



Se consulta el nivel de medidas de seguridad a adoptar, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, en los ficheros que contienen los certificados negativos de delitos sexuales que deben requerir las empresas a sus empleados que trabajan con menores. Considera el consultante que no es preciso adoptar medidas de nivel medio en tanto que se solicitan por imperativo legal y que el certificado será siempre negativo porque no se puede contratar a quienes tengan tales antecedentes.

Como punto de partida, debe hacerse una referencia a la legitimación para tratar los datos relativos a los antecedentes penales de las personas. Debe así recordarse que el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal considera los datos relativos a las condenas penales como datos sensibles, disponiendo en este sentido su artículo 6 que *“Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.”*

Por su parte, la Directiva 95/46 CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de tales datos, establece, en su art. 8.5 que *“El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos”*

Asimismo, la Ley Orgánica 15/1999 contempla los datos a que se refiere la consulta dentro de los datos especialmente protegidos, disponiendo en su artículo 7.5 que *“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.”*



Debe así concluirse, como esta Agencia ha venido reiteradamente señalando, que el legislador ha querido sustraer por completo los ficheros que pudiesen contener los referidos datos a cualquier ámbito particular, determinando que sólo los poderes públicos pueden ser titulares de tales ficheros, por lo que no es legalmente posible exigir a los candidatos a un puesto de trabajo o a quienes ya están contratados un certificado de antecedentes penales, salvo en supuestos excepcionales en que, autorizados por una Ley y con las debidas garantías, se contemple dicha medida.

Este sería el caso contemplado en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que establece lo siguiente:

*“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.*

Existiendo una norma con rango de Ley que legitima la exigencia de un certificado negativo de condena por los delitos a que dicho precepto se refiere, debe examinarse el nivel de seguridad aplicable a los datos contenidos en tal certificado. Para ello debe acudir a lo previsto en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que constituye en la actualidad la normativa vigente en materia de medidas de seguridad aplicables a los tratamientos de datos de carácter personal.

El artículo 80 de esta norma clasifica las medidas de seguridad aplicables a los ficheros o tratamientos de datos en tres niveles, disponiendo el artículo 81 lo siguiente respecto de la aplicación de los niveles de seguridad:

*“1. Todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas de nivel básico.*

*2. Deberán implantarse, además de las medidas de seguridad de nivel básico, las medidas de nivel medio, en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal:*

*a) Los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales.*



*b) Aquellos cuyo funcionamiento se rija por el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.*

*c) Aquellos de los que sean responsables Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias.*

*d) Aquéllos de los que sean responsables las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros.*

*e) Aquéllos de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y se relacionen con el ejercicio de sus competencias. De igual modo, aquellos de los que sean responsables las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.*

*f) Aquéllos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos.*

*3. Además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal:*

*a) Los que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual.*

*b) Los que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.*

*c) Aquéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género.”*

Esta Agencia ha venido señalando que la aplicación de medidas de seguridad viene determinada por la tipología de la información tratada. Por consiguiente, a efectos de especificar las medidas de seguridad correspondientes a cada fichero o tratamiento, deberá atenderse a la naturaleza de los datos contenidos en el mismo.

Debe no obstante señalarse que es preciso diferenciar el carácter especialmente protegido del dato, circunstancia que afecta especialmente a la legitimación para el tratamiento antes examinada, del nivel de seguridad que deba implantarse en el fichero como consecuencia de que aquél contenga datos especialmente protegidos. Así si bien con carácter general las medidas de seguridad de nivel alto se encuentran vinculadas a los datos especialmente protegidos, no existe una exacta correlación; en este sentido, los propios datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales requieren, conforme a lo señalado en el artículo 81.2.a) del Reglamento la adopción de



medidas de nivel de seguridad de nivel medio, pese a su carácter de datos especialmente protegidos.

