



REVISTA DOMINICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Dominican Journal of Constitutional Law

ENSAYOS

Luis Henry Molina Peña

Derecho a una justicia oportuna

Domingo Antonio Gil

La evolución del proceso laboral:
¿Hacia el proceso justo?

Justo Pedro Castellanos Khoury

Límites jurisprudenciales a la admisibilidad
del recurso de revisión constitucional de
decisiones jurisdiccionales

Laura M. Castellanos Vargas

La función del control del Congreso Nacional:
un análisis de las atribuciones del Poder
Legislativo en el régimen presidencialista
dominicano

Francisco Balaguer Callejón

La gestión europea e internacional de la
pandemia en perspectiva constitucional

Tomás Bastarreche Bengoa

Distintas miradas sobre el derecho de
petición: la Unión Europea (UE), España
y la República Dominicana

Susana Ruiz Tarrías

El laberinto de la protección de datos de los
menores en el marco de los «derechos
digitales»

Ricardo Rojas León

La libertad de expresión en sentido estricto y
el derecho a la información

ESTUDIOS

Karla Andrade Quevedo,

Jean Pierre Luzardo,

Ana Paula Chávez Sanz,

**Erick Fabián Guapizaca Jiménez
y Adriana Rodas Merino**

El rol complementario de las Fuerzas Armadas
a la Policía Nacional y el uso progresivo
de la fuerza en el marco de un Estado de
Excepción en Ecuador

José Antonio Dias Toffoli

El control concreto de constitucionalidad ante
el Tribunal Constitucional: especial referencia al
sistema de justicia constitucional dominicano

José Gregorio Hernández Galindo

Tribunales Constitucionales y Estado Social
y Democrático de Derecho

Oscar Dejuán Asenjo

La constitución económica
tras medio siglo de andadura

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

REVISTA DOMINICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Dominican Journal of Constitutional Law

AÑO 4 | NÚMERO 1 | 2022

**Presidente del
Tribunal Constitucional dominicano**
Mag. Milton Ray Guevara

Consejo Editorial
Presidente
Mag. Víctor Joaquín Castellanos Pizano

Miembros
Mag. Lino Vásquez Sámuel
Mag. Justo Pedro Castellanos Khoury
Mag. Manuel Ulises Bonnelly Vega
Mag. María del Carmen Santana de Cabrera
Mag. Miguel Aníbal Valera Montero

Secretaría Consejo Editorial

Brianda Trujillo

Asistentes ad hoc

Mildren L. Abreú Hernández

Corrección de estilo

Eduardo Díaz Guerra

Diagramación

Yíssel Casado

Publicación

Editora -----

Impreso en Santo Domingo,
República Dominicana
ISSN: 2636-2325

La *Revista Dominicana de Derecho Constitucional* se reserva todos los derechos de programación, impresión o reproducción (*copyright*) total o parcial del material que reciba, dando en todo caso el crédito correspondiente a los autores. Además, no se responsabiliza por el contenido y afirmaciones de los trabajos publicados. Tampoco es responsable por la pérdida del material enviado. Los trabajos que serán publicados en la *Revista Dominicana de Derecho Constitucional* deberán ser enviados a la siguiente dirección electrónica:
revistaderechoconstitucional@tc.gob.do.

Consejo Científico Internacional

Lucio Pegoraro

Universidad de Bolonia, Italia

Diego López Garrido

Universidad de Castilla – La Mancha, España

Néstor Pedro Sagüés

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Domingo García Belaúnde

Universidad de Lima, Perú

Gerardo Eto Cruz

Universidad Nacional de Trujillo, Perú

Carlos Libardo Bernal Pulido

Universidad Externado de Colombia, Colombia

María Emilia Casas Baamonde

Universidad Complutense de Madrid

Ana Virginia Calzada

Universidad Nacional de Costa Rica

Diego Valadés Ríos

Universidad Nacional Autónoma de México

María Victoria Calle

Universidad de Medellín, Colombia

Humberto Nogueira Alcalá

Universidad de Talca, Chile

Francisco Javier Díaz Revorio

Universidad Castilla-La Mancha, España

Marisol Peña Torres

Pontificia Universidad Católica de Chile

Consejo Académico Dominicano

Flavio Darío Espinal Jacobo

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Manuel Ramón Herrera Carbuccia

Universidad Central del Este

Napoleón Estévez Lavandier

Universidad Autónoma de Santo Domingo

Bernabel Moricete Fabian

Universidad Tecnológica del Cibao

Claudio Anibal Medrano

Universidad Católica Nordestana

Eduardo Jorge Prats

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Cristina Aguiar

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Juan Miguel Castillo Pantaleón

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Aura Celeste Fernández Rodríguez

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra



REVISTA DOMINICANA DE **DERECHO CONSTITUCIONAL**

Dominican Journal of Constitutional Law

Consejo Académico Dominicano

Fabio Guzmán Ariza

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Frinette Padilla Jiménez

Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña

Cristóbal Rodríguez Gómez

Universidad Tecnológica de Santiago

Ylona de la Rocha

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Namphi Rodríguez

Universidad Autónoma de Santo Domingo

Nassef Perdomo

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

ÍNDICE

Biografías	5
-------------------------	----------

ENSAYOS

Luis Henry Molina Peña.....	13
Derecho a una justicia oportuna	
Domingo Antonio Gil	55
La evolución del proceso laboral: ¿Hacia el proceso justo?	
Justo Pedro Castellanos Khoury.....	95
Límites jurisprudenciales a la admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales	
Laura M. Castellanos Vargas	175
La función del control del congreso nacional: un análisis de las atribuciones del poder legislativo en el régimen presidencialista dominicano	
Francisco Balaguer Callejón	219
La gestión europea e internacional de la pandemia en perspectiva constitucional	
Tomás Bastarache Bengoa.....	259
Distintas miradas sobre el derecho de petición: la unión europea (ue), españa y la república dominicana	
Susana Ruiz Tarrías	321
El laberinto de la protección de datos de los menores en el marco de los «derechos digitales»	
Ricardo Rojas León	381
La libertad de expresión en sentido estricto y el derecho a la información	

EL LABERINTO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS MENORES EN EL MARCO DE LOS «DERECHOS DIGITALES»

Susana Ruiz Tarrías

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de los datos de los menores en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. III. La adecuación del ordenamiento jurídico español al RGPD y los «derechos digitales» de los menores. A. Los «derechos digitales» en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales. B. La prestación del consentimiento del menor de edad para el tratamiento de sus datos personales. C. Sanciones por infracciones en relación con la protección de datos de los menores. IV. La protección de los datos de los menores por la Agencia Española de Protección de Datos y los órganos jurisdiccionales. A. Los diferentes procedimientos ante la Agencia Española de Protección de Datos. B. La práctica reciente de la AEPD acerca del derecho a la protección de los datos personales de los menores en los centros escolares. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

RESUMEN: como resulta conocido, los menores acceden cada vez con una edad más temprana a las nuevas tecnologías y también constituyen una categoría relevante de sujetos en el mercado digital («targets»), a los que las empresas ofrecen servicios y aplicaciones.

El Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento General de Protección de Datos), ha otorgado una mayor protección jurídica al tratamiento de los datos personales de los menores. Por su parte, el legislador español ha ampliado el contenido de la norma comunitaria, a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, reconociendo

«derechos digitales» específicamente a los menores con el rango de ley orgánica.

PALABRAS CLAVE: menores, protección de datos, derechos digitales, servicios de la sociedad de la información, centros escolares, redes sociales, Internet, derechos fundamentales, garantía de derechos.

THE LABYRINTH OF DATA PROTECTION FOR MINORS IN THE CONTEXT OF «DIGITAL RIGHTS»

ABSTRACT: As is well known, minors are gaining access to new technologies at an increasingly younger age and constitute a relevant category of subjects in the digital market («targets»), to whom companies offer services and applications.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (General Data Protection Regulation), has granted greater legal protection to the processing of minors' personal data. For its part, the Spanish legislature has extended the content of the EU regulation through Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights, recognising «digital rights» specifically for minors with the rank of organic law.

KEY WORDS: Minors, data protection, digital rights, information society services, schools, social networks, Internet, fundamental rights, guarantee of rights.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta un lugar común reconocer la avanzada visión del constituyente español de 1978 al establecer, en el artículo 18.4 CE, la protección específica de los ciudadanos en el contexto de la informática, si bien, como en otros contenidos de nuestro Texto Constitucional, en este caso su inspiración proviene del artículo 35 de la Constitución de la República portuguesa de 1976¹.

Ciertamente, en los años 80 del siglo pasado tan solo se podía entrever que la adopción por el Consejo de Europa del Protocolo 108 (1981)², para la

¹ El texto original del artículo 35 de la Constitución de la República portuguesa afirmaba: «Utilização da informática.

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.
2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.
3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos».

Tras ser reformado, el artículo 35 de la Constitución de la República portuguesa contiene en la actualidad una regulación más detallada:

«Artículo 35: Utilización de la Informática

1. Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a todos los registros informáticos que le conciernen, a requerir que sean rectificadas y actualizadas, y a ser informado de la finalidad a que se destinan las informaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.
2. La ley definirá el concepto de «dato personal», junto con los términos y condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, vínculos, transmisiones y uso, y garantizará su protección, en particular por medio de un órgano independiente.
3. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliaciones a partidos o sindicatos, creencias religiosas, vida privada u orígenes étnicos, salvo con el consentimiento expreso del sujeto, con autorización prevista por la ley y garantías de no discriminación, o con el fin de procesar datos estadísticos que no puedan ser individualmente identificados.
4. El acceso de terceros a los datos personales estará prohibido, salvo en casos excepcionales, de conformidad con la ley.
5. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos.
6. Se garantiza a todos el libre acceso a la red informática de uso público. La ley determinará tanto las reglas aplicables al flujo de datos a través de las fronteras como las medidas apropiadas para proteger datos personales y otros que justificadamente hayan de ser salvaguardados en interés nacional.
7. Los datos personales contenidos en archivos manuales disfrutará de la misma protección prevista en los apartados precedentes, de conformidad con lo dispuesto en la ley».

² Consejo de Europa. Convenio 108 (Estrasburgo, 28 de enero del 1981), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, y la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 65, I, del 15 de diciembre del 1983), alumbrarían el que I. Villaverde califica como «derecho basilar del siglo XXI»³.

En efecto, resulta generalmente admitido que el origen del derecho a la privacidad (Right to Privacy) entendido como «autodeterminación informativa» (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), se sitúa en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 15 de diciembre del 1983, asunto Ley del Censo, donde se enuncia este derecho en el contexto de la protección de los derechos de la personalidad, siendo definido como el derecho del individuo a decidir sobre la «divulgación y uso de sus datos» (par. 147), al tiempo que se reconocen los riesgos para los derechos de la personalidad, derivados de las «redes de datos» o «datos enmallados» (Datenverbundes) (par. 169)⁴.

Un concepto de «autodeterminación informativa» acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán que, en opinión de P. Lucas Murillo de la Cueva, «expresa la sustancia del derecho: el control de uno mismo sobre la información personal que le afecta y sirve para proyectarlo frente a la informática o frente a cualquier tecnología»⁵.

En nuestro caso, sin embargo, la previsión contemplada en el artículo 18.4 CE ha sido objeto de un proceso de conceptualización por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -de «descubrimiento» o «inventio romana»⁶-, hasta llegar a identificar un «derecho a la autodeterminación informativa» o «derecho fundamental a la protección de datos personales».

Un camino iniciado con la STC 254/1993, del 20 de julio, cuyo FJ 6 reconocía que «estamos ante un instituto de garantía de otros derechos (...), pero también ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad funda-

Ratificado por España el 27 de enero del 1984 (Instrumento de ratificación publicado en el B.O.E. n. 274, del 15 de noviembre del 1985).

³ VILLAVERDE (Ignacio), *Constitución y protección de datos*, Revista Registradores de España, núm. 85, 2018. Disponible en: <https://revistaregistradores.es/constitucion-y-proteccion-de-datos/>

⁴ BVerfG 1 BvR 209/83, 15.12.1983. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html

⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Pablo), *La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 19-20, 2003, p. 39.

⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Pablo), *ibid.*, p. 41.

mental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»⁷.

Como «derecho fundamental a la protección de datos» lo define la STC 292/2000, del 30 de noviembre, configurándolo como un derecho fundamental con sustantividad propia respecto de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). Un derecho fundamental a la protección de datos que, según afirma el Tribunal Constitucional, pese a su proximidad, resulta peculiar respecto del derecho a la intimidad por su «distinta función», que lleva aparejados también un diferente «objeto y contenido» (FJ 5), aun cuando los contornos esbozados por el Tribunal Constitucional resultan algo confusos⁸.

De otro lado, la segunda peculiaridad del «derecho fundamental a la protección de datos» que lo diferencia del derecho a la intimidad reside, a juicio del Tribunal Constitucional, en su contenido, consistente en un poder de disposición sobre los propios datos que puede ser ejercido frente a un tercero (sea un particular o el Estado), para conocer quién dispone de sus datos personales, consentir qué datos personales pueden ser recabados y con qué finalidad, pudiendo oponerse a esta posesión o uso.

En definitiva, constituyen «elementos característicos» de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales,

⁷ El criterio formulado en esta pionera Sentencia, a partir de la cual se acuña la expresión «libertad informática», fue reiterado en otros pronunciamientos posteriores como la STC 143/1994, del 9 de mayo, relativa a las normas reguladoras del NIF; la STC 11/1998, del 13 de enero, que declara contrario al artículo 18.4 CE el uso por una empresa del dato personal de la afiliación sindical para detraer haberes de los trabajadores (sobre el mismo asunto, entre otras, la STC 94/1998, del 4 de mayo), la STC 202/1999, del 8 de noviembre, que detectó un almacenamiento en soporte informático, sin cobertura legal, de los diagnósticos médicos de un trabajador, o la STC 290/2000, del 30 de noviembre, donde se utiliza el término «libertad informática» como sinónimo de «protección de datos».

⁸ Así, el derecho a la protección de datos «garantiza a los individuos un poder de disposición» sobre los propios datos personales, de ahí que su objeto sea «más amplio que el del derecho a la intimidad», al extender su garantía no solo respecto de esta última, según su contenido constitucionalmente reconocido en el artículo 18.1 CE, sino también, en términos más amplios, a la «esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen a la vida privada», como el derecho al honor y, con carácter general, los derechos de la persona, «sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar» o cualquier «otro bien constitucionalmente amparado» (FJ 6).

los derechos del afectado a «consentir» sobre su recogida y uso, resultando indispensable para garantizar ese contenido el reconocimiento del «derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin», y el «derecho a poder oponerse a esa posesión y uso» (FJ 7)⁹.

En la actualidad, el vertiginoso desarrollo de las tecnologías digitales y su utilización para el tratamiento de datos personales, circunstancias a las que cabe sumar el fenómeno de la globalización y la consiguiente circulación mundial de los datos personales de los individuos, ha supuesto, entre otras consecuencias, la adaptación del Protocolo 108 y la adopción de un nuevo Protocolo 108+ o «Convenio modernizado»¹⁰, para garantizar el derecho de todo individuo a controlar el tratamiento de sus datos personales.

Asimismo, el acceso a Internet ha sido reconocido como un derecho universal, en tanto que, como ha afirmado el Relator especial de Naciones Unidas (Sr. F. La Rue), posibilita el ejercicio de otros derechos como los derechos a la libertad de opinión y de expresión, pero también de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural y a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

En este sentido, por tanto, al actuar como «catalizador» del ejercicio individual del derecho a la libertad de opinión y expresión, Internet también promueve la realización de otros derechos humanos (La Rue: 2011). De ahí que, en el marco de una sociedad digitalizada, se empiece a hablar de la necesidad de «un cambio de paradigma» a través del principio de «solidaridad digital», manifestación del tránsito jurídico-político desde el habeas corpus al habeas data.

Un término que hace referencia a la «dimensión digital», donde Internet no solo resulta un instrumento para el ejercicio de derechos de la perso-

⁹ Este criterio jurisprudencial ha sido mantenido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 58/2018, del 4 de junio, al resolver un recurso de amparo que tenía por objeto el ejercicio del derecho al olvido respecto de datos contenidos en la hemeroteca digital del diario *El País*.

¹⁰ Protocolo núm. 223, por el que se modifica el Convenio de 28 de enero del 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STE núm. 108), acordado durante la 128ª sesión del Comité de Ministros en Elsinore (Dinamarca).

na, sino también una dimensión explicativa de los derechos del individuo. En este sentido, estaríamos hablando de bienes que resultan instrumentales para el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo, y que, en consecuencia, no deben entenderse «exclusiva y reductivamente» como bienes sino como algo más íntimamente conectado a la existencia libre y digna del individuo¹¹.

Estaríamos asistiendo, pues, a un distinto modo de estar la persona en el mundo como consecuencia, afirma Stefano Rodotà, de una nueva distribución del poder social y de una síntesis entre una situación instrumental y una serie tendencialmente abierta de facultades que la persona puede ejercer en el ámbito digital¹², lo que proporciona una nueva dimensión explicativa de los derechos individuales, en la que deben también resultar efectivos los principios de igualdad y participación en la vida democrática, sustancial en la denominada «ciudadanía digital»¹³.

En este contexto, como estima Francisco Javier Durán, resulta esencial «armonizar los riesgos y la protección de derechos» cuando se tratan datos sensibles o pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables, como es el caso de los menores¹⁴.

Porque, desde luego, la realidad social global evidencia, de un lado, que los menores acceden cada vez con una edad más temprana a las nuevas tecnologías¹⁵, y, de otro, que los menores constituyen una categoría relevante de sujetos en el mercado digital («targets»), en tanto que, cuanto más conocimiento tengan sobre ellos, les resultará más fácil a las empresas que ofrecen servicios

¹¹ SCOTTI (Gerardo), «Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà “digitale”», *Forum di Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 2021, p. 417.

¹² RODOTÀ (Stefano), «Why Internet needs its own Constitution», *The Federalist Debate*, Year XXVII, núm. 2, July 2014.

¹³ SCOTTI (Gerardo), *ibid.*, pp. 400-401.

¹⁴ DURÁN RUIZ (Francisco Javier), «TIC y protección de datos personales en la Unión Europea, con especial referencia a los menores y el Reglamento General (UE) 2016/679 de Protección de Datos», en DURÁN RUIZ (Francisco Javier) (Dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital*, Internet, redes sociales y comunicación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 123.

¹⁵ Así lo constata, entre otros, el Informe elaborado en 2014, por SMAHEL (David) & WRIGHT (Michelle F.) (Eds), *The meaning of online problematic situations for children: Results of cross-cultural qualitative investigation in nine European countries*, London School of Economics and Political Science.

y aplicaciones en línea interactuar con ellos ofreciéndoles una variedad de servicios o productos que pudieran interesarles¹⁶.

De ahí que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (en adelante RGPD), haya tenido en cuenta la necesidad de articular, específicamente, una mayor protección jurídica en relación al tratamiento de los datos personales de los menores, a quienes se refiere de modo expreso el Considerando n° 38 en los siguientes términos:

«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. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños».

Las páginas que siguen pretenden describir el marco jurídico aplicable a la protección de los datos personales de los menores, tras la reciente aplicación del Reglamento (UE) de Protección de Datos y la aprobación en España de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD). Pero también, transcurridos tres años desde la aplicación de ambas normativas, el presente trabajo incluye el análisis de un conjunto de Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), relativas a los datos personales de los menores en el ámbito escolar, con el fin de constatar cómo se está llevando a cabo la aplicación de las previsiones específicas en este aspecto, al objeto de poder obtener conclusiones acerca de las fortalezas y debilidades del sistema de garantías diseñado por el legislador europeo y nacional.

¹⁶ BRITO IZQUIERDO (Noemí) «Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales», *Actualidad Civil*, núm. 5, 2018.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE LOS MENORES EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como resulta conocido, la Unión Europea ha venido desempeñando un liderazgo mundial en el desarrollo de la más amplia y exhaustiva protección de los datos personales, ya desde la adopción de la Directiva 95/46/CE¹⁷ y la Directiva 2002/58/CE¹⁸.

En este contexto, el artículo 16, apartado 2, del TFUE, reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, y encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo que establezcan, para las personas físicas, las normas sobre protección del tratamiento de datos de carácter personal y las normas relativas a la libre circulación de dichos datos. Por su parte, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), ha reconocido de modo expreso que toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan.

Asimismo, desde la adopción de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales, el Grupo de Trabajo del Art. 29 (en adelante, GT29) reconoció de modo expreso que, «como persona humana, el niño tiene derecho a la privacidad» que debe ser respetada por todos, «incluidos sus representantes» pues, según afirma, debe recordarse que el derecho a la protección de datos personales «pertenece al menor, y no a sus representantes legales», que simplemente lo ejercen en su nombre.

En todo caso, el GT29 reconoció que el derecho a la privacidad de los menores no constituye un derecho absoluto, pues debe ceder en casos de colisión con el «interés superior» del menor que, en ocasiones, debe prevalecer

¹⁷ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre del 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos (D.O.C.E. L 281/31, de 23.11.95).

¹⁸ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (D.O.C.E. L201/37, del 31.7.2002).

sobre los deseos de los progenitores o tutores legales, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de los datos relativos a la salud¹⁹.

El hecho es que, en su momento, las Directivas UE en materia de protección de datos no contenían disposiciones específicas relativas al derecho a la protección de los datos de los menores, aunque resultaban aplicables respecto de todas las personas físicas.

Sin embargo, el GT29 afirmó que la ausencia de previsiones concretas respecto de los menores no significaba que estos no fueran titulares del derecho a la protección de sus datos, y tampoco que no les fueran aplicables ambas disposiciones, aunque las directivas sobre la materia incorporasen limitaciones en su aplicación personal y material.

Por ello, el GT29 consideró necesario aclarar que la protección de los datos de los menores «debe tener en cuenta dos aspectos importantes». De un lado, los distintos grados de madurez que determinan cuándo los menores pueden empezar a actuar directamente respecto de sus propios datos. En segundo término, la extensión con la que los representantes tienen el derecho a representar a los menores, en los casos en los que la publicidad de los datos personales pueda perjudicar los intereses del menor²⁰.

Desde tales premisas, el GT29 enunció, como principios que debían presidir la aplicación de las directivas sobre protección de datos respecto de los menores de edad: la calidad de los datos, la legitimación para el tratamiento de los datos, y la seguridad de los datos²¹. Asimismo, enumeró como derechos que deben ser especialmente respetados en el caso de los menores: el derecho a ser informado y notificado, que «va de la mano», afirmaba, con el consentimiento; el derecho de acceso a los datos, y los derechos de oposición, rectificación, bloqueo y supresión²².

¹⁹ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 160). Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools), adopted on 11 February 2009, p. 5.

²⁰ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 160). Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools), adopted on 11 February 2009, p.7.

²¹ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 160). Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools), adopted on 11 February 2009, pp.7-9.

²² Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 160). Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools), adopted on 11 February 2009, pp. 10-11.

El GT29 también proporcionó indicaciones respecto de ciertos aspectos relacionados con la protección de los datos de los menores en las escuelas.

Entre ellos, consideraba que el uso de datos biométricos por las escuelas debía estar presidido por el principio de proporcionalidad; la instalación de circuitos cerrados de TV en los centros educativos debía ser objeto de información a los menores y resto de trabajadores del centro, debiendo revisarse periódicamente la necesidad de mantener esa medida de control; los datos médicos de los alumnos, en tanto que datos sensibles, únicamente podían ser conocidos por los facultativos o profesores tutores sometidos al deber de sigilo, y su tratamiento quedaba sometido al consentimiento de los representantes del menor, salvo situación de emergencia vital para este.

Respecto del uso de páginas web por los centros escolares para comunicarse con los alumnos y sus familias, el GT29 alertaba de la necesidad de aplicar con mayor rigor las garantías normativas a los datos personales y, en concreto, recomendaba la aplicación de los principios de minimización de los datos, proporcionalidad y, adicionalmente, la implantación de mecanismos de acceso restringido (como ID y contraseña).

En relación con la publicación en prensa o internet de fotos de los alumnos, el GT29 consideraba que las escuelas debían ser especialmente cuidadosas con la publicación de fotos a través de internet, y, en cualquier caso, su publicación debía ir precedida del consentimiento otorgado por el menor o su representante legal. No obstante, admitía la posibilidad de excepciones en los casos de fotos de grupo y eventos escolares, siempre que no permitieran una «fácil» identificación de los alumnos²³.

La reciente aplicación general del Reglamento (UE) 2016/679²⁴, que deroga la Directiva 95/46/CE, ha incorporado modificaciones sustantivas respecto del consentimiento del menor en relación con los servicios de la sociedad de la información²⁵.

²³ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 160). Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools), adopted on 11 February 2009, pp. 15-17.

²⁴ D.O.U.E. L 119/1, de 4.5.2016.

²⁵ BOTANA GARCÍA (Gema Alejandra), *Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea*, Wolters Kluwer Actualidad Civil, núm. 1, 2016.

Pero también, el art. 8 RGPD incluye, por primera vez en la regulación europea, una referencia expresa a la protección de datos de los menores de edad, lo que supone identificarlos como sujetos específicos de una protección legal que hasta este momento se venía desarrollando por la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales y por la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas²⁶, en su condición de «personas físicas»²⁷.

De ahí que el GT29 reconozca, en su WP 259 que, en comparación a la Directiva 95/46/CE, el RGPD «establece un nivel adicional de protección» cuando el tratamiento tiene por objeto datos personales de personas físicas vulnerables, y, especialmente, de niños²⁸.

En todo caso, la regulación que incorpora la nueva norma europea no prevé un modelo completo que, con carácter detallado y sistemático, describa la protección específicamente aplicable a los menores, sino que contempla precisiones concretas a lo largo del articulado, junto a la regulación de determinados aspectos que les afectan directamente.

Específicamente, el artículo 8 del RGPD regula de modo expreso las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información.

Pero también, en su artículo 6.1.f), el RGPD incorpora una excepción al principio de licitud del tratamiento basado en intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, cuando prevé que sobre dichos intereses «no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño».

²⁶ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

²⁷ PIÑAR REAL (Alicia), «Tratamiento de datos de menores de edad», en PIÑAR MAÑAS (José Luis) (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Ed. Reus, 2016, p. 26.

²⁸ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT 29) (WP 259). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 26.

Asimismo, la nueva legislación europea prevé -en relación con la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado-, que el responsable del tratamiento proporcione información en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cuando la información vaya dirigida a niños (artículo 12.1 RGPD).

La información proporcionada a los niños y la prestación de su consentimiento directo o a través de los titulares de la patria potestad, podrán incorporarse a los Códigos de conducta de los responsables o encargados del tratamiento (artículo 40.2, g) RGPD), y, en última instancia, se contempla que las autoridades nacionales de control promuevan la sensibilización del público respecto de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento de datos personales, prestando especial atención, específicamente, a los niños (artículo 57.1.b) RGPD).

III. LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL AL RGPD Y LOS «DERECHOS DIGITALES» DE LOS MENORES

A. Los «derechos digitales» en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales

Con el objetivo de adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD que, desde su aplicación general el 25 de mayo de 2018, constituye la norma que regula el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales reconocido en el artículo 18.4 CE/78, el legislador español aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)²⁹.

Esta Ley Orgánica, junto a la voluntad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la nueva regulación europea, tiene también por objeto «garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución» (artículo 1.2)³⁰.

²⁹ B.O.E. n. 294, de 6 de diciembre de 2018.

³⁰ El artículo 1 de la LOPDGDD establece:

Unos «derechos digitales» a los que no se refiere el RGPD, pero que el legislador orgánico ha garantizado en el Título X de la LOPDGDD (arts. 79 a 97), considerando que, al igual que el derecho a la protección de datos personales, todos encuentran su fundamento en el artículo 18.4 CE/78, de modo que «los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte, son plenamente aplicables en Internet» (artículo 79 LOPDGDD).

Como explícitamente reconoce la Exposición de Motivos, la LOPDGDD:

«(...) el Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales»³¹.

«La presente ley orgánica tiene por objeto:

a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el 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».

El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica.

b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución».

³¹ Así, regula el derecho a la «neutralidad en Internet» (artículo 80), el derecho de «acceso universal a Internet» (artículo 81), el derecho a la «seguridad digital» (artículo 82), el derecho a la «educación digital» (artículo 83), el derecho a la «protección de los menores en Internet» (artículo 84), el derecho de «rectificación en Internet» (artículo 85), el derecho a la «actualización de informaciones en medios de comunicación digitales» (artículo 86), el derecho a la «intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral» (artículo 87), el derecho «a la desconexión digital en el ámbito laboral» (artículo 88), el derecho a la «intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo» (artículo 89), el derecho a la «intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral» (artículo 90), el derecho al «olvido en búsquedas de Internet» (artículo 93) y el derecho al «olvido en servicios de redes sociales y servicios

Se trata, pues, como señala Artemi Rallo, de la primera garantía a nivel legislativo que un Estado europeo otorga a «derechos digitales» en «todos los ámbitos individuales y colectivos afectados por la tecnología»³², aunque, atendiendo al ámbito de aplicación dispuesto por el artículo 2.1 de la propia LOPDGDD, el legislador orgánico -pese a que todo el Título X de la LOPDGDD tiene como rúbrica «Garantía de los derechos digitales»-, ha previsto la aplicación de las garantías propias de la protección de datos únicamente respecto a los contenidos de los artículos 89 a 94, dado que en el mencionado precepto se afirma que lo establecido en ellos «se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero»³³.

De este modo, habrán de respetarse las garantías específicas recogidas en los distintos preceptos de la LOPDGDD, para el ejercicio del «derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo» (artículo 89 LOPDGDD), y del «derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral» (artículo 90 LOPDGDD), estableciéndose, además, en el artículo 91 LOPDGDD que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral».

Pero también considera necesaria la garantía específica del «derecho al olvido», al que dedica dos preceptos diferentes - el «derecho al olvido en búsquedas de Internet» (artículo 93 LOPDGDD³⁴), y «el derecho al

equivalentes» (artículo 94), así como el derecho de «portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes» (artículo 95) y, por último, el derecho al «testamento digital» (artículo 96).

³² RALLO LOMBARTE (Artemi), «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en RALLO LOMBARTE (Artemi) (Dir.), *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2019, p. 28.

³³ El artículo 2.1 LOPDGDD, afirma que «Lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero».

³⁴ El artículo 93 dispone: «Derecho al olvido en búsquedas de Internet.

1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando

olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes» (artículo 94 LOPDGDD³⁵).

Es a este nivel jurídico -con raíz en el artículo 18.4 CE/78-, donde el legislador orgánico sitúa, tanto «el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales» como la garantía de «los derechos digitales de la ciudadanía»-, donde se ubican los «derechos digitales» que tienen como destinatarios específicos a los menores.

Ello supone la aplicación a los «derechos digitales», de las garantías de los derechos fundamentales previstas en el artículo 53.1 y 2 CE/78 respecto de las libertades y derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo se-

fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho».

³⁵ El artículo 94 establece: «Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2».

gundo del Título I, dado que el legislador orgánico considera explícitamente que «el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido» en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta LOPDGD; y que «los derechos digitales de la ciudadanía» se han de garantizar conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 CE/78, atribuyéndole, en consecuencia (ex artículo 81.1 CE/78), el carácter de orgánicos³⁶, tanto al «derecho a la protección de los menores en internet» (art. 84 LOPDGD)³⁷ como, específicamente, al derecho a la «protección de datos de los menores en internet» (art. 92 LOPDGD)³⁸.

Este catálogo de «derechos digitales» se ha completado en la Ley 10/2021, del 9 de julio, de trabajo a distancia, y, sobre todo, con carácter sistemático y exhaustivo, en la reciente Carta de Derechos Digitales adoptada por el Gobierno, en cuyas consideraciones previas se afirma que

«El objetivo de la Carta es descriptivo, prospectivo y asertivo. Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuen-

³⁶ Así lo prevé la Disposición final primera de la LOPDGD al regular la naturaleza de dicha Ley Orgánica afirmando que «La presente ley tiene el carácter de ley orgánica», sin incluir los artículos 84 y 92 en los contenidos que tienen «carácter de ley ordinaria».

³⁷ El artículo 84 de la LOPDGD establece: «Protección de los menores en Internet.

1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.
2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

³⁸ El artículo 92 de la LOPDGD dispone: «Protección de datos de los menores en Internet. Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes, deberá contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica».

cias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Asertivo en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros» (p. 6)³⁹.

De ahí que la Carta de Derechos Digitales declare expresamente no tener «carácter normativo», ni tratar de «crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros» (p. 5) en un proceso dinámico, a la vez que «sugerir principios y políticas referidas a ellos» y «proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos» (pp. 5-6).

En este contexto, la Carta de Derechos Digitales incluye en su catálogo derechos específicamente referidos a los menores. Así, en la Sección Segunda de la Carta, bajo la rúbrica «Derechos de igualdad», el ordinal X proclama la «protección de las personas menores de edad en el entorno digital» afirmando que,

«1. Con arreglo a las potestades que les son propias y de acuerdo con la legislación aplicable, las personas progenitoras, tutoras, curadoras, representantes legales o personas que presten apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, velarán por que las personas menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los entornos digitales a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y de preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. Los centros educativos, las Administraciones y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen personas menores de edad están obligados, por la legislación aplicable, a la protección del interés superior de la persona menor y sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales. Deberá recabarse su consentimiento, si es mayor de 14 años, o el de sus representantes legales, para la publi-

³⁹ Texto disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

cación o difusión de sus datos personales o su imagen a través de servicios de redes sociales.

Asimismo, se promoverá la implantación de procedimientos para la verificación de la edad, el derecho a recibir formación e información adecuada y adaptada a sus necesidades sobre los entornos digitales a los que accedan y el acceso a medios para solicitar y en su caso obtener la tutela de sus derechos frente a comportamientos o acciones lesivas o ilícitas.

3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, están prohibidos los tratamientos de la información de personas menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales. Ninguna práctica de perfilado podrá dirigirse a manipular o perturbar la voluntad de personas menores, incluido el perfilado con fines publicitarios.

4. Con arreglo a la normativa aplicable, en los entornos digitales las personas menores tendrán derecho a recibir información suficiente y necesaria sobre el uso responsable y adecuado de las tecnologías.

5. Las personas menores de edad pueden expresar libremente sus opiniones e ideas a través de medios tecnológicos, así como participar y expresar su opinión en los asuntos públicos que les afectan, conforme a los derechos que les son inherentes, incluyendo la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de asociación y de celebrar reuniones con fines pacíficos en el entorno digital. Se potenciará el uso de las tecnologías para el pleno desarrollo de este derecho.

6. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de personas menores, derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad, la orientación sexual e identidad de género, así como a los comportamientos antidemocráticos, racistas, xenófobos, capacitistas, machistas, discriminatorios o propios del discurso del odio».

Como puede apreciarse, a pesar del rechazo inicial a su carácter normativo, lo cierto es que los apartados 1 y 2 del ordinal X tienen un contenido claramente inspirado en los artículos 84 («Protección de los menores en Internet») y 92 («Protección de datos de los menores en Internet») de la LOPDGDD, expresado por el legislador como «derechos digitales» con carácter orgánico.

En todo caso, la Carta de Derechos Digitales reitera la consideración de los menores como titulares de una serie de derechos fundamentales recogidos en la Sección primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, proclamando junto al «derecho a la protección de datos personales» de los menores, los «derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, y al secreto de las comunicaciones» del menor cuando se ejerzan en entornos digitales.

Además, reconoce su derecho a la libertad de expresión «de opiniones e ideas» cuando se ejerza «a través de medios tecnológicos», así como su derecho a «participar y expresar su opinión en los asuntos públicos que les afectan, conforme a los derechos que les son inherentes, incluyendo la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de asociación y de celebrar reuniones con fines pacíficos en el entorno digital».

Desde luego, el legislador español va más allá de la simple ejecución del RGPD y en la LOPDGDD, como se ha podido observar, incorpora, entre otros, la regulación de dos «derechos digitales» que, con carácter orgánico, tienen relación con los menores.

Unos contenidos de la LOPDGDD que el propio legislador orgánico prevé desarrollar mediante la adopción de un proyecto de ley específico sobre derechos de los menores ante el impacto de Internet «con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías» (Disposición adicional decimonovena de la LOPDGDD)⁴⁰.

No obstante, las rúbricas de los preceptos mencionados, junto al contenido de la Disposición adicional decimonovena, parecen hacer referencia a

⁴⁰ La Disposición adicional decimonovena establece: «Derechos de los menores ante Internet. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías».

diferentes ámbitos cuando distinguen entre Internet, servicios de redes sociales y equivalentes y servicios de la sociedad de la información, pero también ponen de manifiesto la diferenciación que establece el legislador orgánico entre la «protección de los menores» y la «protección de datos de los menores» en Internet, como supuestos de hecho diferentes.

Así, la protección de los menores en Internet se encuentra regulada en el artículo 84.1 LOPDGDD responsabiliza a padres, madres, tutores, curadores o representantes legales de que los menores «hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información, a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales».

Pero, además, dispone, en su apartado segundo, que la «utilización o difusión» de imágenes o información personal de menores en las «redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes» que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor» (artículo 84.2 LOPDGDD).

Por su parte, la protección de datos de los menores en Internet aparece regulada en el artículo 92 de la LOPDGDD, también como un «derecho digital» de carácter orgánico, haciendo referencia a las obligaciones que recaen sobre «los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad».

En tales supuestos, la actuación de los sujetos enunciados deberá proteger no solo «el interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales» en la publicación o difusión de los mismos «a través de servicios de la sociedad de la información», lo que, en principio, incluiría no solo a Internet sino también a las redes sociales⁴¹.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 92 LOPDGDD no resulta tan clara cuando en su párrafo segundo, el legislador orgánico requiere la prestación del consentimiento del menor o de sus representantes legales,

⁴¹ AGUSTINOY GUILAYN (Albert) y MONCLÚS RUIZ (Jorge), *Aspectos legales de las Redes Sociales*, Barcelona, Ed. Bosch, 3ª edición, 2021.

previsto en el artículo 7 de la misma, en el supuesto de que la publicación o difusión de los datos personales del menor tenga lugar a través de «servicios de redes sociales o servicios equivalentes»⁴².

De este modo, tomando como referencia el contenido del artículo 92 LOPDGDD podría afirmarse, por un lado, que los «servicios de la sociedad de la información» a los que se refiere el párrafo primero no comprenden, como categoría genérica, los «servicios de redes sociales o equivalentes» mencionadas en el párrafo segundo, cuando en el artículo 84.2 el legislador orgánico parece que los asimila.

De otra parte -y como consecuencia de la anterior-, también sería posible considerar que el consentimiento del menor o de quien ejerza la patria potestad o tutela sobre él, únicamente es necesario cuando sus datos personales sean difundidos o publicados en redes sociales o equivalentes, pero no cuando la publicación o difusión de los mismos tenga lugar en los «servicios de la sociedad de la información», con la consiguiente desprotección del menor en este último ámbito.

Una diferenciación entre «servicios de la sociedad de la información» y «servicios de redes sociales o equivalentes» que, por lo demás, no encajaría con el concepto de «servicios de la sociedad de la información» aportado por la normativa europea, que define a estos últimos, como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

En concreto, según el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE que establece reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información,

«se entenderá por: — «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; — «por vía electrónica», un

⁴² El artículo 7 LOPDGDD afirma: «Consentimiento de los menores de edad

1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.

Se exceptúan 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.

2. 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».

servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; — «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual».

Del mismo modo, la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), en aplicación de las Directivas (UE) a que hace referencia, afirma que

«(...) Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico».

Además, respecto de la protección de datos de los menores, el legislador orgánico utiliza en el artículo 92 de la LOPDGDD, los términos «publicación o difusión» de datos personales, en lugar del más específico concepto de «tratamiento» de datos, según el catálogo de definiciones que incorpora el artículo 4 del RGPD.

En efecto, la opción del legislador orgánico por un concepto u otro no resulta intrascendente, en tanto que, en sentido estricto, «publicación o difu-

sión» de datos personales no aparecen definidos en el RGPD, mientras que el concepto de «tratamiento» se concreta como

«[...] cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción» (artículo 4.2) RGPD).

De este modo, como sucedía en la anterior Directiva 95/46/CE, también en el RGPD la protección del legislador europeo recae sobre los «datos personales» que son objeto de «tratamiento» según la definición de este último que aparece en el artículo 4.2) RGPD, es decir, con independencia de la naturaleza (automatizada o no) del mismo.

Por consiguiente, expresiones como la de «servicios de la sociedad de la información» ya sea interpretadas en un sentido amplio o restrictivo y, en consecuencia, incluyendo o no en dicho concepto a los «servicios de redes sociales o servicios equivalentes» a los que alude el artículo 92 de la LOPDGDD en su párrafo segundo, toman en consideración los diferentes «instrumentos» o «medios» a través de los cuales se realiza el «tratamiento» de los datos personales de los menores, pero no son los únicos.

De otro lado, cabe preguntarse también si el consentimiento exigido por el párrafo segundo del artículo 92 de la LOPDGDD para la «publicación o difusión» de datos personales del menor, llevada a cabo a través de «servicios de redes o servicios equivalentes», se corresponde con el consentimiento de los menores exigido por el art. 8.1 RGPD cuando tenga lugar una «oferta directa» de servicios de la sociedad de la información.

B. La prestación del consentimiento del menor de edad para el tratamiento de sus datos personales

Desde luego, atendiendo a la regulación del artículo 92 de la LOPDGDD podríamos encontrar distintos regímenes jurídicos que afectan al consen-

timiento de los menores, teniendo en cuenta, al menos, los siguientes supuestos:

- a) La publicación o difusión de datos personales de menores en los «servicios de la sociedad de la información», respecto de los cuales el párrafo primero del artículo 92 LOPDGDD no hace mención de la prestación del consentimiento del menor ni de quienes ejerzan la patria potestad o tutela sobre él.
- b) La publicación o difusión de datos personales de menores en «servicios de redes sociales o servicios equivalentes», contemplada por el párrafo segundo de dicho precepto, en cuyo caso se exige, expresamente, la prestación del consentimiento del menor o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela sobre él.

Un régimen jurídico que tiene como condiciones generales las recogidas en el artículo 7 del RGPD, al establecer las que denomina como «condiciones para el consentimiento»⁴³ y que se concreta para los «niños» en el artículo 8 del mismo RGPD, donde se establecen las «condiciones aplicables al consentimiento del niño» cuando estemos ante una «oferta directa a niños, de servicios de la sociedad de la información».

En tal caso, el tratamiento solo será lícito si «el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos» (artículo 6.1 a) RGPD), en el supuesto de que la edad le

⁴³ El contenido del artículo 7 del RGPD es el siguiente: «Condiciones para el consentimiento

1. 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.
2. 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.
3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.
4. 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».

permita al menor prestar autónomamente el consentimiento. En caso contrario, «el 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». No obstante, los Estados miembros podrán fijar mediante ley una edad distinta, siempre que no sea inferior a los 13 años⁴⁴.

Haciendo uso de esa remisión al legislador nacional, la LOPDGDD ha concretado en 14 años la edad del menor para prestar consentimiento (artículo 7.1 LOPDGDD), debiendo entender, a tenor del RGPD, que se trata de un consentimiento prestado ante una «oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información» que constituye la previsión contemplada en el RGPD. De ahí que, para la realización otros actos o negocios jurídicos, la ley pueda requerir «la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela» (apartado segundo, artículo 7.1 LOPDGDD). Una excepción que debe entenderse derivada de la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 8 del RGPD, que se remite al Derecho de contratos de cada Estado miembro para regular el valor jurídico del consentimiento del niño.

⁴⁴ El artículo 8 del RGPD establece: «Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la Información.

1. 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.

2. 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.
3. 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».

En este sentido, el GT29 ha estimado que el Considerando nº 38 del RGPD, no exige el consentimiento del padre o tutor en el contexto de servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a un niño, como sería el caso de la habilitación por la Administración de líneas de teléfono o páginas web de denuncia de abusos sexuales por parte de menores de edad (Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT 29) (WP259). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, p. 31).

Por su parte, el consentimiento prestado por menores de 14 años en el marco de una oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, no otorga licitud al tratamiento de sus datos personales por sí mismo si no «consta el del titular de la patria potestad o tutela» (artículo 7.2 LOPDGDD). Asimismo, los titulares de la patria potestad o tutela del menor, podrán ejercer en nombre y representación de este, los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderle (artículo 12.6 LOPDGDD).

De este modo, debe subrayarse que la habilitación al legislador de los Estados miembros se limita únicamente a la concreción de la edad, pero no a otros aspectos regulados en el artículo 8 del RGPD que, como norma *self executing*, deberán ser respetados por las distintas regulaciones de los Estados miembros.

No obstante, como reconoce el Grupo de Trabajo del Art. 29, el RGPD no establece «disposiciones prácticas» para obtener el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o tutela del menor, recomendando a tales efectos la adopción de un «enfoque proporcionado» de acuerdo con los artículos 8.2 y 5.1.c) RGPD («minimización de datos»), lo que implica, afirma, obtener una cantidad limitada de información, siendo suficiente, por ejemplo, la recopilación de los datos de contacto del padre o tutor en un correo electrónico⁴⁵.

En casos de «riesgo elevado» puede ser necesario requerir «más pruebas», a fin de que el responsable pueda verificar y conservar la información, de acuerdo con el artículo 7.1 RGPD -que establece que «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», pero evitando, en todo caso, la recopilación excesiva de información⁴⁶.

Además, en opinión de Alicia Piñar, la regulación europea carece de una previsión específica, que clarifique qué sucede con el consentimiento del

⁴⁵ El artículo 5.1 c) del RGPD establece: «1. Los datos personales serán:

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»).

⁴⁶ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP 259). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, pp. 29-30).

menor prestado por los titulares de su patria potestad, una vez que el primero adquiere la mayoría de edad. A juicio de la autora, el Considerando nº 65 del RGPD se refiere a «una cuestión parecida, pero no la misma», cuando recoge el derecho de rectificación y, especialmente, el derecho al olvido, respecto de datos personales cuyo consentimiento fue otorgado siendo menor de edad por el propio niño, sin aclarar qué sucede en los supuestos en los que el consentimiento del niño lo prestaron sus representantes legales⁴⁷.

Ciertamente, el Considerando nº 65 del RGPD hace referencia únicamente al niño, pero una interpretación sistemática de la norma debe conducir a considerar que, alcanzada la edad de 14 años, el menor que es capaz de prestar consentimiento por sí mismo, tiene también la capacidad jurídica para revocarlo (tanto el suyo propio, como el prestado en su nombre por los titulares de la patria potestad o tutela). En todo caso, no cabe duda de que, alcanzada la mayoría de edad a los 18 años (artículo 12 CE/78 y artículo 312 Código Civil), y adquiridos la plenitud de derechos subjetivos del individuo, el que fuera niño puede revocar tanto el consentimiento que él mismo otorgó siendo menor como el que dieron sus representantes legales en su nombre.

Por lo demás, la interpretación favorable a la posibilidad de que, alcanzada la edad de 14 años, el menor pueda retirar el consentimiento prestado por los titulares de la patria potestad o tutela cuando era menor de esa edad, viene avalada por la previsión contenida en el artículo 7.3 RGPD, cuando reconoce que el interesado podrá retirar el consentimiento en cualquier momento. De ahí que, una vez alcanzada la edad de 14 años, el menor no solo tenga capacidad jurídica para prestar su consentimiento autónomamente, sino también para revocar el otorgado por quienes ejercían su patria potestad o la tutela anteriormente⁴⁸.

⁴⁷ PIÑAR REAL (Alicia), «Tratamiento de datos de menores de edad», en PIÑAR MAÑAS (José Luis) (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Ed. Reus, 2016, pp. 191-192.

Según el Considerando nº 65 del RGPD: «... Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio 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. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal...».

⁴⁸ Así lo establece el artículo 7.3 del RGPD: «3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la

Así lo ha reconocido, por lo demás, el GT29 cuando afirma, con respecto a la autonomía del interesado para consentir el tratamiento de sus datos personales y tener pleno control sobre el tratamiento, que «el consentimiento dado por un titular de la patria potestad o la tutela, o autorizado por dicho titular para el tratamiento de los datos personales del niño podrá confirmarse, modificarse o retirarse, una vez que el interesado alcance la edad de consentimiento digital»⁴⁹.

De otro lado, el artículo 12.1 RGPD prevé respecto de los derechos del «interesado», que la información y comunicación trasladadas por el responsable del tratamiento lo sea «en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño», de modo que «la información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos», aunque «cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios».

Ambos aspectos, la obtención del consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño, y el traslado de información por parte del responsable del tratamiento a los interesados cuando éstos sean niños, podrán ser regulados en «códigos de conducta» específicos, según prevé el artículo 40. 2, g) RGPD⁵⁰.

Del mismo modo, el tratamiento de datos personales correspondientes a menores también constituye un supuesto al que la LOPDGDD [artículo 28.2, e], vincula la adopción de medidas de responsabilidad activa por parte del responsable y del encargado del tratamiento, a quienes corresponde garantizar el respeto de las previsiones contenidas en el RGPD y en la LOPDGDD, y, especialmente, el cumplimiento de las previsiones conte-

licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo».

⁴⁹ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) (WP259). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, pp. 30-31.

⁵⁰ Las «Directrices 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de supervisión con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679» pueden consultarse en la página de la AEPD con la siguiente dirección: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_es.pdf

nidas en los artículos 24 y 25 del RGPD⁵¹, lo que en algunos supuestos, como es el caso de federaciones deportivas que traten datos de menores, requerirá la necesaria designación de un Delegado de Protección de Datos [artículo 34.I. letra o)].

C. SANCIONES POR INFRACCIONES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS MENORES

La especial protección de los menores, y la importancia que, a tales efectos, el legislador europeo otorga a su consentimiento para el tratamiento de datos personales, aparece también en el ámbito sancionador donde, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.4 RGPD, el legislador nacional ha considerado como «infracciones graves»:

- El tratamiento de datos personales de un menor de edad «sin recabar su consentimiento» cuando tenga capacidad para ello, o de la persona que ejerza la patria potestad o tutela en caso de que sea menor de catorce años [artículo 73, letra a) de la LOP-DGDD], y
- La «falta de diligencia», consistente en no acreditar la realización de esfuerzos razonables para verificar la validez del consentimiento prestado por un menor de edad o por el titular de su patria potestad o tutela [artículo 73, letra b) de la LOPDGDD].

La utilización del concepto jurídicamente indeterminado de «esfuerzos razonables» proviene del contenido del artículo 8.2 RGPD, que obliga al responsable del tratamiento a hacer «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», en términos más ambiguos que los que contemplaba el artículo 13.4 del Re-

⁵¹ El artículo 24 RGPD hace referencia a la responsabilidad del responsable del tratamiento de datos personales, imponiéndole la adopción de las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar los estándares de protección establecidos en el Reglamento UE. Por su parte, el artículo 25 RGPD regula la protección de datos desde el diseño y, por defecto, describiendo las medidas que el responsable del tratamiento deberá aplicar en el momento de determinar los medios de tratamiento y en el momento del propio tratamiento con el fin de dar cumplimiento de forma efectiva a los principios y requisitos de la protección de datos.

glamento de desarrollo de la anterior LOPD (Real Decreto 1720/2007, del 21 de diciembre)⁵².

En opinión de Mónica Vilasau, el cumplimiento de los «esfuerzos razonables» a los que alude el artículo 8.2 RGPD implica la realización de dos operaciones distintas. De un lado, verificar que el menor no alcance los 16 años (o la edad mínima exigida en el Estado miembro), y, de otro, si el menor no alcanza la edad mínima para prestar autónomamente el consentimiento, la obligación del responsable del tratamiento de comprobar que el consentimiento fue otorgado o autorizado por quienes ejercen la representación legal del menor⁵³.

Por su parte, en el WP259 actualizado correspondiente a 2018, el GT29 ofrece las siguientes pautas respecto de la obligación de comprobación que pesa sobre el responsable del tratamiento:

En primer término, si el usuario declara que supera la edad del consentimiento «el responsable podrá llevar a cabo las comprobaciones necesarias para verificar que dicha declaración es cierta», y a pesar de que el RGPD «no indica explícitamente la necesidad de adoptar todas las medidas razonables para verificar la edad, está implícito en el Reglamento ya que, si un niño da su consentimiento a pesar de no tener edad para prestar un consentimiento válido en su propio nombre, el tratamiento de los datos no será lícito».

De otro lado, si el usuario declara no alcanzar la edad necesaria para otorgar su consentimiento, el responsable «puede aceptar dicha declaración sin más comprobaciones, pero deberá entonces obtener la autorización de los padres y verificar que la persona que da el consentimiento es el titular de la patria potestad o tutela».

En todo caso, a juicio del GT29, «la verificación de la edad no debe conducir a un tratamiento excesivo de datos. El mecanismo elegido para verifi-

⁵² En concreto, el artículo 13.4 de dicha disposición afirmaba: «4. *Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso por los padres, tutores o representantes legales*».

⁵³ VILASAU SOLANA (Mónica), «El consentimiento general y de menores», en RALLO LOMBARTE (Artemi) (Dir.), *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 243.

car la edad del interesado debe conllevar una evaluación del riesgo del tratamiento propuesto».

Ello implica que, por ejemplo, en circunstancias de «bajo riesgo», puede bastar con solicitar a los nuevos suscriptores de un servicio, «que indiquen su año de nacimiento o cumplimenten un formulario en el que declaren que son (o no son) menores» y, en caso de duda, el responsable del tratamiento deberá revisar sus mecanismos de comprobación de la edad para adoptar las correcciones que procedan.

No obstante, la decisión del legislador europeo, de fijar una edad mínima en el RGPD, que los Estados miembros deberán tomar como referencia para concretar en su respectiva legislación nacional la edad del niño para otorgar autónomamente su consentimiento, no se sitúa en el marco de las expectativas manifestadas en su momento por el GT29, cuyo Informe sobre la definición de consentimiento, adoptado en 2011, reconocía que la ausencia de una armonización en cuanto a los procedimientos para obtener el consentimiento de los menores tiene consecuencias relacionadas con la seguridad jurídica, aunque, al mismo tiempo, admitía que se trata de una cuestión que afecta a la regulación civil⁵⁴.

En todo caso, además de la regulación jurídica del RGPD y de la LOPDGD que se viene analizando, debe tomarse en consideración que la reciente Ley Orgánica 8/2021, del 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha incorporado una previsión específica en relación con las «denuncias» ante la AEPD formuladas por personas menores de edad, a las que se permite formular denuncia «por sí mismas y sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta, siempre que el funcionario público encargado estime que tiene madurez suficiente» (artículo 52.3).

De ello resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento a los menores de una distinta capacidad jurídica. De un lado, la prestación de su consentimiento respecto de una «oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información», que el legislador europeo (RGPD) y nacional

⁵⁴ Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT 29) (WP 187). On the definition of consent. Adopted on 13 July 2011, p. 28.

(LOPDGDD) vinculan a la edad. De otro lado, según concreta la LO 8/2021, en relación a la formulación de denuncias ante la AEPD, donde el criterio del legislador nacional consiste en otorgar capacidad de obrar autónomamente al menor de edad atendiendo a su grado de madurez, dando cabida, de este modo, a la formulación de denuncias ante la AEPD a niños con edad inferior a los 14 años sin necesidad de contar con la intervención del quien ejerce sobre él la patria potestad o tutela⁵⁵.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE LOS MENORES POR LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

A. Los diferentes procedimientos ante la Agencia Española de Protección de Datos

El análisis de las Resoluciones de la AEPD publicadas desde la aplicación efectiva del RGPD y de la entrada en vigor de la LOPDGDD pone de manifiesto que el artículo 84 y, especialmente, el artículo 92 LOPDGDD, no han venido siendo tomados en consideración por la Autoridad española de control en el marco de las cuestiones planteadas respecto de los datos personales de los menores.

Ciertamente, el artículo 64 LOPDGDD diferencia dos procedimientos tramitados por la AEPD.

En primer término, el procedimiento de tutela de derechos en el marco de la protección de datos, cuyo conocimiento por la Autoridad española de

⁵⁵ El artículo 52 de la LO 8/2021 recoge, entre otros aspectos: «... 3. Se permitirá a las personas menores de edad, que así lo soliciten, formular denuncia por sí mismas y sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta, siempre que el funcionario público encargado estime que tiene madurez suficiente.

4. Las personas mayores de catorce años podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa de acuerdo con la normativa sobre protección de datos personales.

5. Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a una persona menor de dieciocho años, responderán solidariamente con ella de la multa impuesta sus progenitores, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia para prevenir la infracción administrativa que se impute a las personas menores de edad».

control se limita, según el apartado I del artículo 64 LOPDGDD, «a la falta de atención de una solicitud de ejercicio» solo respecto de algunos de los derechos enunciados en el RGPD (artículos 15 a 22).

En este caso, el plazo para resolver el procedimiento será de seis meses, a contar desde la fecha en que «hubiera sido notificado al reclamante el acuerdo de admisión a trámite», de manera que, transcurrido ese plazo, «el interesado podrá considerar estimada su solicitud»⁵⁶.

De este modo, el procedimiento de tutela por la AEPD queda doblemente acotado por el legislador orgánico. De un lado, mediante la restricción de su objeto, concretado exclusivamente respecto de una «falta de atención de una solicitud de ejercicio» de los derechos. De otro, a través de la vinculación de esa «falta de atención» a un elenco limitado de derechos reconocidos en el RGPD, sin hacer mención de los «derechos digitales» reconocidos en la LOPDGDD, respecto de los cuales no sería aplicable el procedimiento de «tutela de derechos» ante la AEPD.

En concreto, el artículo 64.1 LOPDGDD reconoce la posibilidad de decretar la admisión a trámite en el procedimiento de tutela de derechos, respecto de los siguientes derechos reconocidos en el RGPD:

- Derecho de acceso del interesado (art. 15 RGPD)
- Derecho de rectificación (art. 16 RGPD)
- Derecho de supresión («el derecho al olvido») (art. 17 RGPD)
- Derecho a la limitación del tratamiento (art. 18 RGPD)
- Obligación de notificación relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento (art. 19 RGPD)
- Derecho a la portabilidad de los datos (art. 20 RGPD)
- Derecho de oposición (art. 21 RGPD)

⁵⁶ En concreto, el artículo 64.1 LOPDGDD prevé la iniciación del procedimiento de tutela de derechos por la AEPD en los siguientes términos:

«1. Cuando el procedimiento se refiera exclusivamente a la falta de atención de una solicitud de ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, se iniciará por acuerdo de admisión a trámite, que se adoptará conforme a lo establecido en el artículo 65 de esta ley orgánica.

En este caso, el plazo para resolver el procedimiento será de seis meses, a contar desde la fecha en que hubiera sido notificado al reclamante el acuerdo de admisión a trámite. Transcurrido ese plazo, el interesado podrá considerar estimada su solicitud».

- Derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (art. 22 RGPD).

Quedan fuera de esta enumeración y, en consecuencia, del procedimiento de tutela de derechos ante la AEPD, otros contenidos regulados en el Capítulo III del RGPD, bajo la rúbrica «Derechos del interesado», como la transparencia de la información y la comunicación (art. 12 RGPD), la información que debe facilitarse al interesado cuando los datos personales se obtengan de él mismo (art. 13 RGPD), la información que debe facilitarse al interesado cuando los datos personales no se hayan obtenido de él mismo (art. 14 RGPD), y las limitaciones que el ordenamiento de la Unión y de los Estados miembros pueden establecer respecto de ciertas obligaciones y derechos que pesan sobre los responsables del tratamiento atendiendo a las circunstancias que se enuncian en dicho precepto (art. 23 RGPD).

Un procedimiento de tutela de derechos ante la AEPD que, como aprecia, el legislador orgánico ha articulado con un carácter «selectivo», sin que exista previsión alguna al respecto en el RGPD, ni este se remita al legislador nacional para que determine el nivel de protección –de eficacia jurídica, en definitiva–, otorgado por el ordenamiento nacional a los «Derechos del interesado» enunciados por la norma comunitaria, contraviniendo así el carácter de norma self-executing de los Reglamentos (UE)⁵⁷.

⁵⁷ Como resulta conocido, el artículo 288, párrafo segundo del TFUE define a los Reglamentos (UE) afirmando su «alcance general». Siendo «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

Aunque las habilitaciones expresas al legislador nacional para el desarrollo de los Reglamentos (UE) contempladas en ellos mismos, no resultan extrañas en el ordenamiento de la Unión Europea, y han sido admitidas por el Tribunal de Justicia de la UE, entre otros, en el asunto *Danske Svineproducenter* (2011), donde el TJUE recuerda su doctrina consolidada según la cual, los Estados miembros «pueden adoptar medidas de aplicación de un Reglamento siempre que no obstaculicen su aplicabilidad directa, no oculten su naturaleza comunitaria y regulen el ejercicio del margen de apreciación que ese Reglamento les confiera, manteniéndose en todo caso dentro de los límites de sus disposiciones» (para. 41), lo cierto es que el Tribunal de Justicia también suele ser bastante restrictivo al enjuiciar, no solo la habilitación en sí misma al legislador nacional -en algunos supuestos formulada por el Reglamento como una auténtica obligación-, sino también el poder de apreciación de los Estados miembros (vid. TJUE, asuntos *Balkan* (1977); *Bussone* (1978); *Grosoli* (1979); *Fromme y BayWa AG* (1982) (ALONSO GARCÍA (Ricardo), Sistema Jurídico de la Unión Europea. Cizur-Menor, Civitas-Thomson Reuters, 3ª edición, 2012, pp. 143-144).

No obstante, en los últimos años, resulta un lugar común entre la doctrina considerar que las Directivas resultan excesivamente detalladas, por lo que en el caso del RGPD nos

De otro lado, el legislador orgánico regula un procedimiento distinto para la tramitación de las que considera posibles infracciones del RGPD y de la propia LOPDGDD, comúnmente conocido como procedimiento sancionador.

Más concretamente, el procedimiento sancionador desarrollado ante la AEPD, regulado en artículo 64.2 de la LOPDGDD prevé: «2. Cuando el procedimiento tenga por objeto la determinación de la posible existencia de una infracción de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica, se iniciará mediante acuerdo de inicio adoptado por propia iniciativa o como consecuencia de una reclamación (...)» (artículo 64.2 LOPDGDD). Una redacción de la que podría deducirse, paradójicamente, que el legislador orgánico considera que, en el procedimiento de tutela de derechos descrito en el apartado anterior, no se produce «infracción» alguna del RGPD ni de la LOPDGDD.

El procedimiento sancionador tiene una trayectoria diferente si nos encontramos con un «acuerdo de inicio» o con una «reclamación formulada ante la Agencia Española de Protección de Datos, con carácter previo». En este último caso, la AEPD decidirá sobre su admisión a trámite.

En el supuesto específico de «comunicaciones entre el Comité Europeo de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos», el procedimiento se iniciará mediante «la adopción del proyecto de acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, del que se dará conocimiento formal al interesado».

Una vez admitida a trámite la reclamación o actuando por propia iniciativa la AEPD, «con carácter previo al acuerdo de inicio, podrá existir una fase de actuaciones previas de investigación», pero el procedimiento tendrá una duración máxima de nueve meses, a contar desde la fecha del acuerdo de inicio o, en su caso, del proyecto de acuerdo de inicio, de manera que transcurrido ese plazo se producirá su «caducidad y, en consecuencia, el archivo de actuaciones» (artículo 64.2 LOPDGDD, párrafos cuarto y quinto).

encontraríamos en una situación inversa de discordancia entre la forma y el contenido de la norma jurídica europea, de modo que, podríamos hablar del RGPD como un Reglamento (UE) con «alma» de Directiva, lo que no implica que, atendiendo a su «forma jurídica», despliegue todos los efectos previstos para los Reglamentos (UE) por el artículo 288 TFUE.

La decisión sobre admisión o inadmisión a trámite de las reclamaciones «deberá notificarse al reclamante en el plazo de tres meses», de modo que, una vez transcurrido el plazo sin notificación al interesado «se entenderá que prosigue la tramitación de la reclamación» (artículo 65.5 LOPDGDD)⁵⁸.

De este modo, el procedimiento sancionador contemplado en los artículos 64.2 y 65.5 LOPDGDD, resulta aplicable respecto de posibles infracciones de la LOPDGDD, lo que incluiría, en consecuencia, las posibles vulneraciones de los «derechos digitales» de los menores reconocidos por la LOPDGDD y, especialmente, aquellos que, como sucede con los artículos 84 y 92 de dicha norma, tienen reconocido carácter orgánico.

Sin embargo, el criterio que parece guiar la actuación de la AEPD consiste, como se comprobará a continuación, en la apertura, casi en la generalidad de los casos, de procedimientos de carácter sancionador, y en mucha menor proporción, de procedimientos de tutela de derechos, a pesar de que en no pocas ocasiones, las reclamaciones tienen como objeto la falta de atención de solicitudes de ejercicio de los derechos establecidos en el Capítulo III del RGPD⁵⁹.

Ahora bien, las consecuencias que se derivan para el reclamante de la decisión de la AEPD de tramitar la reclamación por la vía del procedimiento sancionador previsto en el artículo 64.2 LOPDGDD o por el procedimiento de tutela de derechos regulado en el artículo 64.1 LOPDGDD resultan determinantes, como se verá a continuación, para el caso de que el reclamante ante la AEPD pretenda ejercer, con posterioridad a la resolución de esta última, su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.6 LOPDGDD⁶⁰.

⁵⁸ El artículo 65.5 LOPD establece:

⁵⁹ El artículo 63.1 LOPDGDD dispone: «Régimen jurídico.

1. Las disposiciones de este Título serán de aplicación a los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos en los supuestos en los que un afectado reclame que no ha sido atendida su solicitud de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, así como en los que aquella investigue la existencia de una posible infracción de lo dispuesto en el mencionado reglamento y en la presente ley orgánica».

⁶⁰ Dicho precepto reconoce que «6. Los actos y disposiciones dictados por la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos ponen fin a la vía administrativa, siendo recurribles, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional».

En efecto, el hecho es que -a pesar de que el apartado 2 del artículo 64 y el artículo 65 de la LOPDGDD hacen referencia al «reclamante» y a las «reclamaciones» para referirse a la apertura del procedimiento de tutela de derechos y del procedimiento sancionador respectivamente-, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), viene aplicando la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo por remisión a la doctrina recaída en relación con expedientes sancionadores del Consejo General del Poder Judicial, que viene siendo aplicada al ejercicio de las potestades sancionadoras por la AEPD⁶¹.

De acuerdo con ella, con la excepción que a continuación se mencionará, el reclamante ante la AEPD únicamente constituye parte en el procedimiento si la AEPD decide la apertura de un procedimiento de tutela de derechos, pero no en el supuesto de que inicie un procedimiento sancionador.

De este modo, tras la conclusión del procedimiento sancionador por la AEPD sin imposición de sanción al reclamado o decretando el archivo de las actuaciones, el reclamante carece de legitimación activa para promover un procedimiento jurisdiccional en la vía contenciosa, al carecer de interés legítimo con una única excepción⁶², precisada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional en los siguientes términos:

se «reconoce legitimación al denunciante para demandar el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en una resolución sancionadora y esto último porque la imposición de una sanción a la persona denunciada, al no producir efecto positivo alguno en

⁶¹ A este respecto, se ha de subrayar que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2011, estableció que el control sobre posibles incumplimientos en los tratamientos de datos jurisdiccionales recaía en el Consejo General del Poder Judicial y no en la Agencia Española de Protección de Datos, como había ocurrido hasta entonces. En consecuencia, existe una Autoridad de Control de Protección de Datos del Poder Judicial.

El Artículo 236 nonies de la Ley Orgánica de Poder Judicial establece lo siguiente: «1. Las competencias que corresponden a la autoridad de protección de datos personales con fines jurisdiccionales serán ejercidas respecto del tratamiento de los mismos realizado por Juzgados y Tribunales de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 octies, por la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos del Consejo General del Poder Judicial».

⁶² Vid., portodas, la Sentencia del 14 de junio de 2021 (SAN2416/2021.ECLI:ES:AN:2021:2416). Fundamento de Derecho Tercero.

la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga ni gravamen de clase alguna en dicha esfera, no encarna el interés real que resulta necesario para que pueda ser apreciada la legitimación que, como inexcusable presupuesto del proceso contencioso-administrativo exige el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional» (Sentencia del 24 de enero de 2013. Fundamento de Derecho Cuarto)⁶³.

De este modo, el denunciante (inicialmente reclamante ante la AEPD), únicamente está legitimado para cuestionar en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el desarrollo de la actividad investigadora llevada a cabo por la AEPD en el marco de un procedimiento sancionador. Fuera de este supuesto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aplica la Audiencia Nacional a tales casos -también tras la entrada en vigor de la LOPDGDD- considera, además, que el reclamante carece de la condición de interesado en el procedimiento sancionador incoado por la AEPD.

De hecho, el reclamante en el procedimiento sancionador resuelto por la AEPD no solo carece de la condición de parte o de interesado, sino que en la Sentencia del 14 de junio de 2021, la Audiencia Nacional da un paso más en esa línea, considerando que el reclamante solo podrá tener legitimación activa «con respecto a aspectos de la resolución distintos del específicamente sancionador siempre que, por supuesto, pueda mostrar algún genuino interés digno de tutela» (Fundamento de Derecho Tercero).

Una jurisprudencia claramente restrictiva en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción como derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE/78, en tanto que, con independencia del procedimiento que la AEPD decida incoar a resultas de una reclamación (procedimiento de tutela o procedimiento sancionador), resulta innegable que el reclamante ante la AEPD está ejerciendo, en cualquier caso, el derecho a la protección de datos personales regulado en el artículo 18.4 CE/78.

A este respecto, cabe recordar que la consideración por el Tribunal Constitucional acerca de la concurrencia de interés legítimo en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa acuñada, entre otras, en las Sen-

⁶³ TS. Sala de lo Contencioso. Sección 7. Rec. 51/2010 (ECLI:ES:TS:2013:465).

Criterio reiterado, entre otras, en las Sentencias del 18 de mayo de 2015 (Rec. 277/2013), del 1 de enero de 2018 (Rec. 2368/2016).

tencias del TC 252/2000, del 30 de octubre (FJ 3); 173/2004, del 18 de octubre (FJ 3); y 73/2006, del 13 de marzo (FJ 4), estima que este se define como

«una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida» (STC 52/2007, del 12 de marzo, FJ 2).

Pero, además, ha de tomarse en consideración que el Tribunal Constitucional ha considerado que

«(...) el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre otras, SSTC 122/1999, del 28 de junio, FJ 2; 133/2005, del 23 de mayo, y FJ 2; 327/2006, del 20 de noviembre, FJ 3)».

Más concretamente, el Tribunal Constitucional estima que si bien la decisión acerca de la legitimación constituye una «cuestión de legalidad ordinaria» que compete a los órganos jurisdiccionales en virtud del artículo 117.3 CE/78, éstos últimos

«(...) quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no solo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se reve-

len desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 220/2001, del 31 de octubre, FJ 4; 3/2004, del 14 de enero, FJ 3; 73/2004, del 22 de abril, FJ 3, y 73/2006, del 13 de marzo, FJ 4)».

B. La práctica reciente de la AEPD acerca del derecho a la protección de los datos personales de los menores en los centros escolares

De los supuestos analizados en los que entra en juego el derecho a la protección de datos de los menores y los centros escolares tras la entrada en vigor de la LOPDGDD y la aplicación efectiva del RGPD, se deduce que la AEPD viene tomando en consideración los principios relativos al tratamiento de datos personales (artículo 5.1.a) RGPD), los instrumentos de licitud del tratamiento (artículo 6.1 RGPD), las condiciones para recabar el consentimiento de menores en relación con servicios de la sociedad de la información (artículo 8 RGPD), y la transparencia e información facilitada al interesado (artículos 12 y 13 RGPD), como contenidos más sustanciales.

1. Por lo que respecta al uso de plataformas educativas por los centros escolares, cabe señalar que la disposición adicional décima de la LOPDGDD modifica la Ley Orgánica 2/2006, del 3 de mayo, de Educación, introduciendo en su artículo 2.l) la siguiente redacción, relativa a los fines de la educación:

«l) La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva».

No obstante, en la Resolución publicada el 9 de diciembre de 2020 (procedimiento E/04753/2020)⁶⁴, la AEPD se limita a especificar que el responsable del tratamiento de los datos es el centro escolar, siendo la plataforma

⁶⁴ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-04753-2020.pdf>

educativa «una mera encargada del tratamiento», de modo que «no existe una comunicación o cesión de datos» entre el colegio y la plataforma. Una conclusión que no toma en consideración cómo la plataforma educativa ha obtenido los datos personales de los menores y sus padres, aspecto este que constituye, precisamente, el objeto de la reclamación interpuesta.

Más recientemente, la AEPD ha tomado en consideración que las herramientas y sistemas de aprendizaje a través de contenidos digitales se contemplan en la modificación de la Ley Orgánica de Educación operada por la reciente Ley Orgánica 3/2020, del 29 de diciembre, de Educación, cuyo artículo 111bis dispone en su apartado 5 que las administraciones educativas y los equipos directivos de los centros promoverán las tecnologías de la información (TIC) en el aula, «como medio didáctico apropiado y valioso para llevar a cabo las tareas de enseñanza y aprendizaje». Añadiendo en el apartado 6 del mismo precepto:

«6. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte elaborará, previa consulta a las Comunidades Autónomas, un marco común de referencia de competencia digital docente que oriente la formación permanente del profesorado y facilite el desarrollo de una cultura digital en el aula».

Desde tales premisas, la AEPD ha considerado necesario atender al contenido del Considerando 43 RGPD, para establecer la base legitimadora del tratamiento de entidades públicas, cuando afirma que

«Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento».

En todo caso, según la opinión de la AEPD expresada en la resolución de un procedimiento sancionador publicado el 5 de febrero de 2021 (PS/00052/2020), la previsión contenida en dicho Considerando no significa que el uso del consentimiento como base legal para el tratamiento de datos por parte de las autoridades quede totalmente excluido en el marco jurídico del RGPD, sino que tiene un ámbito reducido, debiendo buscar las bases lícitas para el tratamiento en otros instrumentos mencionados en el artículo 6.1 RGPD⁶⁵.

Sin embargo, en el caso de autos, en el que se reclama la cesión por un centro educativo de los datos de los menores a una plataforma educativa sin consentimiento previo del menor o de sus representantes legales (procedimiento PS/00052/2020, recurso de reposición, publicado el 12 de abril de 2021)⁶⁶, la AEPD se limita a considerar que el centro de enseñanza en cuestión ha incurrido en una vulneración de los principios de licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento (art. 5.1.a) RGPD)⁶⁷.

2. Respecto de los formularios utilizados para distintos fines por los centros educativos, a través de los cuales recopilan datos de muy distinta na-

⁶⁵ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00052-2020.pdf>

⁶⁶ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/td-00052-2021.pdf>

⁶⁷ Otra problemática relativa a las plataformas proviene de la lengua utilizada por las plataformas para facilitar la información a los usuarios menores de edad según el artículo 12.1 RGPD.

En este sentido, cabe mencionar, a modo de contraste, la disparidad de criterios utilizados por la Autoridad de Control holandesa [*Autoriteit Persoonsgegevens (Dutch DPA)*] que, con fecha de 9 de abril de 2021, dictado una Resolución por la que impone una sanción de 750.000€ a la plataforma TikTok (con sede en California, EE.UU.), por infracción del artículo 12.1 RGPD, consideraba que la información proporcionada a los usuarios menores sobre el tratamiento de sus datos se facilitaba en un idioma que no era el propio, es decir, en inglés y no en holandés, estimando que la especial protección que merecen los menores exige dirigirse a ellos en su lengua.

(Disponible en: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/decision_to_impose_a_fine_on_tiktok.pdf).

En un supuesto similar planteado ante la Agencia de Protección de Datos de Cataluña, el Dictamen de 8 de julio de 2020, emitido en respuesta a la consulta de una Fundación acerca de la obligación de informar de la política de privacidad de la página web en diferentes idiomas, la Autoridad de Control catalana estimaba que, en aplicación de principio de transparencia reconocido en el artículo 5.1 RGPD, de la Disposición adicional decimoprimer de la LOPDGDD, y los artículos 10.1, 12 y 19 LSSI, la entidad tiene la obligación de facilitar la información de la web en todos los idiomas utilizados en la misma para trasladar información general («Aviso legal» y «Política de privacidad»), es decir, en catalán, castellano e inglés (Disponible en: https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2020/Documents/ca_cns_2020_022.pdf).

turaliza de los estudiantes, también existen ejemplos de Resoluciones de la AEPD en las que no se menciona el artículo 92 LOPDGDD.

Así, en la Resolución publicada el 9 de octubre de 2019 (PS/00314/2019), la AEPD analiza el supuesto de un formulario enviado a los padres y a la menor por un centro escolar de la Región de Murcia, en el que, en la primera página, se muestran los datos personales de la alumna y un código alfanumérico que identifica y se repite en todas las hojas del mismo, estimando que tiene lugar un tratamiento de datos, en tanto que existe una relación inicial entre la alumna y el código de cuestionario que cumplimenta. Además, constata la existencia de un código BIDI (también denominados códigos QR), que permite sospechar un tratamiento automatizado de los datos personales con posterioridad.

A pesar de resultar acreditado que el cuestionario no contiene referencia alguna al cumplimiento de lo señalado en el artículo 13 RGPD, en el sentido de determinar, entre otros aspectos, la identidad del responsable, los fines para los que se recopilan los datos y los derechos que el interesado puede ejercitar ante el responsable, y que el código QR enlaza con un vídeo explicativo que informa acerca de la finalidad del cuestionario, su destino, uso y su carácter anónimo, la AEPD opta por archivar las actuaciones del procedimiento sancionador, aun reconociendo que este método no era el más adecuado para tal fin⁶⁸.

En contraposición a esta decisión, cabría señalar la sanción por incumplimiento del artículo 5.1.a) RGPD, consistente en la ausencia de base legitimadora para el tratamiento y vulneración del principio de transparencia reconocido en los artículos 12 y 13 RGPD, adoptada por la AEPD tan solo un año después respecto de una encuesta nominativa realizada por un centro escolar de la Comunidad Autónoma de Navarra (PS/00245/2019), en la que, entre otras cuestiones, se les preguntaba acerca de su género (dando como posibles respuestas: chico/chica/otras opciones), el idioma que utiliza fuera del colegio, sus sentimientos hacia el colegio, sus relaciones con los compañeros, o la profesión de sus padres -haciendo mención expresa a la carrera militar⁶⁹.

⁶⁸ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00314-2019.pdf>

⁶⁹ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00245-2019.pdf>

3. Otra cuestión problemática en relación con los menores y los centros educativos proviene de la práctica de publicar, con distintas finalidades, fotografías de los estudiantes, respecto de la cual ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones la AEPD.

En este supuesto, se trata de una reclamación planteada por el padre de un alumno contra la Asociación de Padres y Madres del centro escolar (PS/00089/2019), por haber realizado fotografías de sus hijos sin su consentimiento, con el fin de comercializar unos calendarios. La AEPD reconoce que, en este caso, se trata del derecho a la protección de la imagen de los menores, remitiéndose al artículo 8 RGPD, donde se regulan las condiciones aplicables al consentimiento del menor en relación con los servicios de la sociedad de la información, por referencia al artículo 6.I.a) RGPD, que regula la edad en la que se considera lícito el consentimiento del menor ante una «oferta directa» a niños de servicios de la sociedad de la información.

Según el criterio de la AEPD, la Asociación de Padres y Madres habría incurrido en una vulneración del artículo 6.I.a) en relación con el artículo 8.I RGPD, al tratar la imagen de los menores sin el consentimiento de quien ostenta su patria potestad, imponiendo una sanción de apercibimiento⁷⁰.

Un criterio distinto se aplica al supuesto en que el centro educativo recabe el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos menores para tratar las imágenes que capten de ellos. Un formulario en el que, según el reclamante, únicamente se ofrecen las opciones de «ceder todos los datos» o «ninguno».

Pues bien, en este caso (E/05256/2019), la AEPD considera que los menores a los que se dirige el formulario en cuestión (formulario para el tratamiento de datos personales con un fin específico), eran ya alumnos del centro escolar en el momento en que se recaba el consentimiento del padre o tutor para el tratamiento de su imagen.

Esta apreciación conlleva, a juicio de la AEPD, la presunción de que existe una relación previa entre el centro escolar y el menor («alumno»), que tiene su origen en el trámite de matrícula, momento en el que se informó a los

⁷⁰ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00089-2019.pdf>

padres o tutores del tratamiento de los datos de los menores en los términos exigidos por el artículo 13 RGPD, lo que explica, afirma, que el formulario para el tratamiento de la imagen de los menores que se recaba de los padres o tutores con posterioridad no facilite toda la información requerida por el artículo 13 RGPD.

A pesar de que la AEPD no lo menciona específicamente, su razonamiento se fundamenta en la excepción prevista en el segundo párrafo de la letra f) del artículo 6.1 RGPD.

En efecto, si el primer párrafo de la letra f) reconoce que se considerará lícito el tratamiento «necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero», siempre que no prevalezcan los intereses o derechos fundamentales del interesado, especialmente cuando este sea un niño, el segundo párrafo de la letra f) excluye la aplicación del párrafo primero al tratamiento realizado «por autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones».

Una previsión del RGPD que, en su resolución (PS/00052/2020), la AEPD puso en relación con el párrafo dos de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación⁷¹, para considerar que la

⁷¹ En concreto, la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley Orgánica 2/2006, del 3 de mayo, de Educación dispone:

«Datos personales de los alumnos.

1. Los centros docentes podrán recabar los datos personales de su alumnado que sean necesarios para el ejercicio de su función educativa. Dichos datos podrán hacer referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al desarrollo y resultados de su escolarización, así como a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos.
2. Los padres o tutores y los propios alumnos deberán colaborar en la obtención de la información a la que hace referencia este artículo. La incorporación de un alumno a un centro docente supondrá el tratamiento de sus datos y, en su caso, la cesión de datos procedentes del centro en el que hubiera estado escolarizado con anterioridad, en los términos establecidos en la legislación sobre protección de datos. En todo caso, la información a la que se refiere este apartado será la estrictamente necesaria para la función docente y orientadora, no pudiendo tratarse con fines diferentes del educativo sin consentimiento expreso.
3. En el tratamiento de los datos del alumnado se aplicarán normas técnicas y organizativas que garanticen su seguridad y confidencialidad. El profesorado y el resto del personal que, en el ejercicio de sus funciones, acceda a datos personales y familiares o que afecten al honor e intimidad de los menores o sus familias quedará sujeto al deber de sigilo.
4. La cesión de los datos, incluidos los de carácter reservado, necesarios para el sistema educativo, se realizará preferentemente por vía telemática y estará sujeta a la legislación

incorporación de un alumno al centro escolar supone su sometimiento a las reglas y pautas, con fin educacional, y a la recogida de datos que tiene lugar, entre otros, en el formulario de matrícula. De ahí que estime que el tratamiento posterior de dichos datos personales no respondería al esquema de tratamiento basado en el consentimiento, sino más bien a una relación entre las partes que incluye elementos señalados por la Ley Orgánica de Educación, en la que posteriormente pueden surgir otros tipos de tratamientos cuya finalidad debe encontrarse en una base legitimadora adecuada.

Así, según reconocía la AEPD en su resolución (PS/00052/2020),

«se debe diferenciar el consentimiento al tratamiento de datos personales que se produce usualmente en el seno de una libre prestación de bienes o servicios, en los que ambas partes disponen de autonomía de su voluntad, de la que podría ser válida base legítima para el desarrollo de la función o fines educativos, promovida por los poderes públicos como idóneas y necesarias intervenciones para cumplir los objetivos perseguidos que enlazan con la Ley Orgánica de Educación (...) como misión de interés público que establece el desarrollo de las competencias digitales y las tecnologías de la información» (p. 32).

La conclusión de la AEPD en el procedimiento (E/05256/2019) pasa por considerar que, en tanto la información se había trasladado a los padres o tutores en el momento de formalizar la matrícula del alumno en el centro educativo, la base legitimadora del tratamiento posterior de las imágenes de los menores resulta ser el consentimiento contemplado en el artículo 6.1.a) RGPD, sin que se aprecien indicios de que se produzca vulneración del artículo 13 RGPD, ni siquiera en el supuesto en el que se preste el consentimiento en bloque para el tratamiento del menor en «página web, blog, carteles, aplicaciones y cuentas del centro en redes sociales», procediendo al archivo de las actuaciones⁷².

Otro aspecto relacionado con la problemática que se viene abordando tiene lugar como consecuencia de la reclamación presentada por un padre

en materia de protección de datos de carácter personal. En el caso de la cesión de datos entre Comunidades Autónomas o entre estas y el Estado, las condiciones mínimas serán acordadas por el Gobierno con las Comunidades Autónomas, en el seno de la Conferencia Sectorial de Educación».

⁷² Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-05256-2019.pdf>

contra un centro escolar por la cesión indebida de imágenes de sus hijos a terceros ajenos al centro, y la publicación de fotos de sus hijos por el centro ignorando la revocación de su consentimiento (PS/00466/2019).

En la investigación realizada resulta acreditado que, con carácter previo, los padres de los alumnos de dicho centro suscribieron las correspondientes autorizaciones para el uso de imágenes de cada uno de ellos. Sin embargo, como consecuencia de la grabación de un vídeo por un tercero, los padres de tres menores (entre ellos, el reclamante), se opusieron al tratamiento de las imágenes de sus hijos, solicitando la cancelación de las mismas.

Aun cuando las imágenes fueron retiradas de la página web del centro, y el procedimiento inicial concluyó con el archivo de las actuaciones llevadas a cabo por la AEPD, el reclamante vuelve a dirigirse a la Autoridad de Control, para denunciar la nueva publicación de las fotografías de sus hijos en la página web del centro escolar.

Esta segunda reclamación conduce a la apertura de un procedimiento sancionador contra el centro educativo por parte de la AEPD, por vulneración del artículo 6.1.a) RGPD que, en última instancia, concluye como consecuencia del pago voluntario por la parte reclamada⁷³.

4. Otros supuestos relacionados con los menores y los centros educativos respecto de los cuales se ha pronunciado la AEPD tras la aplicación efectiva del RGPD, hacen referencia a la publicación de datos de alumnos admitidos y excluidos, junto a datos personales de sus padres, en la fachada exterior del centro educativo, la denegación del acceso al expediente académico del alumno de un centro, y el conocido como «PIN parental».

En relación al primero de ellos (PS/00024/2019), la AEPD ha considerado que la publicación en la fachada exterior acristalada del centro escolar y no en el tablón de anuncios interior, de la lista de alumnos admitidos y excluidos combinando sus nombres y apellidos con sus DNI, junto a datos identificativos de los padres o tutores (nombres y apellidos, junto a DNI), así como la difusión en abierto y sin restricciones, en la página web del centro es-

⁷³ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00466-2019.pdf>

colar, de la información recogida en tales listados, constituye un tratamiento de datos personales que vulnera el artículo 5.1.f) RGPD⁷⁴.

En el caso de la solicitud de acceso al expediente académico (TD/00248/2020), la AEPD distingue entre este y la prueba de conocimientos (examen), tomando como referencia el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el asunto *Nowak*⁷⁵.

En este asunto, el TJUE reconoció que «las respuestas por escrito dadas por un aspirante en un examen profesional y las eventuales anotaciones del examinador referentes a esas respuestas son datos personales» a los efectos del artículo 15 RGPD, y, en consecuencia, el interesado tiene reconocido el derecho de acceso al disponer en su apartado 4 «que el derecho a obtener copia de los datos personales no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros» (paras. 61-62).

Desde tales premisas, la AEPD interpreta la Sentencia TJUE en el sentido de que el acceso a copias de los exámenes forma parte del contenido del derecho de acceso a los datos de carácter personal, no así el expediente académico que, en su opinión, no constituye uno de los derechos reconocidos en el RGPD, desestimando la reclamación planteada al respecto⁷⁶.

En última instancia, la AEPD decretó el archivo de las actuaciones en el caso de una reclamación presentada contra una asociación que difundía «PIN parental» entre los directores o directoras de centros educativos -públicos y concertados- de toda España (E/09081/2019).

El procedimiento abierto al respecto explica lo que, a juicio de la AEPD, debe entenderse por «PIN parental», definido como «una solicitud de información previa para la asistencia de sus hijos e hijas a las actividades complementarias y extraescolares sobre determinadas actividades organizadas en los centros relativas a la educación afectivo-sexual, la «identidad y expresión de género», la «diversidad sexual y afectiva» y los «diferentes modelos de familia».

⁷⁴ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00024-2019.pdf>

⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto *Nowak*. Sentencia de 20 de diciembre de 2017. C-434/16 (ECLI:EU:C:2017:994).

⁷⁶ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/td-00248-2020.pdf> Asimismo, la AEPD desestimó el recurso de reposición. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-td-00248-2020.pdf>

Atendiendo al hecho de que los «PIN parentales» no iban dirigidos a los directores de centros docentes, en su condición de personas físicas (indicando sus nombres y apellidos), sino que todos ellos eran remitidos de forma genérica al director de cada uno de los centros educativos, la AEPD decide el archivo de las actuaciones, por entender que la protección otorgada por el RGPD no se aplica a las personas jurídicas, según reconoce en su Considerando n. 14, al afirmar:

«La protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. El presente Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto»⁷⁷.

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar, el proceso de incorporación de la protección de los menores en los textos internacionales sobre protección de derechos humanos más significativos, en tanto que colectivo sensible, así como el progresivo avance en la protección de los datos de los menores, sobre todo a partir del liderazgo asumido por la Unión Europea en este tema, se extiende prácticamente a lo largo de todo el siglo pasado.

A lo largo de todo este proceso, el Grupo de Trabajo del Art. 29 enunció como principios que debían presidir la aplicación de la normativa europea relacionada con la protección de datos de los menores de edad: la calidad de los datos, la legitimación para el tratamiento de los datos y la seguridad de los datos. Asimismo, enumeró como derechos que deben ser especialmente respetados en el caso de los menores: el derecho a ser informado y notificado, estrechamente vinculado, afirmaba, con el consentimiento; el derecho de acceso a los datos, y los derechos de oposición, rectificación, bloqueo y supresión.

Por lo demás, los argumentos doctrinales y jurisprudenciales recogidos más arriba, relativos tanto a la consideración de los menores como colectivo

⁷⁷ Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-09081-2019.pdf>

vulnerable y, por tanto, la necesidad de una especial protección jurídica, así como la creciente importancia del concepto de «autodeterminación informativa» -desde que fuera formulado en los años ochenta por el Tribunal Constitucional Federal alemán- y sus consecuencias para este colectivo, resultan claros y contundentes.

Con un carácter más amplio que el propio RGPD, el legislador español ha incorporado, con rango de ley orgánica, tanto la «protección de los menores en Internet» como, específicamente, la «protección de datos de los menores en Internet», dándoles la condición de «derechos digitales» de la ciudadanía, consagrados en la LOPDGDD a partir de lo dispuesto en el artículo 18.4 CE/78.

No obstante, en la formulación de estos «derechos digitales» de los menores en Internet por el legislador orgánico se observa una gran confusión a la hora de concretar conceptos determinantes como «redes sociales», «servicios de la sociedad de la información», y, en mayor medida, acerca de lo que deba entenderse por «servicios equivalentes», a pesar de que, entre otras normas, la Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, reconoce en su Exposición de Motivos que el legislador utiliza un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información» que daría cabida a todos los conceptos antes mencionados.

Una maraña conceptual, cuya relevancia no puede dejar de subrayarse en tanto que, atendiendo al «medio» en el que tiene lugar la «difusión» o «publicidad» de los datos personales de los menores, el legislador orgánico asocia diferentes garantías de protección.

Así, el artículo 84.2 LOPDGDD «Protección de los menores en Internet», parece exigir la intervención del Ministerio Fiscal, respecto de la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las «redes sociales» y «servicios de la sociedad de la información equivalentes», dando a entender que las primeras constituyen una especie de los subsumible en el concepto, más genérico, de los segundos.

Sin embargo, de la regulación de la «Protección de datos de los menores en Internet» (artículo 92, párrafo segundo, LOPDGDD), se deduce que el legislador orgánico exige el consentimiento del menor o de sus representantes legales cuando la publicación o difusión de sus datos personales tenga

lugar en «redes sociales» o «servicios equivalentes», sin precisar si los «equivalentes» son servicios de la sociedad de la información.

Además, de la redacción de los dos párrafos de dicho precepto puede obtenerse una consecuencia de mayor relevancia jurídica, en tanto que el legislador orgánico tan solo vincula la prestación del consentimiento a la publicación o difusión de los datos del menor a través de «servicios de la sociedad de la información» (artículo 92, párrafo primero LOPDGDD).

En la práctica, la AEPD viene inaplicando sistemáticamente el artículo 92 de la LOPDGDD, dando preferencia a la aplicación del RGPD. Una praxis que estaría en congruencia con las precisiones realizadas en su momento por el Grupo de Trabajo del Art. 29, al considerar que, como persona humana, el menor tiene derecho a su privacidad, es decir, es titular del derecho a la protección de datos personales, aunque sus representantes legales lo ejerzan en su nombre.

De hecho, la difusión o publicidad de los datos personales del menor en Internet -que no es otra cosa, en puridad, que el tratamiento automatizado de los datos personales al que se refiere el RGPD-, se encuentra tutelado directamente por el RGPD, sin necesidad de que el legislador orgánico lo reconozca expresamente como «derecho digital» en la LOPDGDD.

En definitiva, todo un conjunto de imprecisiones y deficiencias de técnica legislativa a los que cabe añadir los artificios procedimentales que conlleva la articulación por la LOPDGDD (artículo 64), de dos procedimientos de garantía ante la AEPD a los que la doctrina del Tribunal Supremo, en relación con expedientes sancionadores del Consejo General del Poder Judicial, aplicada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, asocia una diferencia sustancial que afecta a la legitimidad del reclamante para acceder posteriormente, como denunciante, a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y con ella, al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva respecto del derecho a la protección de datos personales consagrado en el artículo 18.4 CE/78.

Al día de hoy, como se ha podido comprobar del análisis de los pronunciamientos más recientes de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, cuando la AEPD decide tramitar una reclamación mediante la apertura de un procedimiento sancionador -lo que sucede en la inmensa mayoría de los

supuestos, incluyendo las reclamaciones frente a posibles vulneraciones de la protección de datos del menor-, su conclusión cierra el camino al posterior acceso del reclamante a la vía jurisdiccional por carecer de legitimación activa, salvo en el supuesto extraordinario de que concurran dos requisitos: que el demandante cuestione aspectos relativos a la investigación llevada a cabo por la AEPD, y concurra en el mismo un «interés legítimo digno de tutela».

Un criterio restrictivo que contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del interés legítimo en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde es entendido como «ventaja o utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejerce la pretensión».

Pero dicha jurisprudencia aplicada al que fuera reclamante en el procedimiento sancionador ante la AEPD, también conculca la eficacia del principio *pro actione*, cuyo respeto viene siendo exigido por el Tribunal Constitucional a los jueces y tribunales, no solo evitando que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano jurisdiccional conozca o resuelva sobre una pretensión, sino también reconociendo la obligación de los primeros de interpretar las normas procesales en sentido amplio y no restrictivo, sin formalismos ni rigorismos excesivos, que resulten desfavorables para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, una regulación de los «derechos digitales» de los menores en la que el legislador orgánico proporciona más sombras que luces a los operadores jurídicos.

Por ello, al ser formulada recientemente como categoría jurídico-política, a través de la Carta de Derechos Digitales, quizás convendría reflexionar acerca del posible efecto centrífugo o *vis atractiva* que el concepto de «derecho digital» podría desarrollar hacia el artículo 18.4 CE/78, en detrimento del contenido esencial de otros derechos fundamentales consagrados en la CE/78.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA (Ricardo), Sistema Jurídico de la Unión Europea, Cizur-Menor, Civitas-Thomson Reuters, 3ª edición, 2012.

AEPD, Procedimiento (E/04753/2020), del 9 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-04753-2020.pdf>

AEPD. Procedimiento. Recurso de reposición (PS/00052/2020), del 12 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-td-00248-2020.pdf>

AEPD. Procedimiento (PS/00245/2019), del 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00245-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (PS/00314/2019), de 9 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00314-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (PS/00466/2019), del 14 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00466-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (E/05256/2019), del 14 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-05256-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (PS/00089/2019), del 14 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00089-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (TD/00248/2020), del 26 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/td-00248-2020.pdf>

AEPD. Procedimiento. Recurso de reposición (TD/00248/2020), del 27 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-td-00248-2020.pdf>

AEPD. Procedimiento (PS/00024/2019), del 10 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00024-2019.pdf>

AEPD. Procedimiento (E/09081/2019), de 4 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/e-09081-2019.pdf>

- AEPD. Procedimiento (PS/00052/2020), de 5 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00052-2020.pdf>
- AGUSTINOY GUILAYN (Albert) y MONCLÚS RUIZ (Jorge), Aspectos legales de las Redes Sociales, Barcelona, Ed. Bosch, 3ª edición, 2021.
- AUDIENCIA NACIONAL, Sentencia del 14 de junio de 2021 (SAN 2416/2021. ECLI:ES:AN:2021:2416).
- AUTORIDAD DE CONTROL HOLANDESA [Autoriteit Persoonsgegevens (Dutch DPA)], Decision 9 April 2021. Disponible en: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/decision_to_impose_a_fine_on_tiktok.pdf
- AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CATALUÑA, Dictamen de 8 de julio de 2020, disponible en: https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2020/Documents/ca_cns_2020_022.pdf
- BOMBILLAR SÁEZ (Francisco Miguel), «Protección y tutela de los derechos fundamentales del menor como sujeto activo y pasivo de los contenidos audiovisuales», en DURÁN RUIZ (Francisco Javier) (Dir.), Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital. Internet, redes sociales y comunicación, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BOTANA GARCÍA (Gema Alejandra), «Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea», Wolters Kluwer Actualidad Civil, núm. 1, 2016.
- BRITO IZQUIERDO (Noemí), «Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales», Actualidad Civil, núm. 5, 2018.
- CARTA DE DERECHOS DIGITALES (2021), Gobierno de España, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Madrid, Palacio de la Moncloa, 2021, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_edEs.pdf
- DURÁN RUIZ (Francisco Javier), F. J. «TIC y protección de datos personales en la Unión Europea, con especial referencia a los menores y el Reglamento General (UE) 2016/679 de Protección de Datos», en DURÁN RUIZ (Francisco Javier)

(Dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital*. Internet, redes sociales y comunicación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

GARCÍA MEXÍA (Pablo Luis), «La singular naturaleza jurídica del Reglamento General de Protección de Datos de la UE: sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos», en PIÑAR MAÑAS (José Luis) (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Ed. Reus, 2016.

GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29. (GT 29) (WP 259), *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018.

GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29) (WP 187), *On the definition of consent*, adopted on 13 July 2011.

GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29) (WP 160), *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools)*, adopted on 11 February 2009.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Pablo), «La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, 2003.

NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *The forensic use of bioinformation: ethical issues*, 2007. Disponible en: <https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/The-Forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf>

PIÑAR REAL (Alicia), «Tratamiento de datos de menores de edad», en PIÑAR MAÑAS (José Luis) (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Ed. Reus, 2016.

RALLO LOMBARTE (Artemi), «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en RALLO LOMBARTE (Artemi) (Dir.), *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

RODOTÀ (Stefano), «Why Internet needs its own Constitution», *The Federalist Debate*. Year XXVII, núm. 2, July 2014.

SCOTTI (Gerardo), «Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà “digitale”», Forum di Quaderni Costituzionali, núm. 2, 2021.

SMAHEL (David) & WRIGHT (Michelle, F.) (Eds.), The meaning of online problematic situations for children: Results of cross-cultural qualitative investigation in nine European countries, London School of Economics and Political Science, 2014. Disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/56972/1/EU_Kids_Online_Report_Online_Problematic_Situations_for_Children_June2014.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 254/1993, del 20 de julio (B.O.E. n. 197, del 18 de agosto).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 143/1994, del 9 de mayo (B.O.E. n. 140, del 13 de junio).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 11/1998, del 13 de enero (B.O.E. n. 37, del 12 de febrero).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 58/2018, del 4 de junio (B.O.E. n. 164, de 7 de julio).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 94/1998, del 4 de mayo (B.O.E. n. 137, de 9 de junio).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 122/1999, del 28 de junio (B.O.E. n. 181, del 30 de julio del 1999).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 202/1999, del 8 de noviembre (B.O.E. n. 300, del 16 de diciembre).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 252/2000, del 30 de octubre (B.O.E. n. 288, del 1 de diciembre de 2000).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 290/2000, del 30 de noviembre (B.O.E. n. 4, de 4 de enero de 2001).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 292/2000, del 30 de noviembre (B.O.E. n. 4, de 4 de enero de 2001).

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 173/2004, del 18 de octubre (B.O.E. n. 279, del 19 de noviembre de 2004).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 133/2005, del 23 de mayo (B.O.E. n. 148, del 22 de junio de 2005)
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 73/2006, del 13 de marzo (B.O.E. n. 92, del 18 de abril de 2006).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 327/2006, del 20 de noviembre (B.O.E. n. 303, del 20 de diciembre del 2006).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 52/2007, del 12 de marzo (B.O.E. n. 92, del 17 de abril de 2007).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia del 15 de diciembre del 1983. BVerfG 1 BvR 209/83. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvro20983.html
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Balkan. Sentencia de 28 de junio del 1977 (ECLI:EU:C:1977:111).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Bussone. Sentencia del 30 de noviembre del 1978 (ECLI:EU:C:1978:217).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Grosoli. Sentencia del 12 de julio del 1979 (ECLI:EU:C:1979:196).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Fromme. Sentencia de 6 de mayo del 1982 (ECLI:EU:C:1982:142).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto BayWa AG. Sentencia de 6 de mayo del 1982 (ECLI:EU:C:1982:146).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Danske Svineproducenter. Sentencia del 21 de diciembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:863).
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). Asunto Nowak. Sentencia del 20 de diciembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:994).

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 7. Sentencia del 24 de enero de 2013. Rec. 51/2010 (ECLI:ES:TS:2013:465).

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6. Sentencia del 18 de mayo de 2015. Rec. 277/2013 (ECLI:ES:TS:2015:2163).

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Rec. 2368/2016 (ECLI:ES:TS:2018:287).

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression Mr. F. La Rue (16 May 2011).

VILASAU SOLANA (Mónica), «El consentimiento general y de menores», en RALLO LOMBARTE (Artemi) (Dir.), Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

VILLAVERDE (Ignacio), «Constitución y protección de datos», Revista Registradores de España, núm. 85, 2018, Disponible en: <https://revistaregistradores.es/constitucion-y-proteccion-de-datos/>