

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia introduce una regulación específica en relación a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, que pasa a denominarse Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, desarrollando y ampliando la protección de las personas menores de edad a través del perfeccionamiento del sistema de exigencia del requisito de no haber cometido delitos contra la libertad sexual o de trata de seres humanos, para desarrollar actividades que supongan contacto habitual con personas menores de edad. Asimismo, la disposición adicional sexta encomienda al Gobierno el establecimiento de los mecanismos necesarios para realizar la comprobación automatizada de la existencia de antecedentes por las administraciones, empresas u otras entidades.

De este modo, el proyecto de real decreto tiene por objeto introducir las modificaciones necesarias en el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre para adaptar su regulación a las previsiones de la Ley Orgánica 8/2021, así como a los avances tecnológicos que se han llevado a cabo desde su creación en febrero de 2016 en el Sistema de Registros de Apoyo a la Administración de Justicia y en el sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS).

A estos efectos, se modifican los artículos art 3 y 5, delimitando el ámbito de la información inscribible en el ahora denominado Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, que tras la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se amplía a todos los delitos de trata de seres humanos, con independencia de la finalidad de la trata.

Se modifica el artículo 6, suprimiendo de la necesidad de que el Registro Central de Penados y el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores remitan de forma automática al Registro Central de Delincuentes Sexuales información sobre la cancelación del antecedente penal. Esta comunicación ya no es necesaria, al estar conectados los referidos

registros, operando la cancelación de forma simultánea en los supuestos en los que los plazos son coincidentes.

Se modifica el art 9 para eximir a los ciudadanos de la Unión Europea de la obligación de aportar certificación negativa de condenas penales por delitos sexuales expedidos por las autoridades de su país de origen o de donde sean nacionales. Respecto de ellos, el encargado del Registro recabará la información penal que, en su caso, pudiera constar en el país de nacionalidad, a los efectos de incluirla en la correspondiente certificación.

Asimismo, se modifica el artículo 9 articulando la posibilidad de que la certificación negativa de antecedentes por delitos contra la libertad sexual y trata de seres humanos de quienes vaya a acceder o se mantengan en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, pueda ser solicitado por la propia empresa, con el consentimiento expreso de aquél, o por determinados Colegios profesionales, en los casos en los que la normativa aplicable exija a sus colegiados la ausencia de antecedentes por delitos de esta naturaleza.

Se modifica el art 10 con la finalidad de equiparar el régimen de cancelación de las sentencias dictadas por Jueces o Tribunales extranjeros que consten en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos, salvo en los casos en los que el Estado de condena hubiere ordenado con anterioridad la eliminación o borrado de la causa.

Se incorporan en los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11 y disposición adicional primera del Real Decreto las precisiones terminológicas derivadas de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, a partir de la cual el Registro Central de Delincuentes Sexuales pasa a denominarse Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos. Los artículos 3 y 5 se adaptan, asimismo, a la nueva terminología derivada de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

I

Desde la perspectiva de la normativa sobre protección de datos personales, siendo la finalidad del tratamiento la contribuir a la protección de los menores contra la explotación y las agresiones sexuales, permitiendo 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 cualquier delito contra la libertad sexual o por trata de seres humanos regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la normativa aplicable está constituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD), plenamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018 y la Ley Orgánica 3/2018,

de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

A los efectos de la correcta aplicación de dicha normativa, la principal cuestión que plantea el proyecto remitido es la referida a la posibilidad de que la certificación negativa de antecedentes por delitos contra la libertad sexual y trata de seres humanos de quienes vaya a acceder o se mantengan en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, pueda ser solicitada por la propia empresa, con el consentimiento expreso de aquél, o por determinados Colegios profesionales, en los casos en los que la normativa aplicable exija a sus colegiados la ausencia de antecedentes por delitos de esta naturaleza, tal y como se recoge en la nueva redacción que se da al apartado 2 del artículo 9:

«2. El encargado del Registro, siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales, y previo consentimiento del interesado o de su representante, informará de los datos relativos al mismo contenidos en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas o Colegio profesional ante el que se tramite un procedimiento para acceder a profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores, así como para su ejercicio. En ausencia de tal consentimiento, el certificado se expedirá a instancia del propio interesado en los términos previstos en el apartado siguiente.

