



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

I

La Exposición de Motivos del Anteproyecto sometido a informe señala que la misma “tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución”, buscando “la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores. Para ello, mediante dos artículos y tres disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores”.

A tal efecto, y conforme al Anteproyecto, se procede a la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

II

Como cuestión que debe necesariamente tenerse en cuenta con carácter previo a la lectura de este informe, será preciso tomar en consideración las distintas cuestiones que se han analizado por esta Agencia



en el informe emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, remitido para informe de la Agencia de forma simultánea al ahora informado.

En particular, es preciso tomar en consideración los comentarios efectuados en el apartado XI de dicho informe, referidos al tratamiento de datos de carácter personal de los menores y de las personas que integran su entorno familiar y social, toda vez que las propuestas que en ese lugar se realizaban inciden directamente en la reforma que el apartado cuatro del artículo 1 del Anteproyecto lleva a cabo del artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996.

Precisamente por ese motivo, y aun cuando pudiera resultar conveniente un estudio sucesivo de las disposiciones del Anteproyecto de Ley Orgánica, se procederá en primer lugar a informar esta reforma, analizándose en apartados posteriores los restantes preceptos que pudieran incidir en el régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo.

El artículo 12.3 de la Ley Orgánica 1/1996 en el texto propuesto por el Anteproyecto que ahora se informa dispone en su párrafo primero que “a efectos de la adopción y supervisión de las oportunas medidas de protección, los Organismos Públicos, los profesionales, las Entidades privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios que les sean requeridos, sobre los menores, sus padres, tutores, guardadores o acogedores, no siendo necesario a tal efecto el consentimiento del titular de los datos”.

Del contenido de la exposición de motivos parece derivarse que se considera que el mencionado precepto puede suponer una alteración del régimen establecido en el artículo 18.2 de la Constitución, único que se cita a estos efectos, lo que justificaría su inclusión en el Anteproyecto de Ley Orgánica sometido a informe.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”. Del mismo modo, en cuanto a la cesión de los datos, el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica establece que el consentimiento del afectado no será necesario en caso de que aquélla se encuentre amparado por una norma con rango de Ley.

La primera conclusión que cabe alcanzar de la lectura de dichos preceptos es la de que no sería precisa que la habilitación para el tratamiento o



la cesión de los datos de carácter personal se amparase en una norma con rango de Ley Orgánica, bastando que el rango de la norma sea el de Ley ordinaria siempre y cuando dicha norma respetase el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal reconocido por el artículo 18.4 de la Constitución, que sería el precepto afectado por la reforma planteada por el Anteproyecto. Así lo señala expresamente el artículo 53.1 de la Constitución, cuando dispone en su segundo inciso que “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

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 debería analizarse si la mencionada previsión propuesta resulta 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.”

De este modo deberá verificarse si dicha habilitación resulta coherente con los principios de protección de datos y, particularmente, con los consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, añadiendo el artículo 4.2 que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

En todo caso si una vez confrontados los principios que configuran el contenido esencial del derecho con la propuesta normativa con rango de Ley ordinaria que se hubiera sometido al parecer de esta Agencia cabe entender que la propuesta es respetuosa con el citado contenido esencial, no será precisa la adopción de una norma con rango de Ley Orgánica, toda vez que el contenido esencial del derecho, que es el sujeto a la reserva de Ley Orgánica establecida en artículo 81.1 de la Constitución, no se vería afectado por la propuesta legislativa.

III

En relación con la cuestión a la que se refiere el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 1/1996 en la redacción que se propone en el Anteproyecto debe ahora traerse a colación lo que ya ha indicado esta Agencia en apartado XI del informe emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, que a continuación se reproduce a efectos de coherencia interna del presente informe:

“Debe por último hacerse referencia a los tratamientos de datos derivados de las distintas actuaciones administrativas de protección del menor en situaciones de riesgo y desamparo que establece el Anteproyecto.



