

9.2 Informes de anteproyectos legislativos

El DPD en base a lo dispuesto en los artículos 38.1 y 39.1 a) del 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante, RGPD) y en la Instrucción FGE 2/2019, a fin de auxiliar en la función consultiva que corresponde al Consejo Fiscal [art. 14.4 j) EOMF] y en cumplimiento de la función de asesoramiento en aquellas cuestiones relativas a protección de datos emitió diversos informes respecto de diversos proyectos legislativos que pudieran afectar a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal así como, en su caso, en relación a otros aspectos y todo ello con el fin de contribuir a la mejora de los mismos.

9.2.1 EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Tiene por objeto básicamente y entre otras cuestiones: garantizar la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo en los centros públicos hospitalarios; permitir a las mujeres tomar libremente las decisiones que atañen a la interrupción voluntaria de su embarazo; permitir a las adolescentes de 16 y 17 años, así como a las mujeres con discapacidad, interrumpir voluntariamente su embarazo sin necesidad de consentimiento de sus tutores legales.

En el informe se señalaron, entre otras cuestiones, las siguientes:

Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, se valoró positivamente la regulación que se contiene en el nuevo artículo 19 ter de la LO 2/2010 (mediante el que se creaba el registro de personas objetoras de conciencia) al exigir el cumplimiento de la normativa de protección de datos y en el cual se plasma, específicamente, principios relativos al tratamiento de datos de conformidad con lo dispuesto en el RGPD así como la obligación de realizar una evaluación de impacto.

No obstante, se consideró que el referido artículo 19 ter, aunque en su apartado primero dispone que el registro se creará en cada Comunidad Autónoma, omite especificar la entidad que asumiría la responsabilidad de la gestión del mismo y tampoco establece los criterios que permitirían identificar a ese organismo al que atribuir esa condición de responsable, lo cual resulta preciso para determinar, a su vez, sobre

quien ha de recaer las obligaciones y exigencias que la normativa de protección de datos impone a los responsables del tratamiento.

Por todo ello, se sugirió que en los términos expresados se subsanase dicha cuestión, ya que carecía del necesario rigor técnico referencias tales como a que sea el propio registro el que garantice el derecho a la confidencialidad de las personas profesionales sanitarias y que sea este el que se someta a la normativa de aplicación en materia de protección de datos de carácter personal (tal como se recoge en el apartado 3 del art. 19 ter).

Dicha sugerencia fue recogida en la Disposición adicional cuarta del texto definitivo plasmado en la LO 1/2023, de 28 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

Respecto de la modificación del apartado primero del artículo 23 LO 2/2010, se sugirió una nueva redacción pues, a diferencia de aquel que pretende sustituir, resultaba confusa, y también para cumplir con el principio de limitación del plazo de conservación ya que, a criterio del DPD, el plazo de cinco años no resultaba debidamente justificado.

En el texto definitivo recogido en la LO 1/2023 si bien se mantuvo la redacción y el excesivo plazo de conservación, se recogió expresamente el derecho de la paciente a ejercer el derecho de supresión sobre sus datos personales.

9.2.2 EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA, POR LA QUE SE REGULAN LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

Básicamente tiene por objeto plasmar el principio de reciprocidad en materia de cooperación jurídica internacional en la regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial; regular de forma más completa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la figura del agente encubierto como medida de investigación; modificar determinados preceptos de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y regular normativamente los equipos conjuntos de investigación actualizando así la normativa contenida en la Ley 11/2003.

En el informe por el DPD se pusieron de manifiesto, entre otras cuestiones:

– En relación con la Ley Orgánica del Poder Judicial se modifica el artículo 277 siendo el objeto de la reforma de este artículo la inclusión de una mención expresa al principio de reciprocidad en defecto de otra fuente del derecho que resulte de aplicación primaria, tales como los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, normas de la Unión Europea y leyes españolas sobre la materia.

