publicación se haría de la misma forma que lo hace la Administración estatal. Tras consultar la página web citada, se comprueba que, a partir de la introducción en la aplicación informática del nombre y apellidos de una persona concreta, la web facilita lo que podríamos denominar una *ficha de datos básicos* de la persona física de la que se tiene información, y de los expedientes relacionados con esa persona física sobre la cual se hace una búsqueda.

En concreto, en esta ficha se incluyen una serie de datos personales: (Apellidos y Nombre; Otras formas del nombre; Población; Residencia(s); Profesión; Tipología) y se añade información sobre “Expedientes encontrados”: (Archivo; Fondo; Serie; Firma; Fecha del expediente; Número de páginas del expediente; Observaciones). Sobre este último campo de “Observaciones” debe añadirse, a título ilustrativo, que, tras realizar búsquedas aleatorias en el portal citado, se constata que aparece información del tipo: *“La localidad y la provincia indican el lugar donde se cometió el delito, por tanto podrían no coincidir con su residencia”*, o bien *“Juzgado Instructor Provincial de Responsabilidades Políticas número 1 de Madrid; Juzgado de Revisión: Juzgado de Instrucción de Chinchón nº de rollo (...)”*.

Partiendo de la observación de la información disponible en la página web, podemos interpretar que la información que parecería que la Administración desea publicar de forma generalizada a través de la web (ya que se nos dice que se haría como lo hace la Administración estatal) podrían ser los campos que se acaban de consignar, o como mínimo una información similar. Si bien se deduce que, obviamente, no se publicaría el conjunto del expediente de aquella persona (los documentos de diverso tipo que podemos imaginar que podrían formar parte de un expediente personal en el contexto que nos ocupa), sí entendemos que se publicaría un extracto igual o similar a esta “ficha de datos básicos” que publica la Administración estatal.

Dicho esto, analicemos el marco normativo relevante en el caso que nos ocupa:

- Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes, y Ley 13/2007, de 31 de octubre, del Memorial Democrático.

En primer lugar, no parece que en la Ley 10/2009, citada, haya previsiones que puedan habilitar la publicación o difusión general de los datos personales que hemos considerado que podrían ser el objeto de consulta, sin contar con el consentimiento de los titulares. Ya hemos apuntado la diferencia entre el objeto de esta Ley 10/2009 y lo que podría ser el contenido del fichero, y a partir de ahí parece claro que dicha ley no se refiere a la difusión o comunicación pública general de información más o menos amplia de víctimas o represaliados de la dictadura, sino tan sólo a los datos específicamente previstos en el Censo de personas desaparecidas (artículo 4 de la Ley) y, en lo que respecta a su desarrollo reglamentario, en los artículos 8 a 10 del Decreto 111/2010. Siempre respecto al Censo de personas desaparecidas, el artículo 10.3 del Decreto 111/2010 prevé que “las personas que tengan un interés legítimo podrán consultar, por vía telemática”, el nombre y apellidos de las personas desaparecidas y la fecha de nacimiento. Por lo tanto, no se considera que estas previsiones se refieran a la publicación o difusión de los datos objeto de consulta, en los términos expuestos en el escrito de la Administración.

Debemos considerar también las previsiones de la Ley 13/2007, de 31 de octubre, del Memorial Democrático, toda vez que es el Memorial Democrático el que, según la consulta, ha de crear el fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*.

Entre sus funciones, descritas en el artículo 3.1 de la ley, se prevé la configuración de un centro estable de actividades de conmemoración, difusión, formación, asesoramiento y participación social relativas al conocimiento del período de la Segunda República, la Guerra Civil y sus víctimas en toda su diversidad, la represión franquista, el exilio, la deportación y las raíces antifranquistas del sistema de valores de la recuperación de la democracia. A tal efecto, el Memorial formula propuestas de políticas públicas relativas a la recuperación, la conservación y el fomento de todos los elementos y factores que integran y configuran la memoria democrática (apartado a) del citado artículo). También es una función propia del Memorial Democrático la búsqueda de información, con medios propios o ajenos, sobre los elementos personales y colectivos, de materiales y documentales que nutren los referentes de la lucha por la recuperación de las libertades públicas (apartado d) del mismo artículo), así como la difusión del patrimonio democrático y de los espacios de la memoria, con la creación de un fondo informativo integrado por un servicio de información documental, un portal informático, un banco de datos audiovisuales y bases de datos, y también con la organización de exposiciones (apartado e) del mismo artículo), entre otros.

Ahora bien, la Ley que comentamos, desarrollada por el Decreto 145/2008, de 15 de julio, por el que se aprueban los Estatutos del Memorial Democrático, no prevé que para llevar a cabo ninguna de estas funciones deba procederse a la difusión universal de datos, entre otros, datos personales de personas represaliadas durante la dictadura o que fueron víctimas durante la Guerra Civil o el franquismo. Esta ley tampoco crea lo que podría ser un Registro público o un archivo que deba ser objeto de consulta pública universal o abierta a cualquier consultante. Aunque de las funciones consignadas se prevé, en términos generales, la labor del Memorial Democrático en materia de difusión del llamado patrimonio democrático, las funciones descritas no se han complementado en la Ley citada con la creación de un archivo público que deba ser objeto de pública consulta. Como ya hemos dicho, una habilitación legal que permita la cesión de datos personales sin el consentimiento de los titulares debe prever de manera más concreta esta cesión.

- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura.

Examinamos a continuación las previsiones de la Ley 52/2007, que resultan relevantes para este dictamen. Dentro de su ámbito de actuación, esta ley crea el Centro Documental de la Memoria Histórica (artículo 20), que tiene, entre otras, la función de recuperar, reunir, organizar y poner a disposición de los interesados los fondos documentales y las fuentes secundarias que puedan resultar de interés para el estudio de la Guerra Civil o la dictadura franquista. En el artículo 22 de la Ley 52/2007 se dispone lo siguiente:

“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.

(...)”.

Esta Ley legitima en favor de determinadas personas un derecho de acceso a determinada información, pero solamente para el ejercicio de las finalidades propias de esta Ley, como se desprende del propio artículo 22.1, citado, que se concretan en el artículo 1 de la Ley 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 se puede considerar que la Ley 52/2007 habilite para realizar una difusión o publicación generalizada o universal de los datos de todas las personas físicas que podrían ser objeto de tratamiento en el fichero, a través de una página web, en los términos apuntados.

Esto es así porque el acceso que prevé la ley citada se limita a los efectos que prevé la propia ley, y debe vincularse necesariamente con el objeto de la ley, concretado en el artículo 1, citado.

En relación con el análisis de la Ley 52/2007, señalamos la especial relevancia del informe que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha emitido este año en respuesta a una consulta de la Administración estatal. Ésta consultó a la AEPD si la difusión pública en Internet de datos personales referidos a las víctimas de la Guerra Civil y represaliados del Franquismo es conforme a la LOPD. Existe, pues, una conexión directa, en cuanto al fondo, entre esta consulta y la consulta que ahora se examina.

Debemos poner de manifiesto la coincidencia con el parecer expresado en el informe de la AEPD, citado, en lo que respecta a la falta de cobertura para la difusión generalizada o universal de toda la información personal del conjunto de personas afectadas, en los términos que comentamos.

- Normativa sobre acceso a documentos históricos: Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos.

Es preciso mencionar la normativa catalana de archivos y documentos, en concreto, la Ley 10/2001, desarrollada por el Decreto 190/2009, de 9 de diciembre, de los requisitos de los archivos del Sistema de Archivos de Cataluña, del procedimiento de integración y del Registro de Archivos de Cataluña. Esta ley prevé en su Título IV (artículos 34 y siguientes, a los que nos remitimos) el régimen de acceso a documentos públicos, la manera en que se ejercita este derecho y quién lo puede ejercitar.

Nos interesa destacar, en concreto, el artículo 36.1 de la Ley 10/2001, según el cual:

*“De forma general, las exclusiones establecidas legalmente en cuanto a la consulta de documentos públicos quedan sin efecto a los treinta años de la producción del documento, salvo que la legislación específica disponga otra cosa. Si se trata de documentos que contienen **datos personales que puedan afectar a la seguridad, el honor, la intimidad o la imagen de las personas**, como norma general, y salvo que la legislación específica disponga otra cosa, pueden ser objeto de consulta pública con el consentimiento de los afectados o cuando hayan transcurrido veinticinco años desde su muerte o, **si no se conoce la fecha de ésta**, cincuenta años desde la producción del documento”.*

Como vemos, esta normativa establece las correspondientes pautas y requisitos de acceso a los documentos que, en relación con la materia que nos ocupa, puedan constar en los archivos correspondientes.

Obviamente, todo acceso que se refiera a documentos del patrimonio histórico español deberá regirse por las previsiones de la mencionada Ley 16/1985, por lo que resulta imprescindible su estudio en el contexto de este dictamen. Esta ley prevé las condiciones de acceso a documentos, podríamos decir, en lo que respecta al acceso a datos íntimos, en términos similares a la ley catalana de archivos, aunque es preciso mencionar que la ley estatal explicita la referencia a datos “de carácter policial, procesal, clínico”, entre otros, a diferencia de la ley catalana, lo cual puede resultar clarificador para discernir la pertinencia de determinadas solicitudes de acceso.

En cualquier caso, como no podemos descartar que se pueda solicitar acceso a documentos del Patrimonio histórico sujeto a la Ley 16/1985, será necesario, si procede, tener en cuenta sus previsiones.

El artículo 57.1 de esta Ley prevé las pautas que deben seguirse en relación con la consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio documental español y dispone 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.

(...)”.

Constatamos, de entrada, que la normativa de archivos, tanto la ley estatal como la ley catalana, establece un régimen diferenciado de acceso en función de si los documentos a los que se quiere acceder contienen o no datos íntimos o sensibles. Se establece, en una y otra norma, una protección reforzada, podríamos decir, de la información íntima o sensible.