Asimismo, las empresas y entidades que den ocupación en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, podrán, previo consentimiento expreso del interesado, consultar la inexistencia de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de la imposibilidad legal de contratación o, en su caso, el cese inmediato de la relación laboral o actividad, de quienes hayan sido condenados por delitos contra la libertad sexual y trata de seres humanos.»

Esta cuestión referida a la forma en la que se podía acreditar la ausencia de antecedentes penales y la legitimación para el acceso a los datos del Registro, fue objeto de un análisis detallado en nuestro Informe 8/2019, referente al Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia:

VII

El Capítulo II del Título V se refiere a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, “desarrollando y ampliando la protección de las personas

menores de edad a través del perfeccionamiento del sistema de exigencia del requisito de no haber cometido delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o de trata de seres humanos con fines de explotación sexual para desarrollar actividades que supongan contacto habitual con personas menores de edad”, tal y como señala su Exposición de Motivos”.

Esta Agencia ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el acceso a los datos que figuran en el Registro Central de Delincuentes Sexuales en sus informes de 25 de julio de 2014, referente al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia y de 13 de octubre de 2015, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.

En el Informe de 25 de julio de 2014, en relación con el requisito actualmente recogido en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, se señalaba lo siguiente:

“Para ello debe partirse como premisa del hecho de que, a diferencia de lo que señala la Exposición de Motivos, y sin perjuicio de lo ya señalado en cuanto a la inexactitud de su fundamentación legal, el citado artículo 13.5 no implica necesariamente la creación de ningún tipo de registro o base de datos referida específicamente a los autores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, sino que sólo establece como requisito imprescindible para el ejercicio de actividades que implique el contacto habitual con niños que el interesado no haya sido condenado por la comisión de estos delitos.

En consecuencia, lo que prevé el Anteproyecto es que con carácter previo a la prestación de los servicios a los que se refiere el Anteproyecto el empleador o la Administración que autorice el desarrollo de la actividad puedan conocer que el interesado carece de antecedentes relacionados con la comisión de estos delitos.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que el interesado, pese a la valoración que haya de hacerse de la conducta que condujo a la condena penal por los delitos mencionados, no deja de ser titular del derecho fundamental a la protección de sus datos de carácter personal, por lo que una medida restrictiva de este derecho deberá en todo caso respetar el principio de proporcionalidad, en los términos consagrados por el Tribunal Constitucional, y además como consecuencia del principio de injerencia mínima producir la mínima intromisión en ese derecho.

Dicho esto, no cabe duda de que la previa condena por la comisión de los delitos mencionados en el artículo 13.5 es generadora de una situación de riesgo para la libertad e integridad sexual de los menores de edad con los que pudiera trabajar el condenado, siendo así que los derechos del menor se encuentran especialmente garantizados a partir de la aplicación del interés superior de aquéllos, previsto expresamente en el artículo 2 de la Ley 1/1996.

No debe olvidarse lo ya señalado en el apartado III de este informe en cuanto a la importancia y relevancia que ha de otorgarse a este principio, siendo especialmente importante traer a colación en este momento que, si bien esta Agencia ha declarado que su aplicación podría no bastar por sí misma como fundamento para el tratamiento de datos de carácter personal, ello se ha señalado cuando el tratamiento se refiere a los datos del propio menor, dado que la colisión se produce entonces entre la protección de su interés superior y el derecho a la protección de datos. Sin embargo, en el caso al que ahora se está haciendo referencia, el acceso a los datos al que se refiere el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción propuesta no afectaría a los datos del menor, sino únicamente a los de los terceros que pretendieran realizar actividades que impliquen un contacto habitual con niños.

Por este motivo, la protección del interés superior del menor podría considerarse causa legal suficiente para amparar el acceso a la información por parte de quien pretenda contratar al interesado o por la Administración que hubiera de autorizar la realización de tales actividades.

Pero, ya se ha dicho, para ello deberá darse cumplimiento a las garantías del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, lo que por una parte exigiría valorar si resulta necesaria la creación de un registro específico para atender a la finalidad perseguida y, por otra, obligaría a analizar las condiciones en que debería producirse dicho acceso.

