

Informe en relació amb la Proposta presentada pel Departament de Benestar Social i Família, a incloure en l'Avantprojecte de llei de mesures fiscals i financeres per al 2013 (M-290).

El Departament d'Economia i Coneixement ha tramès a aquesta Autoritat còpia de la Proposta presentada pel Departament de Benestar Social i Família, a incloure en l'Avantprojecte de llei de mesures fiscals i financeres per al 2013 (M-290), per a l'estudi i emissió del corresponent informe.

(...)

Fonaments jurídics

I

(...)

II

La Proposta presentada pel Departament de Benestar Social i Família amb número de referència M-290, a incloure en l'Avantprojecte de llei de mesures fiscals i financeres per al 2013 (en endavant, la Proposta), preveu que:

“S’habilita el Departament competent en matèria de serveis socials a poder consultar, d’ofici i sense consentiment previ de la persona interessada, les dades necessàries de la/les persona/es sol·licitant/s així com dels cònjuges o altres membres de la unitat familiar, sempre que s’hagin de tenir en compte per al reconeixement, manteniment o quantia de les prestacions, per tal de verificar si compleixen en tot moment les condicions necessàries per a la gestió dels serveis i prestacions inclosos a la Cartera de Serveis Socials regulats a la Llei 12/2007, d’11 d’octubre, de serveis socials, i al decret que aprova la Cartera de Serveis Socials, sempre que existeixi una prèvia sol·licitud per part de la persona interessada.”

La Proposta preveu una habilitació general a favor del Departament competent en matèria de serveis socials (en endavant, el Departament), per a accedir a informació personal tant de persones sol·licitants de serveis inclosos en la Cartera de Serveis Socials (en endavant, la Cartera), com de terceres persones –cònjuges i altres membres de la unitat familiar-, per a verificar el compliment de les condicions del servei o la prestació, “sempre que existeixi una prèvia sol·licitud per part de la persona interessada.”

La Memòria que acompanya la Proposta explica que la gestió de les prestacions i serveis en matèria d’assistència i serveis socials implica la necessitat de disposar d’informació personal, tant de la persona sol·licitant com, en molts casos, de la seva unitat familiar, per a fer la valoració de la prestació o servei sol·licitat. S’afegeix que, ateses les modificacions normatives que s’estan produint, la conjuntura econòmica actual i “en previsió de la incorporació de nous i més factors personals en el copagament dels serveis socials, es preveu que caldrà recavar molta més informació de les persones sol·licitants”.

La Memòria explica que la informació es pot demanar al ciutadà “mitjançant una declaració responsable o documentació acreditativa” o bé, en el cas que la informació estigui disponible per “mitjans d’interoperabilitat”, si li ha de demanar autorització al ciutadà per consultar les dades. S’afegeix que, el fet que la consulta estigui subjecta a autorització prèvia, fa que el ciutadà s’hi pugui oposar i que, en aquests casos, “s’hagi de trametre la documentació i per tant, fer-ne la posterior revisió i requeriments, si escau, o bé acceptar la declaració responsable i establir un sistema de mostreig per fer les comprovacions oportunes”. En la Memòria també es té en compte l’impacte econòmic i la simplificació administrativa que suposa l’accés directe a les dades.

Per tot això, i tenint en compte les previsions de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD), la Memòria que acompanya la Proposta exposa que “es considera necessari disposar d’una habilitació legal perquè es puguin fer totes les consultes necessàries per a la gestió de les prestacions i serveis inclosos en la Cartera, sense necessitat de disposar de l’autorització ciutadana, sempre i quan aquesta documentació sigui accessible directament per l’administració”.

III

L’article 3.a) de la LOPD defineix les dades de caràcter personal com “qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables”. Des del moment que la Proposta pretén habilitar l’accés i consulta per part del Departament de “les dades necessàries” de determinades persones físiques (persona sol·licitant, cònjuge i demés persones de la unitat familiar), això implica un “tractament de dades” (art. 3.c) de la LOPD), en concret, una comunicació de dades.

