



N/REF: 416761/2015

La consulta plantea si es conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RDLOPD) la cesión de datos de antecedentes penales de progenitores de los menores sometidos a tutela a las Entidades Públicas autonómicas competentes en materia de guarda y protección de menores. Todo ello en relación con las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

## I

Como es sabido, los datos de antecedentes penales son datos de carácter personal, definidos en el art. 3.a) LOPD como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. Si se pretende la transmisión de determinados datos del Registro Central de Penados a los órganos autonómicos con competencia en materia de guarda y custodia de menores, nos encontraríamos ante una verdadera cesión o comunicación de datos, definida en el art. 3.i) LOPD como *“toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”*. La cesión o comunicación aparece legitimada, según el art. 11 LOPD, bien por el previo consentimiento del interesado, bien *“cuando la cesión está autorizada en una ley”* o por las restantes causas de dicho precepto. Ahora bien, tratándose de comunicaciones de datos entre Administraciones Públicas ha de estarse a lo previsto en el art. 21 LOPD.

Dicho precepto se ha visto afectado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, indicando la redacción resultante de la anulación parcial del mismo que *“los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos”*.

Por este motivo, no es dable a los departamentos u órganos administrativos responsables de los ficheros determinar libremente las cesiones



que de dichos ficheros se efectúen a otras Administraciones Públicas, de tal forma que dicha cesión sólo será admisible cuando cedente y cesionario desempeñen unas mismas competencias o exista una norma con rango de Ley (estatal o autonómica), habilitante para la cesión.

Teniendo en cuenta esta premisa, esta Agencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que la mera adopción de una norma con rango de Ley no puede considerarse por sí sola como habilitante de un tratamiento o cesión, sino que la mencionada previsión ha de resultar conforme y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado por el artículo 18.4 de la Constitución. En este sentido, si bien es cierto que la Ley puede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.1 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, establecer causas específicas legitimadoras del tratamiento de los datos de carácter personal sin que se haga preciso en tales supuestos recabar el consentimiento de los afectados, debe tenerse en cuenta que tales limitaciones deberán en todo caso resultar respetuosas con el contenido esencial del derecho fundamental, conforme exige el artículo 53.1 de la Constitución. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:

*“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2. a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.”*



## II

Ahora bien, la propia LOPD parte de la especificidad de la materia, en la medida en que considera que debe estarse a la regulación propia del Registro Central de Penados y Rebeldes. En este sentido, el art. 2.3.d) LOPD señala: *“Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: (...) d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes”*. Por tanto, en lo que atañe al certificado de antecedentes penales, debe estarse a lo previsto en su legislación reguladora, que aparece recogida en el **Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero que regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia**. Según su artículo 1.2 se integran en el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, entre otros, el Registro Central de Penados y el Registro Central de Rebeldes Civiles. En el primero de ellos se inscriben las resoluciones firmes por la comisión de un delito o falta que impongan penas o medidas de seguridad, dictadas por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal (art. 2.3.a))

En relación con la cuestión de la normativa específica del Registro Central de Penados, esta Agencia ya puso de manifiesto en su informe de 26 de julio de 2008, con referencia al de 2 de agosto de 2004 lo siguiente:

*“En resumidas cuentas, de lo indicado en dicho informe se desprendían tres consecuencias esenciales: en primer lugar, que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.3 d), las normas reguladoras del Registro Civil, y en este caso, del Registro Central de Penados y Rebeldes habrán de cumplir con los principios esenciales de protección de datos, en los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, de forma que, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas, dichos principios habrán de informar la regulación específica del Registro.*

*En segundo término, las normas contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 deberán ser consideradas de aplicación supletoria a las contenidas en la regulación específica del Registro, a fin de garantizar, en todo caso, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los afectados.*

*Por último, que las normas referentes a las competencias de esta Agencia, tanto en materia de registro, como de inspección y, en su caso, sanción de las conductas contrarias a la Ley Orgánica 15/1999 serán*



*directamente aplicables a estos registros, sin perjuicio de la necesaria interpretación integradora de la Ley Orgánica con las normas reguladoras del mismo.”*

Dicha opinión se complementa con lo señalado por el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en relación con el entonces Proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado posteriormente por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que *“el artículo 2.2 de la LOPD regula lo que se han denominado “tratamientos excluidos”, en tanto que su artículo 2.3 trata de los ficheros a los que la LOPD es de aplicación supletoria, en todo aquello que no ha sido previsto por su normativa específica (por ejemplo, el censo electoral)”*. Y así se entendió también por esta Agencia en informe de 23 de octubre de 2008, informe preceptivo elaborado precisamente analizando el entonces proyecto de Real Decreto por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