En cuanto a la creación del registro, debe tenerse en cuenta que el artículo 13.5 se refiere a la existencia de condenas por sentencia firme. En este sentido, no debe olvidarse que el artículo 2. 3 a) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia integra en el mencionado sistema al Registro Central de Penados, en el que se procederá a “la inscripción de las resoluciones firmes por la comisión de un delito o falta que impongan penas o medidas de seguridad, dictadas por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal”. Es decir, la información referida a las condenas firmes ya se incorpora a un registro existente, lo que parece hacer innecesaria la creación de otro sistema de información distinto, quedando el tratamiento de los datos sometido además a las normas de este registro ya existente en cuanto a sus accesos y conservación de la información.

Sentado lo anterior, debería ahora valorarse cómo podría verificarse el cumplimiento por el interesado de la condición establecida en el artículo 13.5 propuesto; es decir, el procedimiento de acreditación de la inexistencia de los antecedentes penales. A tal efecto, ciertamente los artículos 5 y 6 del Real Decreto mencionado, referidos al acceso a los registros del sistema en general y al registro de penados en particular,

no prevén los accesos a la información a los fines que se establecen en el artículo 13.5.

No obstante, el artículo 17.1 del Real Decreto establece claramente que “A petición del titular interesado, podrán certificarse directamente los datos relativos a su persona contenidos en las inscripciones de los Registros Centrales de Penados, de Medidas Cautelares Requisitorias y Sentencias No Firmes, de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y de Rebeldes Civiles y suscribir certificaciones negativas respecto a personas que no figuren inscritas en los mismos”, existiendo diversos supuestos en las normas actualmente vigente que exigen la aportación de este tipo de certificaciones para la realización de determinados trámites o la obtención de autorizaciones, pudiendo incluso encontrarse ejemplos de la exigencia de este requisito en el ámbito laboral en relación con sectores específicos.

Pues bien, siendo posible que el legislador pueda exigir la aportación de una certificación negativa por el interesado para que proceda la autorización del mismo para la realización de actividades que impliquen un contacto habitual con niños o para la contratación del interesado para la realización de esas actividades, parece lógico que la medida que permite una mejor conciliación de la especial protección del interés superior del menor, consagrado por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 con el derecho a la protección de datos de carácter personal sería la exigencia de esa certificación negativa del registro, referida específicamente a la comisión de los delitos mencionados por el artículo 13.5.

Para ello sería suficiente que el Anteproyecto clarificase que a los efectos establecidos en el precepto que ahora se está analizando, quienes pretendan llevara cabo las actividades a las que se refiere el mismo deberán aportar un certificado del Registro Central de Penados que acredite la inexistencia de condenas por la comisión de los delitos mencionados. Para ello sería suficiente añadir un segundo párrafo al artículo 13.5 propuesto, en que se indicase que:

“A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de certificación negativa del Registro Central de Penados.”

Y en el informe de 13 de octubre de 2015 se añadía:

“De lo que apuntaba el anterior informe de esta Agencia se desprende que el sistema que la misma plantaba se basaba en la aportación por el interesado del certificado negativo del Registro, teniendo en cuenta que la creación de un nuevo Registro lo residenciaría en éste y no en el de Penados.

Este modelo podría encajar con el establecido en el Proyecto sometido a informe, por cuanto cabría considerar que el mismo parte de un modelo

en que, en principio, el interesado estaría obligado a la aportación del certificado, si bien en los supuestos en los que el destinatario fuese una Administración Pública, aquél se encontraría exonerado de su obligación en los términos establecidos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, cuyo artículo 6.1 b) reconoce a los interesados el derecho “a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información”.

Sin embargo, el artículo citado se completa con la exigencia adicional de que “en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados”, añadiendo que “el citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos”.

El artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, al referirse a la exigencia a la que ahora estamos haciendo referencia dispone que “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 decir, impone al interesado la obligación de acreditar la inexistencia de estos antecedentes, sin que se prevea un acceso directo por el empleador al mencionado Registro.

Ello afecta al apartado 1 del artículo 9 del Proyecto ahora informado, dado que al no existir una habilitación legal para el acceso directo al Registro, el acceso deberá producirse previo consentimiento del interesado.

