



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL PROYECTO DE ORDEN CONJUNTA DEL CONSEJERO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO Y DE LA CONSEJERA DE TRABAJO Y JUSTICIA DE TERCERA MODIFICACIÓN DE LA ORDEN DE FICHEROS AUTOMATIZADOS QUE CONTIENEN DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA, DEL ORGANISMO INSTITUTO VASCO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (IVAP) Y DEL ÓRGANO COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI, ADSCRITOS A ESTE DEPARTAMENTO.

14/2017IL

I. ANTECEDENTES.

Por la Dirección de Servicios del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno se ha solicitado informe de legalidad respecto al proyecto de Orden de referencia.

A la citada solicitud se acompaña:

- Orden de inicio del procedimiento de elaboración del proyecto de disposición
- Orden de aprobación previa
- Informe jurídico del Departamento
- Proyecto de Orden

No se acompaña, sin embargo, ninguno de los siguientes documentos, los cuales, a nuestro parecer, habrían de obrar al expediente administrativo:

- Memoria justificativa.
- Informe de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración.
- Informe justificativo de la ausencia de relevancia desde el punto de vista del género.
- Informe de la Dirección de Normalización Lingüística.

El presente informe se emite en virtud de las competencias que al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de su Viceconsejería de Régimen Jurídico confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) del 24/2016, de 26 de noviembre, 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 a) 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 de conformidad con el apartado primero, 3 del Acuerdo adoptado por el Consejo de gobierno en su sesión de 13 de junio de 1995.

II. LEGALIDAD.

El proyecto de Orden que se somete a nuestra consideración tiene por objeto modificar por tercera vez la Orden de 28 de noviembre de 2014, del Consejero de Administración Pública y Justicia, de ficheros automatizados que contienen datos de carácter personal del Departamento de Administración Pública y Justicia, del organismo Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) y del órgano Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, adscritos a dicho Departamento.

El proyecto consta de un artículo único, una Disposición Final y dos Anexos.

Las modificaciones se contienen en los diferentes apartados del artículo único, y son las siguientes:

- Se amplía la relación de los ficheros del Departamento que figuran en el punto A) del Anexo I de la Orden de 28 de noviembre de 2014, mediante la incorporación de un fichero de nueva creación: *"Puntos de encuentro familiar por derivación judicial de la CAPV"*.
- Se incluye en la descripción de todos los ficheros del Anexo I de la Orden de 28 de noviembre de 2014 los sistemas de tratamiento de los datos incluidos en los mismos.
- Se modifica el nombre del fichero 10.5 que pasa a denominarse *"Servicio Vasco de Gestión de Penas"*.
- Se modifica el nivel de seguridad a aplicar en el tratamiento de los datos contenidos en los ficheros 9.1, *"Personal de la Administración de Justicia"*, 10.1, *"Asistencia Jurídica Gratuita"* y 10.5, *"Servicio Vasco de Gestión de Penas (SVGP)"* y se actualizan las

cesiones previstas de los datos obrantes en los ficheros 5.1, “*Procedimientos Judiciales*”, 6.3, “*Gestión Integrada de Personal*”, 10.2, “*Justicia Juvenil*”, 10.4, “*Fichero de Víctimas*” y 10.5, “*Servicio Vasco de Gestión de Penas*”.

- Se suprimen los ficheros 6.2, “*Entrevistas Conductuales Estructuradas*” y 10.3, “*Intervención con personas penadas*”.

El marco normativo del proyecto se encuentra en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y, en el ámbito autonómico, en 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.

El artículo 4.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, establece:

“La creación, modificación y supresión de ficheros de la Administración de la Comunidad Autónoma se realizará por orden del titular del departamento al que esté adscrito el fichero, la cual deberá contener todas las menciones exigidas por la legislación en vigor y será objeto de publicación en el «Boletín Oficial del País Vasco». El procedimiento de elaboración de la citada Orden será el previsto para la elaboración de disposiciones de carácter general”.

De esta forma, cabe señalar que los requisitos que hay que cumplimentar y que se establecen en el citado artículo son los siguientes:

- a) Que la creación, modificación y supresión de ficheros de la Administración de la Comunidad Autónoma se realice por orden del titular del departamento al que esté adscrito el fichero.
- b) Que el procedimiento de elaboración sea el previsto para la elaboración de disposiciones de carácter general.
- c) Que el contenido tenga todas las menciones exigidas por la legislación en vigor.
- d) Que la orden sea objeto de publicación en el BOPV.