L’article 3.i) de la LOPD, defineix la cessió o comunicació de dades personals com “qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l’interessat”. Per la informació aportada en la Memòria que acompanya la Proposta, el flux informatiu que es preveu realitzar tindria al Departament com a destinatari o cessionari de les dades, i podria tenir diversos cedents de les dades personals. En aquest sentit, cal advertir que el text de la Proposta no concreta la procedència de les dades, simplement es fa esment a “les dades necessàries” per verificar si es compleixen les condicions de concessió de serveis i prestacions inclosos en la Cartera. Això ens porta, com a punt de partida, a considerar que les dades personals en qüestió per dur a terme la verificació pretesa poden provenir de diverses fonts. Pot comportar una comunicació de dades provinent d’altres administracions –o fins i tot no es pot descartar que vingui d’altres persones o entitats privades-, però en altres casos provindrà de la pròpia Administració de la Generalitat, amb la qual cosa no tindrà estrictament la consideració de comunicació de dades d’acord amb l’article 3.i) esmentat en la mesura que la informació no provindria d’una tercera persona.

Pel que fa a les cessions de dades personals, aquestes s’han de sotmetre al règim general aplicable, configurat en l’article 11 de la LOPD en els següents termes:

“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.”

L’article 11, en el seu apartat 2, preveu diversos supòsits en què el consentiment no és necessari per a poder comunicar les dades, entre d’altres, que la comunicació estigui prevista en una norma amb rang de llei.

D'altra banda, sembla probable que el flux informatiu objecte de la Proposta es configuri, com a mínim en molts casos, com una "comunicació de dades entre administracions públiques", per la qual cosa, com a concreció del règim general de l'article 11 de la LOPD, cal tenir en compte el que disposa l'article 21 de la LOPD, segons el qual:

"1. Les dades de caràcter personal recollides o elaborades per les administracions públiques per a l'exercici de les seves atribucions no han de ser comunicades a altres administracions públiques per a l'exercici de competències diferents o de competències que tractin matèries diferents, (...)."

La comunicació de dades plantejada només seria possible si es disposa del consentiment dels titulars de les dades, o bé si existeix una cobertura legal específica, adequada i suficient, en atenció al que disposen els articles 11 i 21 de la LOPD. Això, sens perjudici del necessari respecte per la resta de principis i obligacions de la LOPD.

En el cas que no es tracti pròpiament d'una cessió sinó que la informació provingui de la mateixa Administració de la Generalitat, en la mesura en què la informació es tractarà per a una finalitat diferent a aquella per a la qual va ser recollida, seria igualment necessari el consentiment de la persona afectada o una norma amb rang de llei que habiliti el canvi de finalitat.

Atès que el text de la proposta que s'examina té, precisament, la vocació de ser la "cobertura legal" que hauria de legitimar el flux d'informació personal plantejada sense fer necessària l'obtenció del previ consentiment dels afectats o titulars de les dades (article 3.e) LOPD), caldrà analitzar la dita cobertura legal des de la perspectiva de les exigències dels diferents principis i garanties que configuren el dret fonamental a la protecció de dades personals.

IV

El dret a la protecció de dades de caràcter personal o "dret a l'autodeterminació informativa", configurat amb rang de dret fonamental a l'article 18.4 de la Constitució Espanyola, gaudeix de les garanties constitucionals específiques dels drets fonamentals. En aquest sentit, cal tenir en compte que segons l'article 53.1 de la Constitució:

"Els drets i les llibertats reconeguts en el Capítol Segon del present Títol vinculen tots els poders públics. Només per llei, que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, podrà regular-se l'exercici d'aquests drets i d'aquestes llibertats, (...)."

Com es deriva d'aquesta previsió constitucional, el conjunt de principis, característiques i potestats que conformen el contingut essencial del dret fonamental a l'autodeterminació informativa han de ser respectats per qualsevol desenvolupament normatiu que es faci d'aquest dret fonamental.

