



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

**TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN:** Minoría de edad y discapacidad en la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales en el entorno virtual.

**PANEL AL QUE SE ADSCRIBE:** Panel 4: Cuestiones de actualidad en materia de contratación electrónica en el contexto del mercado único digital de la Unión Europea.

**NOMBRE Y APELLIDOS:** Javier Martínez Calvo.

**PROFESIÓN:** Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil (Acred. Contratado Doctor).

**INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE:** Universidad de Zaragoza.

### **RESUMEN:**

Como todos sabemos, el paso previo para darnos de alta en las diferentes aplicaciones de internet, ya se trate de redes sociales o de otros servicios equivalentes, consiste en aceptar tanto sus términos y condiciones de uso como su política de privacidad. Ello conlleva normalmente consentir el tratamiento de los datos personales por parte de sus responsables. En mi comunicación me voy a centrar en este aspecto, y, en particular, en la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales de dos colectivos especialmente vulnerables, como son los menores de edad y las personas que padecen algún tipo de discapacidad intelectual

En cuanto al consentimiento para el tratamiento de los datos de menores de edad, el Considerando 38 Reglamento (UE) 2016/679 señala que los niños, *"merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales"*.

Y para hacer efectiva dicha protección, el artículo 8 del Reglamento (UE) 2016/679 se refiere de forma específica al consentimiento para el tratamiento de los datos pertenecientes a menores, disponiendo en su párrafo primero que *"cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó."*



*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”.*

Haciendo uso de la mencionada facultad, el artículo 7.1 de nuestra LO 3/2018 reduce el límite de edad a los catorce años, al disponer que *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”*. Ahora bien, exceptúa de dicha regla en determinados supuestos, en concreto en *“los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento”*. El tal caso, el consentimiento de los titulares de la patria potestad será ineludible. Lo mismo ocurrirá, obviamente, cuando se trate de menores de catorce años; de hecho, así lo establece expresamente el artículo 7.2 de la LO 3/2018, que dispone que *“el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”*.

De esta forma, nuestro legislador ha tratado de conciliar las previsiones recogidas en materia de protección de datos a través de la LO 3/2018 con las normas previstas con carácter general en sede de capacidad de los menores de edad: en concreto, con los artículos 162 y 1263.1 del Código Civil. Como sabemos, el primero de ellos excluye de la representación paterna *“los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”*, mientras que el segundo prevé que *“no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”*. Pues bien, aquí estamos ante uno de los supuestos en los que la ley permite a los menores actuar por sí mismos, siempre que hayan cumplido catorce años y que otra norma no establezca un límite distinto para el acto o negocio jurídico concreto en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

Pero la principal dificultad que se plantea en esta materia es que la mayor parte de los servicios de redes sociales no cuentan con los mecanismos tecnológicos necesarios que permitan comprobar la edad de los usuarios. Recientemente los medios de comunicación se han hecho eco de una noticia proveniente de Italia que incide directamente en esta materia: el órgano encargado de la protección de datos en el Estado italiano (*Garante per la Protezione dei Dati Personali — GPDP—*) ha instado a la red social TikTok a bloquear las cuentas de niños respecto de los que no se haya verificado que son mayores de trece años, tras el fallecimiento de una niña de diez años tratando de poner en práctica un reto que había visto en TikTok. Y es que, aunque el registro en dicha aplicación exigía haber alcanzado la edad de trece años, muchos menores eludían dicha regla introduciendo una fecha de nacimiento anterior a la real. El problema es que la verificación de la edad no es sencilla: en ocasiones, se han previsto sistemas como exigir que se envíe una fotocopia del DNI para poder realizar el



registro en el servicio de que se trate, lo que tampoco termina de resolver definitivamente el problema, pues se presta fácilmente a falsificaciones a través de los numerosos programas de retoque de imágenes disponibles en la red, y que los más jóvenes suelen utilizar con gran habilidad. Por ello, creo que sería conveniente recurrir a otros sistemas más seguros, como el DNI electrónico o el certificado digital.