La protección reforzada de la información sensible también es un principio rector de la LOPD. Efectivamente, el artículo 7 de la LOPD, citado, determina que ciertas tipologías de datos deben recibir una protección especial:

“(…)”

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o

comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

*3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al **origen racial, a la salud y a la vida sexual** sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.*

*4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, **origen racial o étnico**, o vida sexual.*

*5. Los datos de carácter personal relativos a la **comisión de infracciones penales o administrativas** sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.*

(...)”.

Así pues, la normativa de archivos excluye de la consulta pública aquellos datos personales (salvo que se disponga del consentimiento o exista la suficiente habilitación) que puedan afectar a los derechos fundamentales a la intimidad, el honor y la propia imagen (artículo 18.1 de la Constitución), en coherencia con la normativa de protección de datos, que protege determinadas categorías de datos “sensibles” que lo son, en buena medida, porque su tratamiento inadecuado podría perjudicar los mencionados derechos fundamentales.

Resulta especialmente relevante, para el caso que nos ocupa, valorar las previsiones de la normativa sobre archivos y documentos (tanto la estatal como la catalana) con respecto a los plazos de tiempo en los que las exclusiones a la consulta de documentos quedan sin efecto.

Como hemos visto, el artículo 57.1.c) de la Ley 16/1985, estatal, prevé que la pública consulta de los documentos a los que se refiere este apartado concreto de la ley (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 su propia imagen) no puede llevarse a cabo si no es con el 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*”.

Esta previsión, en conexión con lo que dispone la LOPD, debe llevarnos a considerar que el plazo de 25 años opera en caso de conocerse el fallecimiento del titular de la información, en cuyo caso la LOPD ya no resulta aplicable, si bien la información puede resultar protegida por otra normativa; y la misma norma prevé que “*en otro caso*” debe aplicarse el plazo de 50 años. En este último caso debe entenderse que también estaríamos refiriéndonos en cualquier caso a personas fallecidas, ya que si el

documento puede referirse a personas vivas, la plena aplicación de la LOPD (norma cronológicamente posterior a la Ley 16/1985 y de rango superior, ya que tiene rango orgánico) lleva a excluir la posibilidad de difundir públicamente datos personales especialmente protegidos sobre la única base del mero transcurso del tiempo desde la elaboración del documento, salvo que se disponga del correspondiente consentimiento.

Recordamos en este punto que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que comentaremos más adelante, prevé en su artículo 37.2 que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas está reservado a éstas. Es decir, esta otra ley, que también es posterior a la Ley 16/1985, también limita el acceso a determinados documentos con la finalidad de proteger la intimidad de los afectados.

No podemos interpretar, pues, que la Ley 16/1985 permite la difusión de datos personales de personas vivas sin el correspondiente consentimiento sólo porque el documento en el que se contengan esos datos tenga una antigüedad de más de 50 años, ya que esto resultaría contrario a los principios de protección de la LOPD, que se extienden a cualquier dato personal de personas físicas vivas, con independencia de la antigüedad del soporte documental en el que se encuentren esos datos.

Además, aunque la información relativa a personas fallecidas puede recibir protección de otra normativa, en ningún caso tendría sentido, desde la perspectiva de la protección de datos, hacer una interpretación que protegiese de manera más reforzada a la persona que ya ha fallecido, la información referida a esa persona y los derechos o intereses que puedan sobrevivir a esa persona, que a las personas físicas vivas y sus derechos fundamentales.

Más allá de que la interpretación literal del artículo 57.1.c) pudiera llevar a conclusiones que se aparten de la apuntada, debemos tener en cuenta que en el caso concreto que ahora nos ocupa resulta de aplicación la previsión del artículo 36.1 de la Ley 10/2001, citada.

Como también se ha dicho en este dictamen, el artículo 36.1 de la ley catalana parte de dejar sin efecto las exclusiones a la consulta de documentos públicos a los 30 años de la producción del documento, “salvo que la legislación específica disponga otra cosa”. Se añade, para documentos que contienen datos personales que puedan afectar a la seguridad, el honor, la intimidad o la imagen de las personas, que “pueden ser objeto de consulta pública con el consentimiento de los afectados o cuando hayan transcurrido veinticinco años desde su muerte o, si no se conoce la fecha de ésta, cincuenta años desde la producción del documento”.

Ciertamente, la literalidad del artículo 36.1 de la Ley 10/2001 conduce todavía más claramente a la interpretación apuntada, coherente con la normativa de protección de datos, en el sentido de que el plazo de 50 años debe aplicarse a los casos en los que el titular de los datos haya fallecido pero simplemente no se conozca la fecha de su fallecimiento. Se excluye así de esta consulta o difusión pública y generalizada la información personal referida en el artículo 36.1, de personas físicas vivas.

En conclusión, esta interpretación de las previsiones sobre plazos de la legislación de archivos resulta coherente con la LOPD, que no se aplica a los datos de las personas fallecidas pero protege los datos de aquella persona física viva cuya información se puede contener en documentos, incluso de más de 50 años de antigüedad. Por lo tanto, la normativa estatal y catalana sobre archivos y documentos no puede considerarse la habilitación necesaria, desde la perspectiva de la LOPD, para difundir los datos de personas físicas vivas en los términos apuntados en la consulta, en la medida en que ello afecte a datos íntimos o especialmente protegidos.