Com ha posat de manifest repetidament la jurisprudència constitucional, qualsevol límit que s'imposi a un dret fonamental ha de ser necessari, proporcionat i respectuós amb el contingut essencial del dret (SSTC 11/1981, 281/2005 o 126/2004, entre d'altres). En relació amb el dret a l'autodeterminació informativa i la concreció del seu contingut essencial, que podem considerar que engloba el conjunt de principis i facultats que s'atorga al titular de les dades (art. 3.e) de la LOPD), cal tenir en compte la STC 292/2000, segons la qual:

"(...) las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de éstos son necesarias para el reconocimiento e identidad"

constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), també ha reiterat en diverses ocasions que qualsevol limitació a l'exercici d'un dret fonamental ha de superar l'anomenat "test dels límits", és a dir, ha d'estar prevista en una llei, ha de ser necessària en una societat democràtica per a aconseguir una finalitat legítima, i ha de ser proporcional en relació amb aquesta finalitat que es pretén aconseguir en cada cas. Com es desprèn de la jurisprudència del TEDH, no és suficient el fet que una previsió relativa a l'exercici d'un dret fonamental estigui recollida en una llei. L'existència d'una base legal a nivell intern que prevegi una limitació d'un dret no és suficient, sinó que cal que aquesta llei interna sigui "accessible" i sigui "predictible", en el sentit que els ciutadans afectats puguin comprendre l'abast de la limitació del dret (SSTEDH Amann c. Suïssa, de 16.2.2000; Rotaru c. Romania, de 4.5.2000; Cotlet c. Romania, de 3.6.2003; Liberty i altres c. Regne Unit, de 1.10.2008, entre d'altres).

En definitiva, de la jurisprudència del TC i del TEDH es desprèn que el desenvolupament legislatiu d'un dret fonamental ha d'assegurar que no es buida de contingut el propi dret. Que no es desnaturalitza el propi dret de manera que es puguin deixar sense l'adequada protecció els béns i interessos jurídics que el dret fonamental ha de protegir.

Per tant en aquest informe cal analitzar si la proposta normativa analitzada respecta els principis, garanties i, en definitiva, el contingut essencial del dret a l'autodeterminació informativa. Per a fer-ho caldrà analitzar la finalitat del tractament i la proporcionalitat de la limitació del dret a la protecció de dades.

V

La finalitat de la cessió explicitada en la Proposta és la de "verificar" si les persones sol·licitants compleixen "en tot moment les condicions necessàries per a la gestió dels serveis i prestacions inclosos en la Cartera de Serveis socials."

Ara bé, la pròpia redacció de la Proposta resulta confusa perquè per una banda sembla que es tracti de verificar el compliment dels requisits necessaris per accedir o mantenir determinades prestacions ("sempre que s'hagin de tenir en compte per al reconeixement, manteniment o quantia de les prestacions"), però a continuació s'afirma que és per "verificar si compleixen en tot moment les condicions necessàries per la gestió dels serveis i les prestacions".

D'entrada la referència a la quantia sembla que caldria fer-la a "la determinació de la quantia". Però més enllà d'això, la Proposta s'hauria de referir al compliment de les condicions necessàries per a l'atorgament o el gaudi del servei o prestació social, i no pas per a la "gestió". La "gestió" d'un servei o prestació social implica moltes fases (definició de les mesures i ajuts, aplicació, avaluació, adjudicació, control, inspecció...) que corresponen a les administracions públiques. Per això la menció, en la Proposta, a que l'interessat compleixi condicions "per a la gestió dels serveis o prestacions", resulta confusa.

A més, la informació aportada en la Memòria també afegeix dubtes respecte la finalitat o finalitats per a les quals s'articula l'habilitació general de la Proposta.

