



N/REF: 029045/2018

El presente informe irá dirigido a poner de manifiesto las cuestiones que surjan del proyecto que incidan en la materia propia de la normativa de protección de datos, sin perjuicio de que, en virtud del principio de colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas, puedan resaltarse otras circunstancias o reflexiones que surjan de la lectura y análisis del texto, a efectos de que pueda ser tenidos en cuenta, en su caso, por el órgano emisor del informe sectorial que corresponda, o por el promotor del texto de la norma en su caso.

La materia de adopción ha sufrido en los últimos años modificaciones motivadas por la ratificación por España del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado por España y publicado en el BOE de 13 julio 2011, y las posteriores Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Si bien el papel fundamental de las Entidades Públicas en esta materia es anterior a estos cambios, las modificaciones legales introducen novedades que les afectan, tales como (véase exposición de motivos de la ley 26/2015 citada): *se incorpora al artículo 176 [del Código civil] una definición de la idoneidad para adoptar a fin de fortalecer la seguridad jurídica, y se incluye expresamente una previsión en función de la cual no podrán ser declarados idóneos para la adopción los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a una Entidad Pública. En relación con la actuación de la Entidad Pública en el procedimiento judicial de adopción, se producen dos importantes novedades. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez, cuestión que no estaba claramente establecida; y, en segundo lugar, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción. O la introducción de la figura de la "guarda con fines de adopción".*

La solicitud de informe remitida a esta Agencia por la Junta de Extremadura se refería específicamente a lo establecido en el Título IV del proyecto, denominado "programa de post adopción". Sin embargo, no sólo por



coherencia puesto que el examen de un título de una disposición normativa habrá de hacerse en relación con al resto de los preceptos de la misma, sino que de la propia lectura de la totalidad de la norma se ha puesto de manifiesto la necesidad de que el informe se extienda al conjunto de la disposición.

Hay que partir por tanto, para el análisis de la norma en relación con la materia de protección de datos, del texto del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ya citado, puesto que su artículo 10.1 contiene el principio general al que en esta materia habrán de ceñirse las autoridades administrativas, y entre ellas la correspondiente a la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Dicho artículo dice así: *La autoridad competente sólo podrá declarar una adopción tras haber llevado a cabo investigaciones adecuadas acerca del adoptante, el menor y su familia. Durante el tiempo de sus investigaciones y posteriormente, los datos sólo se podrán obtener, tratar y transmitir con observancia de las normas relativas al secreto profesional y a la protección de datos de carácter personal.*

Ello significa que si bien existe la necesidad, por ejemplo, para declarar la idoneidad del adoptante de llevar a cabo la investigación adecuada, dicha investigación (en cuanto tratamiento de datos personales) y el tratamiento posterior de los mismos sólo podrá llevarse a cabo de conformidad con la normativa de secreto profesional en general, y de protección de datos de carácter personal, en particular. Sobre esta base, que se impone a los derechos nacionales, habrá que verificar que el proyecto sometido a informe cumple en todo caso con dicha prevención, y no sólo en su Título IV. Esta circunstancia es recogida expresamente en el art. 3 del proyecto, en cuanto que establece como principios rectores de la actuación administrativa *los establecidos en los Tratados Internacionales, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en el Código Civil, en la Ley 4/1994, de protección y atención de menores en Extremadura, así como cuantos otros vengan establecidos en la normativa relativa a la protección de menores.*

Comenzando ya con el análisis de los preceptos concretos, y a tenor de lo expuesto hasta ahora, sería recomendable que en el artículo 5 del proyecto sometido a informe se incluyera una referencia específica a la normativa de protección de datos personales, puesto que no existe ninguna referencia concreta en el proyecto a la necesidad de que la actividad administrativa cumpla con la normativa de protección de datos, más allá de las referencias indirectas a los tratados internacionales que ya hemos visto. Dicha redacción podría ser la siguiente (o similar): *En todo caso, la obtención, el tratamiento, la transferencia o cesión de los datos personales, o cualquier otra actuación que constituya un "tratamiento" según la normativa de protección de datos personales, que se lleve a cabo en el ejercicio de las competencias previstas*

en el presente Decreto se ejercitará siempre con observancia de las normas relativas a la protección de datos personales vigentes en cada momento.

