



La consulta plantea si 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 empresa ha de solicitar el certificado de antecedentes penales o en un futuro el certificado negativo del Registro Central de delincuentes sexuales para los que pretendan el acceso y ejercicio de puestos de trabajo en ella.

La cuestión sometida a informe aparece regulada en la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor**, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la **Ley 26/2015, de 28 de julio que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**. En concreto, el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996 señala: *“Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales”*.

Es necesario, por tanto, determinar si nos encontramos ante el acceso y ejercicio a *“profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores”*. Según la consultante, su actividad económica consiste en *“la prestación de servicios de transporte público de viajeros por carretera”*, indicando que *“cuenta con numerosos trabajadores que en el desarrollo de su actividad están en contacto habitual con menores (conductores, azafatas, agentes de ventas, personal de estaciones de servicios, etc.)”*. Ahora bien, debemos por tanto delimitar si la actividad económica planteada es subsumible en el art. 13.5 LO 1/1996, de modo que el tratamiento de los datos en cuestión estuviera legitimado.

No parece que el espíritu y finalidad del precepto sea abarcar todo tipo de actividades económicas, sino sólo aquellas que *“impliquen un contacto habitual”*; es decir, según el tenor literal de la ley, no es suficiente que en determinadas profesiones exista un contacto habitual con menores, lo que



sucedería en la mayoría de las profesiones destinadas hacia la prestación de servicios para el público en general, sino que la profesión en sí misma implique, por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores. Así, no parece que el mero hecho de poder tener un contacto con menores determine, *per se*, una limitación para el acceso y ejercicio a determinadas profesiones. Es necesario que la actividad implique en sí misma un contacto habitual con menores, teniéndoles por ejemplo como destinatarios prioritarios de los servicios prestados, por ser por ejemplo servicios específicamente destinados a menores. Por ejemplo, no cabe duda alguna que en el ejercicio de funciones docentes para los menores de edad será aplicable la norma en cuestión. No así en aquellas profesiones que, aun teniendo un contacto habitual con el público en general, entre el que se encuentran los menores de edad, no están por su propia naturaleza destinadas exclusivamente a un público menor de edad, como sucede en el asunto planteado. Se trata por tanto de un criterio casuístico, que habrá que valorar para cada puesto de trabajo, y no objetivo o genérico.

Así, en el caso planteado no resulta adecuado que, con carácter general, deba exigirse el certificado en cuestión para el acceso y ejercicio de todos los puestos de trabajo; sólo será necesario en aquellos que cumplan con los requisitos de contacto de carácter directo y regular con menores en el ejercicio ordinario de sus funciones. Así, no parece que a priori todo el personal de las estaciones de servicios o los agentes de ventas sea subsumible en esta situación. Tampoco, con carácter general, todo conductor de autobús o cualquier azafata que preste servicios en los autobuses quedará sometido a la previa certificación negativa. Sí concurriría, por el contrario, la circunstancia en aquellos conductores o azafatas que presten servicios, con carácter directo y habitual, en autobuses que se dediquen al traslado de menores, como sucede en las rutas de los centros de educación infantil, primaria y secundaria o en otros centros, ya sea educativos, deportivos o sociales que presten servicios esencialmente destinados a menores.

Para esta interpretación es necesario tener en cuenta en este ámbito la regulación internacional sobre la materia. En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 que introduce la modificación en cuestión señala que *“Se establece, además, como requisito para poder acceder y ejercer una profesión o actividad que implique contacto habitual con menores, no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación de menores, dando con ello cumplimiento a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, y a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de*



13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo”.

En este sentido, el **Convenio del Consejo de Europa relativo a la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote)**, que fue ratificado por España mediante Instrumento de 22 de julio de 2010 tiene como objeto, según su artículo 1.a) prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños.

En su labor de prevención, el art. 5.1 señala 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”*. Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo 5 establece la disposición que da lugar al art. 13.5 de nuestra Ley Orgánica 1/1996, señalando que será aplicable a profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños, si bien de modo más amplio al apartado 1, al no señalar sectores concretos en los que será aplicable. Establece así el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote: *“cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños”*.

En segundo lugar, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo contempla también la previsión en la Unión Europea para su trasposición al derecho español, como ha sucedido a través del artículo estudiado. Su tenor literal avala la interpretación que del mismo se ha ofrecido, al hablar de profesiones *“que impliquen contactos directos y regulares con menores”*: sin delimitar los sectores o actividades a los que será aplicable, se exige por tanto una vinculación más estrecha que la mera atención al público, incluyendo al público menor de edad, al requerirse que el contacto sea regular y directo, y no meramente circunstancial. Señala así el tenor literal del art. 10 de la Directiva que *“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 por una infracción contemplada en los artículos*



3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores”. Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto establece la obligación de que los Estados Miembros adopten medidas para que los empresarios al contratar soliciten este tipo de información: “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, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales”.

