



Papeles el tiempo de los derechos

EL CONSENTIMIENTO: PIEDRA ANGULAR EN EL NUEVO ESCENARIO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Pilar Zapatero Martín

Estudiante de programa de Doctorado
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Derecho a la protección de datos personales, tratamiento de datos, consentimiento, nuevo paradigma europeo, adaptación normativa.

Número: 4 Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

EL CONSENTIMIENTO: PIEDRA ANGULAR EN EL NUEVO ESCENARIO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Pilar Zapatero Martín
Estudiante de programa de Doctorado
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN JURÍDICA. III. DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO. IV. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DEL TRATAMIENTO DE DATOS. V. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL CONSENTIMIENTO. VI. CONSENTIMIENTO EN CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS. VII. EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES. VIII. LA INVALIDACIÓN DEL CONSENTIMIENTO TÁCITO. IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde que en 1890 Warren&Brandeis, publicaron su artículo relativo a la «privacidad», hasta la actualidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal ha sufrido una extraordinaria evolución. Podría considerarse que este derecho se encuentra actualmente en su etapa de madurez, lo que viene a confirmarse con la adopción de un nuevo paradigma en su regulación a nivel europeo y nacional, pero que en gran medida afecta también al ámbito internacional, al centrar su atención en lo atinente a las transferencias internacionales de datos. Cabe considerar que no sólo nos hallamos ante una reforma normativa de gran calado, sino que va a suponer un importante giro cultural respecto a la concepción de la protección de datos.

Entre los cambios más significativos en esta nueva cultura, se encuentra el refuerzo del «consentimiento» y de la «transparencia» respecto al tratamiento de los datos de carácter personal, como garantías del poder de libre disposición de dichos datos.

El objeto de este trabajo será un acercamiento a la configuración del consentimiento del titular de los datos de carácter personal, que constituye un elemento esencial para el sustento de la «autodeterminación informativa». Dado el momento de relevantes reformas legislativas en que nos encontramos, a pesar de que la nueva normativa tanto europea como de adecuación nacional aún no resulta de aplicación, será tomada en consideración en este documento, ya que afectará significativamente a los sujetos actuantes en este nuevo escenario de la protección de datos.

A fin de intentar comprender la figura del consentimiento en toda su amplitud, procederá comenzar con un somero recorrido a través de sus antecedentes y regulación jurídica básica.

Posteriormente, se analizará la definición del consentimiento y su conformación como elemento de legitimidad en el tratamiento de datos personales. Se tendrán en cuenta aquellos aspectos más significativos respecto a su contenido, caracteres, modo de otorgarlo y posibilidad de revocación, prestando atención a las «categorías especiales de datos», que gozan de un mayor refuerzo en sus garantías.

Debido a la especial vulnerabilidad que caracteriza a los menores, se atenderá particularmente a los requisitos del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Por último, pero no menos importante, se considerará la gran novedad que supondrá la invalidación del «consentimiento tácito», como elemento legitimador del tratamiento de datos.

II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN JURÍDICA.

El punto de partida de la configuración del amplio derecho de privacidad, como hoy lo entendemos, puede considerarse que se produce con la publicación en 1980, por Samuel Warren y Louis Brandeis, del artículo “The Right to Privacy¹”. Para estos autores, la soledad y la intimidad son esenciales para la persona y los nuevos inventos, al invadir su intimidad le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales². En dicho trabajo, mencionan el consentimiento, junto a la publicación de los hechos, como medios que hacen decaer el derecho a la intimidad³.

¹ S. D. WARREN & L. D. BRANDEIS, “The right to the privacy”, Harvard Law Review, Volumen IV, nº 5, 1890. Páginas 193 a 219.

² S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS, Derecho a la Intimidad, Civitas, S.A. ed., traducción al castellano de BENIGNO PENDÁS Y PILAR BASELGA, 1995, p. 27.

³ *Ibidem.*, p. 68

A nivel normativo supranacional, el Convenio (108) del Consejo de Europa⁴, a pesar de no hacer referencia expresa al concepto de «consentimiento», regula aspectos relativos a la calidad de los datos de carácter personal, relacionados con la legitimidad del tratamiento⁵, así como las garantías complementarias entre las que se encuentra el conocimiento de la existencia de ficheros y la posibilidad de rectificación o borrado de los datos⁶. Todo ello puede considerarse conectado al derecho a la información y a la libre disposición sobre los propios datos.

De igual modo, cabría entender implícito el consentimiento en la denominada «autodeterminación informativa», plasmada en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con la Ley del Censo⁷. Dicha sentencia, contempla la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso omitir, el individuo, en relación con las informaciones relativas a él, así como la necesidad de saber cuáles son conocidas en determinados sectores de su entorno social⁸.

La norma que sí recoge explícitamente la figura del «consentimiento» es la Directiva del Consejo 95/46/CE⁹. Se hace eco inicialmente en su Considerando (30), definiéndolo en el artículo 2 y reconociéndolo, en su artículo 7, como uno de los modos de legitimación del tratamiento de datos personales. De forma transversal, la necesidad de consentimiento se encuentra presente en varios artículos de la Directiva, en particular los relativos al tratamiento de categorías especiales de datos¹⁰, o a las transferencias de datos personales a países terceros¹¹. De igual manera, delimita la obligación de proporcionar información al interesado sobre los datos que le conciernen, tanto si se han recabado del mismo como si no¹².

La Carta de los Derechos Fundamentales que se concibe como una garantía de mínimos, a pesar de tener mero valor declarativo no vinculante, preceptúa que los datos

⁴ Convenio del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, («BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985).

⁵ *Ibidem*, artículo 5.

⁶ *Ibidem*, artículo 8.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 15 de diciembre de 1983, ref. 1 BvR 209/83 (Fondo) Ley del Censo.

⁸ *Ibidem*, Considerando C-II. 1.a).

⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁰ *Ibidem*., artículo 8.

¹¹ *Ibidem*., artículo 26.1.a).

¹² *Ibidem*. artículos 10 y 11.

de carácter personal se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley¹³.

Desde la aprobación de la Directiva 95/46/CE, se ha producido una vertiginosa evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que afecta de modo significativo a los flujos de datos. A fin de adecuar la ordenación jurídica a la realidad de una sociedad tan cambiante, a nivel europeo se ha llevado a cabo una revisión normativa de gran calado, enfocada al refuerzo de la protección de los datos personales. Entre las nuevas normas promulgadas destacan: el Reglamento (UE) 2016/679¹⁴, Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD), la Directiva (UE) 2016/680¹⁵, la Directiva (UE) 2016/681¹⁶ y la Directiva (UE) 2016/1148¹⁷.

El RGPD, de aplicación directa en todos los Estados miembros de la Unión Europea¹⁸, a partir del 25 de mayo de 2018, como acertadamente asevera J.L. Piñar, «introduce un nuevo modelo de protección de datos que pasa de la gestión de los datos al uso responsable de la información¹⁹». Entre sus principales novedades destaca el fortalecimiento del «consentimiento» en el tratamiento de los datos personales y la

¹³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2000/C 364/01), proclamada en la Cumbre de Niza de 7 de diciembre de 2000, DOCE 18 diciembre de 2000. Artículo 8.

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea nº 119 de 14 de mayo de 2016.

¹⁵ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea nº 119 de 14 de mayo de 2016.

¹⁶ Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Diario Oficial de la Unión Europea nº 119 de 14 de mayo de 2016.

¹⁷ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea nº 194, de 19 de julio de 2016.

¹⁸ Vid artículo 288, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (Versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* nº C 326 de 26/10/2012)

¹⁹ J. L. PIÑAR MAÑAS, Introducción. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos, en VV.AA. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Reus, S.A., ed., Madrid, 2016, p. 12.

«transparencia en la información», con carácter instrumental respecto a la validez del mismo, contemplándolos en numerosos de sus preceptos²⁰.

En España, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, norma que en un principio daba cumplimiento al art 18.4 CE²¹, contemplaba el «consentimiento expreso» como uno de los posibles medios de acceso al ámbito de la intimidad, estableciendo la posibilidad de revocación del mismo²².

La LORTAD, primera norma promulgada para sistematizar específicamente el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, reguló de modo detallado el derecho de información y el consentimiento del afectado²³.

En la misma línea, La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD)²⁴, contiene varias prescripciones respecto al consentimiento²⁵ así como del complementario derecho a la información en la recogida de datos de carácter personal²⁶. En su Reglamento de desarrollo, se modulan ampliamente ambas figuras²⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha contribuido de modo esencial a conformar el derecho de los afectados a consentir, habiendo sido previamente informados, como parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Esto se refleja de modo particular en su capital Sentencia 292/2000²⁸, que supone un hito al considerar por primera vez el derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad y que fija detalladamente su contenido, en el que ocupa un lugar destacado el consentimiento del titular de los datos objeto de tratamiento.

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Vid, por todos, considerandos (32, 38 a 40, 42 a 44, 51, 58, 60, 61, 65, 73), artículos 4.11), 5 a 9, 12 a 15, 17, 49, 83.5.

²¹ Constitución Española, 27 de diciembre de 1978, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 18.4. “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

²² 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 (BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 1982), artículo segundo.

²³ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal («BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999), artículos 5 y 6.

²⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal («BOE» núm. 298, de 14/12/1999).

²⁵ *Ibidem.*, vid. por todos artículos 6, 7, 11.

²⁶ *Ibidem.*, artículos 5, 15.

²⁷ 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. Artículos 12 y ss.

²⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4 de 04 de enero de 2001).

Actualmente, cumpliendo con los objetivos de integrar en el ordenamiento jurídico interno la nueva normativa europea y clarificar los preceptos del RGPD, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos²⁹, que previsiblemente, entrará en vigor el 25 de mayo de 2018 y prevé la derogación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Este Anteproyecto supone un giro copernicano en la materia que nos ocupa, ya que contempla la reducción de la edad para que los menores puedan prestar consentimiento respecto al tratamiento de sus datos³⁰, elimina la posibilidad de prestar consentimiento tácito³¹ y regula de modo extenso el contenido de la información que debe proporcionarse al afectado³².

III. DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO.

Partiendo de la definición proporcionada por la Real Academia Española de la Lengua, el hecho de consentir puede entenderse básicamente como «permitir algo o condescender en que se haga³³».

En el ámbito de la protección de datos, la Directiva 95/46/CE, define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan»³⁴.

El «Grupo de Trabajo del Artículo 29³⁵» sobre protección de datos (en adelante GT29), adoptó un importante Dictamen acerca de la definición del consentimiento³⁶. En él se analiza exhaustivamente el concepto de consentimiento, examinando el significado de los términos que lo configuran y que más adelante se expondrán. Pero la aportación de mayor trascendencia es la propuesta que contiene en relación con la Directiva

²⁹ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, en su condición de órgano consultivo superior del Ministerio de Justicia.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

³⁰ *Ibidem*. Artículo 8.

³¹ *Ibidem*. Artículo 7.

³² *Ibidem*. Artículo 21.

³³ Real Academia de la Lengua. Diccionario de la lengua española, 23.^a edición.

³⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, cit., artículo 2.h).

³⁵ El Grupo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad. Sus cometidos se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

³⁶ Dictamen 15/2011, sobre la definición del consentimiento, adoptado el 13 de julio de 2011 por el Grupo de Protección de Datos del artículo 29 (WP187).

95/46/CE, sobre la necesidad de «incluir en la definición de consentimiento del artículo 2, letra h), la palabra “inequívoca” (o equivalente), a fin de reforzar la noción de que sólo el consentimiento basado en declaraciones o acciones que indiquen acuerdo constituye un consentimiento válido».

El RGPD, efectúa una definición más completa que la Directiva que le precede: «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»³⁷. Cabe destacar que, haciéndose eco de las sugerencias del Dictamen del GT29 mencionado, además de contemplar el término «inequívoca», supone un cambio trascendental de criterio, al eliminar la posibilidad del llamado «consentimiento tácito», ya que requiere una declaración o acción afirmativa, lo que pone de manifiesto que en ningún caso el silencio o la inacción del interesado podrá entenderse como consentimiento.

A nivel nacional, el consentimiento se definió tanto en la LOPD³⁸, refiriéndose a «toda manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica, e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen», como en su Reglamento de desarrollo³⁹. Es preciso resaltar que estas normas ya recogen el término «inequívoca», que a nivel europeo no sería contemplado hasta el actual RGPD.

Siguiendo la estela del RGPD, el Anteproyecto de la nueva LOPD⁴⁰ transcribe de modo casi literal la definición de consentimiento contenida en el mismo, con las consecuencias que posteriormente se analizarán en relación con el «consentimiento tácito», cuyo reconocimiento, hasta el momento, viene siendo una práctica muy habitual en nuestro país.

IV. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DEL TRATAMIENTO DE DATOS.

Una parte esencial del derecho fundamental a la protección de datos es la constituida por los poderes de disposición y control sobre los datos personales, que se concretan jurídicamente, según indica la STC 292/2000, «en la facultad de consentir la

³⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit., artículo 4.11).

³⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, artículo 3.h).

³⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cit., artículo 5.1.d).

⁴⁰ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., artículo 7.1. «Se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que éste acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea Estado o un particular⁴¹».

Para que el tratamiento de datos personales pueda considerarse lícito⁴² debe cumplirse al menos una de las condiciones indicadas tanto en la Directiva 95/46/CE⁴³ como en el RGPD⁴⁴. El consentimiento se erige en uno de los elementos que legitima dicho tratamiento. Forma parte del haz de facultades que posee el individuo para llevar a cabo la protección del núcleo fundamental de la «autodeterminación informativa», lo que A. Garriga denomina como «habeas data»⁴⁵.

El principio de consentimiento, que la propia LORTAD equipara a la autodeterminación, otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes, estando constituida su base por la exigencia de que dicho consentimiento sea consciente e informado⁴⁶.

En apreciación de P. Lucas Murillo, la «autodeterminación informativa» está integrada por las diferentes facultades reconocidas al sujeto para controlar el uso de la información que le atañe, y hace referencia tanto al momento de la recogida de datos como al *iter* de su tratamiento, conservación, incluida su transmisión⁴⁷. Igualmente considera que el consentimiento se encuentra estrechamente vinculado al principio de

⁴¹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, cit. FJ 7.

⁴² A este respecto, resulta de interés el Dictamen 06/2014 de GT29 (WP127), sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, adoptado el 9 de abril de 2014. En el mismo se señala que “Los principios enumerados en el artículo 7 están relacionados con el principio más amplio de «licitud» estipulado en el artículo 6, apartado 1, letra a), que exige que los datos personales sean tratados «de manera leal y lícita»”.

⁴³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, cit., artículo 7.

⁴⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit., artículo 6, que reza “Licitud del tratamiento 1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

⁴⁵ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, Dykinson, ed. 2009, p. 84.

⁴⁶ Vid. preámbulo de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cit.

⁴⁷ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática. Tecnos, S.A. ed., 1990, p. 185.

finalidad y por ende a las exigencias relacionadas con la calidad de los datos: veracidad, exactitud, proporcionalidad, actualidad y seguridad⁴⁸.

En el mismo sentido, J.L. Piñar señala que el tratamiento debe estar amparado en un título que habilite su utilización, siendo esencial el consentimiento del titular de los datos, que solo podrán utilizarse para las finalidades legítimas para las que fueron recabados, debiendo respetarse el principio de proporcionalidad y de mínima injerencia en su tratamiento, así como el uso leal y lícito de los datos⁴⁹.

M.M. Serrano, da un paso más, al aseverar que el consentimiento, con el conjunto de derechos que lo hacen practicable, son dos pilares fundamentales que sustentan el derecho a la libertad informática o protección de datos, manifestándose como autodeterminación del individuo y conformando el espacio de libertad y dignidad de la persona, junto con el resto de derechos fundamentales⁵⁰.

Para E. Guichot, el consentimiento junto con la finalidad y veracidad y los derechos a ser informado de los datos en poder de terceros, a acceder a ellos, a rectificarlos y cancelarlos, formaría parte del «contenido amplio» del derecho fundamental a la protección de los datos personales⁵¹.

El Dictamen 15/2011 del GT29, anteriormente mencionado, resulta muy ilustrativo al respecto. Considera el consentimiento como uno de los fundamentos jurídicos del tratamiento de datos personales, indicando que si se utiliza correctamente es un instrumento que permite al interesado controlar el tratamiento de sus datos, sin embargo, si se utiliza de forma incorrecta, el control por el interesado resulta ilusorio y el consentimiento deja de ser una base adecuada al tratamiento⁵².

V. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL CONSENTIMIENTO.

En base a los criterios sentados por el GT29⁵³ podría establecerse una clasificación de los principales elementos que constituyen la validez del consentimiento, a saber:

⁴⁸ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, La construcción del derecho a la autodeterminación informativa, en VV.AA *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Europeo, ed., 2009, p. 73.

⁴⁹ J.L. PIÑAR MAÑAS, Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro, en VV.AA *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Europeo, ed., 2009, p. 103.

⁵⁰ M.M. SERRANO PÉREZ, El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado, Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2003, p. 195.

⁵¹ E. GUICHOT, Datos personales y Administración pública, Aranzadi, S.A. ed., 2005, p.148.

⁵² Dictamen 15/2011, sobre la definición del consentimiento, cit. p.2.

⁵³ *Ibidem*, p. 48

- a) Debe ser «libre». El consentimiento se materializa como una manifestación de voluntad, no debe existir ningún riesgo de engaño, intimidación o consecuencias negativas significativas para el interesado en caso de que no consienta. Según recoge el RGPD, el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno⁵⁴, así como en casos concretos en que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento⁵⁵, debiendo tener en cuenta, por ejemplo, si un contrato se supedita al consentimiento del tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución del mismo⁵⁶. En palabras de A. Garriga, «si el consentimiento pudiera exigirse coactivamente, dejaría de ser libre y si no es libre no hay consentimiento»⁵⁷.
- b) Debe ser «específico». No puede otorgarse consentimiento de modo indiscriminado sin indicación de los fines exactos. La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), aclara que el consentimiento debe referirse a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable⁵⁸. Asimismo, debe prestarse en unas condiciones específicas y para unas finalidades determinadas, que el interesado debe conocer anteriormente⁵⁹.
- c) Debe estar «informado». El afectado tendrá que conocer con anterioridad al tratamiento la existencia y características del mismo. La información suministrada al interesado debe ser suficiente para garantizar que pueda adoptar decisiones sobre el tratamiento de sus datos personales. Se plantean dos requisitos adicionales: primero, debe garantizarse el uso de un lenguaje adecuado que permita al interesado entender lo que está consintiendo y las finalidades, teniendo en cuenta el contexto; en segundo lugar, la información debe ser clara y suficientemente llamativa para que los usuarios no la puedan pasar por alto, debiendo suministrarse directamente a los mismos⁶⁰.

⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (42).

⁵⁵ *Ibidem*. Considerando (43).

⁵⁶ *Ibidem*. Artículo 7.4

⁵⁷ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Nuevos retos para la protección de datos personales, en la Era del Big Data y de la computación ubicua, Dykinson, S.L. ed., Madrid, 2016, p. 188.

⁵⁸ Informe emitido por la AEPD 2000-0000- “Caracteres del consentimiento definido por la LOPD”.

⁵⁹ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, cit., p.91.

⁶⁰ Informe emitido por la AEPD 2000-0000, cit.

El refuerzo de la «transparencia» va a ser uno de los puntos clave de la reforma normativa europea. El RGPD, incluye la transparencia como uno de los principios relativos al tratamiento de datos⁶¹, exigiendo que la información dirigida tanto al público como al interesado sea «concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño⁶²». En la misma línea, el Anteproyecto de LOPD, regula ampliamente la transparencia e información al afectado, estableciendo un «sistema de información por capas»⁶³.

- d) Debe ser «explícito». Esto significa una respuesta activa, verbal o escrita, por la que la persona manifiesta su deseo de que sus datos se traten para determinados fines. El interesado ha de realizar alguna acción positiva que indique su consentimiento y debe tener la libertad de no consentir. El GT29 aclara que, jurídicamente, el consentimiento «explícito» significa lo mismo que el consentimiento expreso, abarcando situaciones en que la persona responde de forma activa a una pregunta, verbalmente o por escrito⁶⁴. En todo caso, el consentimiento deberá ser explícito cuando se trate de categorías especiales de datos personales⁶⁵.
- e) Debe ser «inequívoco». La AEPD expone que este adjetivo significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, “que no admite duda o equivocación”, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos o dar ocasión a juicios diversos⁶⁶. Conlleva que no resulte admisible deducir un consentimiento de los meros actos realizados por el afectado⁶⁷. Este término implica la utilización de mecanismos que no dejen lugar a dudas sobre la

⁶¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerandos (58) y (60), artículo 1.

⁶² *Ibidem*, artículo 12.

⁶³ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., artículo 21.

⁶⁴ Dictamen 15/2011, sobre la definición del consentimiento, cit. p. 28.

⁶⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Artículo 9.

⁶⁶ Resolución dictada por la AEPD, R/00573/2016.

⁶⁷ Informe emitido por la AEPD 2000-0000, cit.

intención de la persona al dar su consentimiento. El silencio, la inacción de la persona, o las casillas ya marcadas no constituyen un consentimiento válido⁶⁸.

Resulta conveniente aclarar que, el hecho de que el consentimiento sea enumerado como el primero de los elementos de legitimación del tratamiento de datos, no significa que sea siempre el fundamento más adecuado para habilitar dicho tratamiento⁶⁹ y no elimina la necesidad de respetar los principios relativos a la calidad de los datos⁷⁰.

Respecto al modo de prestar consentimiento, el RGPD establece que debe realizarse mediante un acto afirmativo por escrito, por medios electrónicos o incluso por una declaración verbal, pudiendo consistir en marcar una casilla de un sitio web en internet o cualquier otra conducta que indique claramente que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Cuando el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, esta ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta⁷¹.

Si el consentimiento se otorga en una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, deberá distinguirse claramente de dichos asuntos, presentándose de forma inteligible y de fácil acceso, utilizando un lenguaje claro y sencillo⁷². El responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento⁷³.

El interesado tendrá derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento⁷⁴, exigiendo el cese en el tratamiento de sus datos mediante su pura y simple manifestación de voluntad⁷⁵, debiendo ser tan fácil retirar el consentimiento como darlo⁷⁶. La revocación no tendrá efectos retroactivos, por tanto no afectará a la licitud del tratamiento previo y los actos efectuados antes de la misma serán válidos⁷⁷.

La retirada del consentimiento del interesado constituye una de las circunstancias que fundamentan el derecho de supresión o «derecho al olvido» de los datos que le

⁶⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (32).

⁶⁹ Dictamen 15/2011, sobre la definición del consentimiento, cit. p. 8.

⁷⁰ Dictamen 06/2014 de GT29 (WP127), cit., p.16.

⁷¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (32).

⁷² *Ibidem*. Artículo 7.2.

⁷³ *Ibidem*. Considerando (42) y artículo 7.1.

⁷⁴ Vid por todas, SSTC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.

⁷⁵ Informe AEPD 0035/2010, sobre la revocación del consentimiento.

⁷⁶ *Ibidem*. Artículo 7.3.

⁷⁷ Vid. D. SANTOS GARCÍA, *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*, Tecnos, ed., Madrid, 2012, p. 73.

conciernan⁷⁸. En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional, dejando claro que la revocación del consentimiento en cualquier momento, pertenece al ámbito de libertad de la persona⁷⁹.

VI. CONSENTIMIENTO EN CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS.

Precisamente, en ese ámbito de libertad de la persona, y más específicamente en el relacionado con la libertad de conciencia⁸⁰, es donde cobra mayor sentido el consentimiento para el tratamiento de las «categorías especiales de datos». Se trata de datos personales que, por su naturaleza, son especialmente sensibles y su tratamiento puede entrañar importantes riesgos para los derechos y deberes fundamentales⁸¹.

Concretamente, son los datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, el tratamiento de datos genéticos o biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física⁸².

Los citados datos no podrán ser sometidos a tratamiento, salvo en determinadas circunstancias tasadas, entre las que se encuentra la de que el interesado haya prestado su consentimiento explícito⁸³.

Cabe destacar que la LOPD, además de preceptuar que habrá de advertirse al interesado acerca de su derecho a no prestar el consentimiento⁸⁴, establece dos niveles dentro de esta categoría de datos, dotando de mayores garantías de protección a los datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, para los que se establece que el consentimiento sea expreso y se otorgue por escrito⁸⁵.

En este punto, resulta pertinente aclarar que, a pesar de que la nueva normativa no hace referencia alguna a que el consentimiento para el tratamiento de los datos mencionados deba efectuarse por escrito, señala que debe ser «explícito⁸⁶», lo que, como ya se ha indicado, requiere una clara acción positiva.

⁷⁸ *Ibidem.* Artículo 17.b).

⁷⁹ Vid. por todas SSTC 159/2009, de 29 de junio FJ 3; 196/2006, de 3 de julio, FJ 6.

⁸⁰ De acuerdo con el artículo 16.2 de la Constitución Española de 1978, «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

⁸¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (51)

⁸² *Ibidem.* Artículo 9.1.

⁸³ *Ibidem.* Artículo 9.2.

⁸⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, cit. Artículo 7.1.

⁸⁵ *Ibidem.* Artículo 7.2.

⁸⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Artículo 9.2.a).

El Anteproyecto de LOPD, ya no hace distinción de diferentes niveles dentro de las «categorías especiales de datos», sin embargo incrementa su protección al disponer que “el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico⁸⁷”.

VII. EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES.

La Constitución Española de 1978, preceptúa que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁸⁸». La necesidad de que el niño sea dotado de una protección especial, ha sido contemplada en numerosos instrumentos normativos como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, o los Pactos de 1966⁸⁹. Destaca la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁰, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, que supondría un cambio respecto a la consideración de un mayor protagonismo de los niños en la sociedad. A nivel europeo, cabe resaltar el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996⁹¹.

En la Convención de 1989, se entiende por niño «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad⁹²», disponiendo que «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación⁹³».

Nuestro ordenamiento jurídico, va reflejando progresivamente una concepción de los menores como sujetos activos, participativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social. Las transformaciones sociales y culturales han provocado un

⁸⁷ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., artículo 10.1.

⁸⁸ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, (BOE) núm. 311, de 29 de diciembre de 1978), artículo 39.4.

⁸⁹ Vid. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

⁹⁰ Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

⁹¹ Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Instrumento de ratificación por España publicado en el BOE el 21 de febrero de 2015.

⁹² Convención de Derechos del Niño de 1989, cit. Artículo 1.

⁹³ *Ibidem*. Artículo 16.

cambio en el status social del niño⁹⁴. Su interés superior será considerado primordial en todas las acciones y decisiones que les conciernan, debiendo preservarse su identidad y convicciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad⁹⁵.

Una de las cuestiones que mayor inquietud podría suscitar es la de si los niños, al igual que tienen facultades para celebrar determinados actos jurídicos, se encuentran capacitados dar válidamente su consentimiento para el tratamiento de sus propios datos. El GT29, en su Dictamen sobre la protección de los datos personales de los niños, señala que los niños a partir de cierta edad son capaces de juzgar por sí mismos en los asuntos que les conciernen, pero habrá que tener en cuenta su madurez física y psicológica⁹⁶.

Sin embargo, en un documento posterior, en relación con el uso de las nuevas tecnologías, reconoce que los niños son ávidos usuarios de aplicaciones diversas y que apenas comprenden o conocen el alcance y la sensibilidad de los datos a que estas aplicaciones pueden acceder o de los compartidos con terceros para fines publicitarios⁹⁷. Por ello recomienda que los desarrolladores de aplicaciones y otros responsables del tratamiento de datos deberán prestar atención al límite de edad que define a los menores de edad en las legislaciones nacionales a efectos de consentimiento, así como a las posibles limitaciones de comprensión y atención sobre el tratamiento, y presentar la información pertinente de manera sencilla y con un lenguaje propio de las edades en cuestión⁹⁸.

En el mismo sentido se pronuncia el RGPD, reconociendo que «Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales⁹⁹».

En nuestro país, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, regula de modo específico el consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, fijando la

⁹⁴ Vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁹⁵ *Ibidem*. Artículo 2.

⁹⁶ Dictamen 2/2009, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas), emitido el 11 de febrero de 2009 (WP 160), pp. 9-10.

⁹⁷ Dictamen 02/2013 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, adoptado el 27 de febrero de 2013 (WP 202), p. 31.

⁹⁸ *Ibidem*, cit., p. 32.

⁹⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (38)

edad mínima para poder prestar consentimiento en catorce años. Indica la prohibición de recabar del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros de su familia¹⁰⁰.

Respecto a la obligación de información, la AEPD destaca que la LOPD exige un mayor rigor cuando el consentimiento se obtiene de un menor de edad, al tratarse de una persona todavía no formada, lo que significa que la información deba ser adaptada para que éste pueda comprenderla¹⁰¹. En este sentido el Reglamento de desarrollo, señala que la información dirigida a los menores deberá expresarse en un lenguaje fácilmente comprensible por aquéllos¹⁰², correspondiendo al responsable del tratamiento garantizar que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado¹⁰³.

El GT29, puso de manifiesto que el consentimiento de los menores de edad plantea sus propios problemas específicos, máxime cuando las condiciones de validez difieren de un Estado miembro a otro, lo que conduce a un enfoque fragmentario y genera inseguridad jurídica¹⁰⁴. Al observar que la Directiva 95/46/CE no establecía ninguna disposición particular al respecto, propuso una serie de medidas para garantizar una mayor protección de los menores.

Dicha propuesta ha sido tenida en consideración en el RGPD, que contiene un artículo específico relativo a las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información¹⁰⁵, en el que se fija la edad de consentimiento en dieciséis años, a efectos de considerar lícito el tratamiento de sus datos personales. En caso de menores de dieciséis años, el tratamiento será autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, debiendo el responsable del tratamiento hacer esfuerzos razonables para verificar este extremo, teniendo en cuenta la tecnología disponible. No obstante, el RGPD deja abierta la posibilidad de que por ley los Estados miembros establezcan una edad inferior, siempre que supere los trece años.

En opinión de B. Adsuara, el RGPD es más flexible en lo relativo a la comprobación de la edad del menor y la autenticidad del consentimiento de los padres o

¹⁰⁰ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cit., artículo 13.1 y 2.

¹⁰¹ Informe 046/2010 de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre tratamiento de datos de menores. En el mismo sentido, vid. Procedimiento de la AEPD. N°: PS/00312/2017.

¹⁰² Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cit., artículo 13.3.

¹⁰³ *Ibidem*. Artículo 13.4.

¹⁰⁴ Dictamen 15/2011, sobre la definición del consentimiento, cit. p. 31.

¹⁰⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Artículo 8.

tutores¹⁰⁶, frente al Reglamento de la LOPD que exige procedimientos que garanticen que se han comprobado de modo efectivo dichos extremos¹⁰⁷.

A. Piñar Real, considera que, a pesar de que el artículo 8 del RGPD, se refiere a los casos de prestación de servicios de la información, ya sea por extensión o por analogía, las previsiones contenidas en el mismo, son extrapolables al resto de casos de aplicación¹⁰⁸. En relación con la verificación de la edad del menor, estima que resulta especialmente compleja en la prestación de servicios de la información al no existir relación presencial con el menor¹⁰⁹.

En España, el Código Civil establece la posibilidad de emancipación de los menores mayores de dieciséis años, para regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo para la celebración de determinados negocios jurídicos en que necesitará autorización de sus progenitores¹¹⁰. Sin embargo, a efectos del tratamiento de datos personales, haciendo uso de la habilitación prestada por el RGPD, el Anteproyecto de LOPD prevé el consentimiento de los menores de más de trece años, excepto en aquellos supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela¹¹¹. Esto supone una disminución en la edad habilitada para consentir el tratamiento de datos personales que, como se ha indicado anteriormente, la normativa actual fija en catorce años.

La justificación, por parte de la AEPD, de la propuesta de fijar la edad mínima del consentimiento de los menores en trece años, se basa en que esta es la edad que establecen la mayoría de los países del entorno europeo, en función de lo que fijan las grandes compañías que ofrecen servicios de internet, de este modo se facilita el procedimiento transfronterizo en relación con el consentimiento¹¹².

A este respecto, cabría plantearse si realmente a la edad de trece años cualquier niño tiene suficiente madurez como para ser consciente de la relevancia del hecho de

¹⁰⁶ B. ADSUARA VARELA, El consentimiento, en VV.AA. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Reus, S.A., ed., Madrid, 2016, p. 164.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 165.

¹⁰⁸ A. PIÑAR REAL, Tratamiento de datos de menores de edad, en VV.AA. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Reus, S.A., ed., Madrid, 2016, p. 194.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 199.

¹¹⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889. Artículos 320 a 323.

¹¹¹ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit. Artículo 8.

¹¹² Vid. Comparecencia de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos ante el Congreso de los Diputados, en Sesión celebrada el jueves 29 de junio de 2017. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2017, **XII Legislatura** Núm. 278 Pág. 24.

prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, sobre todos de aquellos más «sensibles».

VIII. LA INVALIDACIÓN DEL CONSENTIMIENTO TÁCITO.

Frente al consentimiento expreso como declaración activa, clara e inequívoca por la que el interesado expresa su voluntad para aceptar el tratamiento de datos, ya sea por escrito, verbalmente, mediante comunicación telemática u otro medio¹¹³, el consentimiento tácito podría considerarse una forma de consentimiento presunto o implícito, en el que el contenido de la voluntad del interesado se deduce de su silencio o falta de actuación¹¹⁴. En opinión de A. Garriga, puede entenderse que la Directiva (95/46/CE), autoriza el consentimiento tácito, puesto que obliga al responsable a informar de la existencia del tratamiento y no a obtener el consentimiento¹¹⁵.

En nuestro país, se ha venido considerando que el consentimiento tácito se encuentra amparado por la normativa en materia de protección de datos¹¹⁶, siendo una práctica habitual reconocerlo como instrumento válido a efectos de licitud del tratamiento de datos, salvo en el caso referido a los datos especialmente protegidos en que el consentimiento debe prestarse siempre de modo expreso y en ciertos supuestos por escrito¹¹⁷.

Esta interpretación de validez del consentimiento tácito, ha sido corroborada por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. El Tribunal Constitucional, al referirse al consentimiento eficaz, indica que no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito inferido de la conducta del interesado¹¹⁸.

En el mismo sentido, la AEPD ha emitido varios informes y resoluciones, admitiendo el uso de la figura del consentimiento tácito, derivado de la falta de actuación del interesado¹¹⁹. En su informe sobre los caracteres del consentimiento, no infiere necesariamente la cualidad de que el mismo sea expreso, justificándolo en base a que “en aquellos supuestos en que el legislador ha pretendido que el consentimiento deba revestir este carácter, lo ha indicado expresamente; así sucede en el caso de

¹¹³ J. APARICIO SALOM, Estudio sobre protección de datos, Aranzadi, ed., Navarra, 2013, p.150

¹¹⁴ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, La protección de datos personales, Dykinson, S.L. ed. 2005 (formato digital).

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, cit.; Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cit.

¹¹⁷ Vid. D. SANTOS GARCÍA, Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento, Tecnos, ed., Madrid, 2012, p. 71.

¹¹⁸ Vid, por todas, SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; 96/2012, de 7 de mayo, FJ 8; 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5

¹¹⁹ Resolución AEPD, N° R/02544/2016.

tratamiento de datos especialmente protegidos¹²⁰». Respecto a las formas de obtener el consentimiento mediante web, se contempla la forma tácita como la falta de una manifestación contraria al tratamiento, para la que se hayan concedido mecanismos de fácil adopción por el afectado y un tiempo prudencial para dar una respuesta negativa¹²¹.

La Audiencia Nacional, advierte que el tema del consentimiento tácito ha de ser tratado con gran delicadeza al estar en juego derechos constitucionales básicos del art. 18.4 CE, siendo posible reconocer formas de tácita aceptación, pero en aspectos no trascendentales o en situaciones consolidadas, no cuando está en juego la privacidad de las personas, con todas las cautelas normativas tendentes a proteger esa privacidad¹²².

J. Aparicio Salom, asevera que la principal dificultad es la obtención y conservación de los medios de prueba que permitan acreditar que el interesado, efectivamente, ha aceptado el tratamiento o la cesión de datos que pretende realizarse¹²³.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos, reconoce que “uno de los métodos ocasionalmente utilizados es el consentimiento implícito, a saber, aquel consentimiento que se deduce del acto de una persona... también puede deducirse del silencio o de la inacción¹²⁴».

Analizando esta situación y, teniendo en consideración que según la Directiva el consentimiento debe otorgarse de manera inequívoca¹²⁵, llega a la conclusión de que el silencio o la inacción no constituye por lo general un consentimiento inequívoco¹²⁶ y sugiere que se tenga en cuenta la posibilidad de ampliar las situaciones en las que es necesario un consentimiento expreso, así como de adoptar normas adicionales para el consentimiento en un entorno virtual y para tratar datos con fines secundarios al tratamiento principal¹²⁷.

En consonancia con estas sugerencias, el RGPD materializa la inadmisión del consentimiento tácito como elemento de legitimidad del tratamiento de datos

¹²⁰ Informe AEPD, 2000-0000, «Caracteres del consentimiento definido por la LOPD».

¹²¹ Informe AEPD, 93/2008, «Formas de obtener el consentimiento mediante web: consentimientos tácitos».

¹²² Sentencia de la Audiencia Nacional 4806/2000, de 7 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso, Sección 1, (ECLI: ES:AN:2000:4806), N° de Recurso: 121/1999. FJ Tercero.

¹²³ J. APARICIO SALOM, Estudio sobre protección de datos, cit., pp. 153-154.

¹²⁴ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea» de 22 de junio de 2011 (Diario Oficial de la Unión Europea C 181/1), p. 79.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 80.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 81.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 82.

personales, al requerir de una declaración o una clara acción afirmativa¹²⁸. Por otra parte, dispone que «el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje la voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen¹²⁹». Esto supone el refuerzo de la figura del consentimiento, unificando los criterios a seguir en todos los Estados miembros de la Unión Europea, no dejando lugar a interpretaciones al respecto y, por ende, aumentando la seguridad jurídica.

En palabras de B. Adsuara, «no cabe el mal llamado consentimiento tácito¹³⁰», el silencio o la inacción no pueden considerarse como una declaración del consentimiento¹³¹, máxime cuando deberá probarse que éste se dio cumpliendo con las condiciones esenciales de validez¹³².

La forma de recabar el consentimiento prevista en el Reglamento de la LOPD¹³³, no se ajusta a lo preceptuado en el RGPD, por lo cual en relación con todos aquellos tratamientos de datos personales efectuados en base a dicha fórmula, deberá volver a prestarse el consentimiento adecuándose a la nueva normativa. En este sentido, la AEPD concluye que, de las disposiciones del RGPD sobre la necesidad de que el consentimiento se ajuste a las condiciones establecidas en el mismo¹³⁴, se desprende que si con anterioridad a la plena aplicación del Reglamento el afectado no hubiera consentido en una declaración o una clara acción afirmativa, ese consentimiento no podrá ser considerado causa legitimadora del tratamiento¹³⁵.

A mayor abundamiento, la Directora de la AEPD, deja claro que el consentimiento tácito, que viene siendo utilizado de forma masiva en España, a partir de mayo de 2018, no va a ser una de las causas de legitimación del tratamiento de datos, por lo que los responsables y encargados deberán buscar otras vías como el

¹²⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Artículo 4.11).

¹²⁹ *Ibidem*, Considerando (32)

¹³⁰ B. ADSUARA VARELA, El consentimiento, en *Reglamento General de Protección de Datos*.cit., p. 152.

¹³¹ *Ibidem*, p. 153.

¹³² *Ibidem*, p. 160.

¹³³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, cit., artículo 14. 2. “El responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y 12.2 de este reglamento y deberá concederle un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que **en caso de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal**”.

¹³⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, cit. Considerando (171)

¹³⁵ Informe AEPD 0195/2017, «Cuestiones sobre el RGPD. Interés legítimo, portabilidad y blanqueo».

consentimiento expreso o el interés legítimo, siempre y cuando estén adecuadamente ponderados y valorados¹³⁶.

Este refuerzo del consentimiento se ha plasmado en la definición que del mismo proporciona el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal¹³⁷, que actualmente se encuentra en tramitación, y que cierra la puerta definitivamente a la aplicación del consentimiento tácito como justificación de legitimación de los tratamientos de datos personales.

IX. CONCLUSIONES.

1. Teniendo en consideración las argumentaciones expuestas en este trabajo, queda patente que el consentimiento constituye un elemento esencial en la configuración del derecho a la protección de los datos personales, al ser la principal expresión de la potestad de controlar el uso de los propios datos. La facultad de consentir supone una clara manifestación de la voluntad del individuo, que le permite disponer de la información que le concierne y puede considerarse un atributo más de su propia personalidad. Sin embargo, no es un atributo cualquiera, ya que forma parte del ámbito de la propia conciencia, de la esfera más íntima del ser humano, por tanto merece gozar de unas extraordinarias garantías de protección. Esas garantías se muestran de modo evidente en el consentimiento reforzado que ha de prestarse en el tratamiento de aquellos datos incluidos en las «categorías especiales». Por su enorme sensibilidad, dichos datos se encuentran vinculados a la dignidad humana y, por ende, de modo indisoluble a la libertad de conciencia, de ahí la gran trascendencia que cobra el consentimiento para legitimar su tratamiento.

2. Resulta vital tomar conciencia de la relevancia del hecho de consentir en que los propios datos sean tratados por terceros y, sobre todo, de las consecuencias que puede acarrear dicho tratamiento. Esto se pone de manifiesto especialmente en el entorno tecnológico, donde prima la inmediatez y, en muchas ocasiones la pretensión de acceder *ipso facto* a determinados servicios o a obtener prestaciones que consideramos ventajosas, nos lleva a consentir el tratamiento de nuestros datos cual si fuéramos

¹³⁶ Vid. Comparecencia de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos ante el Congreso de los Diputados, en Sesión celebrada el jueves 29 de junio de 2017. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2017, XII Legislatura Núm. 278 Pág. 12.

¹³⁷ Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit. Artículo 7.1.

autómatas, sin detenernos a analizar (a veces ni siquiera a leer) las cláusulas sobre las condiciones de ese tratamiento. Esto puede conducir a que, sin que nos percatemos, nuestros datos acaben circulando por la red, e incluso muy probablemente siendo comercializados, llegando a tener graves repercusiones al quedar nuestra privacidad expuesta cual escaparate. Por ello es sumamente importante contar con una completa información acerca de todas las circunstancias que rodean a cada tratamiento de datos que nos afecten y de este modo, sopesando pros y contras, poder prestar un consentimiento plenamente consciente.

3. La vulnerabilidad de los niños y adolescentes hace que sea aún más importante la concienciación de la trascendencia de permitir el tratamiento de sus datos personales, máxime tratándose de generaciones digitales, de los grandes «consumidores de tecnología». Es preciso tener en cuenta que, según nuestro Código Civil, los menores de edad no tienen potestad para celebrar determinados negocios jurídicos, como enajenar objetos de extraordinario valor, sin autorización de sus padres o tutores. Cabría plantearse si realmente con trece años un menor está capacitado para evaluar el riesgo que puede conllevar el hecho de ceder sus datos personales a terceros, sobre todo cuando se trata de datos «sensibles», porque ¿existe algún objeto cuyo valor sea más extraordinario que el de la propia identidad, sustentada en la dignidad y en la libertad de conciencia? Esta es una cuestión a reflexionar. En todo caso, sería importante cimentar ese consentimiento consciente de los menores sobre una cultura de la privacidad construida fundamentalmente a través del propio sistema educativo.

4. Respecto a la invalidación del consentimiento tácito, el hecho de requerir que el mismo sea expreso, afianza las garantías de protección en el tratamiento de los datos personales. Como se ha indicado, una de las principales dificultades es el efecto probatorio del otorgamiento del consentimiento, recayendo la carga de la prueba en el responsable del tratamiento. El complicado hecho de demostrar que una falta de acción supone una respuesta afirmativa, podría convertirse en algo similar a una «prueba diabólica», por tanto cabe considerar que al tiempo que se incrementa la seguridad para el titular de los datos, lo hace también para el propio responsable, ya que al existir consentimiento expreso, no cabrá duda alguna respecto a la legitimación del tratamiento en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- B. ADSUARA VARELA, El consentimiento, en VV.AA. Reglamento General de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, (Págs. 151-169), Reus, S.A., ed. Madrid, 2016.
- J. APARICIO SALOM, Estudio sobre la protección de datos, Aranzadi Thomson Reuters, ed., 2013
- A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, La protección de datos personales, Dykinson, S.L. ed. 2005 (formato digital).
- A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, Dykinson, S.L., Madrid, 2009.
- A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, Nuevos retos para la protección de datos personales, en la Era del Big Data y de la computación ubicua, Dykinson, S.L. Madrid, 2016.
- E. GUICHOT, Datos personales y Administración Pública, Aranzadi, S.A., ed., Navarra, 2005.
- P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, El derecho a la autodeterminación informativa, Tecnos, S.A., ed., Madrid, 1990.
- P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, La construcción del derecho a la autodeterminación informativa, en VV.AA. El derecho a la autodeterminación informativa, Fundación Coloquio Europeo, ed, 2009.
- L. BIBLIOGRAPHY PIÑAR MAÑAS, Introducción. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos, en VV.AA. Reglamento General de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. (págs. 15-22), Reus, S.A. , ed. Madrid, 2016.
- J.L. PIÑAR MAÑAS, Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro, en VV.AA. El derecho a la autodeterminación informativa, Fundación Coloquio Europeo, ed. 2009.
- A. PIÑAR REAL, Tratamiento de datos de menores de edad, en VV.AA. BIBLIOGRAPHY Reglamento General de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, (págs. 187-203) Reus, S.A. , ed. Madrid, 201
- D. SANTOS GARCÍA, Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento, Tecnos, ed., Madrid, 2012.
- M.M. SERRANO PÉREZ, El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado, Civitas Ediciones, S.L., ed. Madrid, 2003.
- S. WARREN & L. BRANDEIS, El derecho a la intimidad, trad. B. PENDÁS, P. BASELGA, Editorial Civitas, S.A., ed. Madrid, 1995.