Se somete a la reflexión de la autoridad que ha sometido el presente proyecto a informe que quizás, en algunos casos, lo establecido en la letra b) del art. 6, en cuanto al derecho de los menores a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos biológicos, en los términos absolutos en que está redactado al referirse a todos los menores (incluso por tanto a los adoptados) podría presentar un conflicto con establecido en art. 178.1 y 178.4 del código civil, en cuanto que establecen que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adaptado y su familia de origen, salvo cuando el interés del menor así lo aconseje y el juez al constituir la adopción acuerde el mantenimiento de dicha relación con su familia de origen, lo que incluirá a sus hermanos biológicos. Este derecho, para los menores adoptados, sólo existiría en los casos de adopción abierta, y a decisión del juez. Por eso también el art. 7.2, letra b) del proyecto debería modularse dado que no todas las familias adoptivas están obligadas a facilitar la relación entre hermanos biológicos, sino exclusivamente en el caso de que dicha posibilidad de adopción abierta sea determinada por el juez. Es cierto que el caso de la letra b) del art. 6.1 se refiere a varios hermanos que serían entregados, todos ellos, en adopción, pero también puede incluirse en dicho enunciado el caso de que sea entregado en adopción un solo hermano y el resto permanezca con sus progenitores, esto es, en su familia biológica, en cuyo caso entraría en conflicto con el art. 178.4 citado.

Además, esta posibilidad está establecida como una facultad del Juez en el artículo 178.4 del Código civil, no de la autoridad autonómica en materia de protección de menores. Por ello el art. 9 habría de modificarse en el sentido de recoger expresamente, pues en caso contrario podría producirse una confusión acerca de a quién le corresponde dicha facultad, que es al juez a quien corresponde acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor y los miembros de la familia de origen, lo que podría incluir a sus hermanos biológicos.

En la letra m) del art. 10.1 parece que debería sustituirse la expresión “personas adoptivas” por la de “personas adoptadas”.

Art. 16: no se entiende muy bien la razón por las que los delitos mencionados en la letra c) del apartado 1 del art. 16 son invalidantes para ser considerados idóneos como adoptantes si la víctima es algún familiar o un menor de edad, y no cuando la víctima es cualquier tercero. De todos modos, cabría agregar que dichos delitos habrían de haber sido considerados como dolosos, no como culposos, en la sentencia (si alguno de ellos admite la comisión culposa). De todos modos, ya el artículo 243.4 del código civil impide ser tutor, y por lo tanto obtener la idoneidad para ser adoptante, al condenado

por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

La prevención establecida en el artículo 18.3 del proyecto podría considerarse contraria a lo establecido en el artículo 175.4 del código civil, que establece que nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Tal y como resulta de la interpretación de este precepto del código civil en relación con el artículo 7 del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado), al que ya se ha hecho referencia, la ley permite la adopción de un menor bien por dos personas, o por una sola persona. La ley española ha permitido ambas opciones, pero de ninguna manera fuerza a las personas casadas (o con análoga relación de afectividad) a que formulen su solicitud de manera conjunta de modo que en todo caso quienes estén casados hayan de adoptar conjuntamente. Adviértase que ello impediría la adopción por uno solo de ellos, y entonces dejaría de tener efectividad la prevención establecida en el artículo 177.2 del código civil sobre el asentimiento del cónyuge del adoptante (pues no sería nunca posible, ya que según la redacción como está, debería “consentir”. En definitiva, si lo establecido en art. 18.3 del proyecto al establecer que las parejas deberán formular su solicitud de forma conjunta, que es que ambos deberán solicitar ser adoptantes conjuntamente y de ese modo someterse ambos necesariamente a una valoración de la idoneidad, se considera que es contrario al código civil, porque impediría que uno solo de los cónyuges fuera adoptante por sí solo.

Se considera contrario a la normativa de protección de datos la prevención contenida en las letras c) y f) del artículo 19.1 del proyecto, en lo que hace referencia a que el solicitante de la idoneidad para ser considerado adoptante deberá o bien presentar determinada documentación o bien, en caso de que no desee aportarla, podrá “autorizar” (él mismo) a la Administración para recabar de oficio a los datos que se citan en dichos epígrafes. Y en concreto nos referimos a la posibilidad para la Administración de solicitar, sin contar con el consentimiento de los interesados, (i) de los antecedentes penales del resto de los miembros de la unidad familiar que convivan de forma permanente en la unidad familiar, que no sea el solicitante, y (ii) de pedir un certificado oficial sobre el grado de discapacidad o reconocimiento de la dependencia de los miembros de la unidad familiar que no sean el solicitante. Dichos datos están incluidos dentro de las categorías especiales de datos personales y le sería de aplicación el artículo 9 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 (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

