

## 1.2. Familia

# La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías

## *The legal protection of minors against the use of new technologies*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de las diferentes medidas e instrumentos jurídicos dirigidos a la protección de menores en el uso de las nuevas tecnologías previstas en la normativa europea y española de protección de datos y en otras normas nacionales que resultan de aplicación.

**ABSTRACT:** *The present study is going to center on the analysis of different measures of minors in the use of the new technologies provided in the European and Spanish regulations on data protection and in other national rules that result from application.*

**PALABRAS CLAVE:** Menores de edad. Patria potestad. Consentimiento. Protección de datos. Intimidad. Internet. Redes sociales. Responsabilidad civil.

**KEY WORDS:** *Minors. Parental authority. Consent. Data protection. Privacy. Internet. Social networks. Civil liability.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.—III. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.—IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y REDES SOCIALES.—V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que toda persona

tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. Asimismo, nuestro artículo 18.4 de la Constitución Española reconoce este derecho fundamental a la protección de datos personales al disponer que «la ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 94/1998, de 4 de mayo señala que, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales y sobre su uso y destino para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivos para la dignidad y los derechos de los afectados; por lo que, el derecho a la protección de datos se confiere como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención<sup>1</sup>. Por su parte, en la sentencia de este mismo Tribunal 292/2000, de 30 de noviembre<sup>2</sup> se considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que, faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quien posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Ciertamente, la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información general a escala mundial. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales y, reforzar su privacidad y seguridad jurídica. Si bien, el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad.

En este contexto, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión Europea y que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) de aplicación directa en toda la Unión Europea, aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

Si bien, este Reglamento General de Protección de Datos reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembro especifiquen sus normas, incluso con relación al tratamiento de categorías especiales de datos personales —datos sensibles— y respecto a determinadas circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, entre otras, las relativas a las condiciones de licitud del tratamiento de datos. A tal fin, en España se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el día 7 de diciembre de 2016.

En esta norma española como el Reglamento comunitario se refuerza la protección de los menores en el entorno digital. Precisamente, el considerando número 38 del citado Reglamento señala que, «los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos

personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario y a la obtención de datos personales relativos a los niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño».

Se ha de proteger su derecho a la privacidad que abarca los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18. 1 de la Constitución Española) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 de la citada norma fundamental). Además, se ha de primar en cualquier actuación en que intervengan menores su interés superior.

En todo caso, antes que cualquier persona física consienta el tratamiento de sus datos personales, atendiendo al principio de transparencia y el derecho a la información, se ha de informar previamente del tratamiento de los datos de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cuando se trata de información dirigida específicamente a un menor y esta información se facilitará por escrito o por otros medios incluso los electrónicos (art. 12.1 del Reglamento).

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de los diferentes instrumentos y medidas dirigidas a la protección de los menores en el entorno digital —los llamados *millennials* o nativos digitales o tecnológicos, o Generación Y— previstas en ambas normativas europea y nacional, pues aunque son ávidos usuarios de las nuevas tecnologías, son también poco conscientes de los riesgos que se derivan de su uso.

## II. CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

El consentimiento de las personas físicas titulares de los datos personales representa una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos personales que se enumeran en el artículo 6.1 del Reglamento y que determina la licitud del tratamiento<sup>3</sup>. Asimismo, es una herramienta que posibilita a los interesados el control sobre sus datos personales y, en consecuencia, una capacidad de decisión y elección con respecto a si quiere que se traten o no sus datos. Como establece el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento adoptado el 13 de julio de 2011 por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 —actualmente sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos que en sesión de 25 de mayo de 2018 ha asumido las Directrices sobre el Reglamento General de Protección de Datos aprobadas por el citado Grupo de Trabajo— la invitación para que una persona acepte una operación de tratamiento de datos debe estar sujeta a requisitos estrictos, ya que afecta a los derechos fundamentales del interesado y el responsable del tratamiento desea realizar una operación de tratamiento que, sería ilícita sin el consentimiento del interesado. El papel fundamental del consentimiento está indicado en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Supone una herramienta que, permite a los interesados el control sobre sus datos personales vayan a ser o no tratados y, asimismo, su obtención no niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento establecido en el Reglamento —en particular, los principios de lealtad, necesidad y proporcionalidad, así como la calidad de los datos (art. 5)—. Se define en el artículo 4.11 como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca

por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Igual definición se contiene en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos al disponer que «1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Este concepto básico que, se contienen en ambas normas, es similar al establecido en la derogada Directiva 95/46/CEE que en su artículo 7 letra a) conceptuaba el consentimiento como «toda manifestación de voluntad libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan, que debe ser otorgado «de forma inequívoca» con el fin que el tratamiento de los datos sea legítimo».

Asimismo, se indica en el citado artículo 4 apartado 11 del Reglamento que, este deberá ser «libre, específico, informado e inequívoco y el responsable del tratamiento de datos deberá probar que el «titular consistió el tratamiento de sus datos». Por tanto, los elementos de un consentimiento válido son que la manifestación de voluntad que el interesado sea: libre, específica, informada e inequívoca, por la que el interesado acepta ya mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. El término manifestación de voluntad libre supone elección y control real por parte del interesado de sus datos y que no haya un vicio que lo invalide. Si el interesado no puede elegir libremente, o se siente obligado a dar el consentimiento, o, en fin, sufre consecuencia negativas, si no lo da, el consentimiento no será válido<sup>4</sup>.

El considerando número 43 del Reglamento indica que, «para garantizar que el consentimiento se ha dado libremente, este no debe constituir fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya prestado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular». De forma que, en este caso puede haber otras bases jurídicas que, sean más adecuadas para fundamentar el tratamiento de datos por las autoridades públicas como las previstas en el artículo 6.1 letra c) del citado Reglamento «para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento» o letra e) «para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

Por otra parte, el consentimiento a un tratamiento de datos personales que, no es necesario, no puede considerarse como requisito obligatorio para la ejecución del contrato o la prestación de un servicio. El artículo 7 en su apartado 4 del Reglamento dispone al respecto que: «Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato». Efectivamente, la solicitud del consentimiento puede estar vinculada a la ejecución del contrato por parte del responsable del tratamiento, de forma que, si el interesado se niega a poner a disposición del responsable sus datos para su tratamiento, puede correr el riesgo que se le deniegue el servicio que ha solicitado. En consecuencia, si los datos solicitados no son necesarios para la ejecución del contrato y, por

ende, la prestación de un servicio y la ejecución del contrato se condiciona a la prestación del consentimiento, se aplicaría el artículo 7.4; por el contrario, si el tratamiento es necesario para la ejecución del contrato, incluida la prestación del servicio, tal precepto no será de aplicación. Ciertamente, se emplea la expresión «se tendrá en cuenta en la mayor medida posible», lo que sugiere que el responsable del tratamiento debe proceder con especial cuidado en aquellos casos en que un contrato y, la prestación de un servicio puede estar vinculado a la solicitud del consentimiento para el tratamiento de datos personales, cuando no son necesarios. El mencionado considerando número 43 del Reglamento señala al respecto que «se presume que el consentimiento no se ha dado libremente (...) cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento», por lo que tal presunción, determina que, los supuestos en que el consentimiento se ha dado libremente, tendrán carácter excepcional.

De todas formas, la carga de la prueba respecto al artículo 7.4 recae sobre el responsable del tratamiento, pues, en el apartado 1 de dicho artículo se estipula que, el responsable debe demostrar que el interesado ha dado libremente su consentimiento.

En esta línea, el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos dispone que: «no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual».

Ahora bien, de nuevo el considerando número 43 del Reglamento aclara que se presume que el consentimiento no se ha dado libremente «cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto». Además señala el considerando número 32 que «el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos». Por lo que, si el responsable del tratamiento opera sobre varios fines para el tratamiento, y no ha intentado obtener el consentimiento para cada fin por separado, no puede considerarse que se haya prestado el consentimiento libre para todos los fines.

En fin, el consentimiento no es libre, si se causa perjuicio al interesado por el responsable del tratamiento. Perjuicio que, puede derivar, bien del engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas si un interesado no da su consentimiento, bien del coste que puede tener para el interesado, si se niega o retira el consentimiento. Por tanto, el responsable ha de demostrar que, el interesado prestó el consentimiento sin ningún tipo de vicio, y que puede negarse a prestarlo o retirarlo sin coste añadido, ni perjuicio alguno. El considerando número 42 del Reglamento señala, precisamente, que «el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno».

Por otra parte, el artículo 6 apartado 1 letra a) del Reglamento dispone que, el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines. De ahí que, el consentimiento debe ser específico y tenga por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado.

En esta línea, el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos establece que: «cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso

que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas».

Otro de los requisitos del consentimiento es que, este debe ser informado. El principio de transparencia relacionado con el de lealtad y licitud exige que, se facilite información a los interesados antes de obtener su consentimiento y resulta esencial para que el interesado pueda tomar decisiones informadas, comprenda lo que está autorizando. Si el responsable no proporciona información accesible, el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Esta información se debe facilitar en un lenguaje claro y sencillo, esto es, debe ser comprensible para el ciudadano medio y sobre todo para los menores atendiendo a su grado de madurez y desarrollo. De conformidad, con el considerando número 32 del Reglamento, si el consentimiento se solicita por medios electrónicos, la información se podrá también facilitar de esta forma.

En fin, el consentimiento debe ser inequívoco esto es, aquel que se ha prestado mediante una manifestación del interesado mediante una clara acción afirmativa<sup>5</sup>. Una clara «acción afirmativa» significa que el interesado debe haber actuado de forma deliberada para dar el consentimiento a ese tratamiento en particular<sup>6</sup>. No se admiten formas de consentimiento tácito o por omisión<sup>7</sup>, ya que se basa en la inacción ni el consentimiento implícito o presunto —esto es, deducirse de la conducta del interesado sin necesidad de una declaración de voluntad expresa—. En consecuencia, el uso de casillas de aceptación ya marcadas no resulta válido con arreglo al Reglamento General de Protección de Datos. El silencio o la inactividad del interesado o simplemente continuar con un servicio no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección. Asimismo, la aceptación global a los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales<sup>8</sup>.

A tal fin, los responsables del tratamiento deben diseñar unos mecanismos claros para la prestación de consentimiento y garantizar que la acción mediante la que se presta el consentimiento se diferencia de otras acciones. Así, el artículo 7 apartado 2 del Reglamento dispone que: *«Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento»*. Como complemento de lo anterior, el considerando número 32 del Reglamento clarifica los supuestos que, pueden considerarse consentimiento, así manifiesta al respecto que «el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en Internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento»; y añade este considerando respecto al consentimiento en el caso de tratamiento de datos con múltiples finalidades que «El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si

el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta<sup>9</sup>. Asimismo, el considerando número 42 del citado Reglamento precisa que, cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado «el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías que el interesado es consciente del hecho que da su consentimiento y de la medida en que lo hace».

En cualquier caso, el consentimiento siempre debe obtenerse antes que el responsable del tratamiento empiece a tratar los datos personales para los que se requiere el consentimiento.

Ahora bien, el consentimiento, además de inequívoco, debe ser explícito cuando se traten datos especialmente sensibles [art. 9.2 a)]; en caso de adopción de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (art. 22), y en la transferencia internacional de datos [art. 49.1 a) del Reglamento]; y representan un supuesto de licitud o legitimidad del tratamiento de los datos personales [art. 6.1 a) del Reglamento]. De forma que, el consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en la protección de los datos y se considera adecuado que, exista un mayor nivel de control sobre los datos personales. Además se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Se requiere que el interesado realice una declaración expresa del consentimiento, lo que puede tener lugar mediante una declaración escrita o por vía electrónica —correo electrónico—, o mediante declaraciones verbales, si bien en todos los supuestos se requiere que el responsable pueda demostrar que se cumplieron todas las condiciones para el consentimiento explícito válido<sup>10</sup>.

Sobre tales bases, al igual que, cualquier interesado puede otorgar el consentimiento en los términos legalmente establecidos, también puede revocarlo o retirarlo en cualquier momento. Si bien, antes de dar su consentimiento, el interesado debe ser informado de tal posibilidad. De todas formas, la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada, precisamente, en el consentimiento previo a su retirada; y, asimismo, corresponde al responsable del tratamiento facilitar tanto la prestación del consentimiento como su retirada (art. 7.3), esto es, poner a disposición del interesado todas las medidas técnicas necesarias que, posibiliten ambos actos. El citado artículo 7 apartado 3 del Reglamento establece, por tanto que, el responsable del tratamiento debe garantizar que el interesado puede retirar su consentimiento en cualquier momento y debe ser, igual de fácil, darlo que retirarlo. Asimismo, el interesado debe poder retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno y el responsable debe posibilitar la retirada del consentimiento de forma gratuita y sin que disminuya el nivel en la prestación del servicio. En todo caso, el responsable debe informar al interesado del derecho a retirar el consentimiento antes que preste dicho consentimiento y, además, en el marco de la obligación de transparencia, el responsable debe informar a los interesados de cómo ejercer sus derechos. Así, estos pueden solicitar la supresión de los datos que se le conciernen sobre la base del consentimiento una vez que este ha sido retirado [art. 17 apartado 1 letra b) del Reglamento]. Si el interesado retira el consentimiento y el responsable continúa con el tratamiento de los datos operando sobre otra base jurídica, no podrá usar el consentimiento para esa otra base jurídica sin comunicarlo. De todas formas, cualquier cambio en la base jurídica para realizar un tratamiento de datos debe notificarse al interesado de conformidad con los requisitos de

información contenidos en los artículos 13 y 14 del Reglamento y en virtud del principio general de transparencia<sup>11</sup>.

Centrándonos en el consentimiento de menores de edad, el artículo 8 del Reglamento dispone que: «1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembro podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años. 2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible. 3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembro, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño»<sup>12</sup>. Por su parte, en esta línea, el citado considerando número 38 del Reglamento pone de manifiesto que «los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños»<sup>13</sup>. En todo caso, se posibilita a los Estados miembro establecer por ley una edad por debajo de los dieciséis, si bien nunca inferior a trece años. En la antigua regulación de protección de datos, el artículo 13 del RPD establecía la edad de 14 años, por lo que se cumpliría con el parámetro legal fijado. La misma edad se establece en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos al disponer que: «El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años» y añade el citado precepto que «Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento». La información que se facilita al menor ha de ser comprensible y proporcionarse en un lenguaje claro y sencillo con el fin de obtener el consentimiento informado<sup>14</sup>. El artículo 8 se aplica cuando el tratamiento esté relacionado con los servicios de la sociedad de la información —aunque no se excluye su aplicación a otros supuestos—<sup>15</sup> y, son ofrecidos directamente a los niños y, además que el tratamiento se base en su consentimiento<sup>16</sup>. Se opta en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos, al igual que, el Reglamento General de Protección de Datos, por el criterio de la edad —presumiendo que el menor tiene capacidad natural para ello— y no por el de suficiente madurez contenido en el artículo 162.1 del Código civil y en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, para determinar la capacidad de los menores para consentir sobre el tratamiento de sus datos. No obstante, no faltan quienes consideran que, atendiendo a una interpretación conjunta de los artículos 8.1 del Reglamento y 7 de la Ley Orgánica y el artículo 162.1 del Código

civil, también los menores de 14 años que, dispongan de suficiente madurez al respecto, podrán consentir<sup>17</sup>. Ciertamente, hay actos que los hijos menores de edad pueden realizar por sí solos, bien porque la ley directamente les atribuye la posibilidad de ejercitarlos (derechos de la personalidad —art. 162 CC—), o bien se fija una determinada edad para llevarlos a cabo, o, en fin, se lo permiten sus condiciones de madurez (actos de la vida corriente —art. 1263 CC—). También hay actos de los hijos menores que, solo pueden realizar los padres como sus representantes legales, o pueden ser realizados por aquellos con el complemento o asistencia de sus padres<sup>18</sup>. En todo caso, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 permite que, los menores puedan consentir la intromisión en sus derechos al honor, intimidad personal y la propia imagen, si sus condiciones de madurez lo permiten conforme a la legislación y el artículo 4.1 de la citada norma al regular las intromisiones ilegítimas en tales derechos mediante la difusión de información o utilización de la imagen de menores en medios de comunicación, se puede considerar como tales las que supongan un menoscabo en su honor o reputación o sean contrarias a sus intereses «incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales» (art. 4.3). Por lo que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales, corresponde al Ministerio Fiscal su ejercicio que puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública<sup>19</sup>. En cualquier caso, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, atendiendo tanto a su desarrollo evolutivo como a su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, no obstante que, tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. El menor puede expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996)<sup>20</sup>. Por lo que, sobre tal base legal el menor podrá ser oído a partir de los doce años por las autoridades competentes, incluidas las autoridades de protección de datos, si tiene suficiente madurez. En todo caso, recordemos que, hay una excepción al consentimiento del menor mayor de catorce años para el tratamiento de sus datos, cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela para la celebración de un acto o negocio jurídico, debiendo estos consentir tal tratamiento (art. 7.1 apartado segundo de la Ley Orgánica 3/2018).

Ahora bien, cuando se prestan servicios de la sociedad de la información a niños sobre la base del consentimiento, el responsable debe adoptar todas las medidas precisas para verificar que, el usuario tiene la edad exigida para prestar su consentimiento digital y estas medidas deben ser proporcionales a la naturaleza y riesgos de la actividad de tratamiento. Al respecto el artículo 8.2 del Reglamento establece que «el responsable del tratamiento hará los esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible». En todo caso, la verificación de edad no debe conducir a un tratamiento excesivo de datos y debe conllevar una evaluación del riesgo del tratamiento propuesto<sup>21</sup>. La inteligencia artificial puede servir para verificar la identidad y la edad de una persona<sup>22</sup>. Por lo que, si los riesgos son bajos bastará con que indique el año de nacimiento o rellene un formulario en el que declara que son o no menores. Si hay un mayor riesgo se deberán implementar otras

medidas que, quizá, exijan un mayor grado de intervención y de procedimientos para comprobar la edad; en todo caso, los mecanismos de verificación de la edad serán variados atendiendo al caso concreto y a la exigencia o no de comprobaciones adicionales. No se explica que se entienda por esfuerzos razonables, en todo caso, se puede comprobar la edad de los menores, solicitándoles una copia del DNI o certificación de nacimiento<sup>23</sup>.

### III. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social<sup>24</sup>. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)<sup>25</sup>.

Por su parte, la Constitución española otorga rango constitucional a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no lo mencione expresamente. Así, el artículo 39 dispone que «1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».*

La actuación de los poderes públicos en relación con el menor se sustancia en tres ámbitos concretos: 1) Se indica que los poderes deben asegurar la protección integral de los menores de edad; 2) La función de atender a los hijos corresponde a los padres; 3) A los menores de edad se les reconocen los derechos que recogen los acuerdos internacionales sobre la infancia, que España ha ratificado<sup>26</sup>.

No obstante, pese a que se reconoce rango constitucional a la potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad, no se le otorga, sin embargo, el valor de derecho fundamental, sino como un principio rector más de la política social y económica, al formar parte el citado artículo 39 del Capítulo III del Título I y no del Capítulo II del Título I relativo a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la patria potestad se configura como una institución en beneficio o interés superior del hijo y el respeto a su personalidad y autonomía; de ejercicio conjunto por regla general; sometida al control y vigilancia judicial y, en su caso, de la Administración Pública —ante situaciones de riesgo y desamparo—;

y, con la posibilidad de darse audiencia a los hijos menores de edad, si tuvieran suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 CC)<sup>27</sup>.

En este contexto, si estamos ante el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, solo será lícito el consentimiento, si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o de la tutela (art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos) sobre la base de la obligación de velar por los hijos y de representarlos que tienen quienes ejercen la potestad parental (arts. 154.1 y 2 CC) y, en el cumplimiento de las funciones tutelares en beneficio del tutelado que corresponde a los tutores (art. 216 CC)<sup>28</sup>. Todo ello sin perjuicio que, cualquier conflicto de intereses que tenga lugar en este ámbito de actuación entre los padres y su hijo menor, pueda determinar el nombramiento de un defensor judicial, salvo que, el interés opuesto solo exista con respecto a uno de los progenitores, correspondiendo al otro representar al menor o completar su capacidad (art. 163 CC)<sup>29</sup>, o bien la intervención judicial ante cualquier decisión parental que resulte perjudicial para el menor (art. 158 CC). Ahora bien, ni el Reglamento General de Protección de Datos, ni esta Ley Orgánica establecen cómo se obtiene el consentimiento de los padres o quien tiene derecho a realizar dicha acción. En las Directrices sobre consentimiento el GT29 recomienda la adopción de un enfoque proporcionado, en consonancia con el artículo 8 apartado 2 y el artículo 5 apartado 1 letra c) del Reglamento (minimización de datos). Un enfoque proporcionado puede centrarse en obtener una cantidad limitada de información, por ejemplo, los datos de contacto de un padre o tutor<sup>30</sup>. De todas formas, como norma general, los responsables del tratamiento deben evitar soluciones de verificación que conlleven una excesiva recogida de datos personales<sup>31</sup> y articular los procedimientos que garanticen la comprobación de la edad del menor y, como señalaba, el artículo 13.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 la autenticidad del consentimiento prestado por los padres o tutores. Por su parte, BRITO IZQUIERDO propone tener en cuenta los criterios de verificación del consentimiento paterno, previstos en la normativa norteamericana de protección en línea del derecho a la privacidad de los niños, más conocida como COPPA (*Children's Online Privacy Protection Act* de 1998)<sup>32</sup>.

En este contexto, como regla general, la patria potestad se ejerce conjuntamente, por lo que, el consentimiento para el tratamiento de los datos de los hijos menores de 14 años han de prestarlo ambos progenitores o uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Así pues la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya sea mediante la concurrencia de ambos progenitores en el acto que se trate, procurando el interés del hijo, o mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro<sup>33</sup>. Además se prevé que, también serán válidos los actos llevados a cabo por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad —que no admiten demora—<sup>34</sup>. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre —esto es, la facultad de consentir o no el tratamiento de los datos de sus hijos menores de 14 años— (desacuerdos simples u ocasionales). La intervención judicial en estos casos consiste en atribuir la facultad de decidir a uno u otro de los progenitores, bajo el criterio del interés del menor y el hijo habrá de ser oído, si tiene suficiente madurez y, en todo caso, fuera mayor de doce años. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente

el ejercicio de la patria potestad, se podrá atribuir la facultad de decidir total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos las funciones, entre las que se puede encontrar el consentir el tratamiento de los datos de sus hijos menores de catorce años (art. 156 párrafo segundo CC). Por lo que, en este caso la decisión judicial implicará o bien la atribución total del ejercicio a uno de los padres, o la atribución parcial, esto es, el ejercicio de una o varias funciones que expresamente se atribuyen; o en fin, distribuir las funciones entre los padres, de manera que cada uno de los progenitores ejerzan individualmente las que se le hubiera asignado. Si bien, respecto de las actuaciones señaladas y con el objeto de proteger a los terceros que actúan de buena fe y han confiado en la apariencia, el artículo 156 apartado 3 del Código civil establece una presunción *iuris et de iure* que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro<sup>35</sup>. Ahora bien, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; si bien, se permite al juez a solicitud fundada del otro progenitor y, en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes al ejercicio (art. 156 párrafo 5 CC). En este caso, se atribuye al progenitor que conviva con el hijo el ejercicio de la patria potestad, dejando a salvo las medidas que pueda solicitar el otro progenitor. Por otra parte, si los padres viven separados (separación de hecho) y no decidieran de común acuerdo, el juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedan los hijos menores de edad. No obstante, el juez oírán antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años (art. 159 CC)<sup>36</sup>. Si, en fin, estamos ante un supuesto de separación, nulidad o divorcio, —aunque respecto al ejercicio habrá que estar a lo establecido en convenio regulador o en la sentencia judicial de separación, nulidad o divorcio en caso de procedimiento contencioso—, en relación a la toma de decisiones relativas al tratamiento de datos de sus hijos menores de 14 años, habrá de consentir ambos conjuntamente, al ser cotitulares de la patria potestad. No obstante, en caso de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, el progenitor privado de la misma no podrá en este supuesto consentir (art. 170 CC). Y, asimismo, aun siendo la regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad, el Código civil contempla también determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual: así en el caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad se ejercerá de forma exclusiva por el otro, único legitimado, en consecuencia, para consentir (art. 156 apartado 4 CC)<sup>37</sup>. En todo caso, atendiendo a que, el derecho a la propia imagen en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación en su aspecto físico que permita su identificación (art. 18.1 de la CE), y que la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, hay una tendencia actual socialmente aceptada por algunos padres de publicar constantemente imágenes de sus hijos menores en diferentes situaciones en redes sociales (Facebook, Instagram), lo que se conoce como «sharenting» o «oversharing» que, no es más que una continua exposición de los menores en actividades cotidianas, en encuentros familiares o en momentos especiales conformando lo que será su futura «identidad o huella digital», y aunque, en principio, las personas que acceden a tales imágenes, en la mayoría de las ocasiones, son familiares o amigos<sup>38</sup>, ello no impide que, toda la información que se publique, esté completamente controlada y en con-

secuencia, se esté proporcionando una innecesaria información a terceros que puede ser aprovechada, precisamente, para la práctica de conductas delictivas, poniendo en peligro con ello la propia integridad física o psíquica del menor o, que, en sí mismos tales comportamientos parentales pueden llegar a constituir una vulneración de la intimidad y propia imagen del hijo o de su privacidad<sup>39</sup>. La cuestión se complica más cuando los padres están separados o divorciados, pues, se requiere el consentimiento de ambos —en cuanto cotitulares de la patria potestad— para que, cualquiera de ellos pueda subir una fotografía de sus hijos menores a Internet<sup>40</sup>. De todas formas, esta información que permanece en Internet a lo largo del tiempo, el artículo 94.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos —de cuyo análisis nos ocuparemos en otro apartado de este estudio— posibilita el ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes por el afectado respecto de los datos que hubieran sido facilitados al servicio por él o por terceros —por ejemplo, sus progenitores—, precisamente, durante su minoría de edad, debiendo el prestador proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2 del citado precepto.

A todo ello, procede, asimismo señalar que, esa continua sobreexposición de los menores en redes sociales es fruto también de su propia actuación en Internet, ellos mismos son los que proporcionan información, difunden sus imágenes, videos con el peligro que entraña esta sobreexposición y el compartir contenidos con los constantes reenvíos que realizan unos a otros que, pueden derivar en situaciones de acoso o en otras formas delictivas, a lo que, precisamente contribuye el fácil acceso a dispositivos como smartphones, tablets, ordenadores y ahora los smartwatch sobre todo por el uso de estos últimos dispositivos a edades tempranas<sup>41</sup>. De ahí, la importancia del control parental y los dispositivos existentes para ello en la correspondiente proporcionalidad<sup>42</sup>.

En todo caso, cualquier actuación y decisión habrá de tener en cuenta fundamentalmente el interés superior del menor que, ha de primar sobre cualquier otro interés que puede concurrir, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán restrictivamente y se ha de preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, asimismo, como establece el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos: «Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales» y añade en su apartado segundo que «La utilización y difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor»; y, el artículo 92 párrafo primero de esta misma Ley Orgánica 3/2018 amplía tal responsabilidad a los centros docentes al disponer que: «Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección

del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información»; y, además, del deber de las Administraciones educativas de contribuir a un uso responsable de las tecnologías mediante el diseño de un bloque de asignaturas de libre configuración que incluyan la competencia digital, así como elementos relacionados con situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red (art. 83.1 apartado segundo de la Ley Orgánica 3/2018). Ciertamente, la educación y la responsabilidad son instrumentos esenciales para la protección de datos de los menores y han de orientar la actuación de los padres y las políticas educativas que se acometan y se impartan en los centros docentes.

En todo caso, el citado artículo 84.2 otorga una papel activo al Ministerio Fiscal en la protección de los menores en Internet, y remite a la Ley Orgánica 1/1996 en cuanto a la adopción de medidas cautelares y de protección atendiendo siempre al interés superior del menor. De igual forma, el artículo 4.2 de la mencionada Ley Orgánica 1/1996 prevé la intervención del Ministerio Fiscal frente a la difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que, puedan implicar intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. Asimismo, dicha intervención supone instar las medidas cautelares y de protección prevista en esta Ley, además de solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Por su parte, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo en su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales<sup>43</sup>. Ciertamente, la operatividad de este precepto se centra en la protección de la imagen o nombre de los menores en los medios de comunicación —radio, prensa escrita y digital y televisión— y, determina que, aun existiendo consentimiento del menor o de sus representantes legales pueda entenderse intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre del menor, si va en contra de su interés y determina la necesaria actuación del Ministerio Fiscal que, puede ser de oficio o a instancia del propio menor o cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública, mientras que, el artículo 84.2 tiene su campo de actuación en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, por lo que no será parece posible una traslación del contenido del citado artículo 4 vía la citada remisión y, en consecuencia, considerar que, esta remisión a la Ley Orgánica 1/1996 alcanza, esencialmente, a lo que representan las medidas cautelares y de protección necesarias para asegurar un adecuado amparo o protección del menor, valga la redundancia, atendiendo siempre a su interés superior. En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal ante la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes puede ser de oficio o a instancia de los propios menores —ante una eventual actuación «intensa» de sus padres en tales servicios de la sociedad de la información, en los términos apuntados, vulnerando su interés superior—<sup>44</sup>, o de cualquier persona interesada, física o jurídica o entidad pública; y, a diferencia, de la previsión de actuación del Ministerio Fiscal que, contiene el artículo 4.3 respecto a los medios de comunicación, que tiene lugar aunque conste el consentimiento del menor o sus representantes legales, atendiendo siempre al

interés superior del menor; no parece que, pueda ser trasladable dicho campo de operatividad del precepto a la intervención también del Ministerio Fiscal en la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información, al orientarse más la remisión a la adopción de medidas cautelares y de protección cuando resulten necesarias, como así lo establece el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos.

En este contexto, efectivamente resulta esencial que los datos referidos a menores de edad serán objeto de especial consideración y tratamiento, empleando para ello las medidas de seguridad que mejor se adapten y cubran las exigencias de protección y particular cuidado que, exigen este segmento de la población, especialmente vulnerable y, por ende, de realizar la correspondiente evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento de los datos de tales menores frente a los riesgos que pueda entrañar para sus derechos y libertades (art. 35.1 del Reglamento). Igualmente, se ha de ser especialmente cuidadoso en el tratamiento de datos biométricos y de datos de geolocalización, respecto de los que, además de aplicarse el principio de proporcionalidad y minimización en la utilización de estos datos, se debe informar a los menores de edad mayores de catorce años o a los padres o tutores en el caso de menores de catorce años y contar con el consentimiento expreso de los menores o de los padres o tutores, cuando estos no puedan prestarlo<sup>45</sup>. Asimismo, se debe ser especialmente enérgico y eficaz en la protección de los menores cuando actúan en redes sociales.

#### IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y REDES SOCIALES

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio ha reformado el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 que con relación al interés del menor, después de indicar que, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto de diversas interpretaciones a lo largo de estos años, lo define en su Preámbulo desde un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general y como norma de procedimiento. Respecto de esta triple dimensión, se indica además, en el citado Preámbulo que, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de tales derechos del menor; así como su desarrollo integral y añade que, a la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que, deberán ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y circunstancias del caso. Precisamente, los criterios a tener en cuenta en la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se ponderarán teniendo en cuenta: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material y emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. De concurrir el interés superior del menor con otro interés legítimo, deberán

priorizarse aquellas medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En el caso de no poderse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>46</sup>.

FERNÁNDEZ ACEVEDO define las redes sociales on line como «estructuras sociales compuestas por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de Internet o de un canal de comunicación digital y en donde tienen lugar ciertas conexiones virtuales entre las personas que conforman dicho grupo, las cuales pueden ser recopiladas mediante una serie de informaciones que muestren las preferencias de consumo de información ya sea a través de una comunicación en tiempo real o ya sea a través de una comunicación diferida en el tiempo»<sup>47</sup>. Según el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, elaborados, adoptado el 12 de junio de 2009 (WP 163) por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 los servicios de redes sociales (SRS) pueden conceptuarse como «plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes». Asimismo, en este Dictamen el GT29 califica los servicios de redes sociales como servicios de la sociedad de la información que comparten determinadas características: «1. Los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o “perfil”; 2. Los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeo o enlaces hacia otros sitios); 3. Las redes sociales funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuarios, con las que los usuarios pueden interactuar»<sup>48</sup>. Los proveedores de redes sociales como responsables del tratamiento de datos, en cuanto proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, deben informar de forma clara y accesible a los usuarios —información por capas—<sup>49</sup>, especialmente en el caso que se aporten datos sensibles o se refiera al tratamiento de datos de menores de edad, además de contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales —consentimiento granular— (art. 92.2 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos). Asimismo, han de facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación —artículo 85 de la Ley Orgánica 3/2018—; supresión o derecho al olvido —artículo 94 de la Ley Orgánica 3/2018—; portabilidad —artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018—; limitación del tratamiento —artículo 16 de la Ley Orgánica 3/2018—; y oposición a los usuarios de redes sociales. Todo ello sin perjuicio de las nuevas obligaciones de las redes sociales en cuanto prestadores de servicios de la sociedad de la información con respecto a los datos de personas fallecidas y, el acceso a sus datos o en su caso, a su rectificación o supresión que, en caso de fallecimiento de menores de edad, corresponde a los representantes legales, o el Ministerio Fiscal en el marco de sus competencias, bien de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada que, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para solicitar tal acceso, o en su caso, la rectificación o supresión de los datos de sus hijos menores [arts. 3.3 y 96.1 c) de la Ley Orgánica 3/2018].

Por su parte, las aplicaciones móviles (APPS) sirven entre otros fines, para la navegación en Internet, para el entretenimiento —juegos, películas, música—, para las redes sociales y, en fin, para servicios basados en la localización entre otros. El Dictamen 2/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes adoptado el 27 de febrero de 2013 (WP 202) define las aplicaciones como «programas informáticos generalmente concebidos para un cometido concreto y dirigido a un determinado conjunto de dispositivos inteligentes como teléfonos inteligentes,

tabletas o televisiones conectados a Internet». Las aplicaciones organizan la información de acuerdo con las características específicas del dispositivo y suelen interactuar con el soporte físico y las características del sistema operativo del mismo, además de posibilitar que, los dispositivos inteligentes puedan conectarse mediante interfaces de red wi-fi, bluetooth<sup>50</sup>. En dicho Dictamen, después de señalar que, los niños son ávidos usuarios de aplicaciones, ya sea en dispositivos propios o en dispositivos compartidos, existiendo al respecto un gran mercado de aplicaciones diversas destinadas a ellos y que, aquellos apenas conocen o comprenden el alcance y la sensibilidad de los datos a que dichas aplicaciones pueden acceder o el alcance de los datos compartidos con terceros para fines publicitarios, recomienda una serie de actuaciones a las partes que participan en el desarrollo, comercialización y explotación de las aplicaciones para alcanzar el máximo nivel de protección de la intimidad y protección de datos: así respecto a los desarrolladores de aplicaciones que crean aplicaciones y/o las ponen a disposición de los usuarios finales, deben por lo que se refiere a las aplicaciones destinadas a niños: prestar atención al límite de edad que define a los niños o los menores de edad en las legislaciones nacionales; escoger el enfoque más restrictivo del tratamiento de datos respetando íntegramente los principios de minimización de datos y limitación de la finalidad; abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental, bien directa o indirectamente; y de recoger a través de los niños datos de sus familiares y amigos; en cuanto a las tiendas de aplicaciones donde se compran y descargan las aplicaciones y se registran los datos de inicio de sesión y el historial de aplicaciones compradas previamente deben: prestar especial atención a las aplicaciones dirigidas a los niños para protegerles contra el tratamiento ilícito de sus datos y, en particular, hacer cumplir la información pertinente de manera sencilla y con un lenguaje propio de las edades en cuestión; con relación a los fabricantes de sistemas operativos y dispositivos que también como responsables del tratamiento de datos deben por un lado, garantizar la disponibilidad de mecanismos apropiados y los datos a que pueden acceder y, por otro, garantizar que todo acceso a una categoría de datos se refleja en la información del usuario antes de instalar la aplicación: por lo que, las categorías presentadas deben ser claras y comprensibles; y, en fin también a las terceras partes, pues, muchas aplicaciones gratuitas se costean mediante publicidad —como cookies u otros identificadores del dispositivo o banner dentro de la aplicación o anuncios fuera de la misma— además de conocer y cumplir sus obligaciones como responsables del tratamiento de datos cuando procesen datos personales sobre usuarios, debe abstenerse de tratar datos de niños para fines de publicidad compartamental directa o indirectamente y aplicar medidas de seguridad adecuadas. Esto incluye la transmisión segura y el almacenamiento cifrado de los identificadores únicos de dispositivo y de usuario y otros datos personales<sup>51</sup>.

Pues bien, atendiendo a los derechos que cualquier persona física cuyos datos personales sean objeto del tratamiento puede ejercer (derecho de acceso del interesado, derecho de rectificación y supresión (derecho al olvido), derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos, derecho de oposición y de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles), el artículo 94 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos como garantía de los derechos digitales se refiere al ejercicio del derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y destaca al respecto que, toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que, se hubieran facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Y como su-

puesto específico señala que, si los datos se hubieran facilitado al servicio por el afectado o por terceros durante su minoría de edad, y el afectado ejercitase este derecho al olvido, el prestador de redes sociales o servicios equivalentes deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad que concurran las circunstancias contenidas en el apartado 2 del citado artículo —que los datos sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieran devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información—.

En todo caso, en aras del respeto a la autonomía del individuo, al libre desarrollo de su personalidad, una vez que, el interesado menor alcance la edad de consentimiento digital puede confirmar, modificar o retirar el consentimiento dado por el titular de la patria potestad o tutor o autorizado por dicho titular.

Por otra parte, el Reglamento establece en su artículo 8.3 que las normas sobre requisitos de autorización parental con respecto a los menores no afectarán a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembro, como normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño». Por lo que, los requisitos de consentimiento válido para el uso de datos relativos a niños forman parte de un marco jurídico que debe considerarse independiente del Derecho contractual nacional. El Reglamento no incluye una armonización de las disposiciones nacionales del Derecho contractual. De todas formas, la regulación nacional y la europea pueden operar de forma simultánea.

Asimismo, el considerando número 38 del citado Reglamento establece que «(...)». El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños».

En fin, atendiendo a la actividad constante en redes sociales y en otros servicios de Internet por parte las personas físicas, incluidos menores de edad —identidad digital, huella digital—, y la existencia de un patrimonio digital que, se conforma a lo largo de nuestra existencia, la Ley Orgánica 3/2018 permite el mal llamado «derecho al testamento digital» (arts. 3 y 91) que, no representa un testamento especial, sino que para su otorgamiento se han de observar las formalidades testamentarias contenidas en nuestro Código civil que, sobre la base de lo previsto en los artículos 662 y 663 del citado cuerpo legal pueden testar (testamento notarial) los menores mayores de catorce años —misma edad que para consentir el tratamiento de datos—, frente a la exigencia de mayoría de edad en el testamento ológrafo.

## V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES

El artículo 1903.2 del Código civil establece que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». El fundamento de la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de los hijos que estén bajo su guarda se encuentra en la culpa *in vigilando* o *in educando* de los propios padres, pues, como contenido de la patria potestad está en tenerlos en su compañía, educarlos y proporcionarles una educación integral (art. 154 del citado cuerpo legal)<sup>52</sup>. Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, directa, por culpa propia y por hecho ajeno<sup>53</sup>. Si bien, esta responsabilidad cesa cuando los padres prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre

de familia para prevenir el daño; no obstante, en la mayoría de los casos no se admite tal exoneración de responsabilidad al no admitirse la prueba exoneratoria contemplada en el párrafo final del citado artículo 1903 del Código civil, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que, estamos ante un supuesto de responsabilidad cuasiobjetiva y, a la vez son muchas las resoluciones que destacan, precisamente, el matiz objetivo o cuasiobjetivo o calificándola de responsabilidad por semiriesgo<sup>54</sup>. Los sujetos responsables son ambos progenitores, que tienen al menor bajo su guarda —responsabilidad solidaria—<sup>55</sup>. Doble criterio de atribución, si bien, a diferencia de la responsabilidad de los tutores no se exige la convivencia del menor con sus padres<sup>56</sup>. Por lo que, atendiendo a tales criterios en caso de separación o divorcio la responsabilidad corresponde a quien tenga atribuida la guarda y custodia, sin perjuicio de exigir la responsabilidad al progenitor que está ejerciendo su derecho de visitas, precisamente, cuando el daño se produce durante ese periodo temporal, sin perjuicio de probar la responsabilidad también del otro progenitor por culpa *in educando*<sup>57</sup>. Igualmente, que en el caso de custodia compartida en la que se atribuye de forma alterna por periodos temporales determinados la guarda y custodia, atribuyéndose la responsabilidad al que tenga la guarda en el momento de producción del daño, salvo que, asimismo, se pruebe la responsabilidad de ambos por culpa *in educando* en cuanto que, la titularidad en ambos casos sigue siendo conjunta. Por otra parte, la responsabilidad de los padres puede concurrir con la de otras personas que, con su conducta contribuyeron a la causación del daño (guardador de hecho permanente no ocasional), moderándose su responsabilidad —reduciendo la cuantía—<sup>58</sup>. Señala YZQUIERDO TOLSADA como requisitos de esta responsabilidad parental: 1. Que el acto dañoso del hijo sea objetiva y comúnmente negligente; 2. Que los hijos se encuentren bajo su guarda; y 3. La culpa de los padres<sup>59</sup>. En cuanto el patrimonio que asume la deuda que se deriva de la responsabilidad, será en caso del régimen matrimonial de gananciales los bienes comunes (art. 1367 CC), salvo que, uno de los progenitores se exonere de responsabilidad probando su diligencia, siendo, en consecuencia, la deuda privativa (art. 1373 CC)<sup>60</sup>. Si estamos ante un régimen de separación de bienes, de las obligaciones contraídas por las deudas comunes responden ambos cónyuges, sin perjuicio del reparto interno entre cada uno en proporción a sus recursos económicos (art. 1438 CC); si bien, de darse el caso que uno de los cónyuges resulta exonerado, el obligado a responder, lo hace con su patrimonio privativo (art. 1440.1 CC); y, en fin, el régimen de participación por la remisión del artículo 1413 del Código civil se aplica las mismas reglas del régimen de separación de bienes; no obstante, si uno de los cónyuges abona la cantidad que corresponde asumir a ambos, aquel ostentará un crédito contra su consorte que, se computará en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirá del patrimonio del cónyuge deudor (art. 1426 CC); e, igualmente, si solo responde uno de los cónyuges, se atiende a la misma regla que, en el régimen de separación<sup>61</sup>.

En este contexto, los padres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales (art. 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018). Lo que forma parte del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC) y de la tutela (art. 269 CC)<sup>62</sup>; y, por otro, los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especial-

mente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información (art. 92 de la citada Ley Orgánica 3/2018).

Por lo que, cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes —páginas web del centro educativo o las personas físicas o jurídicas organizadoras de actividad o cualquier otro soporte publicitario digital— deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta Ley Orgánica 3/2018.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad penal de los menores de edad, el artículo 19 del Código Penal fija la edad penal en los dieciocho años, por lo que, los menores de dicha edad no serán responsables penalmente conforme tal Código, ni, en coherencia, los padres serán responsables civilmente por los actos delictivos cometidos por sus hijos menores de edad conforme, asimismo, lo previsto en el citado cuerpo legal. La Ley Orgánica 5/2000 de 2 de enero es la que regula la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años. Así, por un lado, el artículo 3 de esta LORPM dispone que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores prevista en el Código civil y demás disposiciones vigentes». Por lo que, los menores de catorce años serán inimputables penalmente y la eventual responsabilidad civil en que incurran los padres se regirá por lo dispuesto en el Código civil. Por otro lado, el artículo 61.3 de dicho cuerpo legal establece que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicio causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando estos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos»<sup>63</sup>. De forma que, serán imputables penalmente por los delitos o faltas cometidos por los menores mayores de catorce años conforme esta LORPM y, asimismo, se concreta quienes serán responsables civilmente. Como señala YZQUIERDO TOLSADA estamos ante una responsabilidad objetiva de los sujetos enumerados en el mencionado precepto y, añade que, hay varias cuestiones problemáticas «la primera hace referencia al propio diseño del consorcio de los responsables solidarios, pues, la expresión “por este orden” provoca serias dudas. La segunda se refiere al alcance de la facultad de moderación del juez en los casos en los que no haya contribución dolosa o gravemente culposa de quienes aparecen en la norma respondiendo junto al menor». Ante lo que se pregunta «¿Es una moderación del *quantum* resarcitorio o solo una moderación *ad intra*, exclusivamente referida a la determinación de las cuotas?»<sup>64</sup>.

En todo caso, este precepto establece la responsabilidad solidaria del menor mayor de catorce años y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, sin exigir que concurra otra circunstancia y sin perjuicio de la facultad moderadora que corresponde al juez, cuando aquellos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia. Aunque se dispone en el artículo 61.3 que se responde por este orden, la interpretación mayoritaria de la doctrina se inclina por entender que, no estamos ante un orden excluyente de personas, sino que responde en cada caso quien tenga la guarda del menor<sup>65</sup>.

En el ámbito de la tutela, el artículo 1903.3 del Código civil establece que los tutores son responsables «de los perjuicios causados por los menores e incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». En este caso,

la convivencia es el criterio que determina la responsabilidad civil de los tutores, máxime si hay un tutor de la persona y otro del patrimonio (art. 236.1 CC). Si son varios los tutores que conviven con el menor responden solidariamente<sup>66</sup>. Si el tutor es una persona jurídica privada el régimen de responsabilidad viene también determinado por lo previsto en el artículo 1903.4 del Código civil —responsabilidad del empresario por los daños y perjuicio causados por su dependiente—; si se trata de persona jurídica pública les resulta aplicable lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público que, prevé la repetición contra el personal al servicio de la Administración, si hubiera existido dolo o negligencia grave en su actuación.

Por otra parte, al igual que, sucede con la responsabilidad de los padres, el artículo 61.3 de la LORPM prevé también la responsabilidad civil de los tutores, si bien el juez puede moderar su responsabilidad, si no hubieran favorecido la conducta delictiva del menor con dolo o negligencia grave.

Por lo que, los padres y tutores responden civilmente por los daños ocasionados por sus hijos y tutelado sean o no imputables penalmente, tanto si la conducta dañosa ha tenido lugar en un entorno presencial o digital<sup>67</sup>.

Respecto a los centros docentes de enseñanza no superior, el artículo 1903.5 del Código civil señala que «las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias». La responsabilidad se fundamenta en la culpa *in vigilando* o deber de vigilancia que incumbe al Centro sobre sus alumnos menores de edad y en la culpa *in eligiendo* por la elección del personal docente o administrativo<sup>68</sup>. Esta responsabilidad subjetiva o por culpa, directa que, no opera si logra probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño<sup>69</sup>. Responden por los daños causados por sus alumnos menores de edad, bajo el control del centro desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias y contribuyendo con su culpa a la causación del daño por el alumno<sup>70</sup>. Ciertamente, los deberes de vigilancia de los padres de los menores se transfieren a los profesores del centro desde el mismo momento de la entrada en el mismo hasta la salida de él, una vez finalizada la jornada escolar<sup>71</sup>. Por su parte, el artículo 1904 párrafo 2 del Código civil se refiere al derecho de repetición frente al personal docente «si estos hubieren incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fueran causa del daño». Esta responsabilidad civil prevista en el Código civil se aplica a los centros docentes privados y concertados; pues, si estamos ante centros docentes públicos procede la aplicación del régimen de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal del servicio educativo. El artículo 9.4 de la LOPJ establece en estos casos como jurisdicción competente la contenciosa-administrativa en relación con las pretensiones que se deduzcan frente a la Administración del Estado o autonómica o municipal por el personal a su servicio, incluso si se ejercita frente a sujetos privados (compañía aseguradora).

Respecto a los ilícitos penales cometidos por los alumnos menores mayores de catorce años, no obstante, la falta de mención a los Centros Docentes en el artículo 61.3, no impide que se le incluyan en la categoría de guardadores de hecho y, en consecuencia, responsables civiles ante la conducta delictiva de sus alumnos menores de edad<sup>72</sup>.

En todo caso, como derechos de la era digital reconocidos en la Ley Orgánica 3/2018, el artículo 83 de la misma hace referencia, precisamente, al derecho a

la educación digital. Así corresponde al sistema educativo garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje en el uso de los medios digitales que, sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Para ello, la Administración educativa deberá incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red. Asimismo, se prevé que, para conseguir la completa implementación de este derecho, el profesorado habrá de recibir las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos fundamentales y particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos. En cuanto a la enseñanza universitaria, se dispone, asimismo, que los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado habrán de garantizar la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet. Por otra parte, las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquellos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales, materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y, en particular, en la protección de datos.

En todo caso, recordemos que, la utilización o difusión de imágenes o información personal de los menores en redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, podrá determinar la intervención del Ministerio Fiscal que, instará al respecto las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (art. 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018 y art. 4 de la LOPJM). Al respecto, los centros docentes pueden limitar o incluso prohibir el uso de dispositivos electrónicos durante la jornada escolar, se trate de actividades escolares, extraescolares o complementarias; o, incluso controlar el uso que se haga de los mismos, previa información a los alumnos menores y sus padres. De no restringir el uso, el centro escolar asume los daños que se puedan derivar del uso indebido de los mismos, y, el acceso a través de los mismos a redes sociales donde se publiquen fotografías o se graben imágenes de otros alumnos o profesores durante la jornada escolar. Asimismo, puede aplicar las medidas tecnológicas precisas para evitar que los medios tecnológicos que los centros docentes aporten a los alumnos para el desarrollo de su actividad escolar, sean utilizados indebidamente mediante los controles adecuados.

Precisamente, en el cumplimiento del deber de proteger a los menores (alumnos) frente a cualquier situación de dañosa que sufra por la actuación de otro alumno y, máxime se trate de una situación de acoso o violencia que sufran aquellos en las instalaciones del centro docente durante la jornada escolar desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.<sup>a</sup>, de 25 de enero de 2019<sup>73</sup> ante la acción de responsabilidad frente al centro escolar ejercitada por los padres de una alumna, la cual fue grabada desnuda mientras se duchaba en los vestuarios por una compañera con el teléfono móvil, difundiéndose las imágenes de la menor por Internet, considera la Audiencia que, el centro escolar demandado sí incurrió en responsabilidad por tan lamentable suceso. La sentencia declara probado con la

pericial practicada que, la captura y difusión de imágenes se produjo en el seno de una situación de acoso escolar que la hija menor ya venía padeciendo en el Centro escolar, con lo que el suceso que tuvo lugar el 15 de mayo de 2015 en las duchas de los vestuarios no puede calificarse de mera incidencia puntual o aislada. Por el contrario, es la culminación de un proceso de acoso escolar en sentido estricto, prologando en el tiempo aunque no haya presentado rasgos de fuerte o extrema violencia verbal o física, sí que se ha caracterizado por el desarrollo de una serie de conductas llevadas a cabo por algunas compañeras de la menor L. de forma explícita en unos casos y en otros a través de mecanismos más sutiles de fustigación y de desprecio que han ido ocasionando en la afectada confusos y reiterados sentimientos de humillación, discriminación y exclusión precisamente en el patio y lugares de visitas programadas, sin que los responsables del centro hubiese advertido lo que estaba ocurriendo. Las imágenes difundidas a través de redes sociales son nítidas y permiten identificar perfectamente a la alumna, lo que evidencia que su captación no fue una mera casualidad, sino fruto de ese contexto de acoso que sufría la menor. El suceso implica una total y absoluta negligencia en la actuación del centro escolar en cuanto al control del uso de los móviles, pues revela un fracaso total de los supuestos controles que se venían realizando para impedir un uso indebido de los teléfonos móviles, particularmente en un área especialmente delicada, y sensible como son las duchas y los vestuarios. La adopción de medidas que puedan considerarse adecuadas con posterioridad a producirse el suceso revela que las mismas podrían haberse aplicado con anterioridad y haber evitado que se captaran las imágenes de la hija de los demandantes. Concluye la Audiencia que una vez probada la responsabilidad del centro escolar a la luz del artículo 1903 del Código civil, debe estimarse la acción contra el mismo ejercitada por cuanto ha quedado acreditado el daño causado a la menor L. y a su entorno, también como consecuencia de la actuación negligente del centro educativo y se le condena al centro a abonar a la parte actora la cantidad reclamada en la demanda de 6.320 euros.

Por otra parte, en relación con la actuación de control y vigilancia del centro docente del comportamiento de los alumnos menores de edad pertenecientes al mismo y los límites que se han de respetar en su implementación, se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos en Resolución R/00177/2019<sup>74</sup> por la que archiva el procedimiento abierto contra el Instituto Público de Educación Secundaria y Bachillerato de la Comunidad de Madrid, a raíz de la instalación de cámaras de videovigilancia en el centro docente, en concreto en la zona de los aseos ante la constatación de actos vandálicos en dicha zona y por tener fundadas «sospechas» el director del centro del tráfico de sustancias ilegales en el interior de los mismos. Al respecto no consta que, se procediera a colocar cartel informativo, indicando que se trataba de una zona videovigilada, ni que se informara de derecho alguno a los alumnos del centro. Tampoco consta que, se tratara de un asunto expuesto en las sesiones de los órganos del centro escolar, ni tampoco se informó de esta decisión a los distintos sectores de la comunidad educativa, ni, en fin, se había informado previamente a la Dirección de Área Territorial a la que se encuentra adscrito el IES. Si bien, la cámara no disponía de la capacidad para la obtención de sonido alguno y solo se procedió a instalar una única cámara operativa, enfocando hacia la puerta de acceso a la zona de lavabos, de manera que se controlaba la entrada/salida del espacio en cuestión, obteniendo imágenes de los alumnos que entraban en dicha zona. Este dispositivo fue intervenido por la Guardia Civil en fecha de 6 de junio de 2018, siendo trasladado al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (Colmenar

Viejo) donde se desarrollaron las oportunas Diligencias Previas. Estas Diligencias finalizaron con el auto de fecha de 4 de febrero de 2019 procediendo a decretar el sobreseimiento de las actuaciones y el archivo de la causa. No obstante, este archivo judicial de la causa, ante la trascendencia del caso, la Agencia Española de Protección de Datos procedió al inicio de un procedimiento de infracción que culminó en la resolución citada. Al respecto argumenta la Agencia que, la instalación de aparatos de videovigilancia con fines de seguridad está *a priori* permitido en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando se ajuste a los requisitos y límites impuestos por el legislador. Si bien, existen zonas reservadas a la intimidad de las personas, como es el caso de los vestuarios, gimnasio, lavabos, etc., en dónde la instalación de este tipo de dispositivos puede suponer una afectación de un área que está libre de la intromisión de extraños. Por otra parte, se indica que, la colocación de cámaras de videovigilancia en los centros educativos es una medida que ha proliferado en los últimos años, para evitar actuaciones «incorrectas» en los mismos, si bien, las cámaras pueden estar instaladas en el exterior o en el interior (v.gr., zona de pasillos), existen áreas reservadas a la intimidad de los estudiantes, debiendo ser especialmente cautelosos a la hora de ponderar los derechos que en cada caso entran en colisión. Es necesario, en todo caso, informar y avisar a los afectados que, se encuentran en un área videovigilada a través de los correspondientes carteles.

Pues bien, continúa la Agencia manifestando que, con la decisión adoptada por el centro se produce entonces un conflicto entre la seguridad pretendida y el derecho a la intimidad en una zona reservada, procediendo por ello a comprobar si la misma supera el juicio de proporcionalidad. Ciertamente, la medida se adoptó de manera unilateral por el director del centro, sin informar a la APA, a la Autoridad educativa competente o a la Autoridad judicial más próxima y sin colocar, como se ha puesto de manifiesto, un cartel informativo. Por lo que, la actuación del Director se considera desproporcionada, porque con independencia de la valoración penal de los hechos, desde un punto de vista de Derecho administrativo, no admite demasiada discusión, pues, se procedió a colocar un dispositivo de obtención de imágenes (dato personal) en una zona reservada de manera subrepticia, sin informar al respecto a nadie de la finalidad del tratamiento. Por tanto, queda acreditada la conducta infractora (tipo objetivo) descrita en el entonces vigente artículo 4 de la derogada Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos.

Ahora bien, en relación al derecho a la intimidad, la resolución cita la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de tal derecho a la intimidad, como derivación de la dignidad de la persona que, reconoce el artículo 10 de la Constitución Española. Igualmente, se indica que, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, si bien, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de estos derechos viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Pues bien, sobre tales bases, se señala que, el hecho que la zona de lavabos pudiera ser un lugar de intercambio de sustancias prohibidas, no justifica la instalación, sin más del dispositivo en cuestión, es decir, sin haber hecho el más mínimo análisis previo de la ponderación de la medida y la existencia de alternativas menos invasivas de la privacidad e, igualmente, eficaces. Además de la desproporción de la medida, esta se adopta sin informar a los alumnos del Centro, afectando con ello al contenido del derecho a la protección de datos. De acuerdo con lo expuesto concluye la Agencia que, se produjo una infracción del artículo 4 de la LOPD, al instalar el director del centro un dispositivo

de videovigilancia en el interior de una «zona reservada» como es el área de los lavabos, sin que se adoptara medida alguna para informar ni a los afectados ni a la Administración educativa, ni a los progenitores de los mismos, o dar traslado a la Autoridad judicial competente. No obstante, no se impone sanción o medida alguna, pues, la cámara se retiró del lugar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes, y, en consecuencia, se archiva el procedimiento. Al ser una resolución que pone fin a la vía administrativa, cabe recurso ante la Audiencia Nacional.

El artículo 22 de la Ley Orgánica 3/2018 se refiere al tratamiento de datos con fines de videovigilancia y a tal fin establece que, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, pueden llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas o bienes, así como de sus instalaciones. Asimismo, se exige al responsable del tratamiento de los datos que cumpla con el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento General de Protección de Datos y se entenderá cumplido este deber mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable, y la posibilidad que tiene el interesado o afectado de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del citado Reglamento. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de Internet a esta información. En todo caso, partiendo de la no aplicación de este Reglamento al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades personales o domésticas [art. 2.2 c)], se considera, en consecuencia excluido del ámbito de aplicación de esta normativa relativa al tratamiento de datos con videovigilancia, el tratamiento que una persona física haga de imágenes que se capten en el interior de su domicilio. Si bien, esta exclusión no abarca al tratamiento de datos realizado por una entidad de seguridad privada que hubiera sido contratada para la vigilancia del domicilio y tuviera acceso, precisamente, a las imágenes. En fin, los datos personales que sean objeto de tratamiento mediante estos dispositivos de videovigilancia serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. De todas formas, a este tratamiento de datos no será de aplicación la obligación de bloqueo contenida en el artículo 32 de esta Ley Orgánica 3/2018.

Aplicado al caso, resulta necesario informar a los afectados de la instalación de cámaras de videovigilancia mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable, y la posibilidad que tiene el interesado o afectado de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del citado Reglamento y con la instalación de las mismas en el exterior o en el interior del centro docente (zona de pasillos) excluyendo aquellas que pueden vulnerar el derecho de intimidad de los alumnos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 675, enero-febrero, 11-54.

- ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada: Comares.
- BRITO IZQUIERDO, N. (2018). Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales, *Actualidad Civil*, número 5, mayo.
- (2017). Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos, *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad. En: V. M. Garrido de Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas.
- DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XL, núm. 3, 795-894.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *LA LEY Derecho de Familia*, número 20, octubre-diciembre 2018, 1-14.
- GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid: Montecorvo.
- (2016). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. IV*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes. En: L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓRRIZ ROYO, E. M. (2016). *On-line child grooming*, desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1.º CP. En: M.<sup>a</sup> L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada: Comares.
- GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 1-14.
- MARTOS DÍAZ, N. (2019). Principios (arts. 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGDD). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). La protección del honor de los menores en las redes sociales, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil*, Madrid: Edisofer.

- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IX*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 1-10.
- REYES MÉNDEZ, D. (2019). El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica, *Diario La Ley*, número 9335, sección Tribunal, 11 de enero.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier.
- TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). *Sharenting* y la responsabilidad parental, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 1-8.
- VALDECANTOS, M. (2018). El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos, *Actualidad Civil*, número 5, mayo, 1-10.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de P. Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2.ª ed., Cizur Menor.
- (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.ª ed., Madrid: Dykinson.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STEDH, secc. 3.ª, 20 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de julio de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.ª, 2 de noviembre de 2016.
- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1.ª, 29 de noviembre de 2018.
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, 2 de octubre de 1998.
- SAP Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999.
- SAP Las Palmas, secc. 5.ª, 22 de junio de 1999.
- SAP Murcia, secc. 1.ª, 18 de enero de 2000.

- SAP Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 5 de marzo de 2001.
- SAP Zaragoza, secc. 1.<sup>a</sup>, 23 de junio de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 3.<sup>a</sup>, 13 de julio de 2006.
- SAP Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 1 de septiembre de 2008.
- SAP Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 14 de julio de 2010.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 26 de enero de 2012.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 14 de marzo de 2013.
- SAP Madrid, secc. 19.<sup>a</sup>, 21 de febrero de 2013.
- SAP Granada, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de junio de 2014.
- SAP Huelva, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de junio de 2014.
- SAP Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 24 de febrero de 2015.
- SAP Pontevedra, secc. 12.<sup>a</sup>, 4 de junio de 2015.
- SAP Palencia, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2016.
- SAP Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, 6 de julio de 2017.
- SAP Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de febrero de 2017.
- SAP Valladolid, secc. 3.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 16 de noviembre de 2018.
- SAP Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, 3 de diciembre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 5.<sup>a</sup>, 25 de enero de 2019.

## NOTAS

<sup>1</sup> RTC 94/1998.

<sup>2</sup> RTC 292/2000.

<sup>3</sup> La citada sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre 2000 (RTC 2000/292) dispone en su *Fundamento Jurídico séptimo* que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la 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 el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales requieren como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos».

<sup>4</sup> *Vid.*, el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento del Grupo de Trabajo del artículo 29 adoptado el 13 de julio de 2011 (WP 187), 12.

Asimismo, *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5718); y la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 27374).

<sup>5</sup> En el Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, 9-10 y 27, señala al respecto que, el concepto de consentimiento está vinculado a la idea de que el interesado debe controlar el uso que se hace de sus datos. Asimismo, el consentimiento está relacionado con el concepto de autodeterminación y la transparencia es una condición para la posesión del control y de validez del consentimiento. Para ser válido el consentimiento debe estar informado y, la obtención del consentimiento antes del comienzo del tratamiento de los datos constituye una condición fundamental para legitimar el tratamiento de datos. Es fundamental utilizar el consentimiento «en el contexto adecuado». Para ser válido, el

consentimiento debe ser específico. Y un consentimiento informado por parte del interesado supone un consentimiento basado en la apreciación y comprensión de los hechos y consecuencias de una acción.

En cuanto a los parámetros de privacidad por defecto de una red social a los que los usuarios no acceden necesariamente al utilizarla, que permitan a la totalidad de la categoría «amigos de amigos» hacer que, toda la información personal de cada usuario puede ser vista por todos los «amigos de amigos», señala el Dictamen que, los usuarios que no desean que su información sea vista por los «amigos de amigos» tienen que pulsar un botón. El responsable del tratamiento considera que, si se abstiene de actuar o no pulsan el botón han consentido en que se puedan ver sus datos. Sin embargo, es muy cuestionable que no pulsar el botón signifique que por lo general las personas *consienten* en que su información pueda ser vista por todos los amigos de amigos. Debido a la incertidumbre en cuanto a si la inacción significa consentimiento, el hecho de no pulsar no puede considerarse consentimiento inequívoco. Este ejemplo como aclara el citado Dictamen ilustra el caso de la persona que permanece pasiva (por ejemplo, inacción o «silencio»). Por lo que, el consentimiento inequívoco no encaja bien con los procedimientos para obtener el consentimiento a partir de la inacción o el silencio de las personas: el silencio o la inacción de una parte es intrínsecamente equívoco (la intención del interesado podría ser de asentimiento o simplemente no realizar la acción).

<sup>6</sup> *Vid.*, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 del Grupo de Trabajo del artículo 29 adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018 (WP 259 y rev. 01), 17-18.

<sup>7</sup> La Agencia Española de Protección de Datos en su Informe Jurídico 93/2008 sobre Formas de obtener el consentimiento mediante web: consentimientos tácitos, 1 señala que, conforme al artículo 7 de la LOPD el consentimiento se podrá obtener de forma expresa o tácita, es decir, tanto como consecuencia de una afirmación específica del afectado en ese sentido, como mediante 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 la mencionada respuesta negativa». Y añade que, «En el supuesto de que la recogida de datos se realice a través de una página web, las obligaciones a las que acabamos de referirnos, suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se acceden a través de enlaces como puede ser «aviso legal» o «política de protección». También es importante incluir algún tipo de «link» de este tipo en relación con los derechos de los interesados de rectificación, cancelación, acceso y oposición».

<sup>8</sup> *Vid.*, Directrices sobre el consentimiento, 18.

<sup>9</sup> De todas formas, es posible que, si el consentimiento se recabe para varias finalidades, se puedan agrupar en función de su similitud. En cambio, habrán de separarse cuando el tratamiento implique conductas diferentes —por ejemplo, el responsable que recaba los datos y al que se ceden estos—.

<sup>10</sup> En esta línea, VALDECANTOS, M. (2018). El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento Europeo de Protección de Datos, *Actualidad Civil*, número 5, mayo, 8.

<sup>11</sup> *Vid.*, las Directrices sobre el consentimiento, 26.

<sup>12</sup> Se aplica a todos los menores que, se encuentren en la Unión Europea —el artículo 3 apartado 2 del Reglamento antes de la corrección de errores se refería a los interesados que residían en la Unión, ahora que tras la misma, la redacción definitiva basta que se encuentren en la Unión Europea—. Los menores son interesados (personas físicas) cuyo tratamiento de datos realizado por los responsables o encargados del tratamiento va a ser objeto de protección.

<sup>13</sup> El consentimiento para el tratamiento de datos personales de menores no se regulaba en la Ley Orgánica 15/1999, aunque sí en el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre).

El Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas) del Grupo de Trabajo del artículo 29, emitido el 11 de febrero de 2009 (WP 160), 2-6 y 11-12, debe considerarse en el contexto de la iniciativa general de la Comisión Europea que se describe en la Comunicación «Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia», pretende reforzar

el derecho fundamental de los niños a la protección de datos personales. El objeto de este Dictamen es analizar los principios generales que se aplican a la protección de los datos de los niños, así como explicar su pertinencia en un sector crítico específico como el de los datos escolares. Se indica que, un niño es una persona menor de 18 años, salvo si ha adquirido la mayoría de edad legal antes de esa edad. Desde un punto de vista estático, el niño es una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica. Desde el punto de vista dinámico, se encuentra en un proceso de desarrollo físico y mental que le convertirá en adulto. Los derechos del niño y su ejercicio —incluso el derecho de protección de datos— deben expresarse teniendo presente ambas perspectivas. Por otra parte, el principio de interés superior del menor presenta dos aspectos: en primer lugar, el principio que exige que la intimidad de los niños se proteja de la mejor manera posible mediante la aplicación, en la medida de lo posible, de los derechos de protección del niño y su derecho a la intimidad entren en conflicto. En estos casos, los derechos de protección de datos podrán dejar paso al principio del interés superior. Al ser el niño una persona todavía en desarrollo, el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos, debe adaptarse al nivel de su desarrollo físico y psicológico. Los niños no solo están en proceso de desarrollo, sino que tienen derecho a este desarrollo. La regulación jurídica de este proceso varía según los Estados, pero todas las sociedades deben tratar a los niños según el grado de madurez. Cuando el tratamiento de los datos de un niño haya requerido el consentimiento de su representante legal, al alcanzar la mayoría de edad el niño podrá retirar su consentimiento. Pero si desea que continúe el tratamiento de sus datos, parece que el interesado deberá dar su consentimiento expreso siempre que se le requiera. Finalmente, el derecho de acceso lo ejerce el representante legal del niño, pero siempre en el interés de este. En función del grado de madurez del niño, este derecho se ejercerá en su nombre y conjuntamente con el niño. En ciertos casos, el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo.

<sup>14</sup> El considerando número 58 del Reglamento establece al respecto que «dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender».

<sup>15</sup> El artículo 4 apartado 25 del Reglamento define el servicio de la sociedad de la información como «todo servicio conforme a la definición del artículo 1 apartado 1 letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento y del Consejo».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre, asunto C-108/09 (KER/Optoka), apartados 22 y 28 ha señalado que servicios de la sociedad de la información incluye los contratos y otros servicios que se celebran o transmiten en línea. Cuando un servicio tenga dos componentes independientes desde el punto de vista económico, siendo uno el componente en línea, como la oferta y la aceptación de una oferta en el contexto de la celebración de un contrato o la información relacionada con productos o servicios, incluidas las actividades de mercadotecnia, este componente se definirá como servicio de la sociedad de la información. El otro componente, que sería la prestación física o la distribución de bienes, no estará incluido en la noción de servicios de la sociedad de la información. La prestación de un servicio en línea formaría parte del ámbito de aplicación del término servicio de la sociedad de la información que se contiene en el artículo 8 del Reglamento.

<sup>16</sup> El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 «(...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad».

<sup>17</sup> GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *LA LEY Derecho de Familia*, número 20, octubre-diciembre de 2018, 6-7; en esta línea, REYES MÉNDEZ, D. (2019). «El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica», *Diario La Ley*, número 9335, sección Tribunal, 11 de enero, 3.

En el Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (WP 160), 6, se indica al respecto que «gradualmente, los niños pueden llegar a ser capaces de participar en la toma de decisiones que les conciernen. A medida que crecen deben participar con más regularidad en el ejercicio de sus derechos, incluidos los relativos a la protección de datos».

<sup>18</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad. En: V.M. Garrido de Palma (coord.) *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 143.

<sup>19</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 2788).

<sup>20</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 28).

<sup>21</sup> *Vid.*, las Directrices sobre consentimiento, 29. Por su parte, el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptada el 12 de junio de 2009 (WP 163), 12 señala al respecto que: «Las autoridades encargadas de la protección de datos han emprendido iniciativas interesantes en todo el mundo, centradas principalmente en la sensibilización en materia de servicio de red social (SRS) y los posibles riesgos. El Grupo de Trabajo fomenta investigaciones complementarias sobre la manera de solucionar las dificultades que rodean la comprobación de la edad requerida y la prueba del consentimiento informado, con el fin de afrontar lo mejor posible estos retos».

Al respecto, el artículo 13.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 establecía que «en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior».

<sup>22</sup> MARTOS DÍAZ, N. (2019). Principios (arts. 6-11 del RGPD. Artículos 4-10 de la LOPDGD). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD*, Barcelona: Bosch, 340, precisa al respecto que «a día de hoy, hay escasos mecanismos tecnológicos que pueden verificar la identidad jurídica de una persona y los que hay no están accesibles para cualquier ciudadano que utilice los servicios de la sociedad de la información».

<sup>23</sup> Por su parte, GARCÍA HERRERA, V. (2018). El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1), *op. cit.*, 11, plantea la posibilidad que el menor que no puede prestar el consentimiento por sí solo, engañe al responsable del tratamiento, falsificando su DNI o falsificando la firma de sus representantes legales y presentando su DNI sin su consentimiento e incluso, sin su conocimiento. Para evitar esto, propone que «a los mecanismos previos de verificación del consentimiento, se podrían añadir otros aptos para llevar a cabo dicha comprobación *a posteriori*», así señala que «una vez facilitado el consentimiento por parte de los representantes legales, el responsable del tratamiento podría enviar un correo electrónico o un fax a la Dirección de e-mail o número de teléfono-fax facilitado por aquellos en el formulario de consentimiento, para que respondan ratificando su declaración de voluntad, e incluso podrían hacer una llamada al número de teléfono proporcionado, con el mismo propósito».

<sup>24</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 382, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Por su parte, DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario al Código civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1558, dispone que «la patria potestad se configura más como una situación de poder, autoridad o imperio como un haz de derechos, deberes y de pocas facultades, sin perjuicio que los padres titulares de la potestad pueden guiar el proceso de maduración del menor hasta su autonomía con respecto de los principios y derechos constitucionales». Igualmente, para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de P. Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2.ª ed., Cizur Menor, 786, la patria potestad ha perdido su naturaleza de derecho subjetivo para ser entendido a modo de institución de auténtico orden público como una función «cuyo contenido está

formada más por deberes que por derechos». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447) señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968/1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9223); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 7 de marzo de 1996 (*AC* 1996, 472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 20 de julio de 1998 (*AC* 1998, 6865); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 139719); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 6 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 251176); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513/2008); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431/2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 14 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 162904) principio basado en beneficio de los hijos. Derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible; y de la Audiencia Provincial Illes Balears, secc. 4.ª, 3 de diciembre de 2018 (LA LEY 203891/2018) pese a la complicada situación de los hijos menores que resulta acreditada por su mal comportamiento con amenazas de muerte a su padre, consