

EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS
PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD:
UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO EUROPEO Y DESDE LOS
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO*

*THE PROCESSING OF PERSONAL DATA BELONGING TO
MINORS: A VIEW FROM EUROPEAN LAW AND FROM THE
SPANISH AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1318-1341

* Este artículo ha sido elaborado con ocasión de la realización de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Firenze (Italia), cofinanciada por la Universidad de Zaragoza, Fundación Bancaria Ibercaja y Fundación CAI (ref. CH 24/21) y el "Programa Erasmus + de Movilidad del personal docente y no docente (STT) de Instituciones de Educación Superior para formación" de la Unión Europea. Así mismo, el trabajo se enmarca en el seno del Proyecto de investigación Fundación Ibercaja-Universidad de Zaragoza (JLUZ-2021-SOC-10) "Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital" (IP. Javier Martínez Calvo), del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2019-105489RB-I00) "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" (IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo/ Sofía de Salas Murillo) y del Grupo de Investigación de referencia del Gobierno de Aragón "Ius Familiae" (IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz).



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad ante los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años (y los que sin duda están por producirse) se erige como uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho civil contemporáneo. Entre los aspectos más controvertidos se halla la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, pues no solo ha de determinarse la edad mínima para poder emitir consentimiento válido, sino que además han de fijarse mecanismos que permitan comprobar dicha edad, así como las correspondientes cautelas que garanticen que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre. El presente escrito se centra en dichos aspectos, que serán objeto de análisis desde una triple perspectiva: desde el derecho europeo y desde los ordenamientos jurídicos español e italiano.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado; Derecho europeo; datos personales; menores; consentimiento; internet.

ABSTRACT: *The situation of special vulnerability in which minors find in the face of the technological advances that have taken place in recent years (and those that are undoubtedly yet to come) emerge as one of the greatest challenges that contemporary civil law faces. Among the most controversial aspects is the issue of consent for the processing of personal data belonging to minors, since not only must the minimum age for the issue of valid consent be determined, but also mechanisms must be established to verify this age, as well as the corresponding safeguards to ensure that the consent issued by minors is free and informed. This paper focuses on these aspects, which will be analyzed from a threefold perspective: from European law and from the Spanish and Italian legal systems.*

KEY WORDS: *Comparative law; European law; personal data; minors; consent; internet.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PANORAMA NORMATIVO.- I. Derecho europeo.- 2. Derecho español.- 3. Derecho italiano.- III. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.- I. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales.- A) Concepto y requisitos.- B) Datos personales especialmente protegidos.- 2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales.- IV. REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD.- I. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.- A) Especial protección de los datos personales pertenecientes a menores de edad.- B) Edad mínima para poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de los datos personales.- C) Mecanismos para comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet.- D) Mecanismos para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad reúne los requisitos exigidos por la normativa.- 2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

I. INTRODUCCIÓN.

Si atendemos a los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹, correspondientes al año 2021, observamos que, en España, el 93,9% de la población de 16 a 74 años manifiesta haber utilizado Internet en los últimos tres meses, lo que supone un incremento de 0,7 puntos respecto a los datos de 2020. Además, el uso de Internet es una práctica mayoritaria entre los jóvenes de 16 a 24 años, con un 99,7% en los hombres y un 99,6% en las mujeres. Y si nos fijamos en la situación en Italia, los datos que arroja el último informe elaborado por el Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT)², correspondientes al año 2019, muestran cifras similares: más de un 90% de los jóvenes comprendidos entre los 15 y los 24 años de edad usa internet todos los días.

Este espectacular avance que ha experimentado internet en los últimos años ha favorecido una mejora de la comunicación y de la calidad de vida, poniendo en contacto familias, mejorando los servicios que ofrece la administración y abriendo nuevas oportunidades de consumo e inversión tanto para los particulares como para las empresas, gracias al comercio electrónico. Y si nos centramos en los menores de edad, no hay duda de que el acceso al mundo virtual puede proporcionarles innumerables beneficios, favoreciendo su autonomía personal y su aprendizaje (mejorando sus habilidades y capacidades) y brindándoles oportunidades de participación política y cívica para que crezcan, sean creativos

1 Vid. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccionC&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYLayout (fecha de última consulta: 29/05/2022).

2 Vid. <https://www.istat.it/it/files/2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf> (fecha de última consulta: 29/05/2022).

• **Javier Martínez Calvo**

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: javiermc@unizar.es

y contribuyan significativamente a una sociedad mejor³. Además, en la medida en que internet facilita la interacción social, constituye una herramienta útil para que los menores puedan mantenerse en contacto con su círculo social y familiar e incluso ampliar su círculo de amistades.

Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a obviar algunos aspectos no tan positivos de esta nueva realidad. Y es que, por muchas precauciones que se adopten, es inevitable que desde el mismo momento en el que el menor se adentra en el mundo virtual comience a quedar comprometida la protección de sus datos personales, pues resulta inevitable compartir información personal con terceros. De hecho, todos sabemos que el paso previo para darse 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; lo que supone asumir una serie de compromisos, como el cumplimiento de las normas que la propia aplicación haya establecido para su utilización o la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte de sus responsables. Además, cuando de menores se trata, se produce el llamado fenómeno 'privacy paradox', que consiste en la tendencia de los sujetos más vulnerables a minusvalorar las contraindicaciones y los peligros para su privacidad en el mundo digital⁴.

Ello coloca al menor en una situación de especial vulnerabilidad ante los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años (y los que sin duda están por producirse)⁵, por lo que su protección en este ámbito se erige como uno de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho civil contemporáneo. Sin embargo, lo cierto es que todavía no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina, lo que probablemente se deba en buena parte a su carácter novedoso, ya que nos encontramos en pleno proceso de revolución digital.