El Proyecto prevé expresamente esta circunstancia. Sin embargo hace posteriormente referencia a la posible existencia de una habilitación legal. No obstante, como se ha indicado, la norma que impone la obligación de acreditar la inexistencia de antecedentes penales por los delitos a los que se refiere el Proyecto precisamente excluye esta habilitación, por lo que procedería suprimir el inciso “salvo que una norma con rango de Ley lo exceptúe”, debiendo además indicarse que a falta de consentimiento el certificado se expedirá a instancia del propio interesado, en términos similares a los previstos en el apartado 2 del artículo 9.”

Como señala su Exposición de Motivos, el texto que ahora se informa “extiende la obligación de acreditar el requisito de no haber cometido delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a todos los trabajadores y trabajadoras, lo sean por cuenta propia o por cuenta ajena, tanto del sector público como del sector privado”, manteniendo el criterio actualmente vigente de que sea el trabajador el que aporte la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y

Trata de Seres Humanos, salvo en el caso en que se deba acreditar ante la Administración, en cuyo caso y siempre que conste el consentimiento expreso del interesado, podrá obtenerse directamente por las mismas, como manifestación del derecho a no aportar documentos que obren en poder de la Administración recogido en el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, el texto remitido introduce dos disposiciones que alteran dicho sistema de acreditación de la ausencia de condenas penales. El primero, el apartado 3 del artículo 54, en el que se señala que “La Administración General del Estado deberá establecer los mecanismos necesarios que permitan la comprobación automática de la inexistencia de antecedentes mediante el cruce de la información existente en las bases de datos de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y la recogida en Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos”. Y el segundo, el apartado 3 del artículo 55, que indica que “Asimismo, la Administración General del Estado establecerá los mecanismos necesarios que permitan, para las personas que desarrollan actividades de voluntariado, la comprobación de la inexistencia de antecedentes mediante el cruce de la información recopilada por las asociaciones en las que desarrollen su actividad voluntaria y la recogida en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos”.

De acuerdo con dichos preceptos, la Administración General del Estado deberá habilitar mecanismos de cruce de información, sin especificar cómo se va a articular dicho cruce, cuales son los datos que se van a intercambiar, quienes son las personas que va a poder acceder a dicha información y cuáles van a ser las garantías que acrediten un tratamiento lícito de dichos datos.

La falta de concrección de dichos apartados impiden un análisis detallado de los mismos desde la perspectiva de la protección de datos personales. No obstante, de los mismos se desprende que a través de dichos mecanismos se va a poder acreditar la ausencia de antecedentes penales por vías diferentes a la aportación de la certificación negativa por el propio afectado y que dicho acceso se va a permitir no sólo a la Administración, sino también a personas o entidades privadas, como resulta más claramente del apartado 3 del artículo 55 relativo a las personas que desarrollan actividades de voluntariado, y de la Disposición transitoria única. Certificaciones periódicas del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos:

“En tanto no sean de plena aplicación los mecanismos a los que se refiere el artículo 54.3, los trabajadores por cuenta ajena y los voluntarios deberán aportar periódicamente a su empleador u organización dedicada a labores de voluntariado, al menos cada dos

años, una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos”.

Por tanto, procede analizar la proporcionalidad de dicha medida, diferenciando si el acceso se produce por parte de empleadores u organizaciones dedicadas a labores de voluntariado o por parte de la Administración.

En el primer caso, si lo que se pretendiera fuera articular los mecanismos que permitieran a los empleadores u organizaciones dedicadas a labores de voluntariado acceder directamente al contenido del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, al tratarse de datos relativos a condenas e infracciones penales, debería partirse de lo dispuesto en el artículo 10 del RGPD: “El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas”.

