

Dictamen en relació amb la consulta sobre el consentiment en la sol·licitud de certificat del Registre Central de Delinqüents Sexuals.

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una institució de l'àmbit sanitari català (en endavant, la Institució), en el que es demana que l'Autoritat emeti un dictamen sobre la possibilitat de presumir el consentiment, si no hi ha oposició expressa, en relació amb l'aportació d'una certificació negativa del Registre Central de Delinqüents Sexuals (RCDS), des de la perspectiva de la protecció de dades (Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD)).

Segons la consulta, la Institució està posant en marxa les mesures necessàries per complir amb el mandat de la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, que regula l'acreditació de no haver estat condemnat per delictes sexuals, exigint als professionals de la Institució afectats l'aportació d'una certificació negativa del RCDS, alhora que es treballa *“per tal que sigui la pròpia administració la que pugui obtenir, mitjançant les aplicacions informàtiques oportunes, aquesta informació de forma directa”*.

Per aquest motiu, i atesa la propera entrada en vigor de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (art. 28.2), la consulta contempla *“la possibilitat que, en aplicació de l'establert a l'article 28.2 de la norma esmentada, no sigui necessari el consentiment exprés de la persona interessada per a poder sol·licitar el certificat negatiu al Registre Central de Delinqüents Sexuals a partir del proper 1 d'octubre de 2016, llevat que una norma ho prevegi expressament, en el cas que ens ocupa el Reial Decret 1110/2015, d'11 de desembre, pel qual es regula el Registre Central de Delinqüents Sexuals.”*

Per això, la consulta sol·licita la confirmació de la possibilitat de presumir el consentiment (si no hi ha oposició expressa) en relació amb aquesta matèria, de cara a finalitzar els corresponents protocols d'actuació de la Institució.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, la normativa vigent aplicable, i l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

I

(...)

II

L'apartat 5 de l'article 13 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció jurídica del menor (LOPJM) -article introduït per l'article primer, vuit, de la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència-, disposa el següent:

“5. Per a l'accés i l'exercici de les professions, els oficis i les activitats que impliquin el contacte habitual amb menors, és requisit no haver estat condemnat per sentència ferma

*per algun delict contra la llibertat i indemnitat sexual, que inclou l'agressió i l'abús sexual, l'assetjament sexual, l'exhibicionisme i la provocació sexual, la prostitució i l'explotació sexual i corrupció de menors, així com per tràfic d'éssers humans. A aquest efecte, **qui vulgui accedir a aquestes professions, oficis o activitats ha d'acreditar aquesta circumstància mitjançant l'aportació d'una certificació negativa del Registre central de delinqüents sexuals.**"*

Segons l'article 3.1 del Reial decret 1110/2015, de l'11 de desembre (RD 1110/2015), que desenvolupa el RCDS, aquest és un sistema d'informació, de caràcter no públic i gratuït, relatiu a la identitat, perfil genètic, penes i mesures de seguretat imposades a aquelles persones condemnades en sentència ferma per qualsevol delict contra la llibertat i indemnitat sexuals o per tràfic d'éssers humans amb fins d'explotació sexual, inclosa la pornografia, regulats en el Codi penal, independentment de l'edat de la víctima (article 3.1 RD 1110/2015).

Atès que el RCDS inclou dades personals (article 3.a) LOPD), el seu tractament, ja sigui el que duu a terme l'Administració pública que n'és responsable i el gestiona (Secretaria d'Estat de Justícia, *ex. art. 4.1 RD 1110/2015*), o el que pugui realitzar un tercer, en el cas que ens ocupa, la institució de l'àmbit sanitari català que formula la consulta, s'ha de sotmetre als principis i garanties de la normativa de protecció de dades personals (LOPD i Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de l'LOPD (RLOPD)).

Es fa avinent que aquesta Autoritat ha elaborat el Dictamen 29/2016, en relació amb diverses qüestions relacionades amb el Registre central de delinqüents sexuals (RCDS), al que ens remetem.