Por ello, en estas líneas voy a tratar de adentrarme en este fenómeno, centrándome en uno de los aspectos más controvertidos que se plantean en torno al mismo: la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, para lo que llevaré a cabo un recorrido por la normativa europea (que es el germen de las reglas que recogen las normativas de los diferentes Estados miembros), así como por los ordenamientos español e italiano, llevando a cabo las oportunas comparaciones entre ambos. Así, comenzaré mi exposición con una breve referencia al panorama normativo

3 Vid. ALFIERI, D.: "Internet: quando la "rete" cattura i minori", *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, núm. 1, p. 2.

4 Vid. THIENE, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, núm. 1, pp. 528 y ss.; y PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, núm. 4, pp. 1324 y ss.

5 Vid. MUSSELLI, L.: "Internet e tutela dei minori", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, núm. 6, pp. 2 y ss.

en el que nos vamos a mover, para pasar posteriormente a introducir algunas nociones generales relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales en internet, centrándome fundamentalmente en la determinación de los datos respecto de los que se puede consentir su tratamiento y en los requisitos que ha de reunir dicho consentimiento para que pueda ser considerado válido. En la última parte del trabajo, me centraré de forma específica en la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad, abordando algunos de los aspectos más problemáticos que rodean a esta cuestión, como la edad mínima para poder emitir consentimiento válido, los mecanismos para comprobar dicha edad, o las cautelas a adoptar para tratar de garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre.

II. PANORAMA NORMATIVO.

El régimen jurídico relativo a la protección de datos personales está configurado por el Derecho europeo y por las normas dictadas por los diferentes Estados en desarrollo del mismo. Por tanto, un estudio completo de esta cuestión exige comenzar con una referencia a la normativa europea, para posteriormente descender a las reglas fijadas por los órganos legislativos nacionales.

I. Derecho europeo.

Las primeras referencias en materia de protección de datos personales en el marco europeo se encuentran recogidas en el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevén que toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernan⁶.

En desarrollo de los mencionados preceptos se promulgó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante: Directiva 95/46). Dicho texto estuvo vigente durante más de 20 años, hasta que el 25 de mayo de 2018 fue sustituido por 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 (en adelante: RGPD)⁷.

6 Además, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza también el respecto a la vida privada.

7 A modo de simple mención, cabe señalar que ese mismo año se promulgó también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades

Como pone de manifiesto el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante: LOPDPGDD), a la que enseguida me referiré, “el Reglamento general de protección de datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos”. Por tanto, el RGPD tiene una vocación claramente integradora, pues su principal cometido es acabar con las divergencias existentes hasta ese momento entre las normas dictadas por los Estados miembros en materia de protección de datos personales, lo que se debía en buena medida a la distinta transposición de la Directiva 95/46.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en muchas materias el RGPD se limita a establecer los principios generales, dejando el resto de las cuestiones para su desarrollo y concreción por parte de los ordenamientos nacionales, como si de una Directiva se tratara (no en vano, hay quien ha considerado que estamos ante un Reglamento con alma de Directiva⁸). Y es que, no son pocas las ocasiones en las que se limita a establecer los principios generales y deja el resto de cuestiones en manos de los legisladores nacionales⁹. De hecho, el RGPD faculta expresamente a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones a fin de especificar en mayor grado las normas del Reglamento (Considerando 10). Además, su art. 85.2 permite que los Estados miembros incluyan en sus normas exenciones o excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento, si bien habrán de notificar a la Comisión Europea las disposiciones normativas en las que se adopten dichas exenciones y excepciones, así como cualquier modificación de las mismas.

2. Derecho español.

Descendiendo al ordenamiento español, resulta obligado comenzar haciendo una referencia al art. 18.4 de nuestra Constitución, que prevé que el legislador limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y

competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos; que junto al RGPD configuran el marco europeo de protección de datos personales. No obstante, la Directiva se circunscribe al ámbito policial y penal, por lo que me voy a detener exclusivamente en el RGPD.

- 8 Vid. GUICHOT REINA, E.: “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español”, *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, p. 79.
- 9 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. 2º: *Derecho de la persona* (coord. por M. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2021, p. 293.

familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Y, con fundamento en el precepto transcrito, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la existencia de un derecho a la protección de los datos de carácter personal¹⁰.

En desarrollo del mencionado principio constitucional, a principios de los años noventa se promulgó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que posteriormente sería objeto de desarrollo por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Pero la vigencia de la citada norma alcanzó poco más de un lustro, pues antes de la llegada del nuevo milenio sería sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El objeto de esta última norma fue transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva comunitaria 95/46, a la que me he referido 'ut supra'. En cuanto a su desarrollo reglamentario, se llevó a término a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Aunque la vigencia de esta última norma fue notablemente superior a la de su predecesora, apenas alcanzó los veinte años, pues a finales del año 2018 sería reemplazada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD). Como puede imaginar el lector, la finalidad principal de la LOPDPGDD fue adaptar nuestra normativa nacional a las previsiones contempladas en el RGPD. De hecho, así lo reconoce expresamente en su art. 1 a), en el que señala que su objeto es precisamente el de "adaptar el ordenamiento jurídico español al 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones".

De acuerdo con todo lo anterior, el marco legal actualmente vigente en España en materia de protección de datos está compuesto por el RGPD y por la LOPDPGDD. Además, cabe advertir que todavía continúa en vigor buena parte del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; pues este solo ha quedado derogado en aquellos puntos en los que se oponga o resulte incompatible con lo dispuesto en el RGPD y en la LOPDPGDD (*vid.* en este sentido: párrafo 3º de la Disposición derogatoria única LOPDPGDD).

10 Vid. SSTC 30/1999, de 8 de marzo (RTC 1999, 30), 44/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 44) y 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292).

3. Derecho italiano.

La Constitución italiana no recoge una previsión semejante a la contenida en el art. 18.4 de nuestra Constitución, pero ello no ha impedido que la doctrina extraiga de la misma un derecho a la protección de los datos de carácter personal. En concreto, lo infiere de una pluralidad de derechos constitucionales, entre los que se encuentran específicamente el derecho a la inviolabilidad en el desarrollo de la propia personalidad (art. 2)¹¹, la libertad personal, tomada en su dimensión moral (art. 13) y el derecho de inviolabilidad y al secreto de la correspondencia y de cualquier forma de comunicación (art. 15)¹².

La Directiva 95/46 fue recibida en el Derecho italiano a través de la Legge n. 675 de 31 de diciembre de 1996, sobre 'Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali', posteriormente refundida en el 'Codice in materia di protezione dei dati personali' (conocido popularmente como 'Codice della privacy') a través del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Años más tarde el citado texto sería objeto de reforma a través del Decreto legislativo n. 101 de 10 de agosto de 2018 sobre 'Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE' (con entrada en vigor el 19 de septiembre de 2018), para adecuarlo a las disposiciones previstas en el RGPD.

III. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

I. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

A) Concepto y requisitos.

La normativa no define el derecho a la protección de datos personales, por lo que han sido doctrina y jurisprudencia las encargadas de hacerlo. En el caso de España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre¹³ se refiere al derecho a la protección de datos personales como "un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo

11 Vid. NADDEO, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, núm. 1, p. 2.

12 Vid. ANDREOLA, E.: *Minori e incapaci in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 36.

13 Vid. RTC 2000, 292.

saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso". En términos semejantes, la doctrina italiana define el derecho a la protección de datos personales como la posibilidad que tiene una persona de decidir si cede o no a otro sujeto los datos que le conciernen y el poder de disposición de la información cedida, pudiendo solicitar la cancelación o supresión de la misma¹⁴.

Por tanto, una de las facetas del derecho a la protección de datos de carácter personal es el derecho a decidir qué datos van a poder ser objeto de tratamiento por parte de terceros, lo que se exteriorizará a través del consentimiento, que es el concepto en torno al cual va a girar el resto del trabajo.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la protección de datos, la normativa sí ofrece un concepto de consentimiento. Así, el RGPD se refiere al consentimiento para el tratamiento de datos personales como "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen" (art. 4.11). Muy similar es la definición que se recoge en la LOPDPGDD: "se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen" (art. 6.1). La normativa italiana no recoge un concepto de consentimiento, pero la doctrina más autorizada lo define como un acto por el que el sujeto manifiesta el poder de autodeterminación respecto a la divulgación y uso por parte de terceros de la información relativa a su esfera más personal¹⁵.

Por tanto, los diferentes conceptos coinciden en configurar el consentimiento como una manifestación de voluntad específica, informada e inequívoca, lo que parece que excluye el llamado consentimiento presunto¹⁶ y, a mi modo de ver, también el tácito. Téngase en cuenta que el RGPD señala expresamente en su Considerando 32 que "el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios

14 Vid. STEFANELLI, S.: "Privacy e imagine dei minori in internet", *Cyberspazio e diritto*, 2012, núm. 45, pp. 233 y ss.; PIRAINO, F.: "Il contrasto sulla nozione di dato sensibile, sui presupposti e sulle modalità del trattamento", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, núm. 1, p. 1240; VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 15 y ss.; CIANCIMINO, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 13; y ADAMO, E.: *La tutela del minore nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 68 y 72.

15 Vid. IRTI, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giustizia Civile*, 2019, núm. 3, p. 3.

16 Vid. MARTÍNEZ ROJAS, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, p. 62.

electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (...) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (...). A tal fin, el Considerando 42 RGPD prevé que "(...) debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (...)". Unas previsiones que se complementan por lo dispuesto en el art. 7.2 RGPD, que dispone que "si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento".

Un aspecto controvertido en relación con la libre emisión del consentimiento es la fórmula que utilizan muchas empresas gestoras de servicios de internet para recabar el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los usuarios, y que consiste en condicionar la utilización de dichos servicios a la previa emisión del consentimiento, de modo que aquellas personas que se nieguen a ello se ven privadas del acceso a los mismos. Al respecto, el RGPD 2016/679 dispone que "al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato" (art. 7.4). En términos semejantes se pronuncia la LOPDGD: "no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual" (art. 6.3).

De este modo, la normativa admite que la utilización de los diferentes servicios de internet pueda quedar supeditada a la previa emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, siempre eso sí, que dicho tratamiento resulte necesario para la actividad que desarrolla el servicio en cuestión. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las redes sociales y otros servicios equivalentes, cuya principal función es precisamente la de poner a disposición del público los datos personales de sus usuarios; por lo que la previa exigencia del consentimiento para

el tratamiento de los datos personales no parece constituir en sí misma un motivo para poner en cuestión que el mismo haya sido emitido libremente.

B) Datos personales especialmente protegidos.

Cabe hacer una breve referencia a los datos personales especialmente protegidos, que son aquellos que no pueden ser objeto de tratamiento en ningún caso, es decir, ni siquiera mediando el consentimiento de su titular. Entre dichos datos se encuentran los recogidos en el art. 9.1 RGPD: “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 la orientación sexual de una persona física”.

Ahora bien, la exclusión del tratamiento de dichos datos por parte de la normativa europea no es absoluta, ya que el art. 9.1 RGPD continúa diciendo en su segundo punto que dicha prohibición de tratamiento queda exceptuada cuando “el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados”. Pero a continuación introduce una especie de excepción a la excepción, pues habilita a los Estados miembros para que puedan excluir la posibilidad de que los datos personales especialmente protegidos puedan ser objeto de tratamiento con el consentimiento del afectado: “excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”, por lo que en la práctica es una cuestión que queda en manos de los diferentes Estados.

En el caso de España, el legislador ha optado por excluir en todo caso la posibilidad de que los datos especialmente protegidos puedan ser objeto de tratamiento, pues el art. 9.2 LOPDPGDD dispone que “a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”. En el Derecho italiano, en cambio, no se ha previsto una disposición semejante, pero la ‘Corte di Cassazione’ ha señalado que en el tratamiento de los datos especialmente protegidos ha de garantizarse que el titular de los mismos no resulte identificable¹⁷.

17 Vid. Cass., 27 diciembre 2017 y Cass. 19 maggio 2014.

2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29¹⁸ señaló en sus Directrices de 26 de noviembre de 2014, sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto “Google Spain and Inc contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González” C-131/12 (WP 225)¹⁹ que el consentimiento no implica una cesión indefinida de los datos personales para que puedan ser objeto de tratamiento por los distintos servicios de internet; por lo que, durante la vigencia de la Directiva 95/46, ya se venía considerando que el titular de los datos personales podía revocar su consentimiento en cualquier momento y exigir el cese en su tratamiento, quedando entonces obligado el gestor del servicio a su eliminación²⁰.

Ello ha quedado corroborado con la entrada en vigor del RGPD, que en su art. 7.3 señala que “el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento”, lo que se complementa con lo dispuesto en el Considerando 42 del mismo texto, que prevé que “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”. De este modo, no solo se garantiza que el titular de los datos personales pueda revocar en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los mismos, sino que además se excluye la posibilidad de que el prestador de servicios pueda exigirle una eventual indemnización por los daños y perjuicios que pueda causar la revocación del consentimiento²¹. En todo caso, como es lógico, “la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada” (art. 7.3 RGPD).

Por lo demás, la Ley no prevé una forma determinada para la revocación del consentimiento, pero parece razonable pensar que ha de tratarse de una

18 El Grupo de Trabajo del Artículo 29 se constituyó como un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados Miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea (vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1, pp. 403-404). Cabe advertir que recientemente el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha sido sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (art. 68 RGPD).

19 Disponibles en: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236 (fecha de última consulta: 29/05/2022).

20 Vid. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 312; y COBACHO LÓPEZ, A.: “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”, *UNED: Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104, pp. 217 y 218.

21 Ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento a las intromisiones en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el ámbito del Derecho español, pues en esos casos la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen sí contempla expresamente el posible establecimiento de una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 2.3).

declaración de voluntad recepticia²², dirigida a quien ostente la condición de responsable del tratamiento de los datos personales.

IV. REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA EMISIÓN Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PERTENECIENTES A MENORES DE EDAD.

I. Emisión del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

A) Especial protección de los datos personales pertenecientes a menores de edad.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores cuando acceden al entorno virtual hace que las soluciones previstas para la generalidad de supuestos no siempre resulten adecuadas para ellos, por lo que se hace necesario el establecimiento de especiales cautelas.

Así lo ha entendido también el legislador comunitario, que en el Considerando 38 del RGPD señala expresamente 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. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño”.

B) Edad mínima para poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de los datos personales.

Si descendemos al articulado del RGPD, observamos que el art. 8 se refiere de forma específica al consentimiento para el tratamiento de los datos pertenecientes a menores de edad, tratando de garantizar una tutela adecuada de sus derechos²³. A tal efecto, dispone 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

22 Por ello, creo que resulta conveniente recurrir a sistemas de notificación que dejen constancia de que la declaración de voluntad por la que se revoca el consentimiento ha llegado a su destinatario: una comunicación notarial, un burofax, un buromail, una carta certificada, etc.

23 Vid. DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 44.

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”.

Por lo que una vez más, el RGPD delega en los Estados parte la facultad de establecer la edad concreta a partir de la cual los menores de edad van a poder emitir consentimiento válido para el tratamiento de sus datos personales por parte de terceros, fijando dicha edad subsidiariamente (es decir, en defecto de previsión específica en el ordenamiento nacional de que se trate) en los 16 años. Ahora bien, la libertad concedida a los Estados no es ilimitada, pues en ningún caso podrán fijar una edad inferior a los 13 años.

Tanto el legislador español como el italiano han decidido hacer uso de la facultad concedida por el RGPD y han establecido la edad mínima para que los menores puedan emitir consentimiento para el tratamiento de sus datos personales por debajo de los 16 años:

En el caso de España, el art. 7.1 LOPDPGDD reduce el límite de edad a los 14 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”, aunque exceptúa dicha regla en determinados casos, y, 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”.

La solución adoptada por el legislador español en este punto parece razonable, pues permite conciliar las previsiones recogidas en materia de protección de datos con las normas previstas con carácter general en sede de capacidad de los menores de edad: en concreto, con los arts. 162 y 1263.1 del Código Civil. Como es sabido, 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”, y en cuanto al segundo, señala 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”. Parece que nos encontramos precisamente ante uno de los supuestos en los que la ley permite a los menores actuar por sí mismos, siempre que hayan alcanzado la edad de 14 años y que no exista otra disposición normativa que fije un límite distinto para el acto o negocio jurídico concreto en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor.

En el caso de Italia, el legislador también ha optado por reducir la edad de 16 años establecida en el Derecho comunitario y fijarla en 14 años (art. 2 quinquies

del 'Codice in materia di protezione dei dati personali'²⁴, en la redacción dada por el Decreto legislativo n. 101 de 10 de agosto de 2018), en contra de la opinión de la 'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza', que se inclinaba más por respetar el límite de los 16 años²⁵ (aunque en la doctrina había voces que eran partidarias incluso de reducirlo a los 13 años²⁶). Parece que, al igual que hemos visto para el caso del Derecho español, uno de los principales propósitos de esta reducción de la edad ha sido conciliar las previsiones que recoge la normativa de protección de datos personales con otras disposiciones previstas en el Derecho italiano²⁷, como la Ley n. 184 de 4 de mayo de 1983, de "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", que fija en 14 años la edad para poder prestar consentimiento para la adopción, o la Ley n. 71 de 29 de mayo de 2017, sobre 'Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo', que establece también en 14 años la edad mínima para solicitar la supresión de contenidos ofensivos que atenten contra su dignidad (sin necesidad de que los progenitores sean informados de ello)²⁸. De este modo se puso fin a un periodo de incertidumbre respecto a la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del menor; pues a falta de regulación expresa de esta cuestión, la doctrina no terminaba de ponerse de acuerdo acerca de si el consentimiento podía ser emitido o no por el propio menor²⁹. Entre quienes se oponían, tampoco existía acuerdo acerca de si en estos supuestos el consentimiento podía ser emitido por sus representantes legales o bien no cabía consentimiento por tratarse de un acto personalísimo³⁰. Una cuestión que, como enseguida veremos, ya ha sido resuelta, admitiéndose que cuando los menores no puedan prestar consentimiento válido

24 "In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni puo' esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della societa' dell'informazione".

25 Vid. Informe publicado el 11 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2020-03/agia-relazione-parlamento-2018-web.pdf> (fecha de última consulta: 30/05/2022).

26 Vid. BOCCIA ARTIERI, G.: "Privacy dei minori sui social, con il GDPR: così tuteliamo i loro interessi", *Agenda Digitale*, 2018, 26 de abril. Disponible en: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy-dei-minori-sui-social-con-il-gdpr-cosi-tuteliamo-i-loro-interessi/> (fecha de última consulta: 30/05/2022); y BOLOGNINI, L. y BISTOLFI, C.: *L'eta' del consenso digitale: Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679(UE)*, Istituto Italiano per la Privacy y Centro Nazionale Anti-Cyberbullismo (CNAC), Roma, 2017, pp. 8 y ss. Entre los argumentos en defensa de esta posibilidad se ha señalado que la prohibición generaría un mayor sentimiento de curiosidad en los jóvenes; que el enfoque debería ponerse no tanto sobre la edad sino sobre los servicios concretos a los que acceden los menores, pues mientras algunos contenidos de internet son prácticamente inocuos, otros pueden generar importantes riesgos para los más jóvenes; que es necesario que los menores utilicen internet para que adquieran competencias digitales; o que el aumento de edad para acceder a los servicios de internet puede favorecer que los menores mientan acerca de su edad.

27 Vid. Bozzi, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 1, p. 5.

28 Vid. ADAMO, E.: *La tutela del minore*, cit., p. 79.

29 A favor de esta posibilidad, vid. CORREIRO, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rassegna di Diritto civile*, 2004, núm. 4, p. 1016; y PATTI, S., "Commento all'art. 23", en AA.VV.: *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy* (coord. por C.M. BIANCA y F.D. BUSNELLI), CEDAM, Padova, 2007, p. 544.

30 Vid. CUFFARO, V.: "Il consenso dell'interessato", en AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (coord. por V. CUFFARO y V. RICCIUTO), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 222-223.

(por no haber alcanzado la edad de 14 años) puedan hacerlo sus representantes legales en su lugar.

Ahora bien, si el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se presta en el marco de la celebración de otro tipo de contrato, la validez de dicho consentimiento exigirá no solo que el menor haya alcanzado los 14 años, sino también que cuente con capacidad suficiente de acuerdo a la ley para suscribir el mencionado contrato³¹. A ello parece referirse el art. 8.3 RGPD cuando señala que “el apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño”. Por ello, si el niño tiene edad suficiente para prestar el consentimiento digital pero no para celebrar el contrato correspondiente, el contrato podrá ser anulado a pesar de la licitud del tratamiento³².

Además, el hecho de que los menores que hayan alcanzado la edad de 14 años puedan consentir el tratamiento de sus datos personales por parte de los gestores de los diferentes servicios de internet no significa que su actuación en la red quede al margen del control paterno. Y es que, dicha potestad de control es inherente al ejercicio de la responsabilidad parental, que tanto en el caso del Derecho español (art. 154.2.1 Cc. esp.) como en el del italiano (art. 315-bis Cc. it.) incluye el derecho/deber de educar y formar a los hijos³³.

Como adelantaba, cuando se trate de menores de 14 años, el consentimiento habrá de proceder de sus representantes legales. En el caso del Derecho español, así lo prevé expresamente el art. 7.2 LOPDPGDD: “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” y, en el caso del Derecho italiano, el apartado 1 del art. 2 quinquies del ‘Codice in materia di protezione dei dati personali’: “El tratamiento de los datos personales de un menor de catorce años, basado en la letra a) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento, es lícito siempre que lo lleve a cabo la persona que ejerza la responsabilidad parental”³⁴.

31 Vid. THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Rimini, 2016, p. 107; y DEL NINNO, A.: “Il rapporto genitori-figli minori”, cit., p. 75.

32 Vid. RICCIUTO, V.: “La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno”, en AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (coord. por V. CUFFARO, R. D’ORAZIO y V. RICCIUTO), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 y ss.

33 Vid. BOCCHINI, R. y MONTANARI, M.: “Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo”, *Nuove leggi civili commentate*, 2018, núm. 2, pp. 340 y ss.; IRTI, C.: “Persona minore di età e libertà di autodeterminazione”, cit., p. 14; y BATUECAS CALETRIO, A.: “Nuove tecnologie e protezione del minore nel Diritto privato spagnolo”, *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 4, p. 8.

34 “In attuazione dell’articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all’offerta diretta di servizi della società dell’informazione. Il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato

El problema es que no es fácil comprobar que el consentimiento ha sido emitido por quienes ejercen la patria potestad y no por el propio menor. Al respecto, el RGPD se limita a señalar en su art. 8.2 que “el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”, pero sin especificar los medios tecnológicos que podrían utilizarse a tal fin. En todo caso, la fórmula por la que se opte dependerá del riesgo concreto para la protección de los datos personales del menor en cada supuesto, de modo que en muchos casos podría bastar con el envío de un correo electrónico por parte de los representantes legales del menor autorizando el tratamiento de sus datos personales, mientras que en otros supuestos en los que exista un riesgo mayor para la protección de los datos personales del menor cabría recurrir a fórmulas más sofisticadas, como por ejemplo la que propone la ‘Federal Trade Commission’ estadounidense, consistente en exigir al responsable del tratamiento que disponga de un formulario que tenga que ser rellenado y firmado por los progenitores³⁵. Algún autor va más allá y propone que se exija a los progenitores del menor llevar a cabo una transferencia bancaria a través de la cual se realice un pago simbólico (ej. 0,10 €), lo que aumentaría notablemente las garantías de que la autorización procede realmente de los representantes legales del menor³⁶. En todo caso, una vez que el interesado alcance la mayoría de edad, cesará la validez del consentimiento emitido por sus representantes legales y tendrá que ser él quien preste el consentimiento para que pueda continuarse con el tratamiento de sus datos personales³⁷.

C) Mecanismos para comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet.

Una de las principales dificultades que se plantean en esta materia tiene que ver con el establecimiento de mecanismos que permitan comprobar la edad de los usuarios de los servicios de internet para garantizar que quien emite el consentimiento haya alcanzado realmente la edad mínima exigida para ello. Y es que, la mayor parte de los servicios carecen de herramientas tecnológicas suficientemente fiables para llevar a cabo la mencionada empresa³⁸. Por ello, hace ya algún tiempo que desde la doctrina se viene reclamando que la propia

da chi esercita la responsabilita' genitoriale". Además, aun cuando bastará con el conset parece que cuando los dos progenitores ejerzan la patria potestad, el consentimiento habrá de ser emitido por ambos (Trib. Mantova, 19 settembre 2017).

35 Vid. DIFFENDERFER, M.: “The rights of privacy and publicity for minors online: protecting the privilege of disaffirmance in the digital”, *Dimostrare*, 2020, núm. 54, pp. 131 y ss.

36 Vid. DEL NINNO, A.: “Il rapporto genitori-figli minori nella prospettiva della normativa sul trattamento dei dati personali”, *Rev. U. of Louisville*, 2016, núm. 1, p. 76.

37 Vid. NADDEO, F.: “Il consenso al trattamento dei dati personali del minore”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, núm. 1, p. 13.

38 Vid. MARTOS DÍAZ, N.: “La protección del honor, la intimidad y de los menores”, *TELOS*, 2010, núm. 85, p. 111.

normativa exija a los proveedores de servicios de internet que implanten sistemas que faciliten la comprobación efectiva de la edad del menor³⁹.

El RGPD no ha previsto expresamente dicha obligación, pero el Comité Europeo de Protección de Datos ha declarado en sus Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del RGPD⁴⁰ que, dado que la edad mínima exigida por la legislación es un requisito para la validez del consentimiento y, por lo tanto, para la legalidad del tratamiento, los responsables del tratamiento, en caso de que el usuario declare tener una edad superior a la del consentimiento digital, deben realizar esfuerzos razonables y comprobaciones adecuadas para verificar la veracidad de la declaración.

También el órgano encargado de la protección de datos en el Estado italiano ('Garante per la Protezione dei Dati Personali': GPDP) ha comenzado a tomar conciencia de este problema desde hace algún tiempo, obligando a los servicios de internet a establecer mecanismos que permitan comprobar la edad de los usuarios para garantizar que quienes presten el consentimiento cuenten con la edad mínima exigida por la ley.

El germen de esta preocupación por parte del GPDP se encuentra en un suceso acaecido en Italia a principios de 2021, en el que una niña de 10 años perdió la vida tratando de poner en práctica un reto que había visto en la red social 'TikTok'. Un suceso del que no solo se hizo eco la prensa italiana⁴¹, sino también la española⁴².

Como consecuencia de ello, el GPDP instó a la red social 'TikTok' a bloquear las cuentas de niños respecto de los que no se hubiera verificado que son mayores de 13 años. Y es que, aunque el registro en dicha aplicación exigía haber alcanzado la edad de 13 años, muchos menores eludían la prohibición de acceder antes de dicha edad introduciendo una fecha de nacimiento anterior a la real (y si 'TikTok' detectaba una cuenta sospechosa la bloqueaba, pero entonces el usuario disponía de 24 horas para indicar si era mayor de edad, en cuyo caso la cuenta se desbloqueaba).

39 Vid. SALVADOR BENÍTEZ, A. y GUTIÉRREZ DAVID, M.E." "Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales", *El profesional de la información*, 2010, núm. 6, p. 673; y DURÁN RUIZ, F., "Autodeterminación informativa y derecho al olvido en la Unión Europea. Particularidades respecto de los menores de edad", en AA.VV.: *Actas del VII Simposio: las sociedades ante el reto digital*, Asociación de comunicación y nuevas tecnologías, Madrid, 2014, p. 179.

40 Disponibles en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf (fecha de última consulta: 08/06/2022)

41 Vid. https://www.repubblica.it/cronaca/2021/01/23/news/antonella_mi_ha_chiesto_una_cintura_e_io_glielo_data_credito_che_in_quei_5_minuti_nella_doccia_non_fosse_in_se_-283852976/ (fecha de última consulta: 29/05/2022).

42 Vid. <https://expansion.mx/tecnologia/2021/01/26/italia-bloquea-a-tiktok-despues-de-la-muerte-de-una-nina-de-10-anos> (fecha de última consulta: 29/05/2022).

Así, de forma indirecta, el GDPR estaba imponiendo a la red social 'TikTok' la obligación de establecer mecanismos que permitan comprobar de forma efectiva la edad de los usuarios que acceden al servicio.

El problema es que la verificación de la edad no es una tarea sencilla: por ejemplo, podría pensarse en exigir que quienes pretendan darse de alta en un determinado servicio de internet deban enviar previamente una fotocopia de su Documento Nacional de Identidad, pero ello no supone una solución infalible, ya que se presta fácilmente a falsificaciones a través de los numerosos programas de retoque de imágenes disponibles en la red, y que la población más joven suele utilizar con gran habilidad.

Por ello, me parece que habría que emplear otros medios más fiables, como el DNI electrónico o el certificado digital. También podría pensarse, como sugiere la 'Federal Trade Commission' estadounidense, en establecer algún método de pago que envíe una notificación al titular de la tarjeta de débito o crédito cada vez que se lleve a cabo una transacción desde la misma⁴³. Incluso podría recurrirse a la inteligencia artificial, utilizando algoritmos que, en virtud del comportamiento del usuario, pudieran revelar el tramo de edad en el que se encuentra (una tecnología que ya viene siendo utilizada por diversas empresas a efectos de marketing)⁴⁴.

D) Mecanismos para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad reúne los requisitos exigidos por la normativa.

A mi modo de ver, el aspecto más importante para garantizar que el consentimiento emitido por los menores de edad sea consciente y libre es que las condiciones de uso y las políticas de privacidad de los servicios de internet se presenten en un modo que resulte accesible para este sector poblacional⁴⁵. Y han de ser accesibles desde una doble perspectiva: en primer lugar, el procedimiento para acceder a dicha información ha de ser sencillo, y, en segundo lugar, la información proporcionada ha de ser clara. Así, en vez de recurrirse a interminables documentos en los que abundan los términos de carácter técnico y que es de suponer que los menores no van a leer (de hecho, me atrevería a afirmar que son muy pocos los adultos que lo hacen⁴⁶), habría que exigir a los gestores de las plataformas y servicios de internet que tanto las condiciones de uso

43 Vid. DIFFENDERFER, M.: "The rights of privacy", cit., pp. 131 y ss.

44 Vid. ADAMO, E.: *La tutela del minore*, cit., p. 76.

45 Vid. en el mismo sentido: PEDRAZZI, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, núm. 26, pp. 448 y 449.

46 No en vano, desde la doctrina se ha puesto de manifiesto que la lectura de las condiciones de uso de las políticas de privacidad de estos servicios supone un tiempo medio de unas tres horas, cuando en la práctica sabemos que apenas se le dedican unos segundos (vid. AULINO, L.: "Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, núm. 2, p. 2).

como las políticas de privacidad fueran redactadas utilizando un lenguaje conciso y transparente, que resultara fácilmente comprensible para los usuarios de menor edad⁴⁷. No en vano, en este sentido, el RGPD señala en su Considerando 58 que “dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender”⁴⁸.

Unas previsiones que han sido asumidas expresamente por el Derecho italiano, pues el segundo apartado del art. 2 quinquies del ‘Codice in materia di protezione dei dati personali’ prevé que el responsable del tratamiento de los datos redactará las informaciones y comunicaciones relativas al tratamiento en un lenguaje especialmente claro y sencillo, conciso y exhaustivo, fácilmente accesible y comprensible para el menor, con el fin de tratar de garantizar que el consentimiento prestado por este cumpla con los requisitos exigidos por la normativa⁴⁹. Además, parece que dicha información habría de dirigirse expresamente al interesado, por lo que no bastaría con que estuviera disponible en algún sitio de la página web desde la que se presta el servicio⁵⁰.

2. Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales pertenecientes a menores de edad.

Ya hemos visto unas líneas más arriba que el titular de los datos personales puede revocar su consentimiento en cualquier momento y exigir el cese en su tratamiento, una posibilidad que en el caso de los menores de edad está reforzada gracias a lo dispuesto en el art. 17.1 f) RGPD, que no solo faculta a los menores para revocar el consentimiento, sino que además les reconoce el derecho a solicitar la supresión de los datos personales que les conciernan, sin necesidad de tener que alegar para ello ningún incumplimiento de la normativa de protección de datos personales por parte del responsable del tratamiento⁵¹. Además, el Considerando 65 del RGPD recoge una previsión que también parece pensada para este supuesto: “este derecho es pertinente en particular si el interesado dio

47 Vid. en este sentido: DEL NINNO, A.: “Il rapporto genitori-figli minori”, cit., p. 72.

48 Una previsión que no se recogía expresamente en la Directiva 95/46, pero que algunos autores consideraban que estaba igualmente presente, pues se derivaba del principio de equidad: vid. POPOLI, A.R.: “L’adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato”, *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2019, núm. 6, p. 2.

49 “In relazione all’offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest’ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguarda”.

50 Vid. POPOLI, A.R.: “L’adeguamento dei social network sites al GDPR”, cit., p. 9.

51 El art. 17.1 f) RGPD prevé que “El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1”. Y si atendemos al art. 8.1 RGPD observamos que precisamente se refiere a tratamiento de los datos personales pertenecientes a menores de edad.

su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño”.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMO, E.: *La tutela del minore nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

ALFIERI, D.: "Internet: quando la "rete" cattura i minori", *Rivista italiana di informativa e diritto*, 2022, núm. 1, pp. 1-9. DOI: 10.32091/RIID0051.

ANDREOLA, E.: *Minori e incapaci in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

AULINO, L.: "Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, núm. 2, pp. 1-11.

BATUECAS CALETRÍO, A.: "Nuove tecnologie e protezione del minore nel Diritto privato spagnolo", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 4, pp. 1-22.

BOCCIA ARTIERI, G.: "Privacy dei minori sui social, con il GDPR: così tuteliamo i loro interessi", *Agenda Digitale*, 2018, 26 de abril. Disponible en: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy-dei-minori-sui-social-con-il-gdpr-cosi-tuteliamo-i-loro-interessi/> (fecha de última consulta: 30/05/2022).

BOLOGNINI, L. y BISTOLFI, C.: *L'eta' del consenso digitale: Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679(UE)*, Istituto Italiano per la Privacy y Centro Nazionale Anti-Cyberbullismo (CNAC), Roma, 2017.

BOZZI, L.: "I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 1, pp. 1-27.

BOCCHINI, R. y MONTANARI, M.: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civili commentate*, 2018, núm. 2, pp. 340-387.

CIANCIMINO, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

COBACHO LÓPEZ, A.: "Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2019, núm. 104, pp. 197-227.

CORREIRO, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rassegna di Diritto civile*, 2004, núm. 4, pp. 998-1033.

CUFFARO, V.: "Il consenso dell'interessato", en AA.VV.: *La disciplina del trattamento dei dati personali* (coord. por V. CUFFARO y V. RICCIUTO), Giappichelli, Torino, 1997, pp. 201-224.

DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

DEL NINNO, A.: "Il rapporto genitori-figli minori nella prospettiva della normativa sul trattamento dei dati personali", *Rev. U. of Louisville*, 2016, núm. 1, pp. 72-76.

DIFFENDERFER, M.: "The rights of privacy and publicity for minors online: protecting the privilege of disaffirmance in the digital", *Dimostrare*, 2020, núm. 54, pp. 131-146.

DURÁN RUIZ, F., "Autodeterminación informativa y derecho al olvido en la Unión Europea. Particularidades respecto de los menores de edad", en AA.VV.: *Actas del VII Simposio: las sociedades ante el reto digital*, Asociación de comunicación y nuevas tecnologías, Madrid, 2014, pp. 166-182.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea", *Revista Ius et Praxis*, 2016, núm. 1, pp. 377-416.

GUICHOT REINA, E.: "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, pp. 45-92.

IRTI, C.: "Persona minore di età e libertà di autodeterminazione", *Giustizia Civile*, 2019, núm. 3, pp. 1-33.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. 2º: *Derecho de la persona* (coord. por M. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, Madrid, 2021, pp. 257-299.

MARTÍNEZ ROJAS, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, pp. 59-88.

MARTOS DÍAZ, N.: "La protección del honor, la intimidad y de los menores", *TELOS*, 2010, núm. 85, pp. 107-112.

MUSSELLI, L.: "Internet e tutela dei minori", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, núm. 6, pp. 1-17.

NADDEO, F.: "Il consenso al trattamento dei dati personali del minore", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, núm. 1, pp. 1-44.

PATTI, S.: "Commento all'art. 23", en AA.VV.: *La protezione dei dati personali: commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy* (coord. por C.M. BIANCA y F.D. BUSNELLI), CEDAM, Padova, 2007, pp. 541-557.

PEDRAZZI, G.: "Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy", *Informatica e diritto*, 2017, núm. 26, pp. 437-451.

PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rassegna di diritto civile*, 2016, núm. 4, pp. 1324-1340.

PIRAINO, F.: "Il contrasto sulla nozione di dato sensibile, sui presupposti e sulle modalità del trattamento", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, núm. 1, pp. 1232-1243.

POPOLI, A.R.: "L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, núm. 6, pp. 1-37.

RICCIUTO, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", en AA.VV.: *I dati personali nel diritto europeo* (coord. por V. CUFFARO, R. D'ORAZIO y V. RICCIUTO), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23-59.

SALVADOR BENÍTEZ, A. y GUTIÉRREZ DAVID, M.E.: "Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales", *El profesional de la información*, 2010, núm. 6, pp. 667-674.

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

STEFANELLI, S.: "Privacy e immagine dei minori in internet", *Cyberspazio e diritto*, 2012, núm. 45, pp. 233-254.

THIENE, A.: "L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale", *Studium Iuris*, 2012, núm. 1, pp. 528-535.

THOBANI, S.: *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, □ Maggioli Editore, Rimini, 2016.

VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.