En la Memòria s'explica que la "gestió" de prestacions i serveis socials implica la necessitat de disposar de dades personals de la persona sol·licitant i de la seva unitat familiar per tal de fer la valoració "de la prestació o servei sol·licitat" i no, en concret, "del compliment de requisits" per part d'un sol·licitant.

No és clar, doncs, si la "valoració" es refereix a l'avaluació que un sol·licitant concret (i la seva família) compleix els requisits establerts per accedir a un determinat servei o prestació –interpretació que s'ajustaria a la única finalitat explicitada en el text de la Proposta-, o si la referència es fa a una "valoració" en termes més generals o amplis, de la prestació o servei en sí mateix (estudi o valoració de la conveniència d'atorgar determinat ajut o servei en determinats casos en base a diversos factors d'avaluació, més enllà de cada cas concret). Val a dir que la pròpia Memòria contribueix al dubte de si la "valoració" es fa en aquests termes més generals, quan fa referència a que l'objectiu final (de la Proposta) és fer una valoració correcta de la prestació o servei sol·licitat, així com del copagament".

Efectivament, la Memòria es refereix a que "atesa la conjuntura econòmica actual i en previsió de la incorporació de nous i més factors personals en el copagament dels serveis socials", es preveu que caldrà recavar "molta més informació de les persones sol·licitants". La Memòria afegeix que cal disposar d'informació fidedigna "en què basar els càlculs de copagament dels serveis socials". En l'Informe d'impacte econòmic i social de la Memòria, es fa referència a que (la Proposta) permet a l'Administració disposar d'informació fidedigna "per als càlculs de copagaments quan siguin necessaris(...)". Es genera el dubte, insistim, de si la finalitat és estudiar el copagament en cada cas individualitzat, o bé fer una valoració més general.

Sembla doncs que la Memòria apunta a que les circumstàncies actuals fan que el Departament hagi de fer valoracions generals de les prestacions i ajuts en relació amb el copagament. Si fos així, aquesta finalitat podria anar més enllà de la finalitat explicitada en la Proposta.

En el cas que la finalitat sigui la de verificar el compliment dels requisits establerts per la normativa vigent per accedir a un determinat servei o prestació social, sempre que existeixi una prèvia sol·licitud per l'interessat, sembla que l'accés a les dades de la mateixa persona interessada es podria articular perfectament a partir del consentiment de la persona afectada i les previsions que ja estableix la normativa vigent.

En la Memòria que acompanya la Proposta s'explica que en l'àmbit de la prestació de serveis socials es pot optar per sol·licitar les dades a l'interessat, mitjançant una declaració responsable i inclou referències a la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que estableix, entre d'altres mesures de simplificació administrativa, la declaració responsable (articles 35 i 36 de la Llei 26/2010). A l'Informe d'impacte normatiu també es fa referència al Decret 56/2009, de 7 d'abril, per a l'impuls i el desenvolupament dels mitjans electrònics a l'Administració de la Generalitat, que estableix l'obligació de no demanar als ciutadans cap document que hagi estat incorporat al "Catàleg de Dades i Documents Electrònics".

I certament aquestes podrien ser dues vies que permetrien accedir a la informació necessària per a verificar les dades del propi sol·licitant a partir del seu propi consentiment.

Així per una banda, la previsió d'una declaració responsable com a part de la sol·licitud de reconeixement del servei o prestació de què es tracti, permetria utilitzar l'habilitació prevista a l'article 35.3 de la Llei 26/2010 per verificar les dades que s'hi contenen. Per tant seria el mateix ciutadà qui declararia les dades a tenir en compte, que alhora, en el mateix imprès de la declaració responsable hauria de ser informat de la possibilitat de verificació de les dades declarades, com a conseqüència necessària del fet d'haver facilitat aquelles dades.