Al amparo del citado precepto, el artículo 10 de la LOPDGDD prevé lo siguiente:

- 1. El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal.*
- 2. El registro completo de los datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas a que se refiere el artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, podrá realizarse conforme con lo establecido en la regulación del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.*
- 3. Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.*

Por consiguiente, el primer requisito para que proceda el tratamiento para fines distintos de los señalados en el citado precepto es que venga establecido en una norma con rango de ley. No obstante, dicha norma debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad que justifiquen la limitación del derecho fundamental a la protección de datos, tal y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional. Todo ello conduce a la necesidad de valorar si en el supuesto planteado se cumplirían los presupuestos necesarios para apreciar la existencia de proporcionalidad en el tratamiento. A tal efecto, es preciso recordar que la citada proporcionalidad exige, según la doctrina del Tribunal Constitucional, siguiendo a tal efecto la sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la superación de un triple juicio, en el sentido de determinar si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, si la injerencia producida en el titular del derecho objeto de restricción por la medida es la mínima en aras al logro del fin legítimo perseguido con aquélla.

Además, la norma legal habilitante que supere el citado juicio de proporcionalidad debería establecer todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, así como las garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, tal y como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 de 22 de mayo:

"[...]

d) Como los demás derechos, el derecho fundamental a la protección de datos personales no tiene carácter absoluto. Puede ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad. A los efectos del presente proceso deben destacarse dos requisitos de esos límites:

- En primer lugar, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, pues "si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger

derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril (RTC 2000, 104) , FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981 (RTC 1981, 11) , FJ 5, y 196/1987 (RTC 1987, 196) , FJ 6)" (STC 292/2000, FJ 15).

- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49) , FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:

"Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981 (RTC 1981, 8) , 34/1995 (RTC 1995, 34) , 47/1995 (RTC 1995, 47) y 96/1996 (RTC 1996, 96)) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981 (RTC 1981, 27) , fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

La segunda exigencia mencionada constituye la dimensión cualitativa de la reserva de ley, y se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. En la STC 292/2000, FJ 15, señalamos que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación", pues "la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción"; "al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla". En la misma Sentencia y fundamento jurídico precisamos también el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: "no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142) , FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341) , FJ 7)".

6

A la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, la jurisprudencia de este Tribunal le exige al legislador que, además de cumplir los requisitos anteriormente mencionados, también establezca garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental. En este fundamento jurídico precisaremos la naturaleza y el alcance de este específico requisito constitucional.

a) La necesidad de establecer las garantías adecuadas para procurar el respeto del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales fue señalada específicamente en el FJ 10 de la STC 292/2000 (RTC 2000, 292) , que ha sido correctamente invocado por el Defensor del Pueblo. Del mencionado fundamento jurídico se extraen las siguientes conclusiones:

- La previsión legal y la legitimidad del fin perseguido son requisitos necesarios pero no suficientes para fundamentar la validez constitucional de una regulación del tratamiento de datos personales, pues para ello se requieren también "garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático".

- Esas garantías son necesarias "para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos" y "para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos".

- La mera inexistencia de "garantías adecuadas" o de las "mínimas exigibles a la Ley" constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental, de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear.

- La exigencia de "garantías adecuadas" se fundamenta, por tanto, en el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

Asimismo, del examen conjunto de los FFJJ 7 y 10 de la STC 292/2000 se deduce que las "garantías adecuadas" o "garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula" deben diferenciarse también del "haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", que, como se indicó antes, son aquellas que otorgan al titular del derecho fundamental "un poder de disposición y de control sobre los datos personales".

b) Esta doctrina sobre las garantías adecuadas es también la que sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la Sentencia de la Gran Sala de 8 de abril de 2014 (TJCE 2014, 104) , asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd , apartado 54, el Tribunal de Justicia señaló lo siguiente: "la normativa de la Unión de que se trate debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos (véanse, por analogía, en lo que respecta al artículo 8 del CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) , las sentencias TEDH, Liberty y otros c. Reino Unido de 1 de julio de 2008 (TEDH 2008, 45) , nº 58243/00, §§ 62 y 63; Rotaru c. Rumanía (TEDH 2000, 130) , antes

citada, §§ 57 a 59, y S y Marper c. Reino Unido (TEDH 2008, 104) , antes citada, §§ 99)."