1.- Orden conjunta de los titulares de los Departamentos.

El instrumento normativo que se utiliza para disponer sobre la materia objeto de regulación es una Orden, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 4, arriba transcrito, de la Ley 2/2004, de 25 de febrero.

La particularidad en el presente supuesto radica en que se trata de una Orden *conjunta* de las personas titulares de los Departamentos de Gobernanza Pública y Autogobierno y de Justicia y Trabajo (particularidad decimos porque es la primera con tal característica de la que tengamos conocimiento en el ámbito de la Administración General de la CAE).

Ninguna consideración se realiza sobre tal cuestión en el expediente y es merecedora, creemos y aunque solo sea por la novedad que supone, hacer una breve referencia a la cuestión.

Y es que, el artículo 4. 1 de la Ley 2/2004 de 25 de febrero, antes transcrito no parece contemplar, en su literalidad al menos, la posibilidad a la ahora nos referimos, al exigir que la orden sea del *“titular del departamento al que esté adscrito el fichero”*. Ello no obstante una correcta interpretación de tal precepto debe llevar a la conclusión de que un mismo fichero pueda estar *“adscrito”* a más de un órgano y que éstos puedan quedar integrados en distintos Departamentos. Ello porque el elemento fundamental a los efectos que ahora interesan e independientemente del término que se utilice, es la *responsabilidad* (artículo 20.2 f) de la LOPD) del tratamiento de los datos que obran al fichero y el órgano u órganos al que se atribuye dicha responsabilidad y al que queda adscrito/s el fichero.

De tal manera que es bien posible que la responsabilidad sobre un mismo fichero recaiga o sea compartida por más de un órgano (de uno o más departamentos) porque en definitiva y estando los datos que en él se integran estrictamente ordenados al ejercicio de las competencias que la Administración tiene normativamente atribuidas, resulta posible también que el efectivo ejercicio de dicha competencia radique o sea compartida por más de un órgano administrativo.

De hecho, el artículo 57 del Real Decreto 1720/2007 (*“Ficheros en los que exista más de un responsable”*) contempla expresamente tal posibilidad y más claramente el artículo 26.1 del el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), de acuerdo con el cual *“Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento”*.

Pero no creemos que éste sea el caso. Todo lo cual se dice porque no puede pasar desapercibida la publicación del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, 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 que ha supuesto una nueva configuración departamental y una redistribución de competencias entre los mismo de tal manera que determinados órganos antes integrados en un Departamento pasan ahora a integrarse en uno distinto, nuevo o diferente.

Y en relación con lo anterior, tampoco pasa desapercibido que para un número importante de los ficheros relacionados en el Anexo I los órganos a los que se atribuye la responsabilidad (o quedan adscritos) son la Dirección de Justicia y la Dirección de la Administración de Justicia (incluso los ficheros que expresamente se citan en la parte dispositiva del proyecto, a excepción del 5.1 y 6.3 se adscriben a alguna de dichas Direcciones).

No es por lo tanto irrazonable concluir que esta sea, probablemente, la razón que motiva la intervención de la Consejera de Trabajo y Justicia en la Orden y de que ésta sea, por lo tanto, conjunta.

Pero en realidad, y al menos formalmente, no haría falta su intervención en cuanto la modificación propuesta en nada afecta a la situación de los ficheros respecto a los órganos responsables de los mismos, no se modifican o alteran los órganos responsables de los ficheros. Esto no ha cambiado. Lo que cambia es la previsible incardinación de algunos de tales órganos en un Departamento diferente como consecuencia de las funciones y áreas atribuidas a los Departamentos proponentes, lo que formalmente tampoco se ha producido por lo que, tampoco formalmente, haría falta la participación de la Consejera porque, se insiste, se está afectando a ficheros cuyos responsables son órganos que no están, todavía y formalmente, adscritos al Departamento de la que es titular.

Se quería en definitiva con todo lo anterior, y sentado que ninguna objeción de legalidad cabe realizar, poner de manifiesto la conveniencia de reflexionar sobre si, aprobado el Decreto de Áreas pero no los Decretos de estructura orgánica de los Departamentos proponentes, resulta éste el momento idóneo para la aprobación de la Orden o si, por el contrario, resultaría más efectivo esperar a la aprobación de estos últimos y dictar sendas Órdenes por los Departamentos afectados que procedan a una reordenación de los respectivos ficheros atendiendo a las concretas competencias y a los concretos órganos que las desarrollen.

Lo anterior, que pudiera parecer conclusión derivada de un criterio de mera oportunidad, no lo es tanto si se atiende a la principal finalidad de la publicación de las órdenes de creación de los ficheros y posterior registro de los mismos en la AVPD. En este sentido y si la principal finalidad

perseguida es dar cumplimiento al principio de publicidad como previo y fundamental para el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos (difícilmente se podrán ejercer los derechos ARCO si dichos titulares no están debidamente informados de cuáles son los órganos responsables de los ficheros donde se encuentran los datos) puede que no ayude mucho al cumplimiento de tal finalidad la publicación de una Orden en la que, ni siquiera en el título y nominativamente, coincidan los Departamentos proponentes y el Departamento donde, se dice, obran los ficheros, Departamento que ni siquiera existe ya con tal denominación tras el Decreto de Áreas.

A todo lo anterior puede también añadirse que, dada la estructura departamental diseñada, parece previsible que deban ser modificadas las Órdenes correspondientes a otros Departamentos por lo que, en definitiva, pudiera parecer razonable y prudente intentar al menos un diseño más global de los ficheros de la Administración General de la CAE (lo que se dice siendo conscientes que ello pueda exceder la competencia de los Departamentos ahora consultantes).

Por otra parte tampoco debe dejar de señalarse, que publicado el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), el mismo entrará en vigor el 25 de mayo de 2018 y, en lo que ahora más pueda interesar, el considerando 89 del mismo establece que

*La Directiva 95/46/CE estableció la obligación general de notificar el tratamiento de datos personales a las autoridades de control. Pese a implicar cargas administrativas y financieras, dicha obligación, sin embargo, no contribuyó en todos los casos a mejorar la protección de los datos personales. Por tanto, **estas obligaciones generales de notificación indiscriminada deben eliminarse** y sustituirse por procedimientos y mecanismos eficaces que se centren, en su lugar, en los tipos de operaciones de tratamiento que, por su naturaleza, alcance, contexto y fines, entrañen probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Estos tipos de operaciones de tratamiento pueden ser, en particular, las que implican el uso de nuevas tecnologías, o son de una nueva clase y el responsable del tratamiento no ha realizado previamente una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, o si resultan necesarias visto el tiempo transcurrido desde el tratamiento inicial.*

Lo que sin duda aporta un elemento más a tener en cuenta en la valoración que respecto a la cuestión se realice.

2.- Procedimiento de elaboración.

En cuanto a la tramitación del proyecto, son aplicables las prescripciones de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, en consonancia con lo dispuesto en el citado artículos 4 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, en cuanto delimita expresamente cuál es el procedimiento al que debe atenerse la elaboración de las órdenes que regulan los ficheros de carácter personal. Ya ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes del presente informe los documentos que no se encuentran en el expediente y que debieran incluirse en el mismo.

3.- Contenido.

Se irá haciendo referencia a cada uno de los apartados del artículo único.

a.- En cuanto a la **creación** del nuevo fichero *“Puntos de encuentro familiar por derivación judicial de la CAPV”* viene motivado según la parte expositiva por el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los puntos de encuentro regulados por el Decreto 124/2008, de 1 de julio, modificado por el Decreto 239/2011, de 22 de noviembre.

Y efectivamente, tal Decreto, además de las referencias a los derechos y deberes de usuarios y profesionales en relación al deber de secreto, expresa en su artículo 17

El Punto de Encuentro Familiar contará con un Libro de Registro en el que se anotarán, cada día, los datos de identificación de todas las personas atendidas en el mismo. En su diseño, actualización y utilización se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en 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.

Ninguna consideración cabe realizar al respecto siendo la creación del mismo completamente acertada.

b.- respecto a la modificación a fin de incluir para todos los ficheros los **sistemas de tratamiento de los datos** incluidos en los mismos, cabe únicamente señalar que de acuerdo con el artículo

5.2 n) del Real Decreto 1720/2007, se entiende por sistema de tratamiento aquel “modo en que se organiza o utiliza un sistema de información. Atendiendo al sistema de tratamiento, los sistemas de información podrán ser automatizados, no automatizados o parcialmente automatizados”.