En este aspecto, y dada la necesidad de promover a nivel mundial los valores fundamentales de respeto de la privacidad y de la protección de datos personales, tal como reconoce el *Convenio de Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales* (Convenio 108+), por el DPD se estimó conveniente que a dicho artículo se le añadiese una referencia que recordase la obligación de respetar el derecho fundamental a la protección de los datos personales con ocasión de las transferencias internacionales de los mismos.

Efectivamente, respecto del flujo transfronterizo de datos el artículo 14 del *Convenio 108+* impone obligaciones a las partes contratantes con el fin de evitar que en la transferencia de datos existiera riesgo de incumplimiento de las disposiciones de este.

En el mismo sentido el RGPD dispone que si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión por el presente Reglamento, ni siquiera en las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a responsables y encargados en el mismo u otro tercer país u organización internacional. En todo caso, las transferencias a terceros países y organizaciones internacionales solo pueden llevarse a cabo de plena conformidad con el presente Reglamento, si el responsable o encargado cumple las disposiciones del presente Reglamento relativas a la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales (Considerando 101), añadiendo el RGPD que los Estados miembros pueden celebrar acuerdos internacionales que impliquen la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales siempre que dichos acuerdos no afecten al presente Reglamento ni a ninguna otra disposición del Derecho de la Unión e incluyan un nivel adecuado de protección de los derechos fundamentales de los interesados (Considerando 102).

En virtud de ello se propuso que a dicho artículo del APLO se le añadiese que: «En cualquier caso, se deberá atender a las exigencias impuestas por la normativa de protección de datos personales», lo cual cohonesta a su vez, con lo dispuesto en el vigente artículo 278.1. 4.º LOPJ.

– Por otro lado, el APLO, respecto de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación, el artículo 4 dice que la actuación del equipo conjunto de investigación se someterá a las disposiciones que en materia de protección de información clasificada o de protección de datos personales sean de aplicación, y especialmente a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales* o aquella que la sustituya en el futuro.

Sin perjuicio de que dicha previsión no sea incorrecta, ya que se remite a las disposiciones de protección de datos que sean de aplicación y especialmente a la LO 7/2021 por la que se transpuso al derecho nacional la *Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo*, lo cierto es que la *Directiva (UE) 2022/211 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2022 por la que se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI* lo que pretende básicamente, es regular el tratamiento de datos (ya sea por parte del mismo responsable o por otro) para una finalidad distinta de aquella para la que se recogieron, por lo que el APLO debiera incidir en la regulación de esta cuestión así como también en la transferencia de datos personales a terceros países que no sean miembros de la Unión Europea.

Por esa razón se consideró que este último aspecto debiera contemplarse en el APLO de un modo más detallado ya que en la actualidad el flujo de datos a terceros países se lleva a cabo, acudiendo a los supuestos de excepciones para situaciones específicas (art. 46 LO 7/2021) o, en su caso, mediante el sistema de garantías apropiadas (art. 45 LO 7/2021), ya que la Comisión, hasta la fecha y en lo que se refiere al ámbito penal, únicamente ha dictado una decisión de adecuación, concretamente respecto del Reino Unido, lo que supone un riesgo cierto de que las transferencias de datos a terceros países que se puedan llevar a cabo mediante las actuaciones de los equipos conjuntos de investigación se realicen sin que se garantice el nivel de protección de las personas físicas previsto en la normativa europea y nacional.

9.2.3 EL PROYECTO DE REAL DECRETO (EN ADELANTE, PRD) POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1110/2015

Tiene por objeto, facilitar y agilizar la certificación negativa de antecedentes por delitos contra la libertad sexual y la trata de seres humanos por quienes pretendan el acceso y ejercicio de cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, así como agilizar el régimen de certificación negativa de antecedentes sexuales derivados de condenas recaídas sobre ciudadanos de la Unión Europea.