Así, por ejemplo, el artículo 17.4, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, dispone que “la valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención socio-familiar que deberá recoger las actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su entorno familiar. Se comunicará a los padres, tutores, guardadores o acogedores la valoración de la situación de riesgo y el proyecto de intervención y serán oídos y tomada en cuenta su opinión, así como la del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años, para que, si es posible, pueda consensuarse dicho proyecto, recogiendo en un convenio suscrito entre el órgano competente y los padres, tutores, guardadores o acogedores”.

Además, el apartado 7 establece que “Cuando la Administración Pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra Entidad territorial, la Administración Pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la Administración Pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención”. También se prevén normas de comunicación de la información entre las Administraciones competentes en la redacción propuesta del artículo 18.4.

En el ámbito del acogimiento familiar, el artículo 20.3 e) de la Ley Orgánica, también en la redacción propuesta, prevé que a la resolución dictada por la Entidad Pública que tenga la tutela o guarda se acompañará “El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora”.

Todo ello, unido a las competencias de las Administraciones Públicas a las que se refiere la Ley implica necesariamente que por parte de las mismas se recogerán, tratándose de situaciones de riesgo de las descritas en el Capítulo I del Título II datos de carácter personal no sólo referidos a aquél, sino a también a quienes integran su núcleo familiar o



incluso referidos a su entorno social. Además, debe tenerse en cuenta que de los tres primeros apartados del artículo 13, inalterados por el Anteproyecto sometido a informe, se deriva la comunicación a dichas autoridades de informaciones referidas al menor y el citado entorno familiar, escolar o social, por cuanto establecen lo siguiente:

“1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.”

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.”

Tomando en cuenta dichas consideraciones, el informe emitido en relación con el Anteproyecto propone la inclusión de un nuevo artículo, con rango de Ley ordinaria, dentro de la reforma de la Ley Orgánica 1/1996 que pretende llevarse a cabo por la Ley de protección a la infancia, con el siguiente tenor:

“1. 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 privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Administraciones Públicas los informes y antecedentes sobre los menores, sus padres, tutores, guardadores o acogedores, que les sean requeridos por ser necesarios para el este fin, sin precisar del consentimiento del afectado.

2. Las personas y entidades a las que se refiere el artículo 13 de esta Ley podrán tratar sin consentimiento del interesado la información que resulte imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho precepto con la única finalidad de poner dichos datos en conocimiento de las Administraciones Públicas competentes o del Ministerio Fiscal.

3. Los datos recabados por las Administraciones Públicas podrán utilizarse única y exclusivamente para la adopción de las medidas de protección establecidas en la presente Ley, atendiendo en todo caso a la garantía del interés superior del menor y sólo podrán ser comunicados a las Administraciones Públicas que hubieran de adoptar las resoluciones referidas a (...), al Ministerio Fiscal y a los órganos jurisdiccionales.

4. Los datos podrán ser igualmente cedidos sin consentimiento del interesado al Ministerio Fiscal, que los tratará para el ejercicio de las funciones establecidas en esta Ley y en la normativa que le es aplicable.

5. En todo caso, el tratamiento de los mencionados datos quedará, en todo caso sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y sus disposición de desarrollo, siendo exigible la implantación de las medidas de seguridad de nivel alto previstas en dicha normativa.”

De este modo, sería posible suprimir la reforma operada en el artículo 12.3 por el apartado cuatro del artículo 1 del Anteproyecto de Ley Orgánica sometida a informe, reemplazándolo por la inclusión en el Anteproyecto de Ley del texto que acaba de reproducirse.

IV

Junto con la disposición que acaba de ser objeto de informe cabe hacer referencia a otras dos cuestiones; una que podría implicar la necesaria introducción de ciertas aclaraciones en el Anteproyecto y otra que resulta fundamental en la interpretación que habrá de darse en lo sucesivo a las normas reguladoras de la legitimación para el tratamiento contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 y en la Directiva 95/46/CE en lo que afecta al tratamiento de datos de los menores de edad.

En cuanto a la primera de ellas, se refiere al régimen regulador de los centros de menores con trastornos de conducta, contenido en el Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, que se introduciría por efecto del apartado quinto del artículo 1 del Anteproyecto.