Todo tratamiento de datos personales ha de cumplir con los principios relativos al tratamiento que se contienen en el artículo 5 del RGPD. El primero de ellos es el de la *licitud*, que determina que deberá existir una base jurídica que permita el tratamiento. Otro de los contenidos en dicho precepto o es el de *limitación de la finalidad*, de manera que los datos habrán de ser utilizados para los fines determinados, explícitos y legítimos para los que hubiesen sido recogidos, y no podrán ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. El art. 9 del RGPD establece con carácter general que *Quedan prohibidos el tratamiento de 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 dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física*. A continuación, el apartado 2 de dicho artículo 9 establece determinadas excepciones a dicha prohibición, entre las que cabe destacar aquí la letra a): *cuando el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados*. Entendemos que no cabría en este caso otra base jurídica de las establecidas en el art. 9.2, ya que no nos encontramos ante una *prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social*, por cuanto cabe recordar que en esta fase nos encontramos en el procedimiento administrativo de la valoración de la idoneidad de una persona o familia solicitante, sin que éste aún en ningún caso involucrado de manera directa un menor.

Del mismo modo el art. 10 del RGPD establece, sobre el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, que *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*.

Adviértase que para en los caso casos en que está en juego el interés superior del menor ya el 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, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, estableció, cuando existía la necesidad de valorar la situación de un menor, lo siguiente:

«Artículo 22 quáter. *Tratamiento de datos de carácter personal.*



1. Para el cumplimiento de las finalidades previstas en el capítulo I del título II de esta ley, las Administraciones Públicas competentes podrán proceder, **sin el consentimiento del interesado, a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social.**

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

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

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

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

5. En todo caso, el tratamiento de los mencionados datos quedará sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposición de desarrollo, siendo exigible la implantación de las medidas de seguridad de nivel alto previstas en dicha normativa.»

Pero en el presente caso en modo alguno se está entrando a valorar la situación de un menor, sino que estamos ante un procedimiento para la valoración de la idoneidad de los solicitantes, cuestión distinta, y que no puede infringir el derecho a la protección de datos personales de terceros, pues no son estos directamente los interesados en la solicitud, sino que lo es el solicitante, quien en definitiva estaría autorizando la utilización de unos datos personales sin contar con los interesados. Por lo tanto, si se considera necesario que se aporten los datos personales protegidos referentes a la

situación de salud o incapacidad, o los antecedentes penales, de quienes convivan con el solicitante en su vivienda, esto deberá realizarse en necesariamente con el consentimiento del titular de dichos datos considerados sensibles. Adviértase que puede ocurrir (al menos teóricamente) que el solicitante conviva en una vivienda incluso con personas que no formen parte de su unidad familiar (por ejemplo, en una vivienda arrendada en el que se conviva con un arrendador tercero), o con personas que aun perteneciendo a la unidad familiar extensa (hermano, abuelo) se opongan a que se cedan sus datos personales protegidos. La posibilidad establecida en la ley de no aportar documentos el solicitante y que la Administración pueda requerirlos si no los aporta, habrá que entender que se refiere a los propios del mismo, pero no puede entenderse, al menos en el caso concreto presente, que hace referencia a datos especialmente protegidos de terceros.

Del mismo modo, lo establecido en el artículo 19.2 e) del proyecto, respecto de que el interesado deberá aportar (ahora ya sin que la Administración pueda entenderse apoderada para solicitarlo por sí misma) informes médicos relativos al estado de salud físico y mental del resto de miembros que convivan de forma permanente en la unidad familiar, habrá de entenderse en el sentido de que si el solicitante aporta dicha información, que constituye un tratamiento de datos sensibles, habrá de contar él mismo para dicho tratamiento con la base jurídica legitimadora que establezca el artículo 9.2 RGPD. Es decir, en otras palabras, la aportación de informes médicos respecto de las personas que convivan en la unidad familiar y que no sean los solicitantes constituye un tratamiento de datos, que deberá contar no sólo con el consentimiento *explícito* del interesado para que se aporte, sino que dicho consentimiento explícito habrá de extenderse a la finalidad concreta para la cual dicho informe o certificado médico va a ser utilizado, todo lo cual deberá ser solicitado del interesado por el solicitante de la idoneidad, ya que, como establece el art. 7.1 RGPD, *Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.*

No corresponde a este informe determinar las consecuencias que tendría en el procedimiento de valoración de la idoneidad la negativa de los terceros a otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales sensibles, ya sean de antecedentes penales, de discapacidad o informes médicos de carácter físico o mental.