En cuanto a la naturaleza de estos registros, según el artículo 2.1 *“constituye un sistema de información de carácter no público cuyo objetivo fundamental es servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas con competencias plenas en materia de seguridad pública, y de otros órganos administrativos, en el ámbito de las competencias delimitadas en el presente Real Decreto”*. Es decir, no se trata de registros de carácter público, por ofrecer una información al público en general, sino que su objetivo es servir de apoyo a la actividad de órganos judiciales y demás indicados, y a otros órganos administrativos *en el ámbito de las competencias delimitadas en el presente Real Decreto*. Es decir, cualquier órgano administrativo no tiene acceso al mismo para el ejercicio de sus competencias, sino sólo en la medida prevista en dicho Reglamento.

Y es que esta finalidad de apoyo a órganos jurisdiccionales es esencial, por cuanto es ésta la finalidad que legitima la existencia del propio registro y, por tanto, permite a través de una norma con rango de ley el tratamiento de estos datos, estando igualmente las cesiones circunscritas a dicho ámbito. Ya en el informe de 23 de octubre de 2008, antes citado, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia así lo entendió esta Agencia, refiriéndose a otro dictamen anterior en los siguientes términos: *“Así, en relación con el Registro Central de Penados y Rebeldes, el informe de 26 de julio de 2005 señalaba lo siguiente:*



*“(…) la inclusión de los datos en el Registro Central de Penados y Rebeldes será posible en cuanto exista una norma con rango de Ley que habilite el tratamiento en el Registro de los mencionados datos.*

*El 252 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “Los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de Procesados y Penados, establecido en el Ministerio de Gracia y Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito, y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados, con arreglo a los modelos que se les envíen al efecto”.*

*En consecuencia, el tratamiento de los datos en el Registro será posible en tanto se encuentra habilitado por dicho precepto o por otra norma con rango de Ley.”*

*Y en relación con los datos de sentencias firmes procedentes de órganos judiciales de otros Estados se señalaba que:*

*“En cuanto al tratamiento que se realice en virtud de los supuestos previstos en el artículo 6, el mismo será posible siempre que venga determinado por lo establecido en un Convenio Internacional, que forme parte del ordenamiento español en virtud de lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución”.*

### III

Es por esta limitación de finalidad y de accesos que el Capítulo V del RD 95/2009, al regular la certificación de los datos, no prevé ni mucho menos un sistema de certificación a petición de cualquier interesado. El art. 17 se refiere a la expedición de certificados a petición del interesado, que no es el supuesto planteado – por cuanto se pretende la expedición de certificados a instancia del órgano administrativo autonómico correspondiente para la tutela y guarda de menores -. Por su parte, el art. 16 regula la certificación de los datos, contemplando únicamente tres supuestos:

- A órganos judiciales en relación con las causas que tramiten y para su unión al procedimiento;
- A las autoridades de Estados extranjeros en las formas y supuestos que determinen las normas comunitarias y los tratados internacionales de asistencia judicial en materia penal suscritos por España
- A instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas.



Este último es el supuesto que ahora nos ocupa, previsto en el art. 16.c) del Real Decreto 95/2009 establece literalmente: *“Se emitirán certificaciones de los datos inscritos en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia en los siguientes casos: (...) c) Por el Encargado de los Registros integrados en el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales, se informará igualmente de los datos contenidos en las inscripciones de los Registros Centrales de Penados, de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Rebeldes Civiles, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento en el que sea preceptivo este certificado para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada con consentimiento del interesado, sea este persona física, jurídica o entes sin personalidad, manifestado directamente o a través de su representante, salvo que una norma con rango de Ley lo exceptúe. Dicha información se limitará únicamente a los datos relativos a la persona física, jurídica o ente sin personalidad interesado en el procedimiento”*.

Como vemos, no se prevé la posibilidad de acceso con carácter general por cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento, sino sólo en la medida en que el certificado sea preceptivo para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada con consentimiento del interesado, salvo que una norma con rango de Ley lo exceptúe. Es decir, en el supuesto planteado se requeriría que, bien el certificado fuera preceptivo en el procedimiento tramitado con consentimiento del interesado para acceder un derecho o adquirir una condición, bien que una norma con rango de ley así lo estableciera.

En este sentido, no encontramos norma con rango de ley que expresamente prevea la cesión del certificado de antecedentes penales a los órganos administrativos en cuestión.

Por un lado, el propio Real Decreto 95/2009 no lo prevé: únicamente se prevé en este Reglamento un acceso a órganos de las Comunidades Autónomas, y no es el ahora pretendido, sino el previsto en el art. 7.f) que permite el acceso directo a la información contenida en el Registro Central de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, a las Comunidades Autónomas, exclusivamente en el ámbito de sus competencias de protección de las víctimas de violencia doméstica o de género.