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En lo que se refiere al acceso a archivos y documentos, no podemos dejar de mencionar las previsiones de la Ley 30/1992, en concreto lo que dispone el artículo 37. Según este artículo:

“(…)

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.

(…)”

Esta norma (artículo 37, apartados 2; 3 y 4) nos llevaría a considerar que el acceso a determinados documentos se limita al propio interesado o, si procede, a terceros que acrediten un interés legítimo y directo, de manera que esta normativa tampoco habilitaría un acceso generalizado de los datos objeto de consulta.

Recordemos también lo dispuesto en el artículo 37.7 de la Ley 30/1992, según el cual:

“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 Ley 30/1992 prevé, como vemos, un acceso directo, aunque condicionado, en favor de los investigadores con fines históricos o científicos. Ahora bien, esta previsión se aplica exclusivamente a supuestos concretos en los que se pueda ciertamente alegar este interés y esta condición de investigador o historiador del solicitante o solicitantes, circunstancias que habrá que valorar adecuadamente antes de dar el correspondiente acceso. En este sentido, si afirmamos que el acceso está “condicionado”, es porque igualmente debe garantizarse un tratamiento de la información respetuoso desde la perspectiva de la protección de datos y de los derechos fundamentales del artículo 18.1 de la Constitución. Es decir, el acceso por parte de investigadores puede producirse con determinadas condiciones, y siempre que quede debidamente garantizada la intimidad de los titulares de la información.

Esta previsión específica respecto al acceso por parte de historiadores o investigadores no desvirtúa las consideraciones hechas en el presente dictamen, en el sentido de que esta previsión no supone una habilitación general para la difusión de datos personales a través de una página web, en los términos que se apuntan en la consulta.

En cuanto al acceso a datos, específicamente por parte de los investigadores, aparte de lo que prevé la Ley 30/1992 habrá que tener en cuenta la previsión del artículo 4.2 de la LOPD, según el cual los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán utilizarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. Este mismo artículo añade que no se considerará incompatible el tratamiento posterior de estos datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Esto puede llevar a que unos datos recogidos para un determinado fin se traten también para estos otros fines compatibles.

Además de la previsión del artículo 4.2 de la LOPD, hay que tener en cuenta el régimen aplicable a las cesiones de datos, que permite la cesión de datos entre administraciones públicas con estos fines históricos, estadísticos o científicos, que se consideran compatibles (artículos 11.2.e) y 21 de la LOPD).

Estas previsiones de la LOPD podrían permitir determinados supuestos de acceso a documentos que contengan determinada información, dado el “fin considerado como compatible”, pero no, nuevamente, un acceso generalizado ni una divulgación universal de toda la información personal, como hemos ido comentando.

Visto el conjunto de la normativa aplicable al caso que nos ocupa, podemos concluir que no hay, en el conjunto de la normativa citada, previsiones que puedan fundamentar una habilitación legal legitimadora de la difusión generalizada de datos personales de cualquier víctima de la Guerra Civil o represaliado del franquismo, o de terceras personas relacionadas, cuyos datos puedan tratarse en el fichero objeto de consulta. En consecuencia, y a menos que exista otra habilitación en norma con rango legal, habría que contar con el consentimiento de las personas interesadas.

V

En cualquier caso, hay que tener especialmente en cuenta, desde la perspectiva de la protección de datos, las exigencias derivadas, entre otros, del principio de calidad y de la proporcionalidad exigida en la difusión de información, cuestiones expresamente previstas en la LOPD.

Así pues, aparte de que la “viabilidad” (entendida como legitimidad) de la comunicación o publicación de datos personales a través de una página web del Memorial Democrático pase por aplicar el régimen de cesión o comunicación de datos previsto en el artículo 11 de la LOPD, cuestión que hemos analizado anteriormente en este dictamen, la legitimidad de la difusión de datos personales no sólo depende de que se cumpla este régimen previsto en la LOPD (es decir, que se cuente con el consentimiento o con una suficiente habilitación en una norma con rango legal), sino que es preciso tener en cuenta estos principios citados.

Como se desprende de la propia LOPD, y como ha puesto de manifiesto esta Autoridad en su Recomendación 1/2008, sobre la difusión de información que contenga datos de carácter personal a través de Internet, a la que nos remitimos, para evaluar una posible difusión de datos a través de Internet es necesario realizar un análisis previo en el que, a través del correspondiente ejercicio de ponderación, se determine qué datos personales concretos podrían ser objeto de difusión, si existe algún deber de reserva que haga necesario descartar la difusión de ciertos datos, si entre los datos que se pretende difundir hay algunos que tengan la consideración de especialmente protegidos o se refieran al honor, la intimidad o la propia imagen, o si los datos permiten o facilitan la obtención de perfiles de la personalidad o la conducta de las personas afectadas, entre otros puntos de análisis.