Al hilo de lo anterior cabe mencionar que lo establecido en el apartado 4 del artículo 19 parece reiterativo con lo establecido en su apartado 1, pero en cualquier caso habrá de tenerse en consideración lo mencionado acerca del consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales sensibles.

El artículo 24, en su apartado 3, debería especificar que la información que se podrá utilizar procedente de otros informes de valoración correspondientes a otros procedimientos de valoración habrá de ser sólo la correspondiente a *los mismos solicitantes*. Da la impresión con la redacción de dicho apartado de que se podrá utilizar cualquier información de cualquier otro procedimiento de valoración, incluso aunque correspondiese a terceras personas solicitantes. Dicha utilización de datos de terceras personas en procedimientos distintos sería contraria a la finalidad para la que se recogieron dichos datos personales, que lo sería para un concreto procedimiento de valoración, y no para otro de otras personas.

Por otra parte, en dicho mismo apartado 24.3 se hace referencia a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), hoy día desplazada por el ya citado RGPD desde el 25 de mayo de 2018, por lo que cualquier referencia que se haga en el proyecto o a dicha LOPD debería hacerse al RGPD y a sus preceptos correspondientes, en su caso.

Art. 30.4: debería de recogerse también la posibilidad de que en las circunstancias especiales previstas en el artículo 175.1 del código civil se permite una diferencia máxima de edad superior a los 45 años entre adoptante y adoptado.

En los artículos 34 y 35, si bien es una materia un tanto ajena a la específica de la normativa de protección de datos, cabe mencionar desde el punto de vista de vista del derecho administrativo general, que no queda claro de los mismos cómo habría de actuarse ante la desestimación por silencio administrativo negativo por el trascurso de seis meses desde el momento de inicio del procedimiento. Adviértase, tal y como recoge expresamente el art. 15 del proyecto, que en el procedimiento de valoración de la idoneidad nos encontramos ante un procedimiento que se inicia a solicitud del interesado, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (ley 39/2015), en estos casos el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado una resolución expresa tiene sentido del silencio administrativo *positivo*, esto es, legitima al interesado para entender *estimada* su solicitud, salvo que exista una norma con rango de ley o una norma de derecho de la unión europea o de derecho internacional que establezca lo contrario. Y no resulta de la exposición de motivos la existencia de una norma con rango de ley que determine lo contrario, ni tampoco parece desprenderse de la ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Parece razonable, en el sentido del presente procedimiento, la opción normativa por entender el silencio administrativo como negativo, pero el rango normativo de la norma que así lo establezca no puede ser un Decreto.



Tampoco queda claro en dichos artículos si la falta de pronunciamiento de la resolución en el plazo producirá la desestimación por silencio administrativo, de manera que la Administración ya no podrá volverse a pronunciar sobre la idoneidad, o como es la regla general en derecho administrativo, si la existencia del silencio por el transcurso del plazo tan sólo faculta al interesado para entender desestimada su solicitud pero la Administración deberá pronunciarse expresamente en todo caso. Y lo anterior se trae a colación porque en casos similares en lo que los que existe una actuación administrativa sobre derechos privados (por ejemplo, en los recursos interpuestos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado frente a las calificaciones registrales), la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo ha entendido que el transcurso del plazo establecido determina la nulidad de la resolución de la DGRN pronunciada fuera de plazo. Véase por ejemplo la sentencia de 21 de noviembre de 2013, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, número de recurso 1951/2011, con cita entre otras de la sentencia de 3 de enero de 2011, y ello referida por supuesto a la Ley Hipotecaria, que en cualquier caso, en su art. 327 tiene una regulación similar a la aquí comentada: *La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.*

Siguiendo a dichos artículos 34 y 35 del proyecto, es de notar que la impugnación de las resoluciones administrativas que resuelvan el procedimiento de idoneidad, ya sean expresas o por silencio, habrán de ser recurridas directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente de conformidad con los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, de la lectura de dichos artículos se advierte que los mismos no están pensados en principio para una actuación administrativa resultante de un silencio, por cuanto para recurrir ante el Juez de Primera Instancia parece requisito necesario que se haya “notificado”, ya que en el artículo 780.1 el plazo para recurrir las resoluciones administrativas en materia de protección de menores es de dos meses “desde su notificación”, y en el caso de silencio administrativo no existe notificación.

