

Las personas vulnerables ante el derecho a la protección de datos personales*

Dra. Julia Ammerman Yebra
Investigadora Posdoctoral “Margarita Salas”
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. Introducción: propósito y planteamiento del trabajo 2. Sobre la importancia de la vulnerabilidad humana, también en el ámbito de los datos personales. 3. La vulnerabilidad estratificada en el ámbito de la protección de datos desde la perspectiva europea. 4. La vulnerabilidad en la normativa española sobre protección de datos. Especial consideración a las personas con discapacidad.

1. Introducción: propósito y planteamiento del trabajo

El punto de partida de esta contribución lo situamos en la alusión que el considerando 75 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) hace al tratamiento de datos de las personas vulnerables. El contexto en el que se menciona es el de los riesgos a los que se exponen las personas físicas por el tratamiento de sus datos, y su diferente gravedad y probabilidad de que se produzcan daños atendiendo a determinadas situaciones como especialmente susceptibles de que se generen tales daños. Entre otras muchas, cita aquella situación en la que se traten “datos personales de personas vulnerables, en particular niños”. A salvo de esta mención, no volvemos a encontrar citado al “colectivo vulnerable” en el ámbito de la protección de datos en el RGPD. Como solo se cita específicamente al colectivo particular de los niños (*children* en la versión en inglés, por lo que en puridad no estamos hablando de “menores de edad”, aunque esta será la traducción que utilice la normativa española), ello podría llevarnos a pensar, inicialmente, que solo los niños y niñas son considerados como vulnerables a los ojos de la normativa sobre protección de datos.

A lo largo del trabajo argumentaremos que, a nuestro entender, hay otros colectivos que podrían considerarse vulnerables, precisamente por tener que enfrentarse a similares riesgos que los menores en el ámbito de la protección de datos. Lo que no quiere decir que las soluciones dadas deban ser las mismas. Estamos pensando, sobre todo, en las personas de edad avanzada, o en aquellas que presenten algún tipo de discapacidad. En relación con estas últimas, como es sabido desde la Convención de la ONU sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, CDPD)¹, y especialmente en España desde la reciente aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), desaparece la institución de la incapacidad y de la tutela para las personas con discapacidad, sustituyéndose por la noción de apoyo, que será personalizado para cada individuo. Ello podría suponer, por ejemplo, que determinadas personas con discapacidad (insistimos, habría que ir caso por caso) puedan necesitar un apoyo para prestar el consentimiento a la hora de tratar sus datos personales; o un ajuste razonable para entender determinada información sobre el tratamiento de los datos.

En la normativa sobre protección de datos española, el art. 28 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD), referido a las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento, regula en su apartado segundo, y con evidente paralelismo con el mencionado considerando 75 RGPD, los supuestos en los que los responsables deberán ser más cuidadosos en el tratamiento, debido a los mayores riesgos que podrían acarrear determinadas situaciones. A la hora de referirse al colectivo vulnerable, se refiere a ellos como “grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad”. Más adelante nos pronunciaremos sobre la valoración que creemos que merece este añadido referido al colectivo de personas con discapacidad.

De forma similar, las personas de edad avanzada, pertenecientes a generaciones en las que directamente no existía la disciplina de los datos personales ni la mayoría de los avances tecnológicos que hoy ya no funcionan sin el tratamiento de datos, están más expuestas a los riesgos de dicho tratamiento por razones evidentes de desconocimiento, para muchas de estas personas, de dichas tecnologías.

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

¹ La ratificación por España se produjo el 23 de noviembre de 2007, y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008. Desde ese momento y conforme a lo establecido en el art. 96.1 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

Para analizar cómo se debería de aplicar la normativa de protección de datos a las personas vulnerables (que en el caso de los menores está más claro, pues ya el propio RGPD y la LOPDGDD lo regulan expresamente, pero en los otros dos colectivos las dudas serán constantes), partiremos brevemente de la noción de vulnerabilidad y su creciente toma en consideración por diferentes disciplinas académicas; a continuación repasaremos parte de la doctrina que se ha pronunciado a nivel europeo sobre la protección de datos de las personas vulnerables; y finalmente examinaremos la regulación española, proponiendo someramente la que creemos es su mejor interpretación para garantizar que las personas vulnerables, especialmente aquellas que presenten alguna discapacidad, vean salvaguardados sus datos en igual medida que el resto de la población.