En la citada sentencia, la constatación de la carencia de, por un lado, reglas claras y precisas que regulasen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales (LCEur 2007, 2329) y de, por otro lado, garantías suficientes que permitieran una protección eficaz de los datos conservados fundamentó la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE (LCEur 2006, 820) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (LCEur 2002, 140) .

c) La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

La exigencia de especial protección de esta categoría de datos está prevista en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (RCL 1985, 2704) , de 28 de enero de 1981 (instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 274, de 15 de noviembre de 1985), cuyo artículo 6 establece lo siguiente: "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. [...]." Esa exigencia ha sido igualmente afirmada por la Agencia Española de Protección de Datos. De acuerdo con el preámbulo de su Circular 1/2019 (RCL 2019, 398) , esas garantías adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales de los afectados "adquieren una especial relevancia tanto por la importancia de los datos personales objeto de tratamiento como por tratarse de tratamientos a gran escala de categorías especiales que entrañarán un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas difícilmente mitigable si no se toman medidas adecuadas". Asimismo, como ya se indicó en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia, el Reglamento (UE) 2016/679 (LCEur 2016, 605) reitera la exigencia de que el legislador que regule el tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas establezca dichas garantías adecuadas [art. 9.2 g) y considerando 56].

Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate. Así, no plantean los mismos problemas una recogida de datos con fines estadísticos que una recogida de datos con un fin concreto. Tampoco supone el mismo grado de injerencia la recopilación y el procesamiento de datos anónimos que la recopilación y el procesamiento de datos personales que se toman individualmente y no se anonimizan, como no es lo mismo el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física, que el tratamiento de otro tipo de datos.

El nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales”.

Partiendo de la anterior doctrina constitucional, en el caso de que lo que se pretendiera fuera la verificación de la ausencia de condenas penales directamente por el empleador o la organización dedicada a labores de voluntariado, dicho tratamiento de datos personales debe considerarse excesivo, al existir otras posibilidad menos lesiva para el derecho fundamental a la protección de datos como es la aportación de la certificación por el propio trabajador o voluntario, ratificándose esta Agencia en el criterio manifestado en su informe de 25 de julio de 2014:

“Pues bien, siendo posible que el legislador pueda exigir la aportación de una certificación negativa por el interesado para que proceda la autorización del mismo para la realización de actividades que impliquen un contacto habitual con niños o para la contratación del interesado para la realización de esas actividades, parece lógico que la medida que permite una mejor conciliación de la especial protección del interés superior del menor, consagrado por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 con el derecho a la protección de datos de carácter personal sería la exigencia de esa certificación negativa del registro, [...]”.

Si bien, como también se señalaba por esta Agencia en el informe de 13 de octubre de 2015, en los supuestos en los que el destinatario fuese una Administración Pública, aquél se encontraría exonerado de su obligación en los términos establecidos actualmente por la Ley 39/2015, siempre que preste su consentimiento expreso.

Por el contrario, si lo que se pretendiera fuera el acceso a los datos obrantes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades de control e inspección, al amparo de lo previsto en el artículo 6.1.e) del RGPD (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento) la ley debería definir con precisión todos los presupuestos del tratamiento y las garantías adecuadas, en los términos anteriormente señalados, teniendo en cuenta que no cabe un acceso masivo e indiscriminado a los datos personales, tal y como resalta la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero:

“En cuanto al segundo párrafo de la disposición adicional impugnada, el mismo autoriza a los órganos de la Administración estatal, competentes en el ámbito de los procedimientos administrativos que se tramiten en el ámbito que regula la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros y solamente en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, para acceder a los ficheros en los que obren datos necesarios para su actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al padrón municipal de habitantes, lo cual ha de realizarse de acuerdo con la legislación sobre protección de datos sin que sea preciso el consentimiento del interesado. Al respecto, conviene hacer notar que la mención del precepto a los procedimientos administrativos tramitados en el ámbito de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros no puede entenderse sino haciendo referencia a la tramitación de un determinado expediente en el que resulta necesaria la constancia de determinado dato que ya obra en poder de otro órgano de la Administración General del Estado, tratándose así de un acceso específico en cada caso ajustado a los datos que resulten precisos para la tramitación de un expediente determinado y no de un acceso masivo o indiscriminado. La finalidad de esa cesión no es otra que comunicar el contenido de ficheros con datos tributarios, de Seguridad Social o de residencia, datos que, en cualquier caso, son ya previamente conocidos por la Administración General del Estado, atendiendo a la necesidad de que la misma disponga de la información oportuna para la gestión de procedimientos en materia de extranjería que son también de su competencia. Por ello, en la medida en que han de tratarse de datos

