

Dictamen en relación con una consulta sobre el alcance interpretativo del artículo 13.5 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos una consulta de un ente público, en el que se pide que la Autoridad emita un dictamen sobre el alcance interpretativo del artículo 13.5 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM).

Según la consulta, el ente imparte cursos de formación profesional para el empleo en sus centros de formación ocupacional (en adelante, los Centros). Los alumnos de estos cursos tienen entre 16 y 65 años.

Dado que el artículo 13.5 de la LOPJM prevé como requisito para el acceso y el ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, la aportación de una certificación negativa del Registro central de delincuentes sexuales, se pregunta si los Centros deberían pedir obligatoriamente el certificado a los formadores de los Centros, a los tutores de prácticas que designan las empresas que acogen alumnos en prácticas y al personal de los Centros, teniendo en cuenta el porcentaje de menores que habitualmente asisten a estos cursos de formación profesional para el empleo.

Analizada la consulta, que no se acompaña de ninguna otra documentación, la normativa vigente aplicable y el informe de la Asesoría Jurídica, se dictamina lo siguiente:

Fundamentos jurídicos

I

(...)

II

La consulta explica que el ente público imparte cursos de formación profesional para el empleo en sus Centros de formación ocupacional, que van dirigidos a personas en situación de paro (...).

Según la consulta, el número de alumnos inscritos menores de 18 años es muy reducido. A modo de ejemplo, la consulta explica que en el año 2017, de un total de 3064 alumnos, solo 42 alumnos eran menores de 18 años (1,3%), y en cualquier caso eran mayores de 16 años.

La consulta hace referencia al apartado 5 del artículo 13 de la LOPJM (introducido por el artículo primero, ocho, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia), que dispone lo siguiente:

“5. Para el acceso y el ejercicio de las profesiones, los oficios y las actividades que impliquen el contacto habitual con menores, es requisito no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y el abuso sexual, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución y la explotación sexual y corrupción de menores, así como por tráfico de seres humanos. A este efecto, quien quiera acceder a estas profesiones, oficios o actividades debe acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del **Registro central de delincuentes sexuales**”.

La consulta pregunta si en el supuesto planteado concurriría el elemento del contacto habitual con menores (art. 13.5 de la LOPMJ) y, en consecuencia, si los Centros deberían pedir obligatoriamente el certificado de penales a los formadores de los Centros, a los tutores que designan las empresas que acogen alumnos en prácticas, así como al personal de los Centros. Esto, según la consulta, teniendo en cuenta los porcentajes de menores que habitualmente asisten a estos cursos de formación profesional para el empleo.

De entrada, hay que referirse al marco normativo en el que se inserta la previsión del artículo 13.5 de la LOPJM.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), ratificado por España (BOE 12.11.2010), dispone que: *“Cada Parte adoptará todas las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio”.*

Según el artículo 10 de la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil:

*“1. A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada (...), con carácter temporal o permanente, para el **ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores.***

*2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen **contactos directos y regulares con menores, (...)**”.*

El artículo 13.5 de la LOPJM no ha tenido, hasta el momento de emitir este dictamen, un desarrollo reglamentario que concrete la interpretación o la casuística de qué hay que entender por “contacto habitual con menores”.

En el ámbito de Catalunya se ha dictado la Instrucción 1/2015, de 6 de noviembre, sobre el requisito de acceso y de ejercicio de puestos de trabajo que implican contacto habitual con menores, del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales, según la que:

*“Vista la dificultad en entregar criterios generales sobre el concepto de contacto habitual con menores, esta Secretaría entiende que, en caso de duda, la **protección superior de los menores** justificaría siempre su afectación. En cualquier caso, se entiende como contacto habitual con menores **la potencial accesibilidad a relacionarse con menores a consecuencia del empleo del lugar** (por la propia ubicación o localización del lugar, por ejemplo), **independientemente de las funciones y tareas estrictamente consideradas**”.*