Debe señalarse como punto de partida que el propio Anteproyecto pone de manifiesto que nos encontramos en este caso ante tratamientos de datos de menores de edad que además han de ser objeto de una especial salvaguarda, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 25.1, que refiere el Capítulo objeto de introducción por la reforma “al ingreso y a las actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos para menores con trastornos de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades sin ánimo de lucro colaboradoras de aquéllas, en los que esté prevista la utilización de medidas de contención y de restricción de libertades o derechos fundamentales, como último recurso”.

Es decir, concurre en los afectados a los que se refiere el tratamiento de datos llevado a cabo por estos centros no sólo la circunstancia de ser menores de edad, sino la de que el tratamiento se derivará de la adopción en relación con los mismos de medidas de último recurso que implicarán una restricción de sus derechos y libertades.

Dentro de los tratamientos llevados a cabo por los centros, y aparte de los relacionados con la salud de los menores y la comisión por los mismos de infracciones, en los que habrá de estarse enteramente a lo dispuesto en la legislación de protección de datos, merecen una especial atención los vinculados a la anotación de diversos hechos en los libros registros de incidencias.



A estos libros registros se refieren los artículos 28.1, referido a la adopción de medidas de contención y seguridad, 29.4, que afecta a los registros personales y materiales a los menores, así como la relación de objetos retirados a los mismos, 30.3 y sobre la adopción de medidas de aislamiento. A su vez, el artículo 33 establece que “con independencia de las inspecciones de los centros que puedan efectuar el Defensor del Pueblo, las instituciones autonómicas equivalentes y el Ministerio Fiscal, la medida deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias”.

Debe tenerse en cuenta la especial naturaleza de los datos contenidos en estos libros registros de incidencias, que afectará en la mayor parte de los casos a la adopción de medidas coercitivas sobre el menor o sobre sus bienes, lo que impone la adopción de medidas especiales que garanticen que no se produzca un acceso indebido a la información.

En particular, ha de tenerse en cuenta la limitación que la propia Ley establece en cuanto a la finalidad de la recogida de la información en los libros de incidencias y a la limitación que la misma prevé en cuanto a los accesos a la información de los libros.

Así, en cuanto a la finalidad será la de seguimiento de la medida adoptada, a fin de valorar la procedencia de su revisión, tal y como se prevé en el transcrito artículo 33. Esta misma norma limita los posibles cesionarios de los datos, que serán únicamente la Administración Pública competente, el órgano judicial que autorizó el ingreso, el Ministerio Fiscal y, dentro de las inspecciones que eventualmente pudiera llevar a cabo, el Defensor del Pueblo.

A nuestro juicio, **sería conveniente que el articulado del Proyecto sometido a informe estableciese, posiblemente como párrafo segundo del artículo 33, una reforma que delimitase el alcance del tratamiento de los datos a incluir en el libro de incidencias, así como sus posibles cesionarios y la adopción sobre los mismos, al menos, de las medidas de seguridad de nivel medio establecidas en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal**, dado que incluirán datos relacionados con las medidas correctoras que se han indicado con anterioridad, conforme al artículo 81.3 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999.

V

Por último, deben efectuarse ciertas consideraciones relacionadas con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 en la redacción del apartado uno del artículo 1 del Anteproyecto, por cuanto de dichas previsiones se derivan importantes consecuencias en relación con la aplicación de las normas de protección de datos.

En particular, el inciso segundo del artículo 2.1 en la redacción propuesta contiene una afirmación fundamental en esta materia, al disponer que “como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Además, el apartado 4 del artículo 1 dispone según la redacción propuesta que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”, añadiendo que “en caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, si bien “la adopción de decisiones y medidas en interés superior del menor deberá tener en cuenta los derechos fundamentales de terceras personas que pudieren verse afectados”.

Desde la perspectiva de la aplicación de las normas de protección de datos la aplicación del principio de protección del interés superior del menor puede ser analizada desde un doble punto de vista: como causa legal que puede legitimar el tratamiento de los datos del menor o de terceros, por una parte, y como límite al tratamiento de datos del menor fundado en la causa referida al interés legítimo del responsable, al que posteriormente se hará referencia.