relacionados con un concreto procedimiento y que ya obran en poder de la Administración pública, no puede considerarse vulnerado el art. 18.4 CE. En todo caso, como ya hemos señalado, tal acceso solamente puede producirse cuando ese dato resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente, lo que permite analizar o determinar en cada caso la conformidad del acceso con lo establecido en el régimen legal que le resulta de aplicación. Así, rectamente interpretada en los términos antes expuestos, resulta que esa cesión de datos que el acceso previsto supone ha de realizarse de acuerdo con lo que al respecto disponga la Ley Orgánica de protección de datos lo que determina, no solamente la aplicación de lo que la misma dispone en materia de información al interesado respecto de la cesión de datos (art. 5.4 LOPD), sino también que la cesión, establecida en una norma legal [art.11.2.a) LOPD], se produce para el cumplimiento de finalidades legítimas del órgano cedente y del cesionario (art. 4.1 LOPD), finalidades que, desde el punto de vista material, no resultan ser incompatibles entre sí (art. 4.2 LOPD), sino que, por el contrario, los datos son comunicados para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y cesionario que contribuyen a garantizar un bien de relevancia constitucional: dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley, en este caso la de extranjería (arts. 10.1 y 13.1 CE)”.

Por consiguiente, deben suprimirse el artículo 54.3, 55.3 y la disposición transitoria única del Anteproyecto, estableciendo la obligación de los trabajadores por cuenta ajena y los voluntarios de aportar periódicamente a su empleador u organización dedicada a labores de voluntariado, al menos cada dos años, una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

Las observaciones formuladas en dicho informe no fueron debidamente atendidas por el legislador, ya que si bien se suprimieron los apartados correspondientes del articulado y la disposición transitoria, recogiendo el criterio de esta Agencia de que sea la persona que pretenda ejercer a las profesiones, oficios o actividades, incluidas las actividades de voluntariado (artículos 57.1 y 59.1) quien deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales, estableciendo asimismo la obligación del trabajador por cuenta ajena de comunicar a su empleador cualquier cambio que se produzca en dicho Registro respecto de la existencia de antecedentes (artículo 58.2), se introdujo una disposición adicional sexta encomendando al Gobierno, en el plazo de un año, el establecimiento de los mecanismos necesarios para realizar la comprobación automatizada de la existencia de antecedentes por las administraciones, empresas u otras entidades:

Disposición adicional sexta. Procedimiento de comprobación automatizada de los antecedentes regulados en los artículos 57 a 60.

1. En el plazo de un año, el Gobierno establecerá los mecanismos necesarios que permitan la comprobación automática de la inexistencia de antecedentes, en los casos en que la actividad conlleve el alta en la Seguridad Social o en mutualidades de Previsión Social, mediante el cruce de la información existente en las bases de datos de trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y de quienes realicen una práctica no laboral, y la recogida en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

2. Asimismo, el Gobierno establecerá los mecanismos necesarios que permitan, para las personas que desarrollen actividades de voluntariado, la comprobación de la inexistencia de antecedentes mediante el cruce de la información recopilada por las asociaciones en las que desarrollen su actividad voluntaria y la recogida en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

3. En el mismo sentido, el Gobierno establecerá los mecanismos necesarios que permitan la comprobación automática de la inexistencia de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos de aquellas personas que realicen prácticas no laborales que no precisen el alta en la Seguridad Social.

Como puede observarse, dicha disposición no cumple ni con los requisitos del RGPD, cuyo artículo 10 requiere que el tratamiento “lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados” ni con la doctrina jurisprudencial citada en nuestro Informe 8/2019, ya que como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo (F.J.8):

(...) La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. (...). Según reiterada doctrina constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas –unas veces– de predeterminación normativa y –otras– de calidad de la ley como al respeto al contenido esencial del derecho, que en esa regulación el legislador, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las

condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Ese mandato de predeterminación respecto de elementos esenciales, vinculados también en último término al juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental, no puede quedar deferido a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni tampoco se puede dejar en manos de los propios particulares. (...)