Por otra parte, el propio Reglamento contempla en el artículo 81, números 5 y 6 determinadas especialidades en relación con el establecimiento de medidas de nivel básico en ficheros que contienen datos especialmente protegidos. Dichos preceptos prevén lo siguiente:

*“5. En caso de ficheros o tratamientos de datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual bastará la implantación de las medidas de seguridad de nivel básico cuando:*

*a) Los datos se utilicen con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados sean asociados o miembros.*

*b) Se trate de ficheros o tratamientos en los que de forma incidental o accesorio se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad.*

*6. También podrán implantarse las medidas de seguridad de nivel básico en los ficheros o tratamientos que contengan datos relativos a la salud, referentes exclusivamente al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos.”*

Ahora bien, no cabe la aplicación al presente supuesto de las especialidades arriba transcritas. Así no puede considerarse que la información contenida en el aludido certificado sea incidental o accesorio, toda vez que constituye un requisito imprescindible para la contratación de personal cuya actividad implique contacto habitual con menores. Tampoco resulta de aplicación lo establecido en el artículo 81.6, toda vez que el mismo se refiere exclusivamente al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos.

Así pues conforme a lo señalado en el artículo 81.2.a) las medidas de seguridad de nivel medio deberán implementarse cuando en un fichero se contengan datos relativos a la comisión de delitos o infracciones administrativas, de modo que en aquellos supuestos en que la Ley imponga la exigencia de un certificado de antecedentes penales, será éste nivel de medidas de seguridad el que deba adoptarse, salvo que la existencia de otros datos conforme a lo señalado en el citado artículo 81 determine un nivel mayor.

Sin embargo, en el presente supuesto y a diferencia de otros en que la Ley habilitante se refiere en general a la exigencia de un certificado de antecedentes penales, el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996 limita la solicitud a un certificado negativo de la existencia de los delitos a que tal



precepto se refiere, de modo que, atendiendo a la naturaleza del dato tratado, y en tanto que el fichero solamente contenga las aludidas certificaciones negativas, cabe considerar que si bien tales certificaciones están relacionadas con la comisión de delitos siendo por consiguiente un dato especialmente protegido, su carácter negativo, permite considerar que no se encuentran incluidas en lo previsto en el artículo 81.2.a), precepto que parece dirigido a exigir un mayor nivel de seguridad a los ficheros que contienen cualquier otro tipo de datos relativos a la comisión de delitos distinto a la circunstancia de la no constancia de su comisión, no siendo, en consecuencia, exigible la adopción de medidas de nivel medio, siempre que la tipología del resto de los datos contenidos en el fichero no determine la adopción de medidas de nivel medio o alto.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que hasta la entrada en funcionamiento del Registro Central de delincuentes sexuales, la disposición transitoria cuarta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establecía que la certificación relativa a los delitos a que se refiere el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996 fuese emitida por el Registro Central de Antecedentes Penales, pudiendo contener tales certificaciones datos relativos a la comisión de cualquier delito. Esta Agencia, señalaba al respecto que tal certificado solamente podría destinarse a la finalidad prevista en el 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, señalaba que resultarían de aplicación las medidas de seguridad establecidas en el artículo 81.2.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, siendo en tal caso de aplicación las medidas de seguridad de nivel medio.

En consecuencia, en el supuesto de que los ficheros a que la consulta se refiere contengan únicamente las certificaciones negativas a que se refiere el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, no parece exigible aumentar el nivel de medidas de seguridad del mismo por tal motivo, pero tal interpretación no resultaría posible en el supuesto de que una Ley habilite al empleador a requerir un certificado de antecedentes penales a sus empleados, puesto que en tal caso podrían contener otros datos relativos a la comisión de delitos, siendo éste también el caso de los certificados generales de antecedentes penales que hayan sido obtenidos en aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 26/2015.

No obstante, cuando por la razón antes señalada sea preciso implementar medidas de nivel medio, a efectos de no extender las mismas a todo el fichero, cabría utilizar la posibilidad prevista el artículo 81.8 del aludido Reglamento al establecer que *“cuando en un sistema de información existan ficheros o tratamientos que en función de su finalidad o uso concreto, o de la naturaleza de los datos que contengan, requieran la aplicación de un nivel de medidas de seguridad diferente al del sistema principal, podrán segregarse de este último,*



*siendo de aplicación en cada caso el nivel de medidas de seguridad correspondiente y siempre que puedan delimitarse los datos afectados y los usuarios con acceso a los mismos, y que esto se haga constar en el documento de seguridad”.*