El principio de calidad resulta un elemento clave en este análisis. El artículo 4.1 de la LOPD dispone que los datos de carácter personal sólo se podrán recabar para su tratamiento, así como ser sometidos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

Partiendo de esta premisa, debemos considerar que los datos personales –siguiendo el modelo de la web de la Administración estatal– a los que parece que se querría dar difusión universal, aunque puedan parecer los mínimos posibles (lo que en el Fundamento Jurídico IV hemos llamado “ficha de datos básicos”), estarían facilitando una información suficientemente importante sobre la identidad y las circunstancias de las víctimas de la Guerra Civil o los represaliados del franquismo. Es más, podríamos considerar que el mero hecho de constar o no, con unas mínimas referencias personales, puede dar, como mínimo, un cierto “perfil” de una persona física (a modo de ejemplo, como hemos visto en las búsquedas aleatorias realizadas en la web citada, cualquier persona puede conocer la existencia de un delito juzgado en determinado año relacionado con una persona física claramente identificada).

Tras constatar en este dictamen que el tipo y cantidad de información personal que podría llegar a ser objeto de tratamiento en el fichero puede resultar de una especial sensibilidad, y que puede afectar claramente a un gran número de personas físicas vivas

que son objeto de protección por la LOPD, resulta imprescindible que, antes de plantearse la viabilidad de la concreta publicación de datos personales y, si procede, la manera de proceder a esta difusión, se establezca claramente cuáles son las personas físicas vivas cuyos datos pueden ser incluidos en el fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*, y cuáles serían los datos personales que se pueden difundir. Únicamente así es posible valorar si se cumplen los requisitos de la LOPD en cuanto a los principios aplicables, principalmente el principio de calidad.

Como hemos visto al examinar el régimen aplicable a las comunicaciones de datos (artículo 11 de la LOPD), si bien está claro cuáles son las funciones que desarrolla el Memorial Democrático, no parece que la difusión, con carácter general, de determinadas informaciones personales, más aún cuando éstas pueden ser especialmente sensibles y afectar a un número indeterminado de personas físicas, quede justificada por el cumplimiento de las finalidades del Memorial Democrático, las cuales podrían fundamentar la recogida de la información pero no necesariamente su difusión posterior en unos términos tan amplios como los que se plantean en la consulta (difusión universal).

Aunque sea desde la perspectiva de la proporcionalidad mencionada, hacemos referencia a la propuesta que se hace en la consulta: en caso de que esta Autoridad considere que los datos que se pretende publicar no pueden ser consultados públicamente como lo está haciendo la Administración estatal, el Memorial Democrático se limitará a dar una confirmación o denegación sobre la existencia de información de la persona consultada y a facilitar la referencia del fondo documental donde se encuentra la información, dejando para un momento posterior la posibilidad de dar un acceso a los datos personales concretos, que quedará sujeto a una previa identificación del solicitante de la información (si se trata de un familiar; si dispone del consentimiento del titular; o si se trata de un investigador) y a la concreción de la finalidad y objetivo de su solicitud.

Se plantea, pues, como posibilidad alternativa a la publicación de datos en los términos en que se había planteado, dar una información más limitada, es decir, una simple confirmación de la existencia de información, en cuyo caso la persona interesada, se deduce, podría solicitar un acceso a los datos concretos de acuerdo con la normativa sobre el acceso a información disponible en archivos públicos (Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos).

Respecto al planteamiento expresado en la consulta sobre la posibilidad de dar una simple confirmación de la existencia de información, denota una especial sensibilidad hacia la perspectiva de la proporcionalidad mencionada, aunque es preciso señalar que el mero hecho de informar de si una persona física “consta o no consta” en el fichero objeto de consulta y en la base de datos de la página web del Memorial, en sí mismo ya constituye una difusión de datos personales, ya que se facilita información (aunque sea indirecta) sobre una persona física identificada. Además, esta –mínima– información, en un contexto como el que analizamos, podría ser considerada información sensible.

Por tanto, habría que cumplir necesariamente los mismos requisitos que la difusión de la “ficha de datos básicos”, es decir, no será legítima la difusión a menos que se fundamente en el consentimiento previo de los interesados, o que pueda concurrir una habilitación en una norma con rango legal.

Una recomendación que debe tenerse en cuenta se refiere al hecho de que, al realizar una búsqueda sobre la existencia de información de una determinada persona física, si no consta información sobre ella tampoco debería aparecer un listado de nombres y apellidos coincidentes o similares de otras personas sobre las que sí haya información. Es decir, sería conveniente que la búsqueda sobre una persona concreta proporcione exclusivamente información sobre ella (en el sentido de que consta información o que no consta), y, en caso de no constar información, que no se dé ninguna respuesta ni aparezca ningún listado sobre otras personas físicas de nombres o apellidos coincidentes o similares.

Finalmente, un apunte sobre la manera de difundir la información. El principio de calidad y la proporcionalidad exigida deberían llevar a considerar la posibilidad de difundir información de forma anonimizada o disociada, de manera que no sea posible identificar a las víctimas o represaliados, en aquellos casos en que esto sea suficiente para dar correcto cumplimiento a sus funciones de difusión del Memorial Democrático.