Però a més, existiria la possibilitat que, fent ús de la possibilitat prevista a l'article 6.2.b) de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic als serveis públics (LAECSP), no sigui el propi ciutadà qui declarés les dades, sinó que autoritzés, després d'haver estat informat adequadament de les conseqüències d'aquesta autorització, al Departament a accedir directament a la informació que obri en poder de les administracions públiques –i que estigui inclosa al Catàleg de dades i documents electrònics de la Generalitat, actualment aprovat per la Resolució GAP/3773/2010, de 16 de novembre- necessària per al reconeixement dels serveis o prestacions.

En conclusió, en els casos en què el Departament, en exercici de les funcions que li atribueix la normativa, hagi de verificar el compliment pels interessats de les condicions del servei o prestació social corresponent pot existir, en base a aquestes i altres previsions, la suficient cobertura legal per poder tractar la informació personal sense haver de requerir el consentiment dels afectats, per verificar-la, en relació amb les declaracions responsables i les comunicacions prèvies, i amb les consultes al Catàleg, en els termes apuntats.

Aquestes previsions permetrien complir l'objectiu de poder verificar si els sol·licitants d'ajuts socials "compleixen en tot moment les condicions necessàries" per a obtenir la prestació o ajut en qüestió, sempre que les dades "s'hagin de tenir en compte per al reconeixement, manteniment o quantia de les prestacions", en els termes que s'han descrit. Això, sens perjudici del compliment, en cada cas, de les condicions que es prevegin en cadascuna de les previsions legals esmentades, o d'altres que resultin aplicables.

Si es compara aquestes dues possibilitats amb la prevista en la proposta normativa objecte d'informe, ràpidament es veurà que, no només per la poca claredat en la descripció de la finalitat, sinó especialment per la poca concreció de quina serà la informació a la qual s'accedirà per tal de dur a terme la verificació, sembla poder concloure's que les dues vies que acabem de descriure resulten més respectuoses amb el dret a l'autodeterminació informativa que la proposta normativa sotmesa a informe.

En aquest sentit, la proposta normativa que s'informa no fa cap referència concreta a quina informació s'accedirà ni a qui seran els cedents de la dita informació.

Segons la Proposta, els serveis i prestacions als que es refereix l'habilitació són els inclosos en la Cartera de Serveis Socials. La Proposta cita explícitament la normativa que regula la Cartera, en concret, la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, i el Decret que aprova la Cartera (el darrer decret aprovat en relació amb la Cartera és el Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials per al període 2010- 2011). De l'examen del conjunt de serveis i ajuts de la Cartera, s'infereix que es poden tractar dades personals de molt divers tipus, en bona part, dades especialment protegides (article 7 de la LOPD). Les dades relatives a la

ideologia, religió o creences (respecte les que s'exigeix el consentiment exprés i per escrit de l'afectat), les que fan referència a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual, o les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives, que clarament poden tractar-se en expedients de sol·licitud de serveis o prestacions de la Cartera, reben una especial protecció en la LOPD.

Vist aquest règim de protecció de les dades sensibles, difícilment semblaria justificable una habilitació general per tractar-les, especialment quan es tracti d'altres membres de la unitat familiar diferents al sol·licitant, tenint en compte les consideracions fetes en relació amb la finalitat del tractament previst en la Proposta.

A més, en la Memòria s'afegeix que "en previsió de la incorporació de nous i més factors personals en el copagament dels serveis socials, es preveu que caldrà recavar molta més informació de les persones sol·licitants". Es desconeix quins poden ser aquests nous factors i aquesta nova informació personal que caldria tractar (que en qualsevol cas ja s'apunta que serà important, quantitativament i qualitativament). En qualsevol cas, una habilitació genèrica com la que planteja la Proposta, unida a aquesta previsió, posa de manifest que el principi de qualitat (article 4 de la LOPD) podria veure's compromès.