Asimismo, en cuanto a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la exclusión de los apoderamientos en favor de normas reglamentarias derivadas del principio de reserva de ley, la importante sentencia 292/2000 de 30 de noviembre señala, en su Fundamento Jurídico 14, se pronuncia respecto del alcance de las normas reglamentarias en los siguientes términos:

14. Pese a la importancia que para garantizar el ejercicio del derecho fundamental poseen los derechos del interesado a ser informado y a consentir la cesión de sus datos personales, como antes se ha declarado, sin embargo, es suficiente según el art. 21.1 LOPD que la comunicación de tales datos entre Administraciones Públicas, para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, sea autorizada por una norma reglamentaria. Al respecto, ya hemos dicho [STC 127/1994, FJ 5, con remisión a la STC 83/1984, FJ 4, y 99/1987, FJ 3 a)] que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino "deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14).

La remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reservada a la Ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contraría materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, "ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la

Constitución o por la propia Ley". Es en este segundo plano en el que se encuentra el núcleo argumental del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo que es acogido en esta Sentencia, el cual considera que al establecer el art. 21.4 LOPD que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que como se ha dicho ya, defrauda la previsión del art. 53.1 de la Constitución (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 3).

En el presente caso, existe una habilitación legal al desarrollo reglamentario en la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 8/2021, pero sin que dicha ley haya establecido garantías específicas para la adecuada protección de los derechos y libertades de las personas afectadas.

Por consiguiente, ante la ausencia de dichas garantías en la ley y la imposibilidad de que las mismas puedan concretarse en un ulterior desarrollo reglamentario dejan como único supuesto que legitimaría la consulta por los colegios profesionales profesionales, en los casos en los que la normativa aplicable exija a sus colegiados la ausencia de antecedentes por delitos de esta naturaleza y por las empresas o entidades que den ocupación en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, el previo consentimiento expreso del interesado, tal y como se recoge en el artículo 9 del proyecto de real decreto.

De este modo, mediando el previo consentimiento del interesado, se garantiza que el mismo conserve el poder de control y disposición sobre sus propios datos personales que le garantiza su derecho fundamental a la protección de datos (conforme a la doctrina sobre el alcance de este derecho fundamental recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 de 30 de noviembre, FJ.6).

Esta previsión es, asimismo, conforme con la regulación contenida en 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, cuyo artículo 10. 2 contempla tanto la previa autorización del interesado como la aportación por el mismo:

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, 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.

Tal y como recuerda la propia Directiva en sus Considerandos 41 y 43, la misma no pretende introducir modificaciones en el régimen de acceso a los registros de antecedentes penales y debe respetarse la normativa sobre protección de datos personales:

(41) Atendiendo a las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros, la presente Directiva tiene en cuenta el hecho de que el acceso a los registros de antecedentes penales únicamente puede ser autorizado por las autoridades competentes o la persona interesada. La presente Directiva no establece obligación alguna de modificar los regímenes nacionales aplicables a los registros de antecedentes penales o a las vías de acceso a su contenido.

(43) Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales. El acceso a estos registros debe estar sujeto a limitaciones con arreglo a los principios constitucionales nacionales y las normas aplicables en materia de protección de datos, por ejemplo permitiendo el acceso solamente a las autoridades judiciales o a los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En todo caso, el consentimiento del interesado, además de ser expreso, deberá cumplir con el resto de requisitos exigidos por el artículo 4.11 del RGPD, que define el «consentimiento del interesado» como *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*, así como con las condiciones para el consentimiento que regula en su artículo 7.

Particularmente, deberá tenerse en cuenta el requisito de la libertad del consentimiento, ya que como recuerda el Considerando 42 del RGPD *“El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”*.

Por consiguiente, en el supuesto de que el interesado no preste su consentimiento expreso, no puede sufrir perjuicio alguno, debiendo permitirse que sea el propio interesado quien aporte la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

Asimismo, faltando dicho consentimiento, el certificado únicamente podrá expedirse a instancia del propio interesado, previsión recogida en el primer párrafo del artículo 9.2. del proyecto y que debería recogerse igualmente en su párrafo segundo.