**INFORME JURÍDICO EN RELACIÓN CON LA ORDEN DE LA CONSEJERA DE SEGURIDAD DE SÉPTIMA MODIFICACIÓN DE LA ORDEN DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2003, DEL CONSEJERO DE INTERIOR, POR LA QUE SE REGULAN LOS FICHEROS AUTOMATIZADOS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL DEPARTAMENTO DE INTERIOR Y DEL ORGANISMO AUTONÓNOMO ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS ADSCRITO AL MISMO.**

**Ref.: 031/2014 IL**

**INTRODUCCIÓN**

Con fecha 13 de marzo de 2014 se solicita informe jurídico en relación con el proyecto de Orden citada en el encabezamiento.

El presente informe se emite en virtud de las competencias que al Departamento de Administración Pública y Justicia y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de la Viceconsejería de Régimen Jurídico, confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) del Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y el artículo 13.1.c) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

**I.- INFORME**

El proyecto tiene por objeto la creación de cuatro nuevos ficheros de datos de carácter personal –voto accesible elecciones Parlamento Vasco; gestión integrada de personal laboral de recursos humanos I; gestión integrada de personal laboral recursos humanos y gestión de datos y procedimientos-, la supresión de tres ficheros –abonados telefónicos; suscriptores y curriculum-, la integración de dos ficheros –necroidentificación y ADN- en un tercero preexistente –Base de datos de identificación genética-, y la modificación de cuatro ficheros –consultas electorales en la Comunidad Autónoma Vasca; gestión integrada de personal Recursos humanos; bases de datos de identificación genética y personas de interés policial-.

Como deriva del propio título de la Orden, la misma supone la séptima modificación de la originaria Orden de 2 de septiembre de 2003, reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Departamento proponente. Una circunstancia reveladora de la pujanza del derecho fundamental a la protección de datos y de su protagonismo en el quehacer ordinario de la Administración Pública, más en un Departamento como el de Seguridad que aúna la actuación policial y la prototípicamente administrativa.

La creación de nuevos ficheros, la modificación de otros para adaptarlos a los requerimientos de la actividad a la que sirve o la depuración de los que están en desuso se halla sometida al principio de publicidad y a las formalidades que derivan del artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), de los artículos 52 a 54 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y del artículo 4.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Si bien el proyecto cumple con las exigencias de los citados preceptos, habrá de explicitar el destino de los ficheros suprimidos –actualmente silenciado- y, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción, tal y como imponen los artículos 20.3 de la LOPD y 54.3 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley.

La Disposición Final Primera del proyecto, en cuya virtud, se encomienda a la Dirección de Régimen Jurídico Servicios y Procesos electorales del Departamento de Seguridad la notificación al Registro de la Agencia Vasca de la creación de los ficheros y solicitud de inscripción de los mismos cumple solo parcialmente con el mandato que deriva del artículo 2.1 del Decreto 308/2005, de 18 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, que obliga a la notificación a la Agencia Vasca de Protección de Datos no solo de toda creación de ficheros de carácter personal, sino también de cualquier modificación o supresión de los mismos.

Debe completarse, por tanto, aquella encomienda en el sentido apuntado.

Por lo demás, el contraste de la información que ofrecen los Anexos I y II de la Orden por cada uno de los ficheros creados o modificados con las obligaciones que impone la legislación de protección de datos permite concluir que los mismos cumplen en lo esencial con lo dispuesto en la LOPD y en su Reglamento de desarrollo.

Ello no obstante, es preciso efectuar dos comentarios en relación con los ficheros “Voto accesible elecciones Parlamento Vasco” y “Personas de interés policial”:

1. Voto accesible elecciones Parlamento Vasco: Este fichero tiene por finalidad facilitar a los electores o electoras con discapacidad visual el voto de forma accesible en las elecciones al Parlamento Vasco, incorporando al mismo el dato del grado de discapacidad visual igual o superior al 33%.

Se trata de un dato especialmente protegido, relacionado con la salud de las personas, que exige una mínima reflexión en torno a las medidas de seguridad de que haya de rodearse el fichero que lo integra, más cuando las mismas se clasifican de nivel básico en el proyecto.

El Reglamento de desarrollo de la Ley LOPD efectúa dos consideraciones específicas en relación con la incorporación de datos relacionados con el porcentaje de minusvalía: (a) de un lado, recuerda que dichos datos han de ser considerados datos relacionados con la salud de las personas, tal y como deriva de su artículo 5.1 g); (b) de otro, por vía de excepción a la exigencia general de implantación de las medidas de seguridad de nivel alto a los ficheros que contengan datos de salud, dispone en su artículo 81.6 que “*podrán implantarse las medidas de seguridad de nivel básico en los ficheros o tratamientos que contengan datos relativos a la salud, referentes exclusivamente al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos*”.

La Agencia Española de Protección de Datos ha venido considerando desde su informe de 1 de julio de 2008 que “*sería aplicable la excepción en aquellos supuestos en los que la Ley imponga al responsable del fichero la obligación de conocer los datos a los que se viene haciendo referencia, de modo que únicamente mediante el tratamiento de dichos datos pueda aquél dar pleno cumplimiento a los deberes que la Ley le impone. Dicho de otro modo, la referencia a deberes públicos ha de entenderse referida a los supuestos en los que exista una Ley que imponga al responsable un deber que únicamente sea posible cumplir mediante el tratamiento de los datos, en términos similares a los establecidos en el segundo guión del artículo 10.2 a) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 en relación con las causas legitimadoras del tratamiento y la cesión de los datos de carácter personal*”.