En el informe se pusieron de manifiesto diversas cuestiones, entre ellas las siguientes:

– Se modifica el párrafo primero del apartado 2 del artículo 9 y se añade un segundo párrafo al mismo con el fin de permitir la consulta al registro por los Colegios profesionales en los casos en los que la normativa aplicable exija a sus colegiados la ausencia de antecedentes por delitos contra la libertad sexual y trata de seres humanos, añadiéndose también que las empresas o entidades puedan solicitarlo respecto de quienes vayan a ejercer o ejerzan cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad.

En este aspecto, y sin perjuicio de que el centro de atención primordial se encuentre en el derecho fundamental del menor a que su interés superior sea prioritario, no se puede obviar que las personas que ejercen o van a ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen o puedan implicar un contacto habitual con personas menores de edad son titulares del derecho fundamental a la protección de sus datos de carácter personal consagrado en el artículo 18.4 CE.

La modificación que prevé el PRD en el artículo 9.2 relativa a que Colegios profesionales, empresas o entidades puedan consultar los datos obrantes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales constituye una operación de tratamiento de datos sensibles al referirse a condenas penales, por lo que por el DPD se considera necesaria la inclusión en el PRD de alguna disposición que especifique con mayor detalle qué colegios profesionales, empresas o entidades se encuentran legitimados concretamente para solicitar esa información (así como también las profesiones o actividades que puedan implicar un contacto habitual con menores). Esto dotaría de mayor precisión y garantías a una ley que ha de estar sometida, tal como proclama el TC, al respeto del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales y evitaría situaciones en las que innecesaria o injustificadamente se facilite información obrante en el registro. Y

ello sin perjuicio de aquéllas otras ocasiones en que una interpretación restrictiva pudiera dar lugar a que no se solicitase dicha información, lo que en este caso pondría en riesgo el interés superior del menor.

– Por otro lado se considera cuestionable la exigencia recogida en el PRD de previo consentimiento del interesado para efectuar consulta de los datos al registro ya que la posibilidad de desarrollar una actividad laboral que implique contacto habitual con personas menores de edad conlleva la exigencia legal de no haber sido condenado por sentencia firme por cualquier delito de los recogidos en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 8/2021 así como la obligación de acreditar la inexistencia de antecedentes penales, motivo por el que el consentimiento del interesado que se prevé en los dos párrafos del artículo 9.2 del PRD, atendiendo a la vigente normativa, no constituye una base jurídica válida para el tratamiento ya que este no puede considerarse libremente prestado dado que el interesado no goza de verdadera o libre elección y no puede denegar el mismo sin sufrir perjuicio alguno. Además, no se especifica en la norma las consecuencias que se derivarían para la persona que pretende realizar una actividad que implique un contacto habitual con menores, haya sido o no previamente condenada, su decisión de oponerse a la consulta al registro o de no facilitar la correspondiente certificación.

De ello cabe concluir que el tratamiento de datos personales derivado de la correspondiente certificación (comunicación por transmisión en los términos del RGPD) por parte del encargado del registro ante la petición de cualquier órgano de las administraciones públicas, colegios profesionales o de empresas y entidades, o incluso del propio interesado, no encuentra su base legitimadora en el consentimiento sino en el cumplimiento de una obligación legal, en el interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

En virtud de lo expuesto, la referencia al consentimiento que se recoge en los dos párrafos del artículo 9.2 del PRD debiera suprimirse, por lo que se sugirió que donde dice «previo consentimiento del interesado «o previo consentimiento expreso del interesado» se diga «previa información de ello al interesado» con la finalidad de así plasmar el deber de transparencia en virtud del cual, y sin perjuicio de las restricciones legalmente establecidas para las personas físicas, debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados (Considerando 39 RGPD y 26 Directiva 2016/680).

9.2.4 EL PROYECTO DE REAL DECRETO (PRD) POR EL QUE SE MODIFICA EL 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

Pretende, básicamente y según su Exposición de Motivos, posibilitar el cumplimiento de la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). La Directiva estableció en su artículo 56 bis la necesidad de que los Estados Miembros crearan un mecanismo de alerta en el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) para la efectiva transmisión de información acerca de los profesionales a los que las autoridades o los órganos jurisdiccionales nacionales hubieran restringido o prohibido total o parcialmente, incluso con carácter temporal, el ejercicio de determinadas actividades profesionales del ámbito docente y sanitario.

En el informe por el DPD se pusieron de manifiesto diversas cuestiones, entre ellas las siguientes:

– La Directiva 2013/55/UE fue traspuesta al derecho interno mediante el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, que en el artículo 77 asigna a la autoridad designada por el Ministerio de Justicia el envío de esta información. No obstante, el acceso directo a la información contenida en el Sistema de Registros regulado en el Real Decreto 95/2009 se encuentra limitado, según lo dispuesto en los arts. 5 y 6: a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial, a las unidades de Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, a las unidades del CNP responsables de la expedición del pasaporte y aquellas responsables del control de entrada y salida del territorio nacional en el marco y para el ejercicio de sus respectivas competencias y funciones, a las unidades y funcionarios del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los que se encomiende la instrucción y resolución de los procedimientos de inscripción en el Registro Especial de Operadores de Embarcaciones Neumáticas y Semirrígidas de Alta Velocidad y de autorización de uso de sus embarcaciones, a los efectos previstos en el Real Decreto 807/2021, de 21 de septiembre y a la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior en relación a los datos relativos a penas, medi-

das de seguridad y medidas cautelares en las que se haya dispuesto la privación del derecho a conducir vehículos a motor.

Por tanto, en la actualidad, dado que no se contempla en el RD 95/2009 el acceso a dicho registro por parte de ninguna autoridad designada por el Ministerio de Justicia a los efectos previstos en la Directiva 2013/55/UE y en el Real Decreto 581/2017, será ilícita cualquier consulta que se lleve a cabo con esa finalidad en tanto no se legitime dicho acceso mediante la correspondiente previsión legal.

– Según la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, el compromiso asumido por el Ministerio de Justicia fue la implantación de un sistema de comunicación de estos pronunciamientos judiciales mediante el envío de la información penal recogida en el Registro Central de Penados a los Ministerios encargados del envío de las alertas, si bien, uno de los obstáculos que impiden la emisión eficaz de la alerta es el desconocimiento de la profesión de la persona condenada sobre la que recaen las inhabilitaciones profesionales, dato de obligada anotación en el IMI.

Por ello, en el artículo único del PRD se promueve la modificación del artículo 9 del RD 95/2009 añadiendo un *apartado u)* con la finalidad de incluir, como dato de obligada anotación a la hora de inscribir una sentencia firme: *«La profesión de la persona condenada, en los supuestos de condenas de inhabilitación para profesión u oficio, así como en los supuestos de condenas de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad».*

Por el DPD se señaló que, a la vista del contenido del apartado h) del mencionado artículo que contempla la inclusión de *la pena o penas principales y accesorias, medida de seguridad y su duración*, la profesión de la persona condenada es una información que estará incluida en ese apartado siempre que se den los requisitos para ello ya que, tal como dispone el Código Penal, la inhabilitación para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia (art. 45).

Por tanto, la inclusión del apartado u) cuando el contenido que pretende incorporar ya figura en el apartado h) constituye una previsión legal innecesaria que generará situaciones conflictivas, sobre todo en los supuestos de falta de claridad de la resolución judicial, obligando a los LAJ (art. 13.1 RD 95/2009), y no al propio Tribunal, en base al artículo 267 LOPJ, a «interpretar» el contenido de la sentencia para satisfacer esta nueva exigencia relativa al registro de la profesión u oficio de la persona condenada, pudiendo dar lugar a

incoherencias o contradicciones que pondrían en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).