



DICTAMEN Nº D20-006

DICTAMEN RELATIVO AL ACCESO AL EXPEDIENTE DE SERVICIOS SOCIALES DE UN MENOR POR UNO DE LOS PROGENITORES

ANTECEDENTES

PRIMERO: Por el Ayuntamiento de [...] se ha solicitado dictamen de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en relación con la cuestión descrita en el encabezamiento. En el escrito de solicitud, se expone lo siguiente:

“Por los Servicios Sociales municipales, se está tramitando un expediente en relación con un menor. Los padres del mismo están separados, teniendo actualmente guardia y custodia y patria de potestad compartida. En dicho expediente constan diferentes informes y actuaciones tanto de los servicios sociales como de la policía municipal. Algunos de los documentos son referidos exclusivamente a uno de los progenitores (informes de policía), otros referencian estos de manera parcial. El otro progenitor solicita que se le dé copia del expediente referido al menor (verbalmente se nos ha indicado que tiene como finalidad solicitar modificación de las medidas respecto del menor). De acuerdo con la normativa en materia de protección de datos, ¿podemos facilitarle la totalidad del expediente?. Si no debemos entregar la parte referida al otro progenitor, en los informes en que se hace referencia a dichos documentos ¿se debe evitar el acceso a dicha parte de los informes?”.

SEGUNDO: El artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en su apartado n) atribuye a la Agencia Vasca de Protección de Datos la siguiente función:

“Atender a las consultas que en materia de protección de datos de carácter personal le formulen las administraciones públicas, instituciones y corporaciones a que se refiere el artículo 2.1 de esta Ley, así como otras personas físicas o jurídicas, en relación con los tratamientos de datos de carácter personal incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley”.

Corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos, en virtud de la normativa citada, la emisión del dictamen en respuesta a la consulta formulada.

CONSIDERACIONES

I

El marco normativo actual en materia de protección de datos personales, se contiene en 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), directamente aplicable en los Estados miembros desde el 25 de mayo de 2018, y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

Así mismo, resulta de aplicación en esta Comunidad Autónoma la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos y su normativa de desarrollo, en todo aquello que no se haya visto desplazada por la normativa anterior.

II

Se consulta a la Agencia Vasca de Protección de Datos la adecuación al derecho fundamental a la protección de datos personales de la solicitud formulada por un progenitor que reclama copia del expediente que se tramita por los servicios sociales del Ayuntamiento en relación con su hijo menor, con la finalidad declarada de modificación de las medidas respecto al menor.

El Ayuntamiento expone en su consulta que los padres del menor están separados, pero que ambos tienen la patria potestad y comparten la guarda y custodia del menor, y pregunta si puede facilitar copia de la totalidad del expediente al progenitor solicitante, dado que contiene información referida en exclusiva al otro progenitor.

En primer lugar, debe señalarse que uno de los principios esenciales que informan todo tratamiento de datos personales es el principio de licitud (art. 5.1 a) RGPD), que exige que cualquier tratamiento de datos personales esté amparado en una base jurídica que lo legitime. Esas bases legítimas se regulan en el artículo 6.1 del RGPD, entre ellas, el consentimiento del interesado (apartado 1 a), el cumplimiento de una obligación legal (apartado 1 c), o de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento (apartado 1 e). Asimismo, podrán tratarse los datos si el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieren la protección de datos personales, en particular, cuando el interesado sea un niño (artículo 6.1f) del RGPD).

No obstante, es preciso destacar que el RGPD contiene un régimen más restrictivo para el tratamiento de categorías especiales de datos (datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física), estableciendo, como regla general, la prohibición de su tratamiento, y contemplando en el apartado 2 del precepto, las excepciones a esa prohibición.

En el caso consultado, se desconoce el tipo de expediente concreto al que se refiere el Ayuntamiento, y si contiene o no información categorizada como de especial protección, pero sabemos que se tramita en el área de servicios sociales, está referido a un menor, y que en él consta información no sólo del menor sino también de sus progenitores.



Partiendo de todo ello, podemos comenzar señalando que el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) reconoce a los interesados el derecho de acceso a sus propios datos personales en los términos señalados en su artículo 15.

Sin embargo, este derecho del interesado (titular de los datos) a acceder a la información referida a su persona no es absoluto, al estar sujeto a las limitaciones recogidas en el artículo 23 del RGPD, entre ellas, *“La protección del interesado o de los derechos y libertades de otros.”* (art. 23.1i) RGPD).

Este precepto legitimaría al Ayuntamiento a facilitar al solicitante la información referida a su persona, tratada por el Ayuntamiento en el expediente de su hijo menor, salvo que concurriese alguna causa para limitar ese derecho, como sería la protección del propio menor.

En cuanto al acceso a la información referida a su hijo menor, hay que tener en cuenta, que el artículo 12.1 de la LOPDGDD permite que el derecho de acceso pueda ejercerse directamente o por medio de representante legal o voluntario. Además, el apartado 6 de ese mismo artículo 12 de la LOPDGDD establece que:

“En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica”.

En el presente caso no se especifica la edad del menor, pero sí que el progenitor solicitante tiene la patria potestad, además de la guarda y custodia compartida. Por lo tanto, en el caso de que el menor tuviera menos de catorce años los progenitores titulares de la patria potestad podrán ejercer el derecho de acceso a los datos del menor obrantes en el expediente en representación del mismo, salvo que concurra también alguna causa que justifique la limitación del derecho de acceso, como es la protección del propio menor.

En este sentido, debe destacarse que el artículo 154 del Código Civil, regula la patria potestad, estableciendo que la misma, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo a su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Además, dispone este artículo 154 que esa función comprende el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, así como de representarlos y administrar sus bienes.

Por su parte, el artículo 156 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá de modo conjunto por ambos progenitores, lo que supone que las decisiones importantes relativas a sus hijos deben ser adoptadas de mutuo acuerdo. En caso de discrepancia deberá resolver el juez conforme al trámite establecido en ese mismo artículo 156 del Código Civil, precepto que regula también el ejercicio de la patria potestad si los padres están separados, disponiendo que *“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.*



Volviendo al caso que nos ocupa, según informa el Ayuntamiento, los progenitores están separados y ambos tienen la patria potestad y la guarda y custodia compartida sobre el menor.

Tal y como lo ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo, por todas, en STS de 24 de abril de 2018, *“La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 619/2014, de 30 de octubre; 242/2016, de 12 de abril; 529/2017, de 27 de septiembre; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014, de 16 de octubre; 422/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio)”*.

A su vez, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos conlleva su representación legal. Sin embargo, el artículo 162 del Código Civil excluye de la representación legal de los hijos una serie de actos, entre otros, los relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (artículo 162.1º) y, también, aquellos en los que exista conflicto de intereses entre el padre y el hijo (artículo 162.2).

Tal y como hemos señalado anteriormente, el artículo 12 LOPDGDD permite a los titulares de la patria potestad ejercer por representación el derecho de acceso de sus hijos menores de 14 años.

Ahora bien, en el supuesto de que existiese conflicto de intereses entre padres e hijos, ello determinaría con arreglo al Código Civil, que los progenitores no podrían representar legalmente a sus hijos menores. Es más, de conformidad con el artículo 163 del Código Civil, siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él, y en el caso de que el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor.

Resumiendo, los progenitores podrán acceder a la información propia y a la de su hijo menor de edad que pueda constar en el expediente municipal, en virtud de la capacidad de representación legal que les confiere el Código Civil, siempre y cuando no exista un conflicto de interés entre éstos y su hijo, en cuyo caso, deberá limitarse también este derecho de acceso.

En el presente caso, partimos de que el expediente tramitado afecta a un menor de edad, y existe para ellos un régimen especial de garantía, tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento jurídico interno.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) proclama en su art. 3, párrafo 1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*



administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta previsión tiene el debido reflejo en el derecho interno, concretamente en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del, cuyo artículo 2 preceptúa:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Este concepto jurídico del interés superior del niño ha sido objeto de desarrollo por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en la *“Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”*. Según este documento el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité entiende que el interés superior del niño es un concepto triple:

1. Un derecho sustantivo a que su interés superior sea una consideración primordial que se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida.
2. Un principio jurídico interpretativo fundamental, de tal modo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
3. Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecta a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales y, además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

El documento del Comité relaciona el interés superior con el cuidado, protección y seguridad del niño cuando afirma que la evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, etc.

Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

Es interesante también la consideración del Comité consistente en entender que el concepto de interés superior del niño es complejo y su contenido debe determinarse caso por caso. Según el Comité, el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante



la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención.

El interés superior se recoge también en el apartado 3 del artículo 22 quáter de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este precepto legal, dedicado a la protección de datos de carácter personal, determina en su apartado 3, que los datos recabados por las Administraciones Públicas podrán utilizarse única y exclusivamente para la adopción de las medidas de protección establecidas en dicha ley *“atendiendo en todo caso a la garantía del interés superior del menor y sólo podrán ser comunicados a las Administraciones Públicas que hubieran de adoptar las resoluciones correspondientes, al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales”*.

Por último, debe mencionarse la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, cuyo artículo 6 incide en el deber de reserva de los organismos, entidades e instituciones públicas y privadas que actúen en el ámbito de la atención y protección a la infancia y la adolescencia, adoptando las medidas oportunas para garantizar, en aplicación del derecho a la intimidad, el tratamiento confidencial de la información con la que cuenten, en los términos regulados en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. El mismo texto legal, en su artículo 48 a), incluye entre los principios y criterios rectores de la actuación administrativa, el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo, sobre cualquier otro interés legítimo concurrente.

En definitiva, el interés superior del menor es el principio básico que debe regir toda la actuación del Ayuntamiento en relación con ese menor, y deberá necesariamente ser atendido en el tratamiento de la información que obre en su expediente.

El Tribunal Constitucional (por todas, en STC 134/1999, de 24 de mayo y STC 387/2012, de 11 de junio), considera incuestionable el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la normativa ahora citada exige el estricto respeto a la intimidad de los menores en las actuaciones desarrolladas por el sistema de protección, que gozan de confidencialidad y reserva.

Y ello nos lleva de nuevo a la consulta formulada, que plantea si pueden dar al progenitor solicitante la información obrante en el expediente de su hijo, referida exclusivamente al otro progenitor. En nuestra opinión, el solicitante no actúa como un tercero interesado, sino en interés del propio menor, en representación del mismo, como titular de su patria potestad, y con el único objetivo de atender a las obligaciones derivadas de su ejercicio, y siempre en interés del menor.

Ese interés será siempre superior a cualquier otro interés legítimo concurrente, como el interés del afectado a la privacidad de sus datos obrantes en el expediente, pero en ningún caso la protección de ese interés superior legitimaría al Ayuntamiento a otorgar al solicitante un acceso incondicional a toda la documentación obrante en el expediente, si resultase irrelevante para esa finalidad legítima de protección del menor.



En definitiva, el acceso a la información personal del otro progenitor contenida en el expediente del menor, sólo estaría justificado en la medida en que fuese necesario para la satisfacción del interés superior del menor. En caso contrario, habría que limitar el acceso a esa información. Corresponde, en todo caso, al Ayuntamiento resolver la solicitud formulada por el progenitor, analizando las circunstancias concretas del caso, y atendiendo al interés superior del menor, que debe prevalecer frente a cualquier otro derecho que pudiera ser invocado.

En Vitoria-Gasteiz, 4 de marzo de 2020