VI

2.- Posibilidad de aplicar la excepción del derecho de información previsto en el artículo 5.5 de la LOPD, teniendo en cuenta los esfuerzos desproporcionados que ello supone, en relación con las personas que podrían estar vivas.

El artículo 5 de la LOPD dispone como norma general que es preciso informar a los titulares de los datos de una serie de circunstancias sobre el tratamiento de datos que se concretan en el artículo 5.1, al que nos remitimos. La norma general debe ser, pues, la de informar, y dado que el deber de informar, que recae en el responsable del fichero o tratamiento (en este caso, el Memorial Democrático), es fundamental para el ejercicio de los derechos ARCO (de acceso, rectificación, cancelación y oposición), la normativa ha querido que este deber solamente pueda ser excepcionado en los casos tasados en la propia LOPD.

El artículo 5.4 de la LOPD concreta qué información debe facilitarse “cuando los datos no hayan sido recabados del interesado”. El artículo 5.5 de la LOPD supone una excepción a lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo, y prevé que:

*“No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea, **cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos**, o cuando la información al interesado resulte imposible o **exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia Española de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente**, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.*

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten”.

En la consulta se cita el informe de esta Autoridad en relación con el Anteproyecto de Ley sobre la localización y la identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista (Ley 10/2009, de 30 de junio, citada), donde se informaba, según la consulta, de que era posible acogerse a la excepción del derecho de información por considerar que el tratamiento tenía fines históricos y por la imposibilidad que comporta la identificación y localización de las personas que podrían estar vivas, por suponer esfuerzos desproporcionados. Sobre esta base se plantea la concurrencia de esta excepción en el caso consultado.

Debemos recuperar en este punto las consideraciones hechas anteriormente (Fundamento Jurídico III), en el sentido de que aquel informe debía interpretarse en relación con el contenido del proyecto de ley que se examinaba, que es diferente del tratamiento objeto de la presente consulta.

En el Fundamento Jurídico IV del informe relativo a la Ley 10/2009 se consideraba que:

“(…)

En cuanto a los datos personales que no se recaben del interesado, como ocurriría, por ejemplo, si quien insta la localización de la persona desaparecida aporta datos personales de un familiar de esta, el apartado 4 del artículo 5 de la LOPD prevé como regla general la obligatoriedad de informar al interesado o afectado, que en el ejemplo puesto sería el familiar. Sin embargo, en este caso sería aplicable una de las excepciones previstas en el apartado 5 del mismo artículo, en concreto la que dispone que no será necesario informarle cuando el tratamiento tenga fines históricos”.

El hecho de que en el contexto de la Ley 10/2009 se considerase excepcionable el deber de información porque el tratamiento tuviera fines históricos, en el caso concreto apuntado, no es necesariamente extrapolable al caso que nos ocupa, en el cual, de entrada, no disponemos de información concreta, como ha quedado expuesto, sobre todos los fines y usos concretos del fichero de datos personales *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*.

En este punto hay que distinguir entre las finalidades o funciones que puede tener el Memorial Democrático (algunas de las cuales, ciertamente, pueden calificarse de funciones de tipo histórico) y las finalidades de un tratamiento de datos personales, como es en este caso la difusión generalizada o universal de datos personales a través de una página web. En el caso de la Ley 10/2009, la finalidad del tratamiento de datos en el Censo de personas desaparecidas, que puede definirse como finalidad de tipo histórico, está suficientemente concretada en la norma, a diferencia de lo que ocurre con el tratamiento que ahora nos ocupa.

Hay que tener presente que en la normativa sobre el Memorial Democrático se indica claramente la finalidad con la que este Memorial recaba y trata datos, pero se desconoce cuáles podrían ser las finalidades con las que cualquier persona podría consultar los datos universalmente difundidos a través de la página web. Cuando una persona concreta ejerce un derecho de acceso a determinada documentación siguiendo los mecanismos previstos en la correspondiente normativa sobre acceso a archivos y documentos, citada, se puede concretar la finalidad de tal acceso (por ser familiar del

represaliado o víctima, por acreditar algún interés legítimo, porque se trata de un historiador que realiza determinada investigación o estudio, etc.). Una difusión universal de información no permite, por razones obvias, constatar cuál es la finalidad de una consulta y, por tanto, si esta se puede incardinar en lo que la LOPD denomina “fines históricos”.

Todo esto no permite considerar excepcional el deber de informar, ni por la concurrencia de fines históricos, que no están claros en todos los accesos que podrían producirse, ni tampoco en relación con el tratamiento concreto consistente en la difusión de datos, en los términos apuntados.