2. Sobre la importancia de la vulnerabilidad humana, también en el ámbito de los datos personales

Al igual que muchos otros autores, aquí partiremos de que todos somos vulnerables, pues no entendemos la vulnerabilidad como algo negativo, asociado a la debilidad, dependencia o fragilidad². En este sentido, seguimos al filósofo Alasdair MACINTYRE, quien reconoce la virtud o el valor de la dependencia frente al pensamiento que menosprecia lo que él llama “la experiencia de la vulnerabilidad”, refiriéndose a que todos los seres humanos pasamos por diferentes estados de necesidad y cuidado a lo largo de nuestro curso vital³. En similar línea, Martha FINEMAN entiende que la noción bajo la que se debe construir el Derecho es la de “sujeto vulnerable”, cuyo potencial está en incluir a los individuos no paradigmáticos, los históricamente discriminados, situando a este concepto en contraposición al tradicional “sujeto único” del Derecho. La autora eleva la vulnerabilidad a principio, promoviendo leyes “*sensitive oriented*”⁴. Ello no ha estado exento de críticas, entre otras las de aquellos autores que verían como efecto colateral un paternalismo jurídico, poniendo en riesgo la autonomía y autodeterminación de los individuos⁵.

² En la definición etimológica de vulnerabilidad, en cambio, sí es el rasgo de la fragilidad el predominante. La palabra vulnerabilidad, que proviene del latín tardío *vulnerabilis*, y este del latín *vulnerāre*, que significa “herir”, se refiere a quien “puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

³ MACINTYRE, A., *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*, Chicago, Open Court, 1999, p. 25.

⁴ FINEMAN, M. A., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, núm. 1, 2008, pp. 1-23.

⁵ DE GIULI, A., “Sul concetto di “vulnerabilità” secondo la Corte di Giustizia UE”, *Diritto Penale e Uomo (DPU)*, 2020, pp. 1-20, con cita de PINO, G. y PARIOTTI, E., pp. 4 y 5.

Nosotros entendemos que hay circunstancias por las que una persona puede ser más o menos vulnerable. Esas circunstancias serán las que justifiquen que se tengan que aplicar unas medidas de protección específicas a un determinado colectivo entendido como “más vulnerable”, o incluso a unas determinadas personas dentro de ese colectivo, para que puedan llegar a disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás⁶.

No es fácil definir legalmente a un grupo vulnerable⁷. El legislador español lo ha intentado recientemente respecto al grupo de los consumidores, para tratar de identificar a aquellos que son más vulnerables que el resto⁸. Partiendo de que estamos ante un concepto dinámico, que puede variar con las condiciones personales o sociales de los individuos a lo largo del tiempo, se menciona no solo a aquellas personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión, sino también a aquellas que, por ejemplo, por razones de edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, por ser víctimas de violencia de género, por presentar algún tipo de discapacidad, enfermedad, o por pertenecer a minorías étnicas o lingüísticas, pueden tener desventajas en sus relaciones de consumo. Como vemos, se está estableciendo un listado de posibles grupos vulnerables, pero sin ofrecer una definición de individuo vulnerable.

Por otro lado, algunas Directivas nos dan pistas sobre qué se entiende no tanto por grupo vulnerable, sino por persona vulnerable, poniendo el foco sobre la situación de desequilibrio de poder que genera esa vulnerabilidad. Así, la Directiva 2011/36/UE, para la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, establece en su art. 2.2 que “Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en

⁶ Podría suponer una paradoja que consideremos que todos somos partícipes de la vulnerabilidad, pero que a la vez se haga necesario distinguir a aquellos colectivos “más vulnerables”, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, los menores, los ancianos, y otros grupos: en un mundo ideal, lo deseable sería que desapareciese, por ejemplo, la calificación de “persona con discapacidad”, pues si todos somos vulnerables, todos podemos ser más o menos capaces según el ámbito al que nos refiramos. No obstante, debemos mantenerla precisamente para garantizar que lo que actualmente entendemos por el colectivo, más o menos abierto, de personas con discapacidad, pueda gozar, en igualdad de condiciones que los demás, de sus derechos. Serán las medidas sociales, los ajustes y los apoyos concretos a estas personas los que logren esa equiparación en el disfrute de los derechos.

⁷ Más adelante matizaremos esta noción de “grupo vulnerable”, al exponer la teoría sobre “las capas de la vulnerabilidad” de Florence LUNA.

⁸ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Esta ley viene a reproducir el grueso del Real Decreto Ley 1/2021, que ya trataba específicamente este asunto y modificaba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007). Lo cierto es que esta Ley se refiere a que los derechos de los consumidores vulnerables gozarán de una especial atención, pero será la normativa reglamentaria y la sectorial la que tendrá que especificar tales medidas, además de la obligación que tendrán los poderes públicos de promover políticas y actuaciones tendentes a garantizar los derechos de los consumidores vulnerables.

cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”. Por otra parte, la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, establece en su considerando 38 que “Las personas más vulnerables o que se encuentran expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado, como las sometidas a una violencia reiterada en las relaciones personales, las víctimas de violencia de género o las que son víctimas de otro tipo de delitos en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes, deben recibir apoyo especializado y protección jurídica”. Como podemos observar, aquí el hecho de ser más vulnerable se relaciona con la mayor posibilidad de sufrir daños, con la teoría de la probabilidad y severidad de los riesgos: con estar más expuesto a sufrir daños en determinados contextos y en comparación con otras personas.

Entrando en el ámbito que aquí nos ocupa, el de la protección de datos, hay voces que estiman, directamente, que la razón de ser de la protección de la privacidad es abordar la vulnerabilidad de las personas⁹. Así, los regímenes sobre privacidad y protección de datos son manifestaciones de la idea de que todos los individuos son vulnerables a los desequilibrios de poder creados por las tecnologías basadas en datos¹⁰. Desde una perspectiva global, la privacidad y la protección de datos salvaguardan por igual a todos los individuos porque todos estamos expuestos a violaciones de nuestros datos o vida privada. En este sentido, el discurso sobre el llamado “interesado”¹¹ en la traducción del RGPD al español (*data subject* en la versión en inglés) es generalmente homogéneo, el concepto de persona titular de los datos personales parece ser única. La consecuencia negativa de ello es que se pueden ignorar diferencias entre sujetos que debiliten la protección de aquellos individuos que ya están en una posición de desventaja.

⁹ CALO, R., “Privacy, Vulnerability, and Affordance, *DePaul Law Review*, Vol. 66, núm. 2, 2017, *passim*.

¹⁰ MALGIERI, G. / NIKLAS, J., “Vulnerable data subjects”, *Computer Law & Security Review*, Núm. 37, 2020, p. 2.

¹¹ Tanto en la versión española del RGPD como en la LOPD se utiliza la expresión “interesado” para hacer referencia al titular de los datos personales. En la antigua LOPD se definía en su art. 3 e) al “afectado o interesado” como aquella persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento. Hoy, la actual LOPDGDD no define al interesado, pero se entiende que es la persona física identificada o identificable cuyos datos son objeto de tratamiento. Lo cierto es que el término “interesado” era del todo prescindible, pudiéndose haber utilizado sencillamente persona física, o persona, o simplemente titular de los datos. Esta última expresión, titular de los datos, es más acorde con el término utilizado en inglés, *data subject*, o el portugués, *titular dos dados*. De hecho, en el Código Penal español se sigue utilizando la expresión “titular de los datos” (art. 197.2 CP). En este sentido, ROMEO CASABONA, C. M., “Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo I, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 575.

Si por el contrario adoptamos una perspectiva más concreta, las posiciones de los diferentes interesados pueden ser totalmente diferentes, si atendemos a sus niveles de conciencia sobre la necesidad de proteger sus datos personales, o a su capacidad decisoria o, en fin, a su predisposición a aceptar el tratamiento o no de sus datos. La consecuencia negativa de esta postura es que se podría fragmentar y complicar todavía más la ya farragosa regulación sobre datos personales.

Para salvar estas dicotomías, y aunque partamos de una concepción de la vulnerabilidad de los titulares de los datos como “universal”, por afectar en mayor o menor medida a todos los individuos, creemos que podrán establecerse diferentes niveles de “debilidad”, lo que implicará, a su vez, una concepción de la vulnerabilidad “relacional” o “particular”, a diferentes niveles¹².

3. La vulnerabilidad estratificada en el ámbito de la protección de datos desde la perspectiva europea

Como señalamos al comienzo de esta contribución, la única alusión al tratamiento de datos de las personas vulnerables que hace el RGPD es en su considerando 75, en el contexto de los riesgos a los que se exponen las personas físicas por el tratamiento de sus datos, y a su diferente gravedad y probabilidad de que se produzcan daños.

A pesar de esta única referencia, los autores MALGIERI y NIKLAS defienden una teoría constructiva en torno a la noción de vulnerabilidad de los titulares de los datos. Creen que la noción de vulnerabilidad está presente en la normativa sobre protección de datos pero que todavía no se ha reconocido debidamente, lo que supone una limitación para explorar las desigualdades y las situaciones concretas de los titulares de los datos. Incorporar la vulnerabilidad como marco interpretativo del RGPD ayudaría a abordar esos límites, respondiendo mejor a las prácticas especialmente perjudiciales que afectasen a las personas en situación de desventaja¹³. Establecen dos momentos en los que observan riesgos asociados a la vulnerabilidad: uno relativo al tratamiento en sí de los datos y que afecta, por ejemplo, a la hora de prestar el consentimiento, de entender la información sobre el tratamiento de los datos, o de ejercer correctamente los derechos de acceso, rectificación, etc. Y otro momento referido a las consecuencias de dicho tratamiento, al

¹² Así lo entienden también MALGIERI, G. / NIKLAS, J., *op. cit.*, p. 11.

¹³ MALGIERI, G. / NIKLAS, J., *op. cit.*, p. 11.

tipo de daño que se puede generar, por ejemplo, por contar con sesgos¹⁴ el sistema en el tratamiento de los datos¹⁵.

Para incluir a la vulnerabilidad como marco interpretativo del RGPD se apoyarán en la teoría de LUNA sobre la vulnerabilidad estratificada, “en capas” o “en cascada”¹⁶. Esta autora utiliza la metáfora de las “diferentes capas” para explicar cómo funciona el concepto de la vulnerabilidad: podrá haber múltiples estratos que deban ser removidos uno a uno, pues normalmente no estaremos ante una única vulnerabilidad, sino que esta se compondrá de diferentes capas que tengan que ver, por ejemplo, con el consentimiento informado, con las violaciones de derechos humanos, con las circunstancias sociales, o con las características de la persona en concreto¹⁷.

LUNA basa su teoría en los riesgos a los que se enfrentan las personas vulnerables, riesgos mayores y con probabilidades más altas de producirse que en el resto de personas, y que resultan en daños también mayores a sus derechos y libertades¹⁸. En lo que respecta a los riesgos, el RGPD establece en sus arts. 24 y 25 que el responsable del tratamiento de los datos deberá tener en cuenta no solo la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento sino también los “riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas” cuando aplique las medidas técnicas para garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD, además de tener en cuenta el estado de la técnica y los costes de implementación de estas medidas. En base a ello y según la propuesta de MALGIERI y NIKLAS, uno de los riesgos que debería de tener en cuenta el responsable del tratamiento es si está tratando con datos de personas especialmente vulnerables. Las herramientas que estos autores proponen para reducir los riesgos y evitar que haya arbitrariedad en la aplicación de las garantías establecidas en los arts. 24 y 25 RGPD se refieren a códigos de conducta específicos que se podrían promover

¹⁴ Entre ellos, sesgos de género, como explica NAVAS NAVARRO al hablar de aquellos que afectan a los sistemas de inteligencia artificial. NAVAS NAVARRO, S., “La perspectiva de género en la inteligencia artificial”, *Diario La Ley*, núm. 48, sección ciberderecho, 8 de marzo de 2021, pp. 1-22.

¹⁵ Los daños en la normativa de protección de datos generarán un derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización, para cuyo cálculo estimamos que se debería tener en cuenta el daño específico que haya podido sufrir una persona con discapacidad por razón de su discapacidad, o por no haberle aplicado los ajustes razonables. El daño deberá acreditarse por el perjudicado. Para un mayor análisis de esta cuestión nos remitimos al trabajo de PLATERO ALCÓN, A., *El derecho al olvido en internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2021, especialmente pp. 144-152.

¹⁶ LUNA, F., “Identifying and Evaluating Layers of Vulnerability – a Way Forward”, *Developing World Bioethics*, Vol. 19, 2019, pp. 86-95.

¹⁷ LUNA, F., *op. cit.*, p. 88.

¹⁸ LUNA, F., *op. cit.*, pp. 92 y ss.

en determinados sectores, mecanismos de certificación, o guías e indicaciones claras por parte de las Autoridades de Protección de Datos (en España, sería la Agencia Española de Protección de Datos, en adelante AEPD)¹⁹.

En cuanto al fundamento jurídico que permitiría el tratamiento de los datos personales de las personas vulnerables, nos debemos preguntar si el consentimiento podría ser o no la base legal adecuada. Para los citados autores, se deberían evaluar las “diferentes capas de vulnerabilidad” a la hora de prestarlo²⁰. En el ámbito de los niños y niñas (los menores de 16 años, aunque los Estados podrán reducir la edad hasta los 13 años), el RGPD establece como salvaguardas para el válido tratamiento de sus datos personales que el consentimiento lo den los titulares de la patria potestad o tutela y que la información sobre el tratamiento sea especialmente concisa, trasparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo (art. 12.1 RGPD). El problema es que el RGPD solo se refiere a este grupo, al de los niños, y a ninguno más.

No obstante, si acudimos a las Directrices del Grupo de Trabajo del art. 29 sobre protección de datos, sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, parece que se amplía la protección reforzada a la hora de prestar el consentimiento a otras posibles personas vulnerables²¹. Así, se dice que “el RGPD establece un nivel adicional de protección en el caso de que se realice el tratamiento de los datos personales de personas físicas vulnerables, especialmente, de niños”. Por lo tanto, está dejando la puerta abierta a considerar a otras personas físicas vulnerables, además de las niñas y niños. Lo que nos tendremos que preguntar, ya en sede del ordenamiento jurídico español, es si las personas mayores o especialmente las personas con discapacidad, deben disponer o no de mecanismos análogos a los establecidos para los menores a la luz de la ley 8/2021; ya adelantamos que, aunque podrá haber salvaguardas específicas para estos colectivos, estas no deberían ser análogas a las establecidas para los menores.

4. La vulnerabilidad en la normativa española sobre protección de datos. Especial consideración a las personas con discapacidad.

¹⁹ MALGIERI, G. / NIKLAS, J., *op. cit.*, p. 12.

²⁰ MALGIERI, G. / NIKLAS, J., *op. cit.*, p. 12.

²¹ Grupo de Trabajo del art. 29. Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018. WP259 y rev. 01, p. 26.

En el ámbito nacional, nuestra LOPDGDD menciona en el art. 28.2, dedicado a las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento, en paralelo a lo establecido en el considerando 75 RGPD, los supuestos en los que los responsables deberán ser más cuidadosos en el tratamiento de datos, debido a los mayores riesgos que podrían acarrear determinadas situaciones. Y en el apartado e) del mencionado art. 28.2 LOPDGDD se señala “el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad”. Como vemos, esta última previsión sobre las personas con discapacidad no se contiene específicamente en el RGPD, pero sí en nuestra ley nacional, por lo que procede que analicemos su alcance para ver cuál es su mejor interpretación de acuerdo con la nueva concepción que la Ley 8/2021 ha traído al ámbito de la discapacidad.

Para ello debemos comenzar por el momento inmediatamente previo al tratamiento de los datos personales: la prestación del consentimiento. El consentimiento es una de las bases legitimadoras para el tratamiento de los datos personales. Se regula en el art. 6 LOPDGDD, siguiendo lo dispuesto en los arts. 4.11 y 7 RGPD. Además, el Grupo de trabajo del art. 29 sobre protección de datos le ha dedicado en 2017 unas Directrices para su mejor entendimiento. Tras la regulación genérica del art. 6 LOPDGDD, el art. 7 LOPDGDD regula específicamente el consentimiento prestado por los menores de edad²², estableciendo en 14 años la edad mínima para prestarlo por ellos mismos (salvo en los casos en los 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). En el caso de los datos de los menores de 14 años, se deberá recabar el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela. Dejando a un lado la opinión que nos merece que no haya un mínimo de armonización entre esta normativa y la que protege los derechos de la personalidad de los menores²³, lo que está

²² Para cuyo estudio ya hay múltiples trabajos, entre los últimos, el de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales”, en *Protección de los menores de edad en la era digital*, SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (Coord.), Juruá, Porto, 2020, pp. 223-248. En la doctrina constitucionalista, nos remitimos al trabajo de PÉREZ LUÑO, A., “La protección de los datos personales del menor en internet”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, 2009, pp. 143-175.

²³ El art. 3 de la LO 1/1982 no hace depender de ninguna edad en concreto, sino de la madurez del menor, la prestación del consentimiento en actos que tengan que ver con sus derechos de la personalidad. Por lo que, como ya expusimos hace tiempo en otra sede, los 14 años necesarios para prestar el consentimiento en el ámbito de la protección de datos podrían resultar insuficientes cuando estemos ante datos íntimos e imágenes –que también son datos personales –, que podrían resultar comprometidas al menor, y si se entendiese que aun teniendo 14 años no reúne las condiciones de madurez suficientes. Ya era crítico con este tema antes de la promulgación de la LOPDGDD, GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil*

claro es que tanto el legislador europeo como el nacional han querido establecer salvaguardas específicas por tener los niños, en general, una capacidad limitada para entender la complejidad del tratamiento de sus datos personales, comprender los riesgos a los que se enfrentan, conocer sus derechos y por ser, por todo ello, más fácilmente manipulables.

Por otra parte, nada se dice ni en este precepto ni en otros de la LOPDGDD, sobre el consentimiento de las personas con discapacidad, y creemos que ello es un acierto, pues el fundamento de la vulnerabilidad en los menores no es el mismo que en la discapacidad. Que las personas con discapacidad sean consideradas como especialmente vulnerables a los efectos de concederles una protección adecuada en los diferentes ámbitos de su vida no implica que se encuentren en una posición pasiva, pues como se sabe tanto la CDPD como en España la Ley 8/2021, declaran su soberanía en la toma de decisiones, con igual capacidad que el resto de personas, y haciendo respetar la consagrada tríada de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Esto significa que el fundamento para considerar más vulnerables a las personas con discapacidad no es el mismo que el dado para los menores. Mientras que en estos últimos radica en su progresivo desarrollo y madurez, en las personas con discapacidad se debe a las barreras de toda índole con las que se encuentran en múltiples facetas de su vida, por el simple hecho de presentar algún impedimento físico o psíquico. Por lo tanto, y aunque el art. 28.2 e) LOPDGDD se refiera tanto a menores como a personas con discapacidad a la hora de que los responsables o encargados del tratamiento tengan en cuenta los mayores riesgos a los que se enfrentan, no debemos equiparar ambas situaciones. Cada una deberá interpretarse por separado.

La doctrina ha tratado en otras sedes el consentimiento prestado por las personas con discapacidad. Por ejemplo, en el ámbito del consentimiento informado en materia de salud, GARCÍA RUBIO estima que no puede haber una “generalización de la sustitución del consentimiento de la persona con discapacidad”, pues ello iría en contra de la CDPD. La previsión del art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, prevé que se pueda otorgar el consentimiento por representación en casos de discapacidad mental, y en todo caso “cuando el paciente tenga la capacidad

por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales, Comares, Granada, 2017, p. 43.

modificada judicialmente y así conste en la sentencia”, precepto claramente obsoleto a la luz de la nueva regulación de la discapacidad, en la que tal sustitución genérica de la voluntad de la persona con discapacidad no es posible. Paradójicamente, el mismo artículo, en su párrafo séptimo, establece que la prestación del consentimiento por representación será proporcionada a las necesidades que haya que atender, y si estamos ante un paciente con discapacidad, “se le ofrecerán las medida de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”. Esta última previsión sí es más acorde con el tenor de la nueva regulación sobre discapacidad; no así el mencionado art. 9.3, que en opinión de GARCÍA RUBIO debería modificarse²⁴.

En el ámbito de los derechos de la personalidad, también señala esta autora la obsolescencia del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según el cual los menores “e incapaces” prestarán su consentimiento por ellos mismos “si sus condiciones de madurez lo permiten”, y en los restantes casos, “el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal”. En cambio, cree acertada la opción adoptada por el legislador sobre protección de datos, ya que no hace específica mención al consentimiento de las personas con discapacidad. Y es que a ellas debe aplicárseles el mismo régimen que al resto de personas, siendo válido el consentimiento otorgado por la persona con discapacidad “con los apoyos que precise”. Incluso, aun rechazando el apoyo y no concurriendo vicios del consentimiento, el valor que habría de dársele sería el mismo que el prestado por las demás personas²⁵.

Cuestión diferente será que, en función del tipo de discapacidad y de la situación concreta de cada individuo, se deban reforzar las salvaguardas para la prestación de un consentimiento válido, precisamente para evitar en todo lo posible que puedan concurrir vicios que lo anulen, y para poder traspasar las barreras con las que se encuentran las personas con discapacidad. Además de los apoyos con los que puedan contar estas

²⁴ GARCÍA RUBIO, M^a P., “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J. A. (coord.), Vol. 2, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 969-1007.

²⁵ GARCÍA RUBIO, M^a P., *op. cit.*, p. 980.

personas para determinados ámbitos de su vida, y que podrían o no concurrir a la hora de prestar el consentimiento, también debemos tener en cuenta que la CDPD prevé mecanismos de integración de las personas con discapacidad, entre los que se encuentran los “ajustes razonables”, entendiendo por estos las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para un caso particular”, para garantizar a las personas con discapacidad el goce de estos derechos en condiciones de igualdad.

Así, los ajustes razonables en el ámbito de la protección de datos creemos que tienen acomodo si se atiende al espíritu de la normativa, cuando regula en el art. 4.11 RGPD, que el consentimiento es “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Así, el consentimiento será libre si hay una elección y control real por parte del titular de los datos. Si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufre consecuencias negativas si no lo da, entonces no puede considerarse válido. También, y según el considerando 43 RGPD, si existe un desequilibrio claro entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, el consentimiento no se podrá constituir en fundamento jurídico válido para el tratamiento de los datos. Por último, tampoco “el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción” pueden constituir un consentimiento válido, como se expone en el considerando 32 RGPD.

Estos requisitos para obtener un consentimiento válido se aplican a todas las personas, pero en el caso de aquellas con discapacidad habremos de ser especialmente cuidadosos al comprobar, por ejemplo, que está comprendiendo aquello para lo que consiente el tratamiento de sus datos, o que no hay un desequilibrio notorio entre la persona con discapacidad y quien trata los datos. Y si hubiese alguna barrera que le impidiese emitir un consentimiento válido, intentar aplicar las medidas para removerla²⁶. En otras palabras