Atès que la consulta es planteja en relació amb els professionals d'una Institució de l'àmbit sanitari públic de Catalunya, (...), que es crea com a entitat de dret públic de la Generalitat, (...) el personal de la Institució pot estar integrat per personal estatutari dels serveis de salut, per personal funcionari de l'Administració de la Generalitat, per personal laboral, així com per personal eventual.

Així, cal entendre que els afectats (art.3.e) LOPD), a què es refereix la consulta, serien els professionals que presten serveis –o que els puguin prestar en el futur- en els diferents centres assistencials de salut que gestiona la Institució que formula la consulta que, per les característiques pròpies del lloc de treball respectiu, queden obligades per l'article 13.5 LOPJM a presentar la corresponent certificació negativa del RCDS.

El tractament de les dades de caràcter personal (art. 3.c) LOPD) requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat que la llei disposi una altra cosa (art. 6.1 LOPD). Aquest consentiment habilita la recollida inicial de les dades, així com, si escau, la comunicació o cessió posterior a un tercer (art. 3.i) LOPD). Cal entendre per consentiment de l'afectat, qualsevol manifestació de la voluntat, lliure, inequívoca, específica i informada, mitjançant la qual aquest consenti el tractament de dades personals que el concerneixen (article 6.1 LOPD i article 3.h) LOPD).

Pel que fa a la comunicació de dades a un tercer diferent del propi afectat i del responsable del RCDS, haurà de sotmetre's al règim general previst a l'article 11 de l'LOPD, segons el qual:

"1. 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.

2. El consentiment que exigeix l'apartat anterior no és necessari:

a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.

(...)

c) Quan el tractament respongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desenvolupament, el compliment i el control de la qual impliqui necessàriament la connexió del tractament esmentat amb fitxers de tercers. En aquest cas, la comunicació només és legítima quan es limiti a la finalitat que la justifiqui.

(...)"

Cal fer notar que el RD 1110/2015, limita "l'accés directe a la informació continguda" en el RCDS als jutges i tribunals, al Ministeri Fiscal i a la policia judicial, a través de funcionaris autoritzats (art. 8.1, apartats a) b) i c), i article 9.1, ambdós del RD 1110/2015). Aquesta previsió limitada d'accés directe al RCDS, estaria amb línia amb el que disposa l'article 11.2.d) de l'LOPD, segons el qual, no cal el consentiment dels afectats quan la cessió de dades té com a destinataris, entre d'altres, el ministeri fiscal o els jutges i tribunals.

Deixant de banda aquest supòsit d'accés directe al RCDS, que no requeriria consentiment dels afectats, als efectes que ens ocupen cal tenir en compte el següent.

Segons es desprèn de l'article 11.2.c) de l'LOPD, citat, l'existència d'una relació jurídica, com pot ser una relació laboral entre la Institució i el seu personal, pot habilitar en determinats casos la comunicació de dades sense consentiment dels afectats, quan això és necessari per al desenvolupament, el compliment i el control de la relació jurídica.

Ara bé, en el cas que ens ocupa, cal tenir especialment en compte que la normativa específica que regula el RCDS (art. 13.5 LOPJM, desenvolupat pel RD 1110/2015), exigeix el consentiment previ dels afectats per tal que una administració pública pugui fer la consulta al RCDS.

En aquest sentit, l'article 9.2 del RD 1110/2015, preveu el següent:

*"2. L'encarregat del Registre, sempre que no es tracti d'informació reservada a jutges i tribunals, i **amb el consentiment previ de l'interessat** o del seu representant, ha d'informar de les dades relatives a l'interessat contingudes en el Registre central de delinqüents sexuals, a instància de qualsevol òrgan de les administracions públiques davant el qual es tramiti un procediment per accedir a professions, oficis o activitats que impliquin un contacte habitual amb menors, així com per al seu exercici. En absència d'aquest consentiment, el certificat s'ha d'expedir a instància del mateix interessat en els termes que preveu l'apartat següent.*