La creación del fichero en cuestión se enmarca dentro de los deberes que derivan del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, complemento necesario de lo dispuesto en el artículo 87.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, de aplicación a las elecciones a asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, por mor de lo dispuesto en el artículo 2 del citado Real Decreto.

Al cumplimiento de las obligaciones que conectan con la legislación electoral que acaba de mencionarse es consustancial el tratamiento no solo del dato específico del porcentaje de minusvalía del elector o electora, sino también de la acreditación de la discapacidad visual.

Un matiz que aquella Agencia ha entendido relevante en la interpretación de la excepción prevista en el artículo 86.1 del Reglamento, pues la incorporación de un dato añadido al simple porcentaje de minusvalía, también relativo a la salud, no permite su incardinación en el supuesto de hecho a que se refiere el citado precepto, lo que conllevaría de suyo que las medidas de seguridad aplicables al fichero hayan de ser las propias del tratamiento de datos personales sometidos a especial protección.

El informe 0336/2008 de la repetida Agencia, cuyo criterio se reitera en posteriores dictámenes, señala a este respecto que «*En todo caso, y siguiendo lo señalado por esta Agencia en el ya mencionado informe de 1 de julio de 2008, debe recordarse que la excepción prevista en dicho precepto se referirá al tratamiento consistente en “la mera indicación del grado o porcentaje de minusvalía del afectado o de los miembros de su unidad familiar”, de modo que, como se indica en el citado informe si se incorporasen otros datos relacionados con la salud del afectado, como las circunstancias específicas que determinan el porcentaje de discapacidad del mismo, no será posible entender aplicable el artículo 81.6 del Reglamento debiendo implantarse las medidas de seguridad de nivel alto*». (El subrayado es nuestro).

Un criterio que, por la especialización e independencia de aquella institución, esta letrada asume en su totalidad.

En cualquier caso, lo controvertido de la cuestión suscitada abona la oportunidad de que el Departamento proponente considere formular consulta a la Agencia Vasca de Protección de Datos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.1.n) de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia, a fin de que se pronuncie sobre las medidas de seguridad que corresponden al fichero en cuestión, habida cuenta del tratamiento de datos personales sometidos a especial protección que el mismo incorpora.

2. Personas de interés policial. Este fichero tiene por finalidad la coordinación en materia de prevención y seguridad ciudadana en relación con las personas de interés policial. Entre los datos integrados en la estructura del fichero obran datos relativos a la raza de las personas, que la LOPD somete a especial protección.

La cuestión jurídica que plantea su examen es la procedencia y legitimidad de la integración de este dato en el citado fichero.

El artículo 22.3 LOPD dispone que “*La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales*”.

Un precepto que reconoce la posibilidad de que los cuerpos policiales traten datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual de las personas siempre que concurran simultáneamente dos requisitos: (1) que aquellos datos personales sean absolutamente necesarios y, (2) que dicha necesidad se proyecte sobre una investigación concreta.

Se trata de un supuesto excepcional que, como exigen las reglas de la hermenéutica, ha de interpretarse con carácter restrictivo, lo que impide en una aplicación básica de esta pauta i el tratamiento de datos personales especialmente protegidos para la prevención de un peligro, real o hipotético, para la seguridad pública, o para prevenir o impedir la comisión de posibles hechos delictivos, circunstancias todas que aunque permiten el tratamiento de datos personales con carácter general no justifican el tratamiento de los datos sometidos a especial protección.

La doctrina científica viene manteniendo que estos datos solo pueden ser recogidos por la policía cuando sirvan a la investigación o persecución de un delito concreto ya cometido y, además, resulten indispensables para la investigación del mismo.

El hecho de que el artículo 22.3 LOPD restrinja el tratamiento policial de los datos especialmente protegidos a su necesaria vinculación con la investigación de un delito concreto ya cometido, implica que los cuerpos policiales no pueden recoger este tipo de datos de forma genérica. A este respecto, bastará con atender a la prohibición que deriva del artículo 7.4 LOPD, que proscribe los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que rebelen la ideología, la afiliación sindical, la religión, las creencias, el origen racial o étnico, o la vida sexual.

Un requisito, el de la necesidad indispensable del tratamiento del dato referido al origen racial de las personas de interés policial para la investigación concreta de que se trate, que no se aprecia en el fichero “Personas de interés policial” a la vista de la finalidad y de los usos declarados, que más bien parecen servir a un genérico objetivo de coordinación policial en materia de prevención y seguridad ciudadana que a la investigación concreta de un hecho delictivo.

En definitiva, los términos en que se haya definido el fichero no colman las exigencias del artículo 22.3 LOPD para el tratamiento del dato personal relativo al origen racial.

Es cierto que el fichero “Personas de interés policial” se creó por Orden de 2 de abril de 2007, del Consejero de Interior, de modificación de la Orden de 2 de septiembre de 2003, por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco adscrito al mismo, y ya incorporaba por aquel entonces el dato personal referido al origen racial, lo que no obsta a la procedencia de una reflexión actual en torno al cumplimiento de los requisitos que al respecto impone el citado artículo 22.3 LOPD y que, a juicio de quien suscribe, resulta más que dudoso.

Un requerimiento de legalidad cuyo cumplimiento debe contrastarse en cualquier informe jurídico y que no cabe eludir en el caso examinado desde el argumento de la preexistencia del fichero.

**II. CONCLUSIÓN**

Se informa favorablemente el proyecto sin perjuicio de las observaciones formuladas en el cuerpo de este informe.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho, en Vitoria-Gasteiz, a 27 de marzo de 2014

**Arantza González López**

**Letrada**