Ya dentro del Título III, relativo al procedimiento de delegación de la guarda con fines de adopción, en el artículo 54.2 letra a) se establece que en el informe técnico sobre valoración de la situación de adoptabilidad del menor y su propuesta de adopción, se incorporará información respecto del menor o menores susceptibles de adopción y sobre la situación actual de su familia biológica directa y cuando sea preciso la extensa. Cabe aquí hacer referencia al ya mencionado previamente artículo 22 quáter de la Ley Orgánica 1/1996, en cuanto que en el presente caso los datos cuyo tratamiento se realizaría con dicho informe técnico sí hacen referencia a una situación en que se valora la

situación de un menor, en cuyo caso ya dicho precepto legal establece que *Para el cumplimiento de las finalidades previstas en el capítulo I del título II de esta ley, las Administraciones Públicas competentes podrán proceder, sin el consentimiento del interesado, a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social.* Por ello se considera válido el tratamiento de datos consistente en la recogida y plasmación en el informe técnico de la situación de la información respecto del menor, su familia biológica directa o la extensa, incluso sin el consentimiento de estos. Ahora bien, ciertamente, que el tratamiento de los datos pueda llevarse a cabo sin el consentimiento de los interesados no obsta a que, como se establece con carácter general respecto de los tratamientos de datos personales, hayan de cumplirse respecto de los interesados toda las demás condiciones y requisitos establecidos en la normativa vigente de protección de datos personales (por ejemplo, derecho de información –arts. 13 y 14 RGPD-, derechos de acceso –art. 15 RGPD- etc.), lo cual ha de considerarse común a todos los tratamientos de datos personales realizados en el ejercicio de las competencias que establece la norma que se somete a informe.

Entrando ya que en el Título IV del proyecto, relativo al programa de postadopción, cabe hacer una primera distinción. En el proyecto sometido a informe se regulan en este título dos derechos o procedimientos diferentes, pero relacionados entre sí, como es (i) el derecho del menor adoptado a acceder a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes, establecido en el artículo 22.3 del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado), y plasmado en el artículo 180.6 del código civil y en el artículo 12 de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en la redacción dada este precepto por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y por otro lado (ii) se trata de favorecer el contacto de dicho menor con la familia biológica tras dicha decisión, lo que no deriva necesariamente de lo anterior, máxime cuando tal y como establece el art. 11 del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado), y en la legislación española remarca el art. 178.1 del código civil, la adopción pondrá fin al vínculo jurídico existente entre el menor y su padre, madre y familia de origen. Por lo tanto, son dos cuestiones distintas y que pueden tener un tratamiento diferente.

Dicho esto, se incluye en el art. 70.3 del proyecto que los padres adoptivos, mientras el hijo se halle bajo su patria potestad, podrán solicitar datos que obran en el expediente de adopción del hijo adoptado, referidos a su adoptabilidad, su medio social, su historia médica y la de su familia, así como los referidos a otros aspectos que le conciernan. A este respecto hay que decir que si bien en los términos que diremos a continuación puede entenderse razonable el acceso y tratamiento de dichos datos por el padre adoptivo, es posible que no sea éste el lugar adecuado para la ubicación de este precepto,

ya que el derecho a conocer los orígenes biológicos corresponde únicamente a la persona adoptada, por sí misma, y en caso de que sea menor a través de su representante legal, pero este precepto no establece un derecho distinto de los padres adoptivos, y por tanto diferente del derecho a conocer origen biológicos, que corresponde únicamente al adoptado. La cesión de datos en que consiste la utilización por los padres adoptivos de los datos personales anteriores del menor adoptado puede entenderse justificado desde el punto de vista en que sea necesario para el interés superior del menor, como pueda ser una enfermedad genética o a cualquier otro aspecto que con el conocimiento de la información a que hace referencia este precepto pueda darse un tratamiento favorable al menor. Por ello el tratamiento de dichos datos podría entenderse comprendido de todo lo establecido en el artículo 9.1 h) RGPD, pero en el bien entendido de que este precepto requiere que se adopten las condiciones y garantías contempladas en el apartado tercero de dicho artículo 9. Así, este apartado requiere que el tratamiento se lleve a cabo por un profesional o por una persona sujeta al secreto profesional o bajo su responsabilidad. Es decir, no se advierte en principio que la ley, o el convenio, establezcan un derecho de los padres adoptivos a conocer datos de la familia biológica del menor adoptado. Dicho conocimiento, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, estaría justificado por razones médicas o de asistencia sanitaria o social que haya de prestarse al menor adoptado, si fuere necesario su conocimiento para un mejor tratamiento médico, sanitario o social, en virtud del apartado legal mencionado, pero no cuando no existan esas razones. En todo caso, y de conformidad con la normativa de protección de datos, una cosa sería que los padres adoptivos puedan conocer datos que obran en el expediente del adoptado sobre la situación que establece este precepto, y otra diferente es que conozcan la identidad de los progenitores del adoptado, o de los miembros de su familia. Así, podría servir a la finalidad del interés superior del menor el conocer la historia médica de la familia de la que proviene, en cuanto a enfermedades o alteraciones genéticas, por ejemplo, que pudieran tener, y otra distinta es que conozca la identidad de dichas personas, lo que no estaría justificado por la finalidad de dicho tratamiento de datos.