Aparte de la cuestión relativa a los fines históricos, la consulta expone si sería viable la excepción del deber de informar debido a la concurrencia de esfuerzos desproporcionados. A este respecto, señalamos lo siguiente:

Al no disponer de la información completa sobre el fichero en cuestión (nuevamente, en relación con la información que, *ex. art.* 20 de la LOPD, debe contener la correspondiente disposición de creación del fichero), desconocemos cómo se procedería a recabar los datos de las personas afectadas (a los que ya nos hemos referido), es decir, si los datos se recabarán –al menos en parte– del propio interesado, de familiares o de otras personas, de Administraciones públicas, por ejemplo de archivos de juzgados o tribunales donde se hubieran juzgado los delitos cometidos, o si los datos personales objeto de difusión se extraerán directamente de la documentación, de archivos o bases de datos municipales, etc.

Esta indefinición respecto a la procedencia y el procedimiento de recogida de los datos que se pretende difundir (los de la “ficha de datos básicos”) es determinante para la respuesta que se puede dar a la posible aplicación del artículo 5.5 de la LOPD. Al desconocer los mecanismos de obtención de los datos, no se puede determinar la concurrencia de esfuerzos desproporcionados en el caso que nos ocupa de forma generalizada, aunque podría justificarse en determinados casos.

Lo que sí se puede afirmar es que, a diferencia de lo que sucedía en el contexto del tratamiento de datos de personas desaparecidas (Ley 10/2009), cuando nos referimos a personas represaliadas durante la dictadura franquista o a víctimas de la Guerra Civil estamos en un contexto en el que el tratamiento de datos de personas físicas vivas no parece excepcional. La concurrencia de esfuerzos desproporcionados en el contexto del Censo de personas desaparecidas (Ley 10/2009) no es extrapolable a un tratamiento de datos que podría estar refiriéndose a personas represaliadas durante la dictadura franquista pero no “desaparecidas”, sino fácilmente localizables. Afirmar que, en el contexto de la Ley 10/2009, informar adecuadamente a las personas físicas sobre el tratamiento de sus datos puede ser una tarea que requiera esfuerzos desproporcionados, afirmación que parece justificada en el contexto de personas “desaparecidas”, no implica que la misma dificultad se pueda predicar respecto de todas las personas físicas afectadas en el contexto que ahora nos ocupa.

Ahora bien, dada la diversidad de personas físicas que podrían verse afectadas por el tratamiento de datos analizado, podría ser que en determinados casos concretos sí pudiera considerarse que facilitar información a determinados interesados puede suponer esfuerzos desproporcionados.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.5 de la LOPD, la Autoridad Catalana de Protección de Datos deberá valorar esta cuestión, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias, en el momento en que se solicite a la Autoridad la autorización correspondiente para poder considerar excluido el deber de informar.

Respecto al procedimiento para solicitar la exención del deber de informar, nos remitimos a las previsiones de los artículos 153 y siguientes del RLOPD, que, en referencia al mismo procedimiento tramitado por la Agencia Española de Protección de Datos, prevé que el responsable, al solicitar la exención, debe identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la exención del deber de informar; motivar expresamente las causas en que fundamenta la imposibilidad o el carácter desproporcionado del esfuerzo que implicaría el cumplimiento del deber de informar; exponer detalladamente las medidas compensatorias que propone realizar en caso de exoneración del cumplimiento del deber de informar; y aportar una cláusula informativa que, mediante su difusión, en los términos que se indiquen en la solicitud, permita compensar la exención del deber de informar (artículo 153.2 del RLOPD).

Por lo tanto, al solicitar la exención correspondiente a la Autoridad Catalana de Protección de Datos, la Administración debería concretar cuáles pueden ser las personas afectadas y qué circunstancias concretas y referidas a cada uno de los colectivos afectados llevan a considerar la dificultad de facilitarles información sobre el tratamiento de los datos, para que la Autoridad pueda hacer la oportuna valoración.

VII

Analizamos a continuación la tercera pregunta formulada en la consulta:

3.- Posibilidad de acogerse a la excepción de obtención del consentimiento en los términos previstos en el artículo 6.2 de la LOPD, por ser datos recogidos para las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias.

El artículo 6 de la LOPD dispone que:

*“1. El **tratamiento** de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal **se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias;** (...)*

(...)”.

En la consulta se considera que, de acuerdo con el artículo 6.2 de la LOPD, no sería necesario obtener el consentimiento de los titulares de los datos en tanto que se recaban para el ejercicio de las funciones propias del Memorial Democrático (se apunta que, si no fuera necesario el consentimiento, se evitaría la misma problemática planteada con el derecho de información).

De entrada, partimos de la base de que el artículo 6 de la LOPD establece el régimen general aplicable al “tratamiento” de datos, pero, en cambio, las comunicaciones de

datos tienen un régimen específico (artículos 11 y 21 de la LOPD). En este sentido, se ha analizado anteriormente el régimen específico de la comunicación de datos (artículo 11 de la LOPD) y se ha concluido que la difusión de datos objeto de consulta exige el consentimiento de los titulares, a falta de la suficiente habilitación en norma con rango legal.

El artículo 6.2 de la LOPD supone, en principio, que el Memorial Democrático podría recabar determinados datos personales para el cumplimiento de sus funciones sin el consentimiento de los titulares, pero no en términos genéricos y para cualquiera de los posibles datos tratados, sino tan sólo aquellos datos necesarios para el cumplimiento de cada una de las funciones concretas que la Ley 13/2007 u otra ley le atribuye.

