



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: El consentimiento a la cesión y tratamiento de datos personales en la red por parte de los menores de edad y los sujetos discapacitados.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: Panel 4.

NOMBRE Y APELLIDOS: Elisabetta Mazzilli.

PROFESIÓN: Profesor Ayudante Doctor.

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Universidad Pública de Navarra.

RESUMEN:

El análisis del consentimiento en tema de cesión o tratamiento de datos personales en el entorno digital nos lleva a tener que determinar como cuestión prejudicial a partir de qué edad –en el caso de los menores– y bajo qué condiciones –en el caso de los discapacitados–, se puede considerar como integrada la capacidad mínima requerida para emitir válidamente una declaración de voluntad que atañe al ámbito de los datos “sensibles” y que por lo tanto afecta al derecho a la intimidad, y en ocasiones al derecho al honor y a la propia imagen.

En el caso de los menores, el Reglamento general de protección de datos (en adelante RGPD)¹, establece la licitud del tratamiento de los datos personales exclusivamente cuándo el interesado haya dado su consentimiento para ello², y en el caso específico de los niños, cuándo tengan como mínimo 16 años³. Hasta alcanzar esa edad, se considera que el menor no tiene capacidad de obrar suficiente para prestar por sí mismo consentimiento válido en esta materia, y tendrán que ser los padres o tutores los que otorguen el consentimiento o lo autoricen. Sin embargo, el Reglamento admite también la posibilidad para los Estados miembros de establecer por ley una edad inferior para prestar consentimiento válido a estos fines, siempre que no sea inferior a los 13 años.

En el caso de España, la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales de 5 de diciembre (en adelante LO 3/2018), establece una regulación específica que fija una edad inferior en ese sentido. En particular, en su art. 7, rubricado “*Consentimiento de los menores de edad*”, la LO 3/2018 dispone que será lícito el tratamiento de los datos personales de un menor cuándo éste sea mayor de catorce años



¹Reglamento (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. ²Art. 6.1 RGPD.

³Art. 8.1 RGPD.

y haya prestado su consentimiento a este fin, con la excepción de los casos en los que la ley exija de todos modos la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración de actos o negocios específicos en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento de los datos de los menores. En los demás casos (edad inferior a los catorce años), el tratamiento de los datos personales de los menores será posible y lícito si constara el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que éste último determine⁴.

Y esto, en conformidad con la previsión del art. 162.1º del Código Civil que exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad a “los actos referidos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Efectivamente, la LO 3/2018 ha atribuido una edad específica para la validez de la prestación del consentimiento al tratamiento de los datos personales a través del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, edad que el art. 162.1º del Código Civil remite a la determinación legal y a las condiciones de madurez del hijo menor del edad, madurez que el mismo Código civil ya había individuado en los 14 años para la realización de otros tipo de actos que conlleven consecuencias de tipo patrimonial (otorgación de testamento: art. 663.1º Cód. Civ.) o civil (declaración de opción por la nacionalidad española, aunque con asistencia del representante legal: art. 20 Cód. Civ.).

Respecto de los que el *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* denomina “discapacitados”, la cuestión de si estos sujetos pueden válidamente prestar su consentimiento en relación con actos de cesión y tratamiento de datos sensibles es de naturaleza más interpretativa. Efectivamente, el RGPD no menciona este supuesto, así como tampoco resulta disciplinado en la LO 3/2018.

La única referencia normativa que se tiene a este respecto es el art. 1263.2 del Código Civil, que establece que no pueden prestar consentimiento “Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”. En la nueva versión del artículo, presentada en el Proyecto de Ley mencionado, se pierde la referencia al “consentimiento” y se habla exclusivamente de la posibilidad de “contratar”

⁴Sobre la cuestión de la prestación del consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con las posibles problemáticas que puedan originarse al respecto, cfr. ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra, 2013, págs. 76- 78. de las personas con discapacidad, sin más limitaciones que las derivadas de las medidas de apoyo.



Está claro que la contratación incluye siempre la prestación del consentimiento, sin embargo, a ésta última no siempre sigue una contratación, lo cual sucede por ejemplo en el caso *de qua*, a la hora de ceder el permiso al tratamiento de los datos personales a terceros a través de la red.

Además de esto, que se puede solucionar fácilmente a través de una labor interpretativa, está la cuestión de establecer cuándo un sujeto no puede consentir válidamente un acto de cesión o tratamiento de datos personales. En la actualidad, hay que estar a lo que se haya establecido en la resolución judicial que haya decretado la modificación de la capacidad del sujeto, que debería indicar detalladamente los actos que el sujeto puede realizar por sí solo, los que puede realizar con la asistencia del curador y los que no puede realizar, y para los cuales se necesita la intervención del tutor. Esta última posibilidad se ve reformulada por el Proyecto de Ley, que suprime la formulación del art. 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que actualmente prevé que la sentencia de incapacitación determine la extensión y los límites de ésta, sustituyéndola con la siguiente disposición: “Las medidas que adopte el Juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 268 y siguientes del Código Civil”. En particular, el nuevo art. 269 del Código Civil, redactado según el Proyecto, prevé que “Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa”.

Por lo tanto, la sentencia de incapacitación, en la actualidad, y la sentencia que establezca la curatela con o sin representación, en un inmediato futuro, siguen siendo el único cauce para la individuación de la capacidad del sujeto para prestar válidamente su consentimiento a la cesión y tratamiento de sus datos personales.

En el caso, no poco frecuente, en el que la sentencia no concrete suficientemente los actos en los que el sujeto necesita asistencia o directamente representación, además del recurso a las normas de interpretación y, en su caso, al procedimiento de aclaración (art. 214 LEC) y subsanación y complemento de sentencias incompletas (art. 215 LEC), podría aplicarse por analogía el art. 2.1 *in fine* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que establece que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. De esta forma, se podría concluir que, si la sentencia no ha contemplado ningún tipo de limitación o de necesidad de apoyo respecto de la prestación

del consentimiento para la cesión y tratamiento de datos personales, el sujeto se considerará plenamente capacitado para ello.

Sin embargo, los riesgos de este planteamiento son altos respecto de las posibles consecuencias negativas para un sujeto discapacitado, que atañen a su derecho al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen.

El RGPD, considera que el tratamiento de los datos personales conlleva “riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas” que pueden provocar “daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en



los casos en los que (...) se traten datos personales de personas vulnerables”⁵.

Al respecto, el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé que la existencia de perjuicio “se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Acerca de la prueba de tal intromisión ilegítima, rigen distintas teorías, entre ellas la de la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima y la de una responsabilidad objetiva del sujeto que ha causado el daño⁶.

Más allá de eso, la indemnización tendrá que ser “total y efectiva”⁷ y deberá incluir el eventual daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida⁸.

⁵Considerando núm. 75.

⁶Cfr., entre otros, RUBÍ PUIG, A., *Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD*, en “Revista de Derecho Civil”, vol. 5, núm. 4 (octubre-diciembre 2018), pág. 62; ABERASTURI GORRIÑO, U., *El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, en “Revista aragonesa de Administración pública”, 2013, núm. 41-42, pág. 190. ⁷Considerando núm. 146 del RGPD.

⁸Art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.