Respecto de la primera de las cuestiones a las que se ha hecho referencia ya se ha indicado en el apartado II de este informe que la aplicación del interés del menor como criterio prevalente para la adopción de una determinada medida en su beneficio puede justificar el tratamiento por parte de quien ostente la atribución para adoptar medidas sobre el mismo de los datos de las personas de su entorno, tales como padres, tutores guardadores y otras personas, existiendo en este caso una habilitación legal para el tratamiento al



amparo del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 en conexión con el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996.

Al propio tiempo, en cuanto al tratamiento de los datos del propio menor por esos órganos, la garantía de su interés superior puede ser un criterio a tomar en consideración a la hora de determinar si existe o no legitimación suficiente para el tratamiento; si bien esta habilitación no puede entenderse aplicable en todo caso, dado que si se legitimase cualquier tratamiento se estaría restringiendo el propio derecho del menor a la protección de sus datos de carácter personal con la excusa de la protección de su interés superior.

En este sentido se pronunciaba esta Agencia en su informe de 11 de mayo de 2012 cuando se señalaba que *“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”.*

De este modo, el artículo 2 de la Ley 1/1996 debe ser considerado como un criterio fundamental a la hora de valorar la procedencia del tratamiento del datos del menor por parte de las Administraciones o entidades competentes en relación con el mismo, pero no puede ser empleada como criterio absoluto de legitimación legal, a diferencia de lo que sucede en la mayor parte de los supuestos de tratamiento de datos de personas vinculadas al menor.

Por otra parte, la redacción dada al precepto por el Anteproyecto revestirá una trascendencia fundamental en lo que respecta a los tratamientos

que los sujetos de derecho privado, puedan llevar a cabo de los datos de carácter personal del menor.

Respecto de estos responsables debe tenerse en cuenta que el marco normativo establecido en los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999 debe entenderse completado por el establecido en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011.

Dicha sentencia ha declarado expresamente el efecto directo del citado artículo 7 f), según el cual “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”. Por ello, dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta Agencia Española de Protección de Datos, dado que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2012 “produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión”.

Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su apartado 38, el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

Por este motivo, la sentencia señala en su apartado 46 que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 95/46, deberán “procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita



garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo, conforme a su apartado 47 que “nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación”.

Por tanto, para determinar si procedería la aplicación del citado precepto habrá de aplicarse la regla de ponderación prevista en el mismo; es decir, será necesario valorar si en el supuesto concreto objeto de análisis existirá un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” o si, por el contrario, dichos derechos fundamentales o intereses de los interesados a los que se refiera el tratamiento de los datos han de prevalecer sobre el interés legítimo en que el responsable pretende fundamentar el tratamiento de los datos de carácter personal.

En este mismo sentido, el artículo 10.2 a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que será posible el tratamiento y la cesión de los datos sin contar con el consentimiento de los afectados cuando lo autorice una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando “el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

Pues bien, en el Anteproyecto sometido a informe, el legislador viene a establecer la prevalencia del principio de protección del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo de un tercero que pudiera concurrir, siempre que deba aplicarse ese principio en virtud de los criterios de ponderación que el propio artículo 2 establece en la redacción propuesta por el Anteproyecto.

Quiere ello decir que el texto sometido a informe produce el importante efecto de no hacer aplicable la regla de equilibrio de intereses como legitimadora del tratamiento en caso de que se pretenda el tratamiento de



datos de carácter personal de menores de edad cuyo interés superior deba ser protegido conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 o, dicho de otro modo, que no será posible el tratamiento de dichos datos amparado en un interés legítimo prevalente de responsable cuando se trate de datos de menores de edad respecto de los que proceda garantizar su interés superior conforme a esos criterios.

En resumidas cuentas, la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 implica la utilización por el legislador de los criterios de ponderación a los que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia, de forma que, como punto de partida existirá una regla de prevalencia del interés del menor sobre cualquier interés legítimo particular que pudiera invocar el responsable del tratamiento que quisiese tratar sus datos.