Tampoco entendemos que en la **Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor** exista dicha previsión legal, ni siquiera tras



las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio. La consulta se refiere específicamente al artículo 22 quater relativo al tratamiento de datos de carácter personal. Su apartado 1 señala: *“Para el cumplimiento de las finalidades previstas en el capítulo I del título II de esta ley, las Administraciones Públicas competentes podrán proceder, sin el consentimiento del interesado, a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social.*

*Los profesionales, las Entidades Públicas y privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Administraciones Públicas los informes y antecedentes sobre los menores, sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, que les sean requeridos por ser necesarios para este fin, sin precisar del consentimiento del afectado”.*

El capítulo I del título II regula las actuaciones en situaciones de desprotección social del menor, entre ellas las actuaciones de protección y ante situaciones de riesgo y de desamparo. Pues bien, si el artículo 22 quater hubiera querido hacer referencia a la obtención por las autoridades competentes del certificado de antecedentes penales, lo hubiera hecho expresamente, máxime teniendo en cuenta que se trata de registros que, como hemos visto, se rigen por su legislación específica y no permiten el acceso por organismos públicos a no ser que una norma con rango de ley lo prevea expresamente. Bajo una mención genérica de *“datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor”*, incluyendo los de sus progenitores, y bajo una consideración más genérica aún de que *“las Entidades Públicas.. facilitarán los informes y antecedentes sobre... sus progenitores que les sean requeridos por ser necesarios para este fin”* no podemos considerar englobado el certificado de antecedentes penales. Certificado que acredita la inscripción de datos de un registro que no es público, con acceso legalmente restringido para los supuestos citados, precisamente porque sus finalidades son particulares y limitadas. Decimos que son menciones genéricas porque llegan a incluir a *cualquier persona* y se refieren a todo tipo de *informes y antecedentes*, sin especificidad ninguna. Si la ley del menor, recientemente reformada, y considerando los parámetros interpretativos del art. 3 del Código Civil, hubiera querido que el certificado de antecedentes penales fuera expedido a instancia de las autoridades autonómicas, así lo hubiera contemplado expresamente.

Hemos tomado así en cuenta el tenor literal del art. 22 quater de la Ley Orgánica 15/1999 así como la finalidad del precepto, criterio interpretativo esencial. Pero podemos también acudir a la formación de la norma. Así, en lo que atañe a la protección de datos personales el informe al Anteproyecto de la



Ley Orgánica complementaria de la ley de protección a la infancia contempló esta cuestión, si bien es cierto que no examinando expresamente la cuestión ahora sometida a informe. En este sentido, junto con el Anteproyecto de la ley de protección a la infancia se sometió a informe de esta Agencia una Ley Orgánica complementaria; esta Agencia indicó por un lado que las cuestiones en ella recogidas, en lo que afectaba al art. 18.4 de la Constitución Española y a la protección de datos personales no exigían el rango de ley orgánica. Y por otro lado el informe de dicho Anteproyecto propuso la redacción de un texto que finalmente ha quedado plasmado en el art. 22 quater de la Ley Orgánica 1/1996, sin incluir en ningún momento el certificado de antecedentes penales y otro equivalente, como sí que sucede en otros preceptos de la misma norma, como en el art. 13.5. Así, dijimos en el informe sobre el Anteproyecto citado: *“Como ya se ha indicado en el apartado III de este informe, han sido numerosos los supuestos en los que se ha planteado a esta Agencia la licitud de la recogida de las informaciones necesarias para atender a situaciones especiales de riesgo, desamparo o exclusión social de menores de edad no sólo por las Administraciones competentes, sino también por quienes se encuentran sometidos al deber de colaboración al que se acaba de hacer referencia.*

*A tal efecto, ya se ha indicado que debe tenerse particularmente en cuenta la protección del interés superior del menor, conciliándose además este principio, cuando se trata de la recogida de los datos del propio menor, con su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.*

*Tratándose de la necesaria atención de los supuestos de riesgo y desamparo a los que está haciéndose ahora referencia podría considerarse que el tratamiento de los datos del menor y de las personas que configuran su entorno puede resultar necesario para la adecuada valoración de sus circunstancias y la adopción de las medidas que resulten necesarias, en su caso, para atender a su interés superior. De este modo, sería posible considerar lícito el mencionado tratamiento. Ahora bien, el tratamiento debería quedar sujeto a una serie de garantías estrictas que asegurasen que la injerencia en el derecho del afectado, particularmente cuando es el propio menor es mínimo.*