²⁶ Tradicionalmente se han venido distinguiendo tres grupos de medidas: la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables. Aunque lo ideal sería que con los dos primeros mecanismos se pudiese garantizar el acceso por igual de todas las personas a todos los ámbitos de la vida, la infinidad de situaciones que puede haber respecto a las personas con discapacidad es tal, que cuando no es suficiente con los mecanismos genéricos de accesibilidad universal y diseño para todos, deben entrar en juego los ajustes razonables. La doctrina los ha calificado como garantías de segundo grado, o “menos plenas”, dado que ofrecen el aseguramiento del derecho a la igualdad cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces. Los ajustes razonables estarán dirigidos “a salvar el máximo número de situaciones particulares posibles”. PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, 2003-

y siguiendo la teoría de LUNA explicada *supra*, se trataría de ir removiendo capas de vulnerabilidad hasta lograr que la normativa de protección de datos se aplique correctamente a estas personas.

Una barrera podrían ser, por ejemplo, los sistemas que utilicen identificadores biométricos, que se basan, como su nombre indica, en el procesamiento de una categoría especial de datos, los biométricos²⁷. El Dictamen 3/2012 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, relacionado con la evolución de las tecnologías biométricas, reconoce en su apartado 3.7 que el uso de esta tecnología podría suponer un impacto significativo sobre la dignidad, la protección de la intimidad y el derecho a la protección de datos de personas vulnerables como los niños de corta edad, las personas de edad avanzada y las personas físicamente incapaces de completar el proceso de registro con éxito. Por ello, proponen no solo que el proceso de evaluación de impacto de estas medidas sea más riguroso (a los efectos de ver su necesidad y proporcionalidad), sino que deberán establecer garantías contra los riesgos de discriminación o estigmatización de las personas por razón de su edad o su incapacidad para registrarse. Y señalan específicamente los controles fronterizos en los que se utiliza el tratamiento de impresiones dactilares –que hoy la Unión Europea ya plantea implantar con sistemas de reconocimiento facial para todos los que quieran entrar en espacio europeo y provengan de terceros países²⁸– en los que, según el citado grupo de trabajo, deberían establecerse limitaciones y procedimientos alternativos adecuados para aquellos que no puedan completar con éxito el proceso de registro “y, de

2012, *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, 2012, pp. 163-164.

²⁷ El art. 4.14 Reglamento (UE) 2016/679 define los “datos biométricos” como los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. Es más ilustrativa la definición que se contiene en el mencionado Dictamen 4/2007 del Grupo de Trabajo del art. 29, sobre lo que son los datos biométricos: propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una sola persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad. Ejemplos típicos de datos biométricos son los que proporcionan las huellas dactilares, los modelos retinales, la estructura facial, las voces, pero también la geometría de la mano, las estructuras venosas e incluso determinada habilidad profundamente arraigada u otra característica del comportamiento (como la caligrafía, las pulsaciones, una manera particular de caminar o hablar, etc.).

²⁸ El sistema ideado por la Unión Europea, denominado *Entry/Exit System EES* y al que se ha dado especialmente impulso desde agosto de 2022, prevé la aplicación de las tecnologías biométricas sin diferenciación ninguna entre los titulares de los datos, es decir, sin tener en cuenta posibles vulnerabilidades por razón de edad o discapacidad. Véase una explicación del sistema aquí: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/smart-borders/entry-exit-system_en

ese modo, evitar cargar a estas personas con las imperfecciones del sistema técnico”²⁹. Creemos que este sería un ajuste razonable totalmente acorde con el tenor de la normativa sobre protección de datos en lo que se refiere a personas vulnerables.

En relación con los datos biométricos, y dada su consideración como datos especiales (según el art. 9 RGPD, en el que también constan otros datos especiales de relevancia para muchas personas con discapacidad, como son los datos genéticos o los datos relativos a la salud³⁰), el consentimiento para su tratamiento deberá de ser explícito, pues se estima adecuado que exista un elevado nivel de control de esos datos. Ello quiere decir, como se expone en las Directrices sobre el consentimiento del Grupo de trabajo el art. 29, que el responsable del tratamiento debería realizar esfuerzos adicionales con el fin de obtener ese consentimiento explícito³¹. Este deberá concurrir aun cuando el tratamiento de los datos sea necesario para la ejecución del contrato; y ello porque el art. 9.2 RGPD no reconoce como excepción a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos que estemos ante datos necesarios para la ejecución del contrato, por lo que o bien se cumple alguna de las excepciones recogidas en las letras b) a j) del art. 9.2 RGPD, o bien se presta el consentimiento de forma explícita³².

Por último, cuando se trata de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el titular de los datos es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. La información deberá proporcionarse de

²⁹ Grupo de trabajo del artículo 29, Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, adoptado el 27 de abril de 2012, WP193, epígrafe 3.7, sobre las garantías para personas con necesidades especiales.

³⁰ Como explica TRONCOSO REIGADA, la definición de dato de salud del RGPD no recoge la clarificadora definición que se contenía en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento de desarrollo de la antigua Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. El reglamento consideraba como datos de carácter personal relacionados con la salud “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”, considerándose en particular como datos relacionados con la salud de las personas “los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética” (art.5.1. g). TRONCOSO REIGADA, A., “Las categorías especiales de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *El Derecho.com-Lefebvre*, 2019, accesible aquí: <https://elderecho.com/las-categorias-especiales-de-datos-personales-en-el-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-union-europea>

³¹ Grupo de trabajo del artículo 29, Directrices sobre el consentimiento, *op. cit.*, epígrafe 4, sobre la prestación del consentimiento explícito (pp. 20-22).

³² Es clarificador el ejemplo núm. 19 que expone el Grupo de trabajo en las mencionadas Directrices, sobre el consentimiento explícito que un cliente de una compañía aérea debería dar a esta si requiriese asistencia en viaje. A los efectos de proporcionarle la mejor asistencia, la compañía le solicitaría información sobre su estado de salud, para lo que deberá pedir el consentimiento explícito del titular de los datos persona con discapacidad, no bastando con el consentimiento que hubiese dado anteriormente para el tratamiento genérico de sus datos. Por mucho que se trate de datos que necesita la compañía para la prestación del servicio de asistencia, se requiere un consentimiento explícito.

manera inteligible, de fácil acceso, con lenguaje claro y sencillo y sin cláusulas abusivas. Además, no se considerará libremente prestado el consentimiento cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno (considerando 42 RGPD).

Dicho todo lo anterior, se echan en falta recomendaciones o directrices por parte de la AEPD que ayuden a aplicar la normativa de protección de datos de acuerdo con la nueva concepción de la discapacidad. Según el art. 57.1 b) RGPD, es función de las autoridades de control, entre las que se encuentra la AEPD, “promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento”. Nos consta que de un lustro a esta parte la AEPD ha dedicado especial atención al tratamiento de datos de los niños y niñas, y creemos que ahora debería de hacer lo propio con las personas mayores y personas con discapacidad³³.

BIBLIOGRAFÍA

CALO, Ryan, “Privacy, Vulnerability, and Affordance, *DePaul Law Review*, Vol. 66, núm. 2, 2017, pp. 591-604.

DE GIULI, A., “Sul concetto di “vulnerabilità” secondo la Corte di Giustizia UE”, *Diritto Penale e Uomo (DPU)*, 2020, pp. 1-20.

FINEMAN, M. A., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, núm. 1, 2008, pp. 1-23.

GARCÍA RUBIO, M^a P., “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ, J. / COBACHO GÓMEZ, J. A. (coord.), Vol. 2, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 969-1007.

³³ Es lógica esta prioridad en la atención de la AEPD al tratamiento de los datos de menores, teniendo en cuenta que el fundamento para considerarlos especialmente vulnerables es, en síntesis, su indefensión ante los riesgos que podría entrañar el tratamiento de sus datos personales; fundamento que, como ya dijimos, no es compartido por las personas con discapacidad. Así, actualmente la AEPD dispone de una página web enteramente destinada al tratamiento de datos de los niños y niñas, que puede consultarse aquí: <https://www.tudecideseninternet.es/aepd/> Pero como decimos, ello no obsta a que preste atención a otros colectivos también vulnerables, como las personas de edad avanzada o personas con discapacidad.

GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.

LUNA, F., “Identifying and Evaluating Layers of Vulnerability – a Way Forward”, *Developing World Bioethics*, Vol. 19, 2019, pp. 86-95.

MACINTYRE, A., *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*, Chicago, Open Court, 1999.

MALGIERI, G. / NIKLAS, J., “Vulnerable data subjects”, *Computer Law & Security Review*, Núm. 37, 2020, pp. 1-16.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., “Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales”, en *Protección de los menores de edad en la era digital*, SOLÉ RESINA, J. / ALMADA MOZETIC, V. (Coord.), Juruá, Porto, 2020, pp. 223-248.

NAVAS NAVARRO, S., “La perspectiva de género en la inteligencia artificial”, *Diario La Ley*, núm. 48, sección ciberderecho, 8 de marzo de 2021, pp. 1-22.

PÉREZ BUENO, L. C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Fundación Derecho y Discapacidad, 2012, pp. 178-209.

PÉREZ LUÑO, A., “La protección de los datos personales del menor en internet”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, 2009, pp. 143-175.

PLATERO ALCÓN, A., *El derecho al olvido en internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2021.

ROMEO CASABONA, C. M., “Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo I, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 573-589.

RONCOSO REIGADA, A., “Las categorías especiales de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *El Derecho.com-Lefebvre*, 2019.