Puesta en conexión la legislación estudiada con la propia de protección de datos de carácter personal, debemos significar que el tratamiento de estos datos no tiene, por tanto, habilitación legal para el supuesto de hecho planteado. Partiendo de que, de conformidad con el art. 3.a) LOPD son datos de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” y que según el apartado c) del mismo precepto, por tratamiento de datos entendemos las “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”, todo tratamiento de datos ha de estar legitimado en los términos del art. 6 LOPD, y su cesión o comunicación a terceros ha de aparecer amparada en alguna de las causas del art. 11 LOPD. En lo que ahora interesa, tanto el tratamiento como la cesión pueden aparecer amparados en una Ley en sentido formal que así lo prevea. Todo ello de conformidad con el art. 7.5 LOPD en cuya virtud “Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”.

Ahora bien, de lo expuesto anteriormente resulta que el supuesto de hecho planteado en la consulta no es subsumible con carácter general en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, por lo que no existe habilitación legal para que la empresa consultante pueda solicitar el certificado de antecedentes penales o, en un futuro, el negativo del registro central de delincuentes sexuales para todas las personas que pretendan acceder o ejercer un puesto



de trabajo en la misma. Puesto que desconocemos la estructura, funciones y situación real de la plantilla de la empresa, difícilmente podrá ofrecerse una solución más allá del uso del criterio expuesto anteriormente sobre los puestos que impliquen contacto habitual con menores por suponer un contacto directo y regular con ellos.

Será, por tanto, la empresa la que tenga que determinar qué puestos de trabajo que tienen un contacto directo, regular y habitual con menores y exigir para el acceso y el ejercicio de tales funciones el certificado en cuestión. El principio de calidad de datos del art. 4 LOPD se verá cumplido en la medida en que únicamente se solicite el certificado de antecedentes penales, o en un futuro la certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales, para aquellas personas a las que sean aplicables los requisitos del art. 13.5 de la Ley Orgánica. Dicha documentación podrá ser almacenada mientras deba cumplir los fines previstos. Por tanto, para las personas que pretendan acceder al ejercicio de tales puestos de trabajo, mientras dure el proceso de selección y hasta que no haya concluido. Sólo podrán conservarse los datos, bien de los que superen el proceso de selección y hayan accedido ya a tales puestos de trabajo, bien cuando la empresa justifique que los datos de tales procesos de selección serán conservados para su uso ulterior en otros procesos de selección a celebrar inmediatamente, y sólo en la medida en que los certificados se encuentren en vigor (recordemos que tienen una validez de tres meses) y no exista derecho de oposición de los interesados. En cuanto a los empleados de la compañía, puesto que el art. 13.5 reiterado se refiere al “*acceso y ejercicio*”, los datos en cuestión del certificado de antecedentes penales o del futuro certificado negativo del registro central podrán ser conservados durante la vigencia de la relación laboral y, una vez extinta, sólo durante el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido, en su caso. Es cierto que el certificado de antecedentes penales tiene una validez de tres meses, por lo que una vez transcurrido dicho periodo se conservaría un certificado caducado. Ahora bien, siempre con las medidas de seguridad exigibles, deberá ser conservado a efectos de prueba, puesto que el empresario ha de ser capaz de acreditar que cumplió con la obligación impuesta por el art. 13.5 de la Ley Orgánica 15/1999 y solicitó el certificado en los supuestos debidos. Una vez extinta la relación laboral y transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción, si la causa de extinción hubiera sido el despido, no existe causa legal para conservar dichos datos por lo que deberá procederse a su cancelación.

En todo caso, durante la conservación del certificado de antecedentes penales, y mientras no haya entrado en funcionamiento el Registro Central de Delincuentes Sexuales, el mismo únicamente podrá destinarse a la finalidad



prevista en el art. 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, y no para otros fines, careciendo también de eficacia a todos los efectos las condenas penales que pudieran existir por delitos distintos a los que se refiere el reiterado precepto.

Asimismo, bien se conserven los certificados en ficheros automatizados o no automatizados, deberán cumplirse las medidas de seguridad establecidas en virtud del art. 9 LOPD y Título VIII RDLOPD. En este sentido, según el art. 81.2.a) serán de aplicación las medidas de seguridad de nivel medio. Si se trata de ficheros y tratamientos automatizados, téngase en cuenta lo dispuesto en los arts. 89 a 100 RDLOPD; si fueran no automatizados se estará a lo dispuesto en los artículos 105 a 110 del mismo Reglamento.