Como apuntamos, esta previsión debe ser objeto de una matización importante, en el sentido de que cuando nos referimos al tratamiento de datos especialmente protegidos (artículo 7 de la LOPD), el consentimiento que la ley exige para tratar estos datos está reforzado. Efectivamente, se exige que este consentimiento de los titulares sea expreso o incluso expreso y por escrito, ex. art. 7 de la LOPD, en función de los datos tratados. Por tanto, no está claro que se pueda excluir la necesidad de solicitar este consentimiento incluso para la recogida de determinados datos, aunque la Administración Pública esté ejerciendo sus funciones.

Por ejemplo, en lo que respecta a los datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, la ley dispone que tan sólo pueden ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y por escrito del afectado (artículo 7.2 de la LOPD).

Respecto a los datos de salud y vida sexual, el artículo 7.3 de la LOPD dispone específicamente que sólo podrán ser “recabados, tratados y cedidos” cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. El hecho de que se requiera un consentimiento expreso también hace difícil considerar, en este caso, que la recogida de estos datos pueda excepcionarse, a menos que lo disponga una ley.

Como se deriva de lo ya expuesto, esta Autoridad considera que no existen, en el marco normativo aplicable, previsiones concretas con rango legal que permitan la posibilidad de recabar, y todavía menos difundir, datos de salud o vida sexual, de manera que el consentimiento expreso incluso para la recogida sería necesario en este caso.

Respecto a los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, los cuales podemos considerar, razonablemente y por la información de la que disponemos, que se tratarán en el contexto del fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*, hay que tener presente que, según lo dispuesto en el artículo 7.5 de la LOPD, “sólo podrán ser incluidos en ficheros de las administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”.

Más allá de que la previsión citada del artículo 6.2 de la LOPD pudiera habilitar al Memorial Democrático para “recabar” datos, siempre para el desarrollo de sus funciones, sin tener que disponer del correspondiente consentimiento y sólo en relación con determinados datos, en cualquier caso, y a los efectos que nos ocupan, la legitimación para recabar los datos no comporta legitimación para otros tratamientos, como podría ser la difusión.

No se puede interpretar que esta habilitación del artículo 6.2 de la LOPD sirva para legitimar el tratamiento consistente en una comunicación o difusión generalizada posterior a la recogida de los datos personales, especialmente en relación con datos sensibles. Por lo tanto, el consentimiento que corresponda obtener en cada caso, en función de la información tratada, resulta necesario en los términos apuntados en este dictamen y no se puede excepcionar en el contexto de la consulta formulada.

De acuerdo con las consideraciones hechas hasta ahora en relación con la consulta planteada por la Administración autonómica sobre la creación del fichero *Víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo*, se llega a las siguientes

Conclusiones

El concepto de “víctimas” de la Guerra Civil, o el de “represaliados” de la dictadura franquista, puede incluir una información personal cualitativa y cuantitativamente muy relevante de personas físicas vivas, cuyo tratamiento exige el cumplimiento del conjunto de principios y obligaciones de la LOPD.

El régimen aplicable a la cesión o difusión de datos a través de una página web exige el consentimiento de los titulares de los datos, salvo que se disponga de una habilitación en norma con rango legal (artículo 11 de la LOPD).

La normativa analizada no contiene previsiones que puedan fundamentar una habilitación legal legitimadora de la difusión generalizada de datos personales de cualquier víctima de la Guerra Civil o represaliado del franquismo, o de terceras personas relacionadas, que incluya datos especialmente protegidos. En consecuencia, y a menos que exista otra habilitación en norma con rango legal, habría que contar con el consentimiento de las personas físicas afectadas.

Aparte de la necesaria aplicación del régimen de comunicación de datos, será necesario que el responsable del tratamiento realice un análisis previo a fin de determinar las exigencias derivadas del principio de calidad y de la proporcionalidad exigida al tratamiento de datos personales, especialmente cuando se trata de datos sensibles (artículo 7 de la LOPD).

Puesto que se desconoce qué personas físicas podrían verse afectadas, la procedencia de los datos y los procedimientos para obtenerlos, no queda justificada la concurrencia de esfuerzos desproporcionados para cumplir con el deber de información que impone el artículo 5.4 de la LOPD, si bien podría concurrir en determinados supuestos. En el momento de solicitar a la Autoridad Catalana de Protección de Datos la autorización correspondiente, la Administración deberá concretar las circunstancias que llevan a considerar que existe motivo de excepción del deber de informar.

La habilitación del artículo 6.2 de la LOPD, referida a la recogida de los datos personales, no puede considerarse legitimadora del tratamiento consistente en una comunicación o difusión generalizada posterior a la recogida de los datos, especialmente en relación con datos sensibles, y, por tanto, se requerirá el consentimiento que sea necesario en cada caso, en función de la información tratada.

Barcelona, 17 de noviembre de 2010