L'article 9.2, en connexió amb l'article 13.5 LOPJM, preveu la comunicació de dades del RCDS a "qualsevol òrgan de les administracions públiques davant el qual es tramiti un procediment" per accedir a la professió, ofici o activitat que impliqui contacte habitual amb menors. Aquesta previsió del RD 1110/2015, simplement dona la possibilitat de vehicular la sol·licitud d'informació del RCDS a través de les Administracions que tramiten un determinat procediment, com a alternativa a que hagin de ser els propis afectats els que hagin de sol·licitar directament el corresponent certificat. Aquesta és una possibilitat que podria aplicar-se al cas de la Institució respecte del seu personal, però que en qualsevol cas requereix del consentiment previ de les persones afectades, tal i com preveu expressament el propi article 9.2, citat. Així, el propi article 9.2 RD 1110/2015, conclou que, "en absència d'aquest consentiment, el certificat s'ha d'expedir a instància del mateix interessat en els termes que preveu l'apartat següent."

Cal fer notar que l'article 9.2 del RD 1110/2015, exigeix el consentiment "previ" de l'afectat, però no explicita que aquest hagi de ser "expres".

Ara bé, dit això, el propi article 9.2, citat, preveu que si no consta el consentiment ("en absència del consentiment") la única via per sol·licitar un certificat al RCDS és que ho faci el propi interessat. A efectes pràctics, pot ser difícil poder constatar si concorre o no el consentiment previ d'un afectat (i, en conseqüència, saber si es pot comunicar informació del RCDS a una Administració pública cessionària), quan aquest consentiment no ha estat formulat de forma expressa, és a dir, d'alguna manera que se'n pugui tenir constància. Això permetria interpretar que l'article 9.2 del RD 1110/2015 exigeix un consentiment "expres".

En qualsevol cas, més enllà que el tipus de consentiment exigint pel RD 1110/2016, en base a la literalitat de l'article 9.2, pugui ser una qüestió dubtosa, cal fer avinent el següent:

Segons explica la "Guía de procedimientos para recabar certificaciones del Registro Central de Delinquentes Sexuales" del Ministeri de Justícia (que va ser objecte d'anàlisi en el Dictamen 29/2016 d'aquesta Autoritat, per bé que actualment no està disponible al web del Ministeri), "Las entidades públicas pueden recabar información sobre la situación penal de sus trabajadores o candidatos, (...) previo consentimiento expreso de éstos. Inicialmente, la Plataforma (...) devuelve automáticamente información sobre los empleados que con seguridad carecen de antecedentes (penales o de delitos de carácter sexual), pero no respecto a los que no está claro, que deberán ser solicitados por ellos. (...)".

Així, segons es desprèn de la Guia citada, la resposta que pot rebre l'Administració pot ser de dos tipus: en primer lloc, pot ser confirmatòria que la persona no té antecedents, o bé, altrament, pot indicar que la consulta no es pot respondre, i que el tràmit l'ha de fer el propi interessat. Aquest segon supòsit es donaria en aquells casos en què no està clar que els afectats no tinguin antecedents penals o de delictes de caràcter sexual. D'això se'n desprèn que, tot i que no sigui una informació exacta, sí que es pot considerar com un indici de la comissió d'infraccions penals que, des del punt de vista de la protecció de les dades personals, pot tenir unes conseqüències tan perjudicials per a la persona afectada com si la informació fos exacta.

Cal tenir en compte l'especial naturalesa dels delictes comesos contra la llibertat i indemnitat sexuals (Títol VIII del Codi Penal, articles 178 a 194). Disposar, al menys, d'un indici de la comissió d'aquests delictes, implicaria un tractament de dades sobre la vida sexual dels afectats, al menys, en determinats casos, en relació amb alguns d'aquests tipus penals. En definitiva, el fet que el RCDS es refereixi, exclusivament i necessàriament, a una tipologia de delictes que, per la seva naturalesa, pot comportar el tractament d'informació sobre la vida sexual i altra informació sensible dels afectats, fa que, fins i tot quan la resposta que podria obtenir la Institució consisteixi únicament en informar que la consulta no pot ser atesa i que el certificat l'ha de demanar el propi interessat (és a dir, que no es tracti d'una informació exacta en els termes indicats), això comporti un tractament d'informació d'especial sensibilitat, cosa que condiona el tipus de consentiment que l'afectat ha de formular.