Hi ha doncs una manca de concreció que situa al ciutadà afectat en un clar desconeixement de fins on poden arribar aquestes tasques de verificació. En canvi si s'empra la figura de la declaració responsable, el ciutadà és plenament conscient de la informació que caldrà verificar (serà la que ell mateix hagi facilitat a la declaració responsable) i seria informat de l'abast de la comprovació ja en el moment de declarar aquestes dades. Igualment, en el cas que s'apliqués el mecanisme previst a l'art. 6.2.b) de la LAECSP seria el propi ciutadà qui autoritzaria a accedir directament a les dades, després d'haver estat informat sobre quines serien les dades necessàries i l'origen o la font d'on s'obtindrien.

VI

El que s'acaba d'exposar seria predicable respecte la informació relativa a la mateixa persona sol·licitant del servei o prestació. Ara bé, la proposta normativa es refereix no només a informació relativa a la persona sol·licitant sinó també a informació relativa als "cònjuges o altres membres de la unitat familiar".

En aquests casos, no sembla que la declaració responsable sigui un mitjà idoni per habilitar a la comprovació de les dades que s'hi recullen, perquè tot i que no és descartable que en alguns casos aquesta declaració pogués anar signada per tots els integrants de la unitat familiar, i haurà altres casos en què això no seria possible. Similars consideracions serien predicables respecte la possibilitat prevista a l'article 6.2.b) de la LAECSP.

En aquests casos, una previsió com la continguda a la Proposta que s'analitza pot resultar imprescindible per tal de poder comprovar les dades relatives a aquestes persones, però, un cop més, la manca de concreció de la redacció de la proposta planteja problemes des del punt de vista del dret a la protecció de dades.

En la Proposta no es concreta, d'entrada, què cal entendre per unitat familiar. Aquest no és un aspecte menor, atès que segons s'opti per un concepte d'unitat familiar més o menys ampli, l'abast de l'habilitació pot ser molt diferent.

Tampoc es concreta a quin tipus d'informació s'accedirà. Si del que es tracta és de poder comprovar quines són les persones integrants de la unitat familiar i quina és la seva situació econòmica i patrimonial a efectes de determinar o no el copagament, s'hauria de concretar, atès que una habilitació en termes tan genèrics no sembla que s'avingui gaire bé amb el caràcter restrictiu que cal atorgar a totes les limitacions d'un dret fonamental. Per exemple no semblaria justificat poder accedir a informació especialment protegida amb aquesta finalitat. A més tampoc es concreta d'on s'obtindrà aquesta informació, ni de quina forma seran informades les persones afectades del fet que la seva informació ha estat consultada.

El principi de qualitat exigeix que les dades personals tractades siguin, en qualsevol cas, només les “adequades, pertinents i no excessives” en relació amb la finalitat legítima a la qual es vol donar compliment amb el tractament. Partim de les consideracions fetes en aquest informe respecte la finalitat del tractament, en el sentit que la seva concreció és clau per poder determinar les dades que és legítim tractar.

Certament, el text de la Proposta vincula l'habilitació a la consulta, per part del Departament, de les “dades necessàries” dels sol·licitants, cònjuges o altres membres de la unitat familiar. Ara bé, tot i aquesta menció a les dades “necessàries”, el conjunt de la informació aportada en la Proposta i la Memòria adjunta, genera dubtes sobre el correcte compliment del principi de qualitat.

I no s'ha d'oblidar que en aquest cas no es tracta de persones que hagin sol·licitat un determinat ajut, sinó de persones que en funció de quin sigui el concepte d'unitat familiar que s'adopti poden tenir vincles més o menys intensos amb la persona que sol·licita l'ajut, o fins i tot poden no tenir cap vincle efectiu amb la persona que l'ha sol·licitat.

Tenint en compte això, sembla que respecte a aquestes altres persones integrants de la unitat familiar, seria convenient que es concretés, a nivell legal, tant el concepte d'unitat familiar, com les dades a les quals s'accediran, les fonts d'on s'obtindrà aquesta informació i la forma com s'informarà les persones afectades.

Barcelona, 2 d'abril de 2013