A título ilustrativo, cabe añadir que varias comunidades autónomas (CA) han aprobado normativa referida al artículo 13.5 de la LOPJM. Así, según dispone el artículo 7 del Decreto 18/2016, de 22 de noviembre, de aplicación del artículo 13.5 de la LOPJM (CA de Extremadura):

*“1. De acuerdo con los términos de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y la Comisión, de 13 de diciembre de 2011, debe entenderse por puestos que implican contacto habitual con menores, **aquellos que supongan un contacto directo y regular con menores.***

*2. Asimismo, dado que los términos del artículo 13.5 de Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, abarcan el ejercicio de profesiones, oficios o actividades, habrán de considerarse afectados por dicha disposición, tanto los **puestos de trabajo que por sus funciones específicas supongan contacto habitual con menores, como aquellos que supongan dicho contacto por razones de la ubicación o adscripción del puesto que facilite dicho contacto**”.*

Según la Instrucción núm. 1/2016, de 22 de agosto, de aplicación del artículo 13.5 de la LOPJM (CA de Cantabria):

*“1. Esta Instrucción tiene por objeto establecer los criterios de gestión para la aportación de la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales (...). A los efectos de la presente Instrucción, **se entenderá por contacto habitual el contacto regular y directo y no meramente esporádico o circunstancial**”.*

Destacamos que el Ministerio de Justicia, según la información disponible en su web en relación con el RCDS (www.mjusticia.gob.es), remite al Informe 0401/2015, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), relativo a la interpretación que hay que dar al criterio del “*contacto habitual con menores*”, al que la consulta hace referencia. Así, según dicha web:

*“La Agencia Española de Protección de Datos en su informe 0401/2015 y en las respuestas a preguntas frecuentes interpreta que para considerar “Trabajo habitual con menores”, es necesario que el puesto de trabajo **implique por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores, siendo los menores los destinatarios principales del Servicio prestado.** No siendo necesario presentar el certificado en aquellas profesiones que, teniendo un contacto habitual con el público en general, entre los que pueden encontrarse menores de edad, no estén por su naturaleza exclusivamente destinados a un público menor de edad”.*

El Informe del AEPD constata que se trata de un criterio casuístico “*que habrá que valorar para cada puesto de Trabajo, y no objetivo o genérico*”.

No obstante, hay que recordar que no corresponde a esta Autoridad determinar en qué casos resulta exigible la aportación de la certificación negativa del RCDS en los términos del artículo 13.5 de la LOPJM ni, específicamente, determinar si se debería exigir a los

profesionales a los que se refiere la consulta (formadores y personal de los Centros, así como tutores de empresas) la presentación de dicha certificación. Por eso, este dictamen se limitará a analizar las repercusiones que puede tener para los derechos de los afectados el tratamiento de datos que supondría la exigencia del certificado negativo del RCDS —en caso de que su presentación resulte exigible en base a la normativa— y en cualquier caso a la proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta la información aportada con la consulta sobre los cursos de formación objeto de consulta en relación con los menores de edad.

III

Desde la perspectiva de la protección de datos hay que tener en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), general de protección de datos.

Según el artículo 4.1 del RGPD es dato personal: *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”;*

Según el artículo 4.7 del RGPD es responsable del tratamiento de datos:

“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”;

En caso de que, por aplicación de la normativa (LOPJM y, si procede, normativa de desarrollo) resultara exigible la aportación de certificaciones negativas del RCDS por parte de los formadores, de otros trabajadores de los Centros, o de tutores de los cursos de formación procedentes de las empresas, eso comportará un tratamiento de datos personales sometido a los principios y obligaciones del RGPD.

Según el artículo 3.1 del Real decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, que desarrolla el Registro central de delincuentes sexuales (en adelante, RCDS), este es un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual, incluida la pornografía, regulados en el Código penal, independientemente de la edad de la víctima.