En el art. 71, letra b), sustituir la referencia a la ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos personal, LOPD por una referencia más general a la normativa de protección de datos vigente.

De nuevo en el artículo 72, en su párrafo primero, se une el derecho reconocido en la ley a conocer los datos sobre sus orígenes y a facilitar en su caso el encuentro con la familia biológica. Si se advierte bien, en la redacción del artículo 180, en su apartado 6, del código civil, se está haciendo referencia exclusivamente al derecho a conocer los datos sobre los orígenes biológicos del adoptado, y dicho servicio –en singular- será prestado por las entidades públicas previa notificación a las personas afectadas. Por lo tanto, el decreto sometido informe está creando un nuevo derecho no establecido en la norma legal como es el de que se facilite el encuentro con la familia biológica.

Por otra parte, no se establece en el decreto cuáles son las personas “afectadas” a quienes previamente habrá de notificarse la existencia o el ejercicio de este derecho. Ciertamente es que tampoco el apartado 6 del artículo 180 del código civil concreta cuáles habrán de ser esas personas afectadas. En nuestra opinión, la existencia de esa notificación previa a las personas afectadas ha de ser interpretada conjuntamente con lo establecido en el convenio europeo en materia de adopción de menores, (revisado), y por supuesto de conformidad con la normativa de protección de datos, por cuanto la mera existencia de que una persona ha cedido en adopción a un hijo (de ahí lo del origen biológico del adoptado) es un dato personal.

Dentro del artículo 73 del proyecto se establece como una de las informaciones relevantes a incluir en lo relativo a los orígenes biológicos del adoptado la de la identidad de los progenitores. Hay una cuestión que merece la pena tratar, como es que los progenitores (biológicos) pueden no tener interés en que su hijo biológico conozca su identidad. No cabe duda de que dichos progenitores están incluidos en todo caso dentro del concepto de personas afectadas a que hace referencia el art. 180.6 del código civil por cuanto tienen un interés directo. El art. 22.3 del convenio europeo en materia de adopción de menores, revisado, permite a los Estados partes conceder a los padres biológicos un derecho legal a no revelar su identidad, pero siempre que ello no suponga un veto absoluto al derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, circunstancia ésta que en su caso habrá de ponderarse de conformidad en todo caso con el interés superior del menor. No parece que el legislador español haya otorgado directamente dicho derecho a oponerse a revelar su identidad a los padres biológicos, pero no puede desconocerse que la normativa de protección de datos determina cómo habrá de confrontarse una colisión de intereses contrapuestos, como puede ser el interés del menor adoptado a conocer sus orígenes biológicos y el interés de los padres biológicos a que no se sepa su identidad. Y ello porque la normativa establece que en todo caso habrá de tenerse en cuenta la normativa de protección de datos, y ello incluso “posteriormente” a la adopción (art. 10.1 del convenio europeo en materia de adopción de menores, revisado). En consecuencia, corresponde a la entidad pública en materia de protección de menores en la comunidad autónoma realizar la ponderación entre esos posibles intereses contrapuestos del menor adoptado y del progenitor que no desea que se revele su identidad. El art. 6.1, letra f) del RGPD, establece como una de las bases jurídicas del tratamiento cuando el mismo sea necesario para satisfacción de *intereses legítimos*, pero eso sí, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales. Por ello, ante dicho conflicto de intereses la entidad pública en materia de protección de menores deberá realizar dicha ponderación, teniendo en cuenta como principio rector de la misma, la del interés superior del niño, tal y como establece dentro de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia con los

menores, el art. 11.2, letra a), de la ley orgánica 1/1996, de 11 de enero, de protección jurídica del menor.