Paso ahora a referirme al consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a personas con discapacidad. En concreto, me voy a centrar en aquellas personas que padecen una discapacidad de tipo intelectual que pueda afectar a su capacidad natural de autogobierno, pues son quienes resultan más vulnerables en este ámbito.

Lo primero que hay que decir es que nos encontramos ante una materia huérfana de regulación tanto en el derecho europeo como en nuestro ordenamiento interno. Y es que, la normativa de protección de datos no se preocupa de forma específica de los datos personales pertenecientes a personas con discapacidad, algo que como hemos visto sí que hace en el caso de los menores de edad, respecto de los que señala, entre otras cosas, que merecen una protección específica de sus datos personales debido a que pueden ser menos conscientes de los riesgos asociados al tratamiento de sus datos personales (Considerando 38 Reglamento (UE) 2016/679). Pues bien, parece razonable extender dicha protección también a las personas que padecen alguna discapacidad psíquica que afecte a su capacidad de autogobierno, precisamente porque en muchos casos, al igual que ocurre con los menores, pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de sus datos personales. Por tanto, no se entiende muy bien que la legislación se preocupe de la protección de unos y no de la de los otros.

Ante la ausencia de una regulación específica de esta cuestión en sede de protección de datos personales, habrá de recurrirse a las normas previstas con carácter general en materia de protección de las personas con discapacidad, que como sabemos se encuentran actualmente en proceso de cambio. Y es que, se espera que en las próximas fechas se apruebe 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, que tiene por objeto adaptar nuestra normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006. El principal cambio que se pretende introducir es la supresión de la tutela del ámbito de la discapacidad y la reconfiguración de la curatela, que pasará a ser la principal medida de apoyo para las personas con discapacidad. El contenido de la curatela en cada supuesto vendrá determinado en la resolución judicial que la establezca, que deberá recoger de forma precisa los actos en los que el curador deba prestar asistencia o ejercer la representación. En todo caso, la representación o sustitución en la toma de decisiones tendrá un carácter excepcional, reservándose para aquellas situaciones en las que el apoyo no pueda prestarse de otro modo.



Parece que este sería el caso de aquellas personas que, debido a su grado de discapacidad, no puedan emitir consentimiento válido. Y es que, entiendo que en estos supuestos será el curador quien haya de prestar el consentimiento en sustitución de la persona con discapacidad. Pero, una vez más, nuestra normativa de protección de datos solo contempla la posibilidad de que el consentimiento sea emitido por el representante del interesado cuando se trata de menores, y nada prevé para las personas con discapacidad sujetas a la denominada curatela representativa.

Fuera de estos supuestos excepcionales será la propia persona que padece la discapacidad psíquica la encargada de emitir el consentimiento, contando para ello con los oportunos apoyos, en caso de que precise de ellos. Respecto al contenido concreto de los apoyos, consistirán principalmente en asesorar a la persona que ha de prestar consentimiento, informándole de los posibles riesgos para su privacidad y resolviéndole las dudas que le surjan. Por tanto, la labor de la persona encargada de prestar los apoyos será básicamente de carácter informativo.

El principal problema que se plantea es que, tal y como hemos visto al referirnos a los menores de edad, es difícil conocer las condiciones personales de los usuarios de internet, pues las distintas aplicaciones carecen de mecanismos que permitan comprobarlas. De hecho, en el caso de la discapacidad su detección resulta bastante más complicada que la minoría de edad, porque aquí ya no sirven los mecanismos que he mencionado anteriormente, ni siquiera los más avanzados como el DNI electrónico o el certificado digital.

Vid. 1. <https://expansion.mx/tecnologia/2021/01/26/italia-bloquea-a-tiktok-despues-de-la-muerte-de-una-nina-de-10-anos>.