Esta Autoridad ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de que la certificación sea solicitada no solo por las personas afectadas, sino también por administraciones públicas con su consentimiento. Nos remitimos sobre eso a los dictámenes CNS 29/2016 y CNS 44/2016, que se pueden consultar en la web www.apd.cat.

Tal como se recogía en aquellos dictámenes, la respuesta facilitada a raíz de una consulta al RCDS, puede ser de dos tipos: en primer lugar, puede ser confirmatoria que la persona no tiene antecedentes, o bien, de lo contrario, puede indicar que la consulta

no se puede responder, y que el solicitante recibirá información posteriormente, *“cuando el certificado esté disponible”*.

A los efectos que interesan, el hecho de no recibir el certificado en un primer momento, podría ser indicativo de varias situaciones, para la información de que se dispone, como que hay errores de identidad, o que el certificado no se encuentra disponible. Este segundo supuesto se podría dar, vista la información disponible, en aquellos casos en que no está claro que los afectados no tengan antecedentes penales o de delitos de carácter sexual.

De eso se desprende que, cuando sea la misma administración quien solicite el certificado, aunque pueda ser una información que no sea exacta, el hecho de no obtener el certificado podría ser interpretado como un indicio de la comisión de infracciones penales que, desde el punto de vista de la protección de los datos personales, puede tener unas consecuencias tan perjudiciales para la persona afectada (en el caso que nos ocupa, formadores y otro personal de los Centros, y tutores de empresas) como si la información respecto de estos antecedentes fuera exacta.

Cabe tener en cuenta la especial naturaleza de los delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexuales (título VIII del Código penal, artículos de 178 a 194). Disponer, al menos, de un indicio de la comisión de estos delitos implicaría un tratamiento de datos sobre la vida sexual de los afectados, al menos, en determinados casos, en relación con algunos de estos tipos penales.

Por eso, vista la naturaleza de la información que se puede derivar de este tipo de certificados, que afecta a datos relativos a condenas penales e incluso relativos a la conducta sexual de las personas afectadas (o las suposiciones a las que puede dar lugar el hecho de que no se obtenga el certificado), hay que analizar la exigencia del certificado desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Hay que tener en cuenta en este sentido que el artículo 5.1.c) del RGPD recoge el principio de minimización, a tenor del cual los datos personales que se traten deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

Así, desde la perspectiva de la protección de datos habrá que valorar, por una parte, el beneficio que puede suponer para la protección de los menores afectados que se exija la presentación del certificado a determinadas personas y, por otra, la repercusión que el tratamiento de los datos personales puede tener para los propios afectados (los formadores y el personal de los Centros, y los tutores designados por las empresas).

IV

La consulta hace referencia *“a los formadores de los centros, a los tutores en prácticas que designan las empresas que acogen alumnos en prácticas y al personal del Centro”*.

La previsión del artículo 13.5 de la LOPJM resulta exigible, en principio, a todas aquellas personas físicas que desarrollan tareas profesionales que comporten un contacto *“habitual”*, es decir, un *“contacto regular y directo”* con personas menores de edad, como se desprende de la normativa estudiada.

El supuesto objeto de consulta se sitúa dentro del ámbito general de la enseñanza y la formación, si bien quedaría fuera de la enseñanza propiamente dirigida a menores de

edad (educación infantil, primaria y secundaria, y bachillerato), que queda necesariamente afectada por la previsión del artículo 13.5 de la LOPJM, como se desprende del Convenio de Lanzarote y del resto de previsiones normativas estudiadas.

Para la información de que se dispone, los cursos de formación no se dirigen de forma mayoritaria ni principal a menores de edad, sino a personas desocupadas que, en un porcentaje bastante bajo, pueden ser menores de edad, de una franja de edad elevada (16 y 17 años).

Ciertamente, la previsión del artículo 13.5 de la LOPJM resulta de aplicación en relación con menores de edad en general, sin que esta norma establezca limitaciones a la exigencia de la certificación negativa del RCDS en función de la franja de edad de los menores afectados.