Parece por lo tanto más apropiado utilizar éste último término que el de “mixto”. Así se ha hecho ya, por ejemplo, en la Orden de 15 de junio de 2016, de la Consejera de Educación, Política Lingüística y Cultura, por la que se crean y modifican determinados ficheros de datos de carácter personal gestionados por el área de Educación del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, última Orden de creación y modificación de ficheros de la Administración General de la CAE publicada que nosotros conozcamos.

c.- Nada cabe observar en relación al **cambio de denominación** del fichero 10.5, “*Servicio Vasco de Gestión de Penas*”.

d.- Respecto a la necesidad de adecuación de los **niveles de seguridad** de determinados ficheros, se señala que la misma surge de los resultados de los informes de auditoría realizados en el Departamento de Administración Pública y Justicia en marzo de 2016.

Ni conocemos tales informes, ni mucho menos vamos a cuestionar los resultados obtenidos por quien es especialista en la materia. Cabe únicamente realizar las siguientes observaciones:

En relación a la modificación del fichero 9.1 “*Personal de Justicia*” se asigna un nivel de seguridad medio (antes alto).

Sin entrar a realizar valoración alguna al respecto (aunque parece correcto dado el carácter “*incidental*”, por utilizar el término contenido en el artículo 81 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que tendrán los datos especialmente protegidos que en él obran) debe señalarse cómo algún otro fichero, el 6.3 por ejemplo “*Gestión Integrada de Personal*” con la misma finalidad, aunque diferente ámbito subjetivo, y que tiene una estructura de datos idéntica, tiene asignado un nivel de seguridad alto, lo que se dice por si conviniera igualar los niveles de seguridad de aquellos ficheros en los que no se aprecian diferencias sustanciales.

Respecto a la modificación del nivel de seguridad del fichero 10.1 “*Asistencia Jurídica Gratuita*”, que también pasa a ser alto, cabe señalar algo similar en cuanto los ficheros, si bien de “administraciones” diferentes, pero con semejante finalidad y estructura de datos de, por

ejemplo, los Ilustres Colegios de Abogados de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, tienen declarados un nivel medio de seguridad.

Respecto a la actualización de las cesiones previstas, que también derivan según la parte expositiva de las conclusiones obtenidas por los informes de auditoría, las del fichero 5.1 “*Procedimientos judiciales*”, que antes no preveía ninguna, no ofrece ningún problema las que tienen como destinatarios los juzgados y tribunales, el Ministerio Fiscal, el Ararteko y el Defensor del Pueblo en cuanto, además de previsibles los tres primeros, corresponden a expresas excepciones del consentimiento de los titulares previstas en el artículo 11.2 d) de la LOPD. Lo que no ocurre con las cesiones previstas al Parlamento Vasco, sin que la previsibilidad de la misma aparezca de forma indubitada, por lo que pudiera ser conveniente motivar mínimamente la misma.

En cuanto al fichero 10.4, “*Fichero de víctimas*” no resulta, a nuestro juicio, suficientemente clara la expresión “... *relacionadas expresamente en el consentimiento informado...*”, por lo que si se quiere hacer referencia a la necesidad de contar con el consentimiento de los titulares de los datos para proceder a su cesión (al menos para los especialmente protegidos) tal vez resultaría conveniente expresarlo de esa manera, máxime teniendo en cuenta que una de las características que debe reunir el consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 LOPD, es la de ser “*específico*” por lo que no parece adecuado, si eso es lo que se pretende, hacer referencia a una “relación” de entidades, sino solicitar el consentimiento cada vez que se va a proceder una comunicación de datos a cualquiera de las mismas.

e.- Por último, la supresión de los dos ficheros a los que se hace referencia en el punto seis del proyecto se encuentra suficientemente motivada, cabiendo únicamente recordar que de acuerdo con el artículo 20.3 de la LOPD “En las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros, se establecerá el destino de los mismos o en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción”.

4.- Notificación y registro.

En la Disposición Final Primera del proyecto se dispone la notificación al Registro de la Agencia Vasca de Protección de Datos de la creación del nuevo fichero, las modificaciones de los existentes y la supresión de los dos ficheros, y la solicitud de su inscripción en dicho Registro cumpliéndose la previsión contenida en el artículo 18 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero. Más

allá de lo cual, como cuestión de técnica legislativa, se advierte la conveniencia de modificar la numeración “Primera”, al ser la única disposición final de la que consta el proyecto.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.