En aquest punt, resulta determinant l'article 7.3 de l'LOPD, segons el qual: "les dades de caràcter personal que facin referència a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti **expressament**". És a dir, l'LOPD exigeix, pel

que fa a la cessió de dades relacionades amb la vida sexual de les persones, entre d'altres, que el consentiment sigui exprés.

Per tot això, tenint en compte aquestes consideracions i la previsió de l'article 7.3 LOPD, no hi pot haver dubte a l'hora de considerar que el consentiment que exigeix l'article 9.2 del RD 1110/2015 és un consentiment no només previ, sinó també exprés.

L'aportació del consentiment exprés de l'afectat suposa l'habilitació, als efectes de l'article 11 LOPD, que permetria la sol·licitud de certificat al RCDS per part de la Institució, en aquest cas, per la compliment de la finalitat legítima del RCDS, que explicita l'article 3.2 RD 1110/2015 (*"La finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos a los que se refiere el apartado anterior.(...)"*).

Amb tot això, als efectes que ens ocupen, des del punt de vista del dret a la protecció de dades, el consentiment exprés (com es desprèn de l'article 9.2 RD 1110/2015, en connexió amb l'article 7.3 LOPD) de les persones que formen part del personal de la Institució, així com les persones que puguin formar-ne part en el futur, que es vegin afectades per l'obligació que imposa l'article 13.5 LOPJM, resulta necessari per a què la Institució pugui sol·licitar al RCDS el corresponent certificat, és a dir, cal que donin el seu consentiment exprés per tal que la Institució formuli la consulta al RCDS i sol·liciti directament informació al RCDS.

A efectes il·lustratius, fem notar que així ho reitera la informació disponible al web del Ministeri de justícia (www.mjusticia.gob.es), en els següents termes:

*"Cuando la que solicita el certificado, es una Administración Pública, los ciudadanos tienen derecho a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, por tanto, **es suficiente con autorizar a la Administración a que obtenga dicha información sobre su persona. (...)**"*

III

En aquest context, abans d'analitzar la incidència que pugui tenir, a partir de la seva entrada en vigor, l'article 28.2 de la LPACAP en el règim de consentiment exprés previst (atès el que es desprèn del tractament de dades especialment protegides relatives a la vida sexual, en els termes de l'article 7.3 LOPD, i de l'article 9.2 RD 1110/2015), en relació amb les sol·licituds de consulta al RCDS, cal referir-se a les previsions de la normativa en vigor.

L'article 35.f) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), disposa que els ciutadans, en les seves relacions amb les Administracions públiques, tenen el dret, entre d'altres, a no presentar documents no exigits per les normes aplicables al procediment de què es tracti, o que ja es trobin en poder de l'Administració que actua.

La Llei estatal 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (LAECSP), disposa que els ciutadans, en relació amb la utilització dels mitjans

electrònics en l'activitat administrativa, tenen dret, entre d'altres, *“a no aportar les dades i documents que estiguin en poder de les administracions públiques, les quals han d'utilitzar mitjans electrònics per obtenir la informació esmentada sempre que, en el cas de dades de caràcter personal, **tinguin el consentiment** dels interessats en els termes que estableix la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal, o una norma amb rang de Llei ho determini, llevat que hi hagi restriccions d'acord amb la normativa aplicable a les dades i documents recollits. El consentiment es pot emetre i acceptar per mitjans electrònics.”* (art. 6.2.b) LAECSP).

L'article 9 de la mateixa LAECSP disposa, en relació amb la transmissió de dades entre administracions públiques, que *“l'accés a les dades de caràcter personal, a més, està condicionat al compliment de les condicions que estableix l'article 6.2.b) d'aquesta Llei.”*

Pel que fa a Catalunya, la Llei 29/2010, del 3 d'agost, de l'ús de mitjans electrònics al sector públic de Catalunya (LUMESPC), ha creat el Catàleg de Dades i Documents Interoperables a Catalunya, que és l'eina de què es dota el sector públic de Catalunya per a fer efectiu el dret dels ciutadans a no aportar dades i documents que són en poder de les Administracions públiques (article 21 LUMESPC).

En qualsevol cas, cal estar a les previsions que la normativa específica pugui preveure en cada supòsit, pel que fa al requeriment de consentiment (art. 6.2.b) LAECSP), en el cas que ens ocupa, la normativa reguladora del RCDS.

En aquest context, la consulta planteja la possibilitat que, a partir de l'entrada en vigor de la LPACAP (2 d'octubre de 2016), no sigui necessari el consentiment exprés de la persona interessada per tal que la Institució pugui sol·licitar el certificat al RCDS, tenint en compte l'article 28.2 LPACAP, segons el qual:

*“2. Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado **haya expresado su consentimiento** a que sean consultados o recabados dichos documentos. **Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.***

En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.”

Cal tenir en compte que, segons la disposició derogatòria única, apartat 2, de la LPACAP, amb l'entrada en vigor d'aquesta llei quedaran derogades, entre d'altres, la LRJPAC i la LAECSP, a què ens hem referit.

La previsió de l'article 28.2 LPACAP, objecte de consulta, vindria a substituir, als efectes que interessin, les previsions sobre el dret dels interessats a no presentar documentació de què ja disposen les Administracions públiques, i sobre les condicions d'exercici d'aquest dret, en concret, en relació amb la prestació del consentiment.

En qualsevol cas, com veurem a continuació, la previsió de l'article 28.2 LPACAP no hauria de variar, substancialment, i pel que fa al cas específic que ens ocupa, les previsions de la normativa en vigor, a què ens hem referit.

L'article 28.2 LPACAP exigeix, com a norma general, que el consentiment sigui exprés, tot i que admet que el consentiment de l'afectat es pugui presumir, tret que consti l'oposició expressa de l'afectat en el procediment, *"o la llei especial aplicable requereixi consentiment exprés"*.

Segons el règim previst en l'article 28.2 LPACAP, els afectats als que es refereix la consulta (professionals de la Institució), per tal d'exercir el seu dret a no aportar documents de què ja disposen les Administracions públiques -en el cas que ens ocupa, el certificat del RCDS-, poden autoritzar a la Institució la consulta al RCDS, però sempre, com ha quedat exposat, en els termes de la normativa especial aplicable (art. 13.5 LOPJM i RD 1110/2015), és a dir, en el cas que ens ocupa, amb el consentiment exprés de l'afectat, tal i com es desprèn, en els termes exposats en aquest dictamen, de l'article 9.2 RD 1110/2015, i de l'article 7.3 LOPD, atesa la possibilitat de tractament d'informació personal relativa a la vida sexual dels afectats. L'exigència de la normativa aplicable al RCDS de disposar necessàriament del consentiment exprés de l'afectat per tal que una Administració pública pugui instar la sol·licitud del certificat corresponent, no permet considerar que, en el cas que ens ocupa, la Institució podrà, a partir de l'entrada en vigor de la LPACAP, sol·licitar un certificat al RCDS, relatiu al seu personal, presumint el consentiment dels afectats.

D'acord amb aquestes consideracions, es fan les següents,

Conclusions,

És necessari el consentiment exprés dels afectats (com es desprèn de l'article 9.2 RD 1110/2015, en connexió amb l'article 7.3 LOPD) per tal que una Administració pública, en aquest cas, la Institució sanitària que formula la consulta, pugui sol·licitar al RCDS el certificat per delictes de naturalesa sexual, de manera que no es pot considerar que l'article 28.2 de la LPACAP habiliti la sol·licitud d'un certificat al RCDS presumint el consentiment dels afectats.

Barcelona, 22 de juliol de 2016