*La primera de ellas sería la referida a la limitación absoluta de la finalidad del tratamiento que, en el caso de las Administraciones competentes debería quedar supeditada al cumplimiento de los fines derivados del régimen especial establecido en el propio Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, mientras que en el de quienes se encuentren obligados a colaborar con*





*aquéllas deberá supeditarse única y exclusivamente, al cumplimiento del mencionado deber de colaboración.*

*La segunda implicaría la limitación de las cesiones de datos que podrían resultar admisibles, que debería limitarse únicamente a las destinadas a las Administraciones Públicas competentes, el Ministerio Fiscal y los órganos del Poder Judicial.*

*Y la tercera, derivada de las anteriores, implicaría la necesaria adopción de medidas reforzadas de seguridad sobre los tratamientos que se llevaran a cabo. A tal efecto, debe tenerse especialmente en cuenta que esos tratamientos implicarán en general la recogida de una información ingente relacionada con la situación del menor y de su entorno, no siendo en modo alguno extraño que se incluyesen datos relacionados con su salud y origen racial, así como con la vida sexual de quienes conforman su entorno familiar. De este modo, sería necesaria la implantación de las medidas de seguridad de nivel alto establecidas en la normativa de protección de datos”*

Y tomando en cuenta dichas consideraciones, el informe en cuestión proponía la inclusión de un nuevo artículo, que ha quedado redactado en los términos del art. 22 quater estudiado.

En este sentido, esta Agencia ha venido indicando que el principio del interés superior del menor no legitima, por sí sólo, la cesión de datos personales, ni por tanto su tratamiento. Así, en informe de 11 de julio de 2012 que se refería a otros anteriores de 11 de mayo y 4 de junio del mismo año afirmamos:

*“Ahora bien, sí podemos afirmar que no entendemos que exista previsión legal suficiente para ceder los datos de salud de una persona con la sola consideración del principio de interés superior del menor. En el informe de 11 de mayo de 2012 analizamos esta cuestión, en la que se planteaba la cesión de datos – ni siquiera eran datos de salud – de los propios menores; y concluimos que no cabía la cesión con base exclusiva en el interés superior del menor. Afirmaba dicho informe: “La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece el principio de interés superior del menor en su artículo 2, indicando: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”. Es decir, dicho principio es en interés del menor, ponderándose en caso de colisión con intereses*



*legítimos de otras personas. Pero dicho interés superior no determina limitaciones a los derechos que la propia legislación otorga a los menores, entre los que se encuentran el derecho a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, el artículo 3 de dicha Ley Orgánica determina el reconocimiento a los menores de los derechos constitucionales – entre los que está el que nos ocupa. Si admitiéramos que el interés superior del menor, como principio inspirador de la legislación de menores, ampara con carácter general la cesión de datos de menores sin su consentimiento, lo que en realidad estaríamos haciendo sería limitar los derechos de los menores a la protección de datos personales, discriminándoles negativamente en relación con los mayores de edad, lo que se aleja tanto de la LO 1/1996 como de la LOPD”. Se estudiaba a continuación la legislación autonómica que instauraba el mismo principio.*

*En el mismo sentido el informe de 4 de junio de 2012 que concluye que “Como hemos afirmado, el principio de interés superior del menor no ampara ni legítima, por sí solo, la cesión de datos personales de menores sin su consentimiento”.*

*Pues bien, lo mismo podemos afirmar en el asunto planteado. El reconocimiento del interés superior del menor, como principio inspirador de la legislación sobre los menores, no ampara por sí mismo la cesión de datos sin consentimiento. Y si no ampara la cesión de datos de los menores, menos aún los datos de otras personas, máxime cuando de datos especialmente protegidos se trata.*

*Es cierto que la Ley territorial 1/1997 de 7 de febrero de Atención integral de los menores de Canarias consagra en su artículo 4.2.a), de forma similar al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, el principio de interés superior del menor. Pero la aplicación del mismo no puede implicar que prevalezca sobre cualquier otro derecho fundamental, propio o de terceros. De hecho, el artículo 13 de la Ley 9/1998 de 22 de julio sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias de Canarias establece los derechos de las personas drogodependientes incluyendo no sólo el derecho al respeto a la intimidad, sino también “e) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso terapéutico”. Y la protección de datos personales de las personas drogodependientes ha de ser preservada en la forma establecida en la LOPD, de forma que será el legislador el que pueda autorizar cesiones sin consentimiento del afectado, por las razones de interés general que se estime que concurren en cada caso. Ahora bien, si el legislador no lo ha hecho de forma clara, habrán de respetarse los derechos a la protección de datos personales como vertiente del derecho a la intimidad”.*