No obstante, hay que tener en cuenta que en el supuesto planteado el porcentaje de personas menores de edad (de 16 y de 17 años) es claramente minoritario. Como apunta la consulta, el porcentaje de alumnos menores de edad en los cursos de formación es bastante bajo (entre 0,32% y 1,3% en los últimos años).

Habría que añadir que, como ha quedado expuesto, la expresión “*contacto habitual con menores*” (art. 13.5 de la LOPJM) se deben interpretar en el sentido de “*contacto directo y regular*”, que es la expresión utilizada por la Directiva 2011/92/CE.

Si bien, como ha quedado dicho, no corresponde a esta Autoridad determinar si se puede considerar aplicable la previsión del artículo 13.5 de la LOPJM, ni si resulta exigible la certificación negativa a los afectados, hay que hacer notar lo siguiente.

En el caso de los formadores de los Centros, la existencia de un porcentaje que se sitúe entre el 0,32% y el 1,3% de alumnos menores de edad (es decir, por término medio menos de un alumno menor para cada grupo de veinte alumnos) no permite considerar que estos formadores estén en contacto habitual con menores. Y con menos motivo si estos menores tienen ya una edad superior a los 16 años, que es una edad en la que ya pueden estar integrados en el mercado laboral. Eso sin perjuicio que, dado que los porcentajes facilitados se refieren a una media del conjunto de grupos, si se agrupan en un mismo grupo los menores de edad el porcentaje pueda acabar siendo más significativo y pueda justificar la exigencia del certificado. Teniendo en cuenta eso, y vistos los términos en que se prevé por la legislación vigente la obligación de disponer del certificado, exigirlo en el caso descrito en la consulta puede resultar desproporcionado.

Con más motivo se debe descartar la proporcionalidad de la exigencia en relación con los tutores designados por las empresas que acogen alumnos en prácticas de los cursos de los Centros. El hecho que determinados profesionales de empresas ajenas al ente puedan atender puntualmente alumnos de los Centros, entre los cuales de forma muy minoritaria puede haber menores de edad, no parece que tenga que comportar necesariamente un “*contacto habitual*” con los menores por parte de estos tutores, en el sentido previsto en la normativa estudiada.

Igualmente, con respecto al “personal del Centro” al que se refiere la consulta en términos amplios. Para la información aportada no está claro a qué trabajadores se refiere la consulta, pero parece que se puede estar refiriendo a personal de administración o servicios diferente a los formadores. En cualquier caso, tampoco parece que cualquier persona trabajadora de los Centros tenga que tener contacto habitual con los menores de edad que, de forma minoritaria, podrían asistir a cursos de formación. En este caso ni siquiera parece que se pueda sostener que el contacto sería “*regular*” ni,

probablemente, “*directo*”. Por lo tanto, tampoco en este caso está claro que se deba considerar que concurre la premisa del contacto habitual y directo con menores de edad.

Ciertamente, se trata de una exigencia que deberá estar determinada caso por caso, pero en cualquier caso, vistas las características de los cursos de formación objeto de consulta (mínimo porcentaje de menores afectados y franja de edad de los menores, superior a los 16 años), en principio no parece lo bastante justificado, desde la perspectiva del principio de minimización, el tratamiento de categorías especiales de datos (artículo 9.1 del RGPD) de las personas afectadas y, por lo tanto, que se deba exigir en todo caso la presentación de la certificación negativa del RCDS.

De acuerdo con las consideraciones realizadas hasta ahora se extraen las siguientes

Conclusiones

Vistas las características de los cursos de formación objeto de consulta (muy reducido porcentaje de menores afectados y franja de edad de los menores), no parece que concorra el requisito de la habitualidad, por lo que, desde la perspectiva de la protección de datos resultaría desproporcionado el tratamiento de categorías especiales de datos (artículo 9.1 del RGPD).

Barcelona, 11 de diciembre de 2018