En relación con el artículo 74, sobre el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos en relación con la adopción internacional, se llama la atención sobre la diversa redacción que tiene el art. 180.6 del código civil respecto de la adopción nacional y el artículo 12 de la ley 54/2007, de 28 de diciembre en relación con la adopción internacional. Este último precepto establece que el derecho de los menores adoptados en adopción internacional será el de conocer los datos que sobre sus orígenes “obren en poder de las entidades públicas” como parece razonable habida cuenta del origen internacional de la adopción, pues es posible que en la autoridad autonómica o nacional no consten todos los datos del menor que pueden existir en la autoridad del país de origen. En cambio, en el artículo 180.6 del código civil, se establece que las personas adaptadas tienen derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, sin restringirse a “los que obran en poder de la entidad pública correspondiente”.

En el apartado 2 de dicho artículo 74 del proyecto, hay que modificar la referencia de la ley 15/1999, como ya se ha mencionado, por una referencia más general a la normativa de protección de datos vigente en cada momento. Sin embargo, cabe además aclarar en este momento que esta normativa de protección de datos tiene en cuenta los distintos intereses en juego entre el interés legítimo de conocer los orígenes biológicos, y un interés que también puede ser legítimo, de los progenitores (en su caso) de no querer desvelar su identidad. Por ello, como ya se ha expuesto, en última instancia corresponderá a la entidad pública correspondiente materia de protección de menores de la comunidad autónoma realizar la ponderación entre los intereses legítimos alegados o en conflicto. Así, la autoridad competente deberá poder determinar si el derecho del niño adoptado prevalece sobre el derecho de los padres biológicos y si puede revelarse información personal a la luz de la circunstancias y de los derechos concretos en cuestión, lo que habrá de ponderarse en cada caso a raíz de las alegaciones presentadas tras las notificaciones que a las personas afectadas habrán de realizarse tal y como establece el art. 180.6 del código civil y el art. 72.1 del proyecto de decreto sometido informe.

El concepto de persona afectada a quien ha de realizarse la notificación que establece el código civil parece que es más amplio que los progenitores afectados, tal y como con carácter un tanto restrictivo establece en el artículo 75, letra e) del proyecto, por cuanto pueden existir hermanos biológicos que también cabría considerar personas afectadas.

En el art. 76 parece restringirse la posibilidad de conocer los orígenes, en el caso de adopción nacional, a aquellas personas que hubiesen sido adoptadas en virtud de un procedimiento instado “previa propuesta” de la

Dirección General competente en materia de protección de menores. Sin embargo, no todos los procedimientos de adopción nacional se realizan a propuesta de la dirección general citada, sino que existen casos en que dicha propuesta no es necesaria, como pueden ser por ejemplo los casos establecidos en el art. 176.2, circunstancia 3ª, esto es, cuando una persona lleve más de un año de guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos se predica de todos los adoptados, y no sólo de aquellos cuyo procedimiento o haya sido instado “previa propuesta” de la entidad pública autonómica competente.

En el art. 77 se contienen, acertadamente, una serie de razones en virtud del cual la Dirección General competente podrá denegar la información de los datos solicitados, las cuales en general responden a un concepto de ponderación entre los intereses legítimos alegados por el menor que desea conocer sus datos biológicos y los derechos e intereses de terceros. Cabría añadir un nuevo apartado d), -o quizás uno más general a), de los cuales el resto o sean ejemplos, no cerrados, con la siguiente redacción (o similar)-:

La Dirección General competente en materia de protección de menores denegará el acceso a todo o parte de los datos solicitados, mediante resolución motivada, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando resulte de la ponderación efectuada con arreglo a la normativa de protección de datos personales que, a la luz de las circunstancias y los derechos concretos en cuestión, han de prevalecer los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales frente a los intereses legítimos perseguidos por el solicitante. Para ello se deberá tener en todo caso como principio fundamental de dicha ponderación el del interés superior del niño.

(Renumerar las letras siguientes de dicho artículo).

En definitiva, este derecho conocer los orígenes biológicos hay que interpretarlo en el sentido de que es un derecho establecido para las personas adoptadas que hay que ponderar con el derecho de los progenitores a no ser conocidos, pero sin que pueda existir un veto absoluto por parte de los padres que no desean ser conocidos frente a los intereses legítimos alegados por el solicitante. De ahí la necesidad de realizar en todo caso una ponderación de las circunstancias concretas del caso.

