

HACIA UN NUEVO DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PARA LAS PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES EN LA SOCIEDAD DIGITAL DEL SIGLO XXI: LOS NIÑOS Y LAS PERSONAS MAYORES

Isidro Gómez-Juárez Sidera

Diploma de Estudios Avanzados en Derecho de las TIC (UNED)

Doctorando en ADE (Universitat Politècnica de València)

Certified Data Privacy Professional (CDPP)

Resumen: El derecho fundamental a la protección de datos cobra en el mundo digital no sólo un indudable valor intrínseco, sino también un importante valor instrumental para la garantía de la dignidad y de la libertad, vinculadas a la propia naturaleza humana. En este escenario, se perfilan dos grandes grupos de personas especialmente vulnerables y a su vez diametralmente opuestos entre sí. De un lado, los niños: "nativos digitales" y contrariamente sin las condiciones suficientes de madurez para decidir sobre sus propios datos. De otro lado, las personas mayores: "inmigrantes digitales" en el mejor de los casos, "analfabetos digitales" en el peor de ellos, y sin embargo dotados de la experiencia que les dan los años para adoptar decisiones conscientes sobre su persona. El reto que la protección de datos tiene por delante es de una extraordinaria complejidad: el gigantesco "iceberg tecnológico" que se aproxima imparable, y cuya máxima expresión es la denominada "Internet del futuro", exige una revisión y modulación de los principios vertebradores de este derecho fundamental, a fin de que despliegue toda su eficacia, respondiendo adecuadamente a los desafíos del siglo XXI. En su consecuencia, el presente trabajo aborda los aspectos clave de la reformulación del derecho de protección de datos para los colectivos sociales más vulnerables en la sociedad digital: niños y personas mayores.

Palabras clave: protección de datos; sociedad digital; niños; personas mayores.

Title: Towards a new right to data protection for especially vulnerable persons in the digital society of 21st century: children and the elderly

Abstract: The fundamental right to data protection in the digital world becomes not only an undoubted intrinsic value, but also an important instrumental value to guarantee the dignity and freedom linked to human nature. In this scenario, are presented two groups of especially vulnerable persons and in turn diametrically opposite each other. On one hand, the children, “digital natives” and contrary without sufficient maturity conditions to decide on their own data. On the other hand, older people, “digital immigrants” in the best “digital illiterates” in the worst, and yet endowed with the age experience to make conscious decisions about themselves. The challenge of data protection ahead is extraordinarily complex: the gigantic “technological iceberg” approaching unstoppable, and whose ultimate expression is the “Internet of the Future” requires a review and modulation of the basic principles of this fundamental right to deploy full effectiveness, responding adequately to the challenges of the 21st century. In consequence, this paper addresses the key aspects of reformulation of the right to data protection for most vulnerable social groups in the digital society: children and the elderly.

Keywords: data protection; digital society; children; elderly people.

SUMARIO. 1. Los derechos de los niños y las personas mayores en la sociedad digital. 2. Protección de datos de los niños en la sociedad digital. 2.1. Iniciativas relacionadas con la protección de datos de los niños. 2.2. Aspectos clave para la protección de datos de los niños en la sociedad digital. 2.2.1. Inmersión en la cultura de la protección de datos. 2.2.2. Calidad de la información en la recogida de datos: transparencia y respeto del contexto. 3. Protección de datos de las personas mayores en la sociedad digital. 3.1. Las personas mayores en el siglo XXI. 3.1.1. Envejecimiento de la población e incorporación de las personas mayores al mercado de las nuevas tecnologías. 3.1.2. Justificación de la adopción de medidas de acción positiva con relación a las personas mayores. 3.2. Modulación de los principios de la protección de datos con relación a las personas mayores en la sociedad digital. 4. Conclusiones.

1. Los derechos de los niños y las personas mayores en la sociedad digital

La línea divisoria que otrora separaba la vida física y la vida digital ha terminado por difuminarse casi al completo, invadiendo esta última nuestras relaciones familiares, sociales y laborales, que se han visto arrastradas por la gigantesca ola tecnológica propia de la era digital.

Nuestros actos en el mundo digital tienen importantes consecuencias en el mundo físico y viceversa, produciéndose una interconexión entre ambos de cada vez más difícil soslayo. Los medios de comunicación se hacen eco constante de este fenómeno: nuestra actividad *online* en chats, blogs, microblogs, redes sociales y servicios de mensajería instantánea –entre otros– determina aspectos de nuestra vida tales como nuestra reputación, intimidad, relaciones sociales y laborales o incluso nuestra libertad sexual. En casos extremos, las

consecuencias de esta confluencia del mundo digital con el mundo físico han sido dramáticas, finalizando con la propia vida de la persona¹.

Surgen así los denominados “ciberderechos” que, en su trasfondo, son una mera traslación de los derechos “tradicionales” al mundo digital: honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, secreto de las comunicaciones, libertad de expresión e información, igualdad y no discriminación, y propiedad intelectual, entre otros.

Junto a los citados, interesa subrayar al objeto de nuestro estudio uno de los derechos más significativos en el ámbito de la sociedad digital: el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado en la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000\292), y en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) (DOUE núm. 83, 30-3-2010)². Este derecho fundamental de la persona, consistente en un poder de disposición y de control sobre sus propios datos, cobra en el mundo digital no sólo un indudable valor intrínseco, sino también un importante valor instrumental para la garantía de la dignidad y de la libertad, vinculadas a la propia naturaleza humana.

En primer lugar, la dignidad de la persona entendida como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53), FJ 6). Señalar a este respecto que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, proclamado en el artículo 10.1 de la Constitución Española (BOE núm. 311, 29-12-1978)³, es el germen o fundamento último del derecho fundamental a la protección de datos, en tanto en cuanto éste se configura como un derecho fundamental inherente a la persona⁴. Y, a su vez, el derecho fundamental a la protección de datos

¹ Citar como caso más paradigmático el de la adolescente canadiense Amanda Todd, cuyo suicidio se atribuye al acoso sufrido en las redes sociales *online*.

² Artículo 8

Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

³ Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁴ La Agencia Española de Protección de Datos ha venido tradicionalmente poniendo de manifiesto que el derecho fundamental a la protección de datos forma parte de los jurídico-civilmente identificados como “derechos de la personalidad”, derechos subjetivos cuyo objeto viene constituido por los diversos bienes o facetas que integran el mundo corporal o anímico de la persona, de forma que ésta, sujeto de derecho,

constituye una manifestación o cristalización del valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona⁵.

No en vano, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a la persona “un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (STC 30-11-2000, FJ 6). De tal manera, “el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona” (STC 30-11-2000, FJ 6).

En su consecuencia, el respeto del derecho a la protección de datos se configura como una garantía elemental de nuestra dignidad personal en la sociedad digital.

En segundo lugar, la libertad de la persona entendida como un valor superior del ordenamiento jurídico, consistente en “la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” (STC 132/1989, de 18 de julio de 1989 (RTC 1989/132), FJ 6). De tal modo, en el caso del derecho a la protección de datos – otrora denominado “libertad informática”–, “estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, 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»” (STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/254), FJ 6). En este sentido, el respeto del derecho fundamental a la protección de datos en la sociedad digital nos hace más libres, porque nos permite decidir sobre el uso y destino de la información concerniente a nuestra persona en un ecosistema singularmente complejo y cambiante al albur de las nuevas tecnologías. A través del respeto y garantía de este derecho fundamental, seremos nosotros, y no otros, los que

resulta ser al mismo tiempo objeto del mismo: de ahí su íntima vinculación con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona.

⁵ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. Y LARA YUSTE, F., “Personas mayores en la sociedad de las nuevas tecnologías: la necesidad de navegar hacia un horizonte donde el derecho a la protección de sus datos sea plenamente respetado”, *Revista digital Datospersonales.org* (en línea), núm. 40, 31 de julio de 2009.

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142560422023&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142557356539&language=es&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPage%2Fhome_RDP&siteName=RevistaDatosPersonales>, [Consulta: 10/10/12].

podamos decidir libremente el peaje a pagar en cada uno de los actos de nuestra vida digital.

La dignidad y la libertad, entendidas como sinónimo de autodeterminación y autonomía personal, son en suma el basamento de la construcción de una sociedad digital para todos. Nos gustaría recordar, llegados a este punto, la afirmación de KANT según la cual la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana⁶. Por ende, el derecho fundamental a la protección de datos, en tanto poder de disposición y de control, está estrechamente vinculado a ambos pilares –dignidad y libertad–, y se constituye en garante de los mismos en el mundo digital.

En este escenario, se perfilan dos grandes grupos de personas especialmente vulnerables y a su vez diametralmente opuestos entre sí. De un lado, los niños: “nativos digitales” y contrariamente sin las condiciones suficientes de madurez para decidir sobre sus propios datos. De otro lado, las personas mayores: “inmigrantes digitales” en el mejor de los casos, “analfabetos digitales” en el peor de ellos, y sin embargo dotados de la experiencia que les dan los años para adoptar decisiones conscientes sobre su persona. Entre unos y otros media la llamada “brecha generacional digital”, si bien ambos grupos representan el futuro de nuestra sociedad. Los niños, por motivos obvios: constituyen la esperanza del mañana y son el motor de las generaciones que les preceden. Pero también las personas mayores, un colectivo social en crecimiento exponencial tomando en consideración el incremento de la esperanza y calidad de vida, cuyo papel en la sociedad del futuro ha de ser replanteado en términos de inclusión y participación activa, desempeñando las nuevas tecnologías un rol determinante en la consecución de dicho objetivo.

Si bien los niños han sido y son objeto de una atención constante y creciente por parte del común de los Estados y Autoridades de protección de datos y privacidad a nivel mundial, las personas mayores han caído en un cierto olvido. Consideramos que debería trabajarse más en este sentido, dirigiendo también esfuerzos hacia este colectivo social de especial sensibilidad y heterogeneidad, formado por personas plenamente capaces, incapaces naturales o de hecho, personas judicialmente incapacitadas, personas afectadas de enfermedades degenerativas con periodos discontinuos de lucidez, en ocasiones asociadas a una discapacidad física o motora o enfermedades crónicas, y un largo etcétera.

Una necesidad que ha quedado patente en la “Resolución sobre la educación digital para todos” de las Autoridades presentes en la 35ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada los días 23 a 26 de septiembre de 2013, en Varsovia (Polonia). En tal sentido, “durante los últimos años, muchas autoridades de protección de datos que representan a las principales regiones de todo el mundo han intercambiado sus experiencias y han concertado importantes iniciativas sobre la conciencia global de los niños, los jóvenes y la comunidad educacional en materia de protección

⁶ KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Riga, 1785.

de datos y privacidad”⁷. Es por ello que la citada Resolución tiene como objetivo dar un paso más: promover el conocimiento sobre la tecnología digital y formar a todas las partes interesadas, de todas las edades, con la finalidad de permitir que cada ciudadano se convierta en un actor informado y responsable en el entorno digital y utilice eficientemente sus derechos y esté consciente de sus deberes en este universo. No en vano, “esta nueva era digital afecta a toda la población, independientemente de la edad, la experiencia y la ubicación”⁸.

El reto que la protección de datos tiene por delante es de una extraordinaria complejidad: el gigantesco “iceberg tecnológico” que se aproxima imparable, y cuya máxima expresión es la denominada “Internet del futuro”, exige una revisión y modulación de los principios vertebradores de este derecho fundamental, a fin de que despliegue toda su eficacia respondiendo adecuadamente a los desafíos del siglo XXI. Una consideración que adquiere un valor estratégico esencial para el avance y consolidación de una sociedad digital para todos, incluyendo los colectivos sociales más vulnerables.

2. Protección de datos de los niños en la sociedad digital

2.1. Iniciativas relacionadas con la protección de datos de los niños

Nuestra actual legislación considera el fomento de la educación vial como uno de los objetivos de la educación primaria⁹. Así por ejemplo, los niños conocen los riesgos de cruzar la calle y cómo evitarlos. Sin embargo, poco conocen acerca de los riesgos de “cruzar la calle en Internet”: cuando cuelgan una fotografía o un video suyo en una red social, se descargan una aplicación en el teléfono móvil que permite su geolocalización, o facilitan su dirección o su número de teléfono a un desconocido, por citar algunos ejemplos.

La falta de cultura de protección de datos de que adolece la población infantil, en contraposición a su condición de “nativos digitales”, hacen de los niños un colectivo social de riesgo necesitado de una especial protección. Circunstancia que ha sido advertida por múltiples Estados, identificándose numerosas iniciativas relacionadas con la protección de datos de los niños en la sociedad digital.

En este sentido, interesa subrayar que el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su

⁷ “Resolución sobre la educación digital para todos” de las Autoridades presentes en la 35ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada los días 23 a 26 de septiembre de 2013, en Varsovia (Polonia).

⁸ *Ibidem*.

⁹ Vid. Artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4-5-2006) (en adelante, LOE).

interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El concepto del "interés superior del niño" es anterior, incluso, a la propia Convención, recogiendo en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

De tal modo, en Europa cabe citar la "Propuesta de Reglamento 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 (Reglamento general de protección de datos)" (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (en adelante, PRGPD). Con el objetivo de construir un marco de protección de datos más sólido y coherente en el seno de la Unión Europea, la PRGPD recoge, entre otros aspectos, mecanismos de protección específica para los niños, ya que éstos pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos en relación al tratamiento de sus datos personales.

Así, la PRGPD establece determinadas salvaguardias especiales para los menores en materia de consentimiento, transparencia o evaluación del impacto de los tratamientos de datos –entre otros-. Esta preocupación en relación con la protección de datos de los niños no es nueva en el ámbito europeo: el Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29 (en adelante, GT 29)¹⁰ adoptó el 18 de febrero de 2008 un "Documento de Trabajo 1/08 sobre la protección de datos personales de los niños (Directrices generales y el caso especial de los colegios)" (WP 147), que dio paso al ulterior "Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas)" (WP 160), emitido el 11 de febrero de 2009. Asimismo, sus posteriores "Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea" (WP 163),

¹⁰ El citado Grupo de trabajo fue creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano europeo consultivo en materia de protección de datos y privacidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

adoptado el 12 de junio de 2009, y "Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento" (WP 187), adoptado el 13 de julio de 2011, recogen previsiones específicas en relación con los niños y menores.

En lo tocante a este particular, el GT 29 considera que el principio jurídico fundamental es, en efecto, el interés superior del niño. La justificación de este principio es que una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica necesita más protección que otras personas. Su finalidad es mejorar las condiciones del niño y reforzar el derecho de éste a desarrollar su personalidad. Todas las instituciones, públicas o privadas, que toman decisiones sobre los niños, deben respetar este principio.

A juicio del GT 29, un niño es un ser humano en el más amplio sentido de la palabra. Por este motivo, debe disfrutar de todos los derechos de la persona, incluido el derecho a la protección de los datos personales. Ahora bien, el niño se encuentra en una situación particular que es preciso considerar desde dos perspectivas: estática y dinámica.

Desde el punto de vista estático, el niño es una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica. Desde el punto de vista dinámico, se encuentra en un proceso de desarrollo físico y mental que le convertirá en adulto. Los derechos del niño y su ejercicio –incluido el derecho a la protección de datos– deben expresarse teniendo presentes ambas perspectivas.

En otros países, como es el caso de Argentina, también se ha planteado la necesidad de unificar criterios para la protección de los datos de los niños en la era digital. Señalar a este respecto que nuestro país ha desempeñado un significativo papel en el desarrollo jurídico de la protección de datos en Argentina, pues su proximidad idiomática y cultural con España le ha permitido beber en gran medida de los principios sobre los que se asienta nuestra normativa, configurándose un sistema de protección de datos de fuerte inspiración europea que ha obtenido el adecuado reconocimiento por parte de la propia Comisión¹¹.

En tal sentido, interesa subrayar la Declaración de la Plata "Hacia la unificación de criterios en protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes"¹², presentada por Noemí Olivera, Docente-investigadora y Directora del Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información, el 20 de noviembre de 2013, en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). El espíritu de la misma queda patente en el siguiente de sus párrafos:

¹¹ Decisión de la Comisión de 30/06/2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina, C(2003)1731 final.

¹² El texto completo de la Declaración de la Plata "Hacia la unificación de criterios en protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes" puede consultarse en la página de Internet del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos (en línea). <<http://oiprodat.com/declaracion-de-la-plata/>>, [Consulta: 25/11/2013].

Más que nunca, el desafío es acompañar a los niños, niñas y adolescentes en el desarrollo de una personalidad completa, lo que incluye la consciencia de la importancia de su intimidad. Es obvio que esta responsabilidad es ineludiblemente de los padres, pero también lo es del Estado, principalmente del sistema educativo. No todo se reduce a fórmulas jurídicas que busquen resarcir daños ya creados. Justamente el objetivo debe ser que esos daños nunca ocurran y los que se encuentran en la mejor situación de lograrlo son los mismos jóvenes. Para ello debemos darles las herramientas necesarias para que puedan seguir creciendo, acertando y equivocándose con sus decisiones, pero que esos errores no sean irreversibles, que sean sólo otra forma de aprender.

Finalmente, en los Estados Unidos de América –en divergencia con el entorno europeo– la protección de datos no ostenta la condición jurídica de derecho fundamental y, aunque muy lentamente, avanza merced al esfuerzo de las demandas de los consumidores. En tal sentido, la protección de la privacidad de los niños en Internet ha sido objeto de una notable preocupación desde fechas tempranas, plasmada en la aprobación de la “Children’s Online Privacy Protection Act of 1998” (5 U.S.C. 6501-6505) (en adelante, COPPA), referente mundial en la materia, que fue objeto de un largo proceso de revisión durante el periodo 2010-2013 para responder a los nuevos retos de la sociedad digital, tales como el uso de dispositivos móviles inteligentes y redes sociales por parte de los menores.

El objetivo principal de la COPPA es otorgar a los padres el control sobre la recogida, uso y divulgación de la información concerniente a sus hijos en el ámbito *online*. No en vano, la citada norma fue especialmente diseñada para proteger a los niños menores de trece años en el entorno singularmente dinámico de Internet. La Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission)¹³ –agencia federal con atribuciones tanto en la esfera de la protección del consumidor como en el terreno de la competencia en amplios sectores de la economía estadounidense– es el ente encargado de velar por el cumplimiento de la COPPA y controlar su aplicación.

En suma, cabe concluir la existencia de dos grandes polos en esta materia, representados por la Unión Europea y los Estados Unidos de América, con perspectivas muy distintas si bien en principio convergentes a una misma finalidad: evitar un uso abusivo o torticero de las nuevas tecnologías y, por ende, contrario a los derechos y libertades de los niños en la sociedad digital.

2.2. Aspectos clave para la protección de datos de los niños en la sociedad digital

¹³ La página de Internet de la Comisión Federal de Comercio es <http://www.ftc.gov/index_es.shtml>.

2.2.1. Inmersión en la cultura de la protección de datos

Hasta la fecha, los principales esfuerzos regulatorios se han centrado en torno a las cuestiones relacionadas con la delimitación de la edad de los menores para prestar el consentimiento sobre la recogida y el uso de sus datos personales, facultando a sus padres o tutores en aquellos supuestos en que no reúnan las condiciones suficientes de madurez. Citar, a modo de ejemplo, el propio artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17, de 19-1-2008) (en adelante, RLOPD), relativo al "Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad".

No obstante, el vertiginoso avance de la tecnología digital y su permeabilidad sobre los distintos ámbitos de la vida de los niños – escolar, familiar y social– imponen un cambio de paradigma. Y ello por varios motivos que expondremos a continuación.

En primer lugar, los padres o tutores del niño no pueden estar presentes en todos y cada uno de los actos de su vida digital, objeto de desarrollo en entornos tan diversos como el escolar, el familiar o el social: así por ejemplo, el padre o tutor podrá conocer los hábitos de navegación de su hijo en un ordenador instalado en el salón de casa, pero no en el ordenador de un amigo, en el colegio, o en un local de Internet abierto al público. De otro lado, los niños –por su condición de "nativos digitales"– en la mayoría de los casos tienen un conocimiento de las nuevas tecnologías muy superior al de sus padres o tutores, que en muchas ocasiones se quedan rezagados en esta acelerada carrera tecnológica, pudiendo poco que orientar a sus hijos sobre determinados aspectos que desconocen en la práctica. Por último, ha de ponderarse el deber de los padres de velar por sus hijos, recogido en el artículo 154 del Código Civil (BOE núm. 206, 25-07-1889) (en adelante, CC), con el adecuado respeto de los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad de los menores. Todo ello parece conducir a un nuevo escenario donde el consentimiento de los padres o tutores pierde parte de su trascendencia en favor de la educación de los niños en el ámbito de la llamada "cultura de la protección de datos", en la que precisamente sus padres han de ser los primeros implicados.

Volviendo al paralelismo de "cruzar la calle en Internet", el objetivo es que, si bien las primeras veces habrá de hacerlo cogido de la mano de sus padres, el menor aprenda a cruzarla solo, con la confianza y seguridad suficientes. Y ello se consigue a través de una sólida educación de los niños en la autoprotección y control de su información en la Red como elementos vertebradores de la cultura de la protección de datos.

Interesa recordar que, en opinión del GT 29, un buen sistema de protección de datos se caracteriza, en general, por el hecho de que los responsables del tratamiento conocen muy bien sus obligaciones y los interesados conocen muy bien sus derechos y medios para ejercerlos¹⁴. En tal sentido, "los niños y los alumnos deben ser educados para convertirse en ciudadanos autónomos de la sociedad de información. A este fin, es de crucial importancia que conozcan desde una temprana edad la importancia de la intimidad y la protección de datos. Estos conceptos les permitirán posteriormente adoptar con conocimiento de causa decisiones sobre la información que desean divulgar, a quién y en qué condiciones. La protección de datos se incluirá sistemáticamente en los programas escolares, en función de la edad de los alumnos y la naturaleza de las materias impartidas"¹⁵.

A las citadas consideraciones hemos de sumar la condición de "sujeto activo" del menor en el entorno digital, pudiendo sus actos redundar en perjuicio de los derechos y libertades de los demás, lo que refuerza la necesidad de su inmersión en los valores de la protección de datos en pos de un uso inteligente y responsable de la Red. A los meros efectos ilustrativos de una línea negativa de comportamiento, cabe citar el caso español de la detención de varios menores a raíz de la grabación, publicación y difusión por Internet de un video con contenido sexual explícito en el que participaban menores de edad¹⁶.

Esta problemática ya fue advertida por el propio GT 29 en su Dictamen de 11 de febrero de 2009: "si nuestras sociedades se proponen alcanzar un verdadero desarrollo de la protección de datos en general y de la defensa de la intimidad en particular, será preciso empezar con los niños, no sólo por constituir éstos un grupo necesitado de protección, o por ser sujetos de derechos que deben protegerse, sino también porque deben concienciarse de sus deberes con respecto a los datos personales de los demás". En tal sentido, el GT 29 se basa en el convencimiento de que la educación y la responsabilidad son instrumentos cruciales para la protección de los datos de los niños.

Los argumentos hasta aquí expuestos abonan la tesis favorable a la educación de los niños en la cultura de la protección de datos, proporcionándoles las herramientas necesarias para el libre desarrollo de su personalidad en la sociedad digital con las debidas condiciones

¹⁴ Documento de Trabajo "Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE" (WP 12), aprobado por el GT 29 el 24 de julio de 1998.

¹⁵ Dictamen de 11 de febrero de 2009.

¹⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA, *Gracias a @policia y la colaboración ciudadana la BIT frena la difusión de un vídeo de contenido sexual realizado por menores* (en línea), 4 de abril de 2013. <http://www.policia.es/prensa/20130404_2.html>, [Consulta: 20/11/13].

de seguridad, responsabilidad y respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

La propia Asociación Profesional Española de Privacidad (APEP) – entidad que integra a profesionales de la protección de datos personales y de la privacidad– propuso en 2012 la inclusión de contenidos específicos sobre privacidad en la asignatura de Educación para la ciudadanía. A juicio de la citada entidad, “ser capaces de controlar la información personal, especialmente en el ámbito de las redes sociales, y de evaluar los riesgos en Internet constituye un aprendizaje vital para nuestros niños en la sociedad de la información”¹⁷.

Asimismo, resulta digna de mención la iniciativa conjunta de la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades de control de la Comunidad de Madrid, Cataluña y el País Vasco, consistente en la elaboración de una guía educativa sobre protección de datos y privacidad a partir de un material original de la Oficina del Comisionado para la Protección de Datos de Irlanda. La citada guía está destinada a la comunidad educativa, para su utilización por el profesorado durante los cursos de la Educación Básica –Primaria y Secundaria– en programas de sensibilización y reflexión acerca del valor de la privacidad y la importancia de la protección de los datos personales. Su utilización se aconseja en aquellas materias o asignaturas en las que se considere adecuado introducir estos conceptos, así como en las sesiones de tutoría y de orientación escolar.

No obstante, la realidad nos indica que los esfuerzos realizados hasta la fecha son insuficientes, siendo necesario un mayor grado de implicación por parte de los poderes públicos. De lo contrario, difícilmente podrá alcanzarse el objetivo de una inmersión real de la población infantil en la cultura de la protección de datos.

2.2.2. Calidad de la información en la recogida de datos: transparencia y respeto del contexto

La transparencia y el respeto del contexto en la recogida de datos se presentan como segundos elementos indispensables para la consolidación de un sistema de protección de datos moderno, basado en la autoprotección y control de la propia información en la Red, que responda con eficacia a los desafíos que la sociedad digital plantea en relación con los menores.

¹⁷ ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE PRIVACIDAD (APEP), *La Asociación Profesional Española de Privacidad propone la inclusión de contenidos específicos sobre privacidad en la asignatura de Educación para la ciudadanía* (en línea), 6 de agosto de 2012. <<http://www.a pep.es/la-asociacin-profesional-espaola-de-privacidad-propone-la-inclusin-de-contenidos-especificos-sobre-privacidad-en-la-asignatura-de-educacin-para-la-ciudadaniacut/>>, [Consulta: 21/11/13].

Señalar, en tal sentido, que la imparable revolución tecnológica del siglo XXI –cuyo máximo exponente es la denominada “Internet del futuro”– comporta la recogida sistemática de información concerniente a personas físicas, en muchas ocasiones con el desconocimiento de los afectados o interesados. Una circunstancia que se agudiza en relación con los niños por su condición de usuarios precoces de las nuevas tecnologías e Internet y, sin embargo, ajenos a la cultura de la protección de datos.

Así por ejemplo, el “Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes” (WP 202), adoptado por el GT 29 el 27 de febrero de 2013, ha puesto de manifiesto que “los niños son ávidos usuarios de aplicaciones, ya sea en dispositivos propios o en dispositivos compartidos (con sus padres, sus hermanos o en un centro educativo), y existe claramente un gran mercado de aplicaciones diversas destinadas a ellos. Pero, al mismo tiempo, los niños apenas comprenden o conocen, si es que lo hacen en absoluto, el alcance y la sensibilidad de los datos a que las aplicaciones pueden acceder, o el alcance de los datos compartidos con terceros para fines publicitarios”.

De tal modo, el Considerando 46 de la PRGPD señala que el principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Ello es especialmente pertinente cuando, en determinadas situaciones, como la publicidad *online*, la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica, resulte difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, los datos personales que le conciernen. Dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte específicamente debe facilitarse en un lenguaje claro y llano que puedan comprender con facilidad.

Recordar en tal sentido que, según señala la trascendental STC de 30 de noviembre de 2000, el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos, si bien “ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin” (STC 30-11-2000, FJ 6). De tal modo, concluye el Tribunal Constitucional que “sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia” (STC 30-11-2000, FJ 13).

En este sentido, compartimos la opinión doctrinal de SÁNCHEZ CARAZO, según la cual “el derecho a la información es un derecho raíz, pues sin la información no podemos ejercer el resto de los derechos. Para poder consentir sobre cómo se tratan los datos tenemos que tener una información clara y veraz; si no tenemos información no podemos consentir y si no estamos bien informados ni podemos tomar decisiones, ni podemos ejercer nuestra autonomía y nuestra libertad”¹⁸.

Llegados a este punto, interesa traer a colación lo señalado por el GT 29 en el Dictamen de 11 de febrero de 2009, según el cual, en el contexto de la información suministrada a los niños o a sus representantes legales para la recogida de datos personales *online*, “hay que insistir especialmente en la utilización de avisos breves con un lenguaje sencillo, conciso y didáctico de fácil comprensión”. Asimismo, es fundamental que los avisos se faciliten en el lugar y el momento adecuados, es decir, que aparezcan directamente en pantalla, antes de la recogida de la información. A juicio del GT 29, éste constituye un instrumento muy importante para que los niños puedan conocer mejor los posibles riesgos y peligros de las actividades en línea. Efectivamente, puede afirmarse que en el entorno *online*, a diferencia del mundo real, esta es la única oportunidad que tienen los niños para darse cuenta de los peligros mencionados.

Recapitulando, si bien las cuestiones relativas al consentimiento han polarizado el grueso de las preocupaciones de los reguladores en relación al tratamiento de los datos de los niños, los retos que plantea la sociedad digital confieren una nueva dimensión y trascendencia a la necesidad de una información de calidad sobre la recogida y uso de los datos, cimentada sobre los conceptos de transparencia y respeto del contexto.

En tal sentido, el entorno en el cual se produce la recogida de datos se antoja determinante en orden a establecer la forma en que ha de cumplirse con el principio de información, tomando en consideración las múltiples y complejas configuraciones que pueden adoptar las nuevas tecnologías. Los niños, por su ya referida condición de usuarios precoces de las nuevas tecnologías e Internet, representan el máximo exponente de esta afirmación: chats, blogs, microblogs, redes sociales, servicios de mensajería instantánea, dispositivos móviles inteligentes, juegos y aplicaciones *online* –entre otros– conforman el ambiente de los niños en la sociedad digital del siglo XXI.

¹⁸ SÁNCHEZ CARAZO, C., “La protección de datos personales de las personas vulnerables”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá II*, 2009, págs. 203-227.

En suma, a nuestro juicio el contexto habrá de determinar el cómo informar sobre la recogida y uso de los datos de los menores; así por ejemplo, no es lo mismo darse de alta en una red social *online* que descargarse una aplicación en el teléfono móvil que permita la geolocalización del niño, pues se trata de entornos diferentes con sus propias particularidades. El menor, que en función de la situación podrá o no estar acompañado de sus padres o tutores, debe ser consciente de los riesgos y consecuencias específicos de proporcionar su información personal en cada caso concreto y particular que se le plantee en su vida digital.

De otro lado, la transparencia es el segundo de los elementos configuradores de una información de calidad sobre la recogida y uso de los datos de los niños. Como hemos señalado anteriormente, el niño es una persona que todavía no ha alcanzado la plena madurez psicológica y, en tal sentido, necesita que la información dirigida a su persona no sólo sea fácilmente accesible sino que además se utilice un lenguaje sencillo, claro, didáctico, carente de conceptos jurídicos abstrusos y adaptado a su edad, que facilite su comprensión y la adopción de decisiones conscientes en base a la misma. Así por ejemplo, el vigente RLOPD, recoge una previsión específica respecto a la aplicación del principio de información con relación a los niños, estableciendo que “cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos” (art. 13.3 RLOPD).

A nuestro juicio, ésta es la línea correcta a seguir si, como ya indicamos, aspiramos a un sistema de protección de datos moderno, basado en la autoprotección y control de la propia información en la Red; por ende, es en ella en la que debemos avanzar de cara a un futuro próximo. Si bien, ello no es óbice para seguir profundizando en unas reglas claras con respecto al consentimiento de los niños para el tratamiento de sus propios datos, pues “al ser el niño una persona todavía en desarrollo, el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos, debe adaptarse al nivel de su desarrollo físico y psicológico”¹⁹. A este respecto, el GT 29 ha apuntado que la solución puede variar desde la mera consulta al niño hasta el consentimiento paralelo del niño y su representante legal, e incluso el consentimiento único del niño si ya ha madurado.

3. Protección de datos de las personas mayores en la sociedad digital

3.1. Las personas mayores en el siglo XXI

3.1.1. Envejecimiento de la población e incorporación de las personas mayores al mercado de las nuevas tecnologías

¹⁹ Dictamen de 11 de febrero de 2009.

Según una información publicada en prensa el 1 de diciembre de 2013, "la población española se reduce y envejece"²⁰. Si bien no es un fenómeno exclusivamente español, éste es más acentuado en España que en otros países de nuestro entorno. Según las proyecciones demográficas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) para la próxima década, la natalidad desciende y, por primera vez desde la Guerra Civil, se anticipa que habrá más defunciones que nacimientos. La esperanza de vida de los españoles –que ya era desde hace tiempo una de las más altas del mundo– seguirá creciendo, hasta el punto de que en 2022 será de 87 años para las mujeres y de 81,8 años para los varones; 2,5 y 1,9 años más que la esperanza de vida actual. En 2022 serán 9,7 millones de personas los que tengan más de 64 años, 1,5 millones más que hoy en día.

A este respecto, GARCÍA VEGA apunta que "en un país en el que los minutos serán más largos para todos, los ancianos revolucionarán la economía. Es, quizá, la fuerza de cambio social más importante en la historia socioeconómica reciente de España desde que en los años setenta del siglo pasado se creara una clase media"²¹.

En tal sentido, ROVIRA disecciona con acierto que –si bien los mayores seguirán preocupados por la salud y podrán presentar progresivamente problemas de memoria episódica, velocidad de procesamiento y razonamiento abstracto– "los nuevos estilos de vida con estímulos intelectuales más complejos, un mayor ejercicio cardiovascular y una vida más sana hará que tengan el mejor pulso vital conocido hasta ahora en estas edades"²². De tal manera, "debemos aplicar una nueva lógica empezando por asumir que los mayores son ya un mercado real y activo en lugar de pasivo y residual, y que quizá debamos abandonar el término mayor y asumir que éstos son y serán los nuevos jóvenes"²³.

A las anteriores consideraciones, hemos de añadir la irreversible incorporación de las personas mayores al mercado de las nuevas tecnologías. En tal sentido, debemos distinguir entre aquellas tecnologías dirigidas a la tercera edad o "mayores jóvenes" (entre 65 y 80 años), enfocadas a favorecer su inclusión y participación activa en la sociedad y mejorar su calidad de vida, y las tecnologías destinadas a la cuarta edad o "mayores frágiles" (más de 80 años), pensadas para personas con un mayor deterioro físico, sensorial,

²⁰ EDITORIAL, "Economía geriátrica", *Negocios, El País*, 1 de diciembre de 2013, pág. 3.

²¹ GARCÍA VEGA, M.A., "Las canas revolucionan la economía española", *Negocios, El País*, 1 de diciembre de 2013, págs. 4-6.

²² ROVIRA, J., "Los emergentes «nuevos jóvenes»", *Negocios, El País*, 1 de diciembre de 2013, pág. 6.

²³ *Ibidem*.

mental o cognitivo, cuyo principal propósito es procurarles asistencia, proporcionándoles unos niveles superiores de seguridad y autonomía personal²⁴.

El primer grupo de tecnologías está básicamente representado por Internet. Así por ejemplo, el correo electrónico o los sistemas de videollamada son dos excelentes medios de comunicación, cuyo uso habitual puede ayudar a las personas mayores a defenderse del aislamiento, permitiéndoles estar en contacto permanente con sus seres queridos, con total independencia de la distancia que les separe de ellos. De igual manera, las redes sociales han dejado de ser patrimonio exclusivo de jóvenes y adolescentes, perfilándose como la "medicina del futuro" para curar la soledad de la tercera edad a través de un medio en el cual compartir sus sentimientos, experiencias y recuerdos. Por otro lado, la tecnología digital conlleva importantes mejoras para la calidad de vida de aquellas personas mayores que sufran problemas de movilidad, pudiendo hacer sus compras, consultar el estado de su cuenta corriente o pedir cita para el médico de cabecera desde su propia casa. Finalmente, Internet ofrece a este colectivo de personas múltiples alternativas de ocio agradable y variado que pueden compensar en cierta medida la imposibilidad de participar en actividades al aire libre: chats, blogs temáticos, juegos y pasatiempos *online*, prensa digital, etc.²⁵

En cuanto a las tecnologías destinadas a la cuarta edad o "mayores frágiles", sobresalen por su potencialidad las asociadas a la "Internet de los objetos"²⁶, entendida ésta como un temprano avance de la Internet del futuro. En tal sentido, hogares, residencias y ciudades inteligentes se perfilan como el nuevo ecosistema de las personas mayores en el mundo tecnológico del siglo XXI. En efecto, la aparición de nuevos tipos de dispositivos móviles integrados, los avances en tecnologías inalámbricas y sensores inteligentes, así como la evolución de las tecnologías biométricas –entre otros adelantos– multiplican las oportunidades para el desarrollo de la innovación tecnológica orientada a las personas mayores²⁷.

²⁴ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. Y DE MIGUEL MOLINA, M., "El reto de la protección de datos de las personas mayores en la sociedad del ocio digital" en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., PEGUERA, M., PEÑALÓPEZ, I., PIFARRÉ DE MONER, M.J. Y VILASAU SOLANA, M. (Coordinadores), *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea*. Actas del VIII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política (IDP 2012). Universitat Oberta de Catalunya (UOC) - Huygens Editorial. Barcelona, 9-10 de julio de 2012, págs. 367-384.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ La expresión "Internet de los objetos" (IO) hace referencia al concepto general de objetos (tanto artefactos electrónicos como objetos de uso cotidiano) que se pueden leer, reconocer, dirigir, localizar o controlar a distancia a través de Internet.

²⁷ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., "Retos de la protección de datos en la Internet de los objetos para las personas mayores", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 153, 2013, págs. 57-96.

3.1.2. Justificación de la adopción de medidas de acción positiva con relación a las personas mayores

Al principio de nuestro trabajo, tuvimos ocasión de exponer cómo la dignidad de la persona se concreta en germen o fundamento último del derecho fundamental a la protección de datos. Y cómo, a su vez, el derecho fundamental a la protección de datos constituye una manifestación o cristalización del valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona. Es por ello que el respeto al valor y la dignidad de las personas mayores se configura en el núcleo del reconocimiento de su derecho fundamental a la protección de datos en condiciones de igualdad sustantiva, real y efectiva al resto de la sociedad.

Sobre el sentido del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, resulta especialmente significativo lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su STC 3/1983, de 25 de enero de 1983 (RTC 1983\3), según la cual "tal precepto no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y mucho menos que excluya la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad" (STC 25-1-1983, FJ 3).

En este sentido, el artículo 9.2 de nuestra Constitución –que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud– "puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material" (STC 98/1985, de 29 de julio de 1985 (RTC 1985\98), FJ 9).

Partiendo de los citados presupuestos constitucionales, debe examinarse si, en efecto, existen razones objetivas que justifiquen racional y razonablemente una "desigualdad de tratamiento legal" basada en la adopción de medidas de acción positiva que se traduzcan en una modulación de los principios de la protección de datos a la luz de las particulares circunstancias que caracterizan al colectivo social de las personas mayores.

El primer argumento a favor de la adopción de las citadas medidas de acción positiva es la denominada "brecha digital". A este respecto, a nadie le es ajena la actual carencia de competencias y aptitudes de la generalidad de las personas mayores en relación al uso de las nuevas tecnologías, cuando no un abrumador desconocimiento acerca de las mismas, que son consecuencia del desfase generacional que separa a este colectivo de personas respecto de las citadas tecnologías de alumbramiento relativamente reciente.

Podría pensarse, no sin razón, que la brecha digital con relación a las personas mayores es un escollo meramente transitorio que desaparecerá una vez que la generación actual de ciudadanos digitalmente competentes alcance la tercera edad. No obstante lo anterior, entendemos que el vertiginoso avance de la sociedad digital y las tecnologías asociadas a la misma, en constante evolución y cambio, puede conducir a una rápida obsolescencia de las competencias y conocimientos adquiridos. Ciertamente, con el paso del tiempo quizá se atenúen –al menos en parte– los efectos de la referida brecha digital, si bien intuimos que seguirá siendo necesario un aprendizaje permanente a lo largo de la vida a este respecto.

En segundo lugar, los datos de las personas mayores –al igual que los datos de los niños– forman parte de una categoría sui generis que podríamos denominar "datos de personas especialmente vulnerables", en función de un criterio basado en las particulares circunstancias que caracterizan a las personas físicas titulares de los datos (criterio subjetivo) y no en el tipo de datos objeto de tratamiento (criterio objetivo)²⁸. En tal sentido, el aislamiento, la soledad, los temores personales o la mera desconexión con la sociedad actual, combinados con otros factores que son consecuencia lógica de la edad avanzada de una persona –tales como un progresivo deterioro físico, sensorial, mental o cognitivo– convierten a los mayores en un colectivo social de riesgo en materia de protección de datos²⁹.

A nuestro juicio, las razones esgrimidas justifican una modulación de los principios de la protección de datos con relación a las personas mayores en la sociedad digital, dado que parten de una situación inicial de desigualdad en lo que al tratamiento de sus datos se refiere. Así lo ha entendido la propia Agencia Española de Protección de Datos, subrayando en su Memoria correspondiente al año 2004 que las personas mayores precisan de una especial protección, ya que en

²⁸ El criterio objetivo es el utilizado por nuestra actual normativa de protección de datos para la determinación de las categorías de datos especialmente protegidos: ideología; afiliación sindical; religión; creencias; origen racial; salud; vida sexual; comisión de infracciones penales o administrativas.

²⁹ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., "Sistemas de vigilancia y personas mayores: un análisis desde la protección de datos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías (RdNT)*, núm. 28, 2012, págs. 83-106.

muchas ocasiones se encuentran en una situación que les impide conocer y ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones³⁰.

3.2. Modulación de los principios de la protección de datos con relación a las personas mayores en la sociedad digital

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, bajo la denominación de "personas mayores" se constituye un grupo poblacional muy heterogéneo, con diferentes estados de necesidad, formado por personas plenamente capaces, incapaces naturales o de hecho, personas judicialmente incapacitadas, personas afectadas de enfermedades degenerativas con periodos discontinuos de lucidez, en ocasiones asociadas a una discapacidad física o motora o enfermedades crónicas, etc.

A este respecto, TORRES VIGUERA y GALÁN SOLDEVILLA³¹ sintetizan tres posibles situaciones en las que puede encontrarse la persona mayor: 1. La persona mayor plenamente capaz, únicamente afectada por los procesos degenerativos propios de la edad, que no le impiden gobernarse por sí misma; 2. La persona mayor judicialmente incapacitada; y 3. La persona mayor afectada de un proceso de degeneración mental (vgr., Alzheimer o demencia senil) o un proceso orgánico degenerativo, que no se encuentra judicialmente incapacitada pero puede tener limitadas sus facultades de autogobierno³².

Esta multiplicidad de estados que puede presentar la persona mayor repercute sobremanera en la aplicación de los principios de información y del consentimiento que vertebran el derecho fundamental a la protección de datos.

En tal sentido, la importante STC de 30 de noviembre de 2000, señala que "privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»" (STC 30-11-2000, FJ 10). Es por ello que el

³⁰ Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente al año 2004, pág. 148.

³¹ TORRES VIGUERA, A. y GALÁN SOLDEVILLA, L., "Ética médica y tercera edad. Confidencialidad de los datos clínicos y consentimiento informado", en VV.AA. (Coordinadores GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.), *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba, 17 y 18 de noviembre de 2000*. Publicaciones Obra Social y Cultural CajaSur. Córdoba, 2001, págs. 317-330.

³² GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. Y DE MIGUEL MOLINA, M., "La protección de datos de las personas mayores, necesidad y reto para una innovación tecnológica de calidad", en VALERO TORRIJOS, J. (Coordinador), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 565-594.

tratamiento sin las garantías adecuadas de los datos de personas mayores que se encuentren privadas de sus facultades de disposición y control sobre los mismos –como consecuencia de un deterioro mental y cognitivo, fruto de su avanzada edad, que anule su capacidad de entender y querer– comportaría la privación de su derecho fundamental a la protección de datos en condiciones de igualdad sustantiva, real y efectiva al resto de los ciudadanos, recibiendo, por ende, un trato discriminatorio y contrario a su propia dignidad personal³³.

En lo tocante a este particular, interesa señalar que nuestro Código Civil establece, en su artículo 322, una presunción de capacidad de obrar que se adquiere con la mayoría de edad y que subsiste hasta el fallecimiento de la persona, mientras no sea declarada judicialmente su incapacidad por alguna de las causas previstas en el artículo 200 del CC³⁴. En tal sentido, la sentencia de incapacitación destruye la presunción legal de plena capacidad del mayor de edad, que ve limitada dicha capacidad a los márgenes que se describan en la resolución judicial³⁵.

En su consecuencia, defendemos el seguimiento de una línea de respeto a la autonomía de la voluntad de las personas mayores –siempre que ello sea legal y fácticamente posible– basada en el consentimiento previo, libre e informado del propio interesado para el tratamiento de los datos que le conciernan en la sociedad digital. Asimismo, pero a contrario sensu, rechazamos cualquier patrón de índole paternalista tendente a la infantilización o negación de la autonomía de la voluntad de las personas mayores sobre el tratamiento de sus datos. Y, en tercer lugar, entendemos que debería estudiarse la facultad, en el supuesto de que la persona mayor judicialmente incapacitada sea capaz de entender, de que su opinión en relación al tratamiento de sus datos sea al menos escuchada, especialmente en aquellos casos en que aquél afecte singularmente a otros derechos estrechamente vinculados con su dignidad personal³⁶.

No obstante, la doctrina jurídico-civil se ha encargado de subrayar la problemática existente en relación a la persona mayor que padezca enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, que le impidan gobernarse por sí misma, y no existir en ella una situación de incapacitación por no haber sido declarada por una sentencia o resolución judicial³⁷, lo que se ha convenido denominar “incapacidad natural”. A juicio

³³ *Ibidem*.

³⁴ Según el artículo 200 del Código Civil, son causas de incapacitación “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

³⁵ ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, pág. 55.

³⁶ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. Y DE MIGUEL MOLINA, M., “La protección de datos de las personas mayores...”, *op. cit.*

³⁷ CARRASCO PERERA, A. (Director); CORDERO LOBATO, E., et al., *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*. 2ª Edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 2004, pág. 123; ZURITA MARTÍN, I.: *Protección civil...* *op. cit.*, pág. 55.

de la doctrina, se puede decir que, en estos casos, confluyen en la persona la presunción legal de capacidad por su mayoría de edad y la incapacidad natural del individuo, por concurrir algún defecto físico o psíquico que le impide autogobernarse³⁸. En este sentido, el incapaz natural puede actuar jurídicamente con una voluntad viciada, debiendo demostrarse su incapacidad para impugnar aquellas actuaciones jurídicas llevadas a cabo por él³⁹.

De tal manera, consideramos que debería explorarse la posibilidad de que, con carácter adicional a las condiciones generales de validez del consentimiento en el ámbito del Derecho civil, la normativa de protección de datos establezca determinadas disposiciones específicas sobre la recogida y tratamiento de datos de las personas presuntamente capaces que puedan tener afectadas algunas de sus facultades como consecuencia de su avanzada edad, al entender que dicha circunstancia les sitúa en una especial situación de riesgo de violación de su derecho a la protección de datos y de manera singular en el ámbito de las nuevas tecnologías⁴⁰.

En relación con el derecho de información en la recogida de datos, cabe señalar que el propio GT 29, en su "Dictamen 10/2004 sobre una mayor armonización de las disposiciones relativas a la información" (WP 100), adoptado el 25 de noviembre de 2004, ya manifestó expresamente su apoyo al principio de que la información proporcionada a los interesados debería utilizar un lenguaje y una presentación fáciles de entender. A juicio del GT 29, "la comprensión por parte de los interesados constituye un objetivo importante, de manera que puedan adoptar decisiones con conocimiento de causa y dispongan del conocimiento y la comprensión necesarios para influir en las prácticas de los responsables del tratamiento de datos y de los encargados del mismo. En este contexto, es importante garantizar que la información se proporciona de manera adecuada a las personas con necesidades específicas".

Reproducir aquí parte de las consideraciones realizadas con relación a los niños respecto a la transparencia y el respeto del contexto en la recogida de datos. En primer lugar, la información que se facilite a las personas mayores ha de ser fácilmente accesible y claramente visible (ubicación, tipo y tamaño de los caracteres, etc.), debiendo utilizarse un lenguaje sencillo, claro y adaptado a la realidad sociocultural de sus destinatarios, así como complementarse el texto con imágenes o gráficos cuando ello facilite la comprensión del mismo. De otro lado, el contexto habrá de determinar el cómo informar sobre la recogida y uso de los datos de las personas mayores, máxime valorando el desfase generacional que separa a las personas mayores respecto de las nuevas tecnologías.

³⁸ ZURITA MARTÍN, I.: *Protección civil...* op. cit., pág. 55.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I. Y DE MIGUEL MOLINA, M., "La protección de datos de las personas mayores...", op. cit.

4. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos tenido oportunidad de estudiar las cuestiones más trascendentales con respecto a una necesaria reformulación del derecho de protección de datos para los colectivos sociales más vulnerables en la sociedad digital. De los múltiples aspectos tratados en el mismo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La dignidad y la libertad, entendidas como sinónimo de autodeterminación y autonomía personal, son el basamento de la construcción de una sociedad digital para todos. El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en tanto poder de disposición y de control, está estrechamente vinculado a ambos pilares y se constituye en garante de los mismos en el mundo digital.

SEGUNDA.- El gigantesco "iceberg tecnológico" que se aproxima imparable, y cuya máxima expresión es la denominada "Internet del futuro", exige una revisión y modulación de los principios vertebradores de este derecho fundamental, a fin de que despliegue toda su eficacia respondiendo adecuadamente a los retos del siglo XXI y muy especialmente con respecto a los colectivos sociales más vulnerables: los niños y las personas mayores.

TERCERA.- La falta de cultura de protección de datos de que adolece la población infantil, en contraposición a su condición de "nativos digitales", hacen de los niños un colectivo social de riesgo necesitado de una especial protección. En lo tocante a este particular, el principio jurídico fundamental ha de ser el interés superior del niño.

CUARTA.- El vertiginoso avance de la tecnología digital y su permeabilidad sobre los distintos ámbitos de la vida de los niños –escolar, familiar y social–, aconsejan su inmersión en la llamada "cultura de la protección de datos", proporcionándoles las herramientas necesarias para el libre desarrollo de su personalidad en la sociedad digital con las debidas condiciones de seguridad, responsabilidad y respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

QUINTA.- La transparencia y el respeto del contexto en la recogida de datos se presentan como segundos elementos indispensables para la consolidación de un sistema de protección de datos moderno, basado en la autoprotección y control de la propia información en la Red, que responda con eficacia a los desafíos que la sociedad digital plantea en relación con los menores.

SEXTA.- El desfase generacional que separa a las personas mayores respecto de las nuevas tecnologías, conjugado con las particulares circunstancias que caracterizan a este colectivo social especialmente vulnerable, justifican la adopción de medidas de acción positiva con relación a las personas mayores en la sociedad digital, dado que parten de una situación inicial de desigualdad en lo que al tratamiento de sus datos se refiere.

SÉPTIMA.- La multiplicidad de estados que puede presentar la persona mayor repercute en la aplicación de los principios de información y del consentimiento que en la actualidad vertebran el derecho fundamental a la protección de datos.

OCTAVA.- En tal sentido, defendemos el seguimiento de una línea de respeto a la autonomía de la voluntad de las personas mayores –siempre que ello sea legal y fácticamente posible– basada en el consentimiento previo, libre e informado del propio interesado para el tratamiento de los datos que le conciernan en la sociedad digital. Asimismo, la transparencia y el respeto del contexto han de ser el mínimo exigible de calidad con respecto a la información que se facilite a las personas mayores sobre la recogida y tratamiento de sus datos.