En el capítulo II del Título V, art. 83 y siguientes, se regula lo que se denomina el Registro de manifestaciones de la familia biológica y otras personas significativas de la persona adoptada. Esta regulación, sin perjuicio de entender que puede estar bienintencionada en cuanto que puede permitir

para el futuro que el adoptado tenga más fácil conocer datos de su origen biológico, parece establecer un derecho de la familia biológica a realizar manifestaciones a dicho registro para ponerse en contacto con la persona adoptada. Sin embargo la legislación no admite la existencia de tal derecho, por cuanto es clara en que la adopción pone fin al vínculo jurídico existente entre el menor y su padre, madre y familia de origen (art. 11 del convenio, y art. 178.1 del código civil). Como única excepción se establece que el juez, al constituir la adopción, acuerde el mantenimiento de dicha relación determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta del entidad pública del ministerio fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando en su caso. Así que, tal como la ley establece un derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, no se establece un recíproco derecho de la familia biológica de la persona adoptada a entablar contacto con dicha persona adoptada fuera de los cauces establecidos por la autorización judicial de conformidad con el artículo 178.4 del código civil. Es más, salvo en esos casos de autorización judicial, el propio proyecto de decreto, en su artículo 58, reconoce que la selección de la familia idónea habrá de tener en cuenta, entre otros criterios, la lejanía con respecto a la localidad de residencia de la familia biológica, y salvo el superior interés del menor, se procurará que éste sea adoptado por personas que residan en una localidad distinta a la de la familia biológica de procedencia *“al objeto de evitar su localización, identificación y relaciones entre ellos”*. Por eso puede parecer un contrasentido que se regule en el Decreto, sin necesidad al no ser desarrollo de la ley, un Registro de Manifestaciones de la familia biológica donde, entre otras cosas, pueden proponer “propiciar” un encuentro con la persona que han cedido en adopción. Es más, el mero hecho de establecer en un registro la posibilidad de realizar manifestaciones supone dar conocimiento de que una determinada persona ha sido adoptada por un determinado adoptante, el cual no siempre puede querer que se revele su identidad a la familia biológica del menor adoptado (véase por ejemplo, artículo 22.1 del convenio europeo en materia de adopción, revisado).

Por ello, con carácter general cabe decir respecto del artículo 85 del proyecto que toda forma de contacto entre la familia biológica de origen y la persona adoptada habría de pasar por la autoridad judicial en la forma prevista en el artículo 178.4 del código civil, dado que este último precepto no parece establecer competencia alguna de la autoridad administrativa para propiciar el contacto entre familia biológica y persona adoptada sin que este último haya adoptado la iniciativa.

De todos modos, y respecto de dicho Registro de manifestaciones de la familia biológica, no resulta del proyecto presentado a informe qué se hace con los documentos, fotografías u otros objetos personales que hayan sido incluidos en dicho registro ¿se entregan al menor adoptado? ¿se han de guardar hasta que el menor adoptado decida, en su caso, conocer sus orígenes biológicos? ¿y si no decide esto en ningún momento de su vida? En

definitiva, así como si existe un derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos –con la regulación que ya hemos comentado que consta en el proyecto de decreto sometido a informe, lo que incluirá en su caso el ponerse en contacto, a su propia iniciativa o a través de la entidad pública de la comunidad autónoma, con dicha familia biológica-, no existe un derecho de la familia biológica a ponerse en contacto con el menor cedido en adopción salvo en los casos previstos en el artículo 178.4 del código civil, y ello de acuerdo con la autorización judicial.

En el artículo 86 hacer referencia a la normativa vigente en materia de protección de datos, en sustitución de la ley orgánica 15/1999.

Del mismo modo, en los distintos anexos del proyecto de decreto que contienen las diferentes solicitudes para el ejercicio de los derechos que se establecen en el proyecto, deberá modificarse la referencia a la ley orgánica 15/1999, de protección de datos, y sustituirla por la más genérica de la normativa vigente en materia de protección de datos. Además en cualquier caso, habrá de adaptarse materialmente el derecho de información que en los recuadros de los anexos se contienen a la información tal y como está establecida en su contenido en el RGPD.

En dichos anexos se contienen asimismo referencias a informes médicos etc. de los miembros de la familiar que convivan con la persona que solicita la declaración de idoneidad para ser adoptante. Reiterar en este momento a este respecto a los comentarios que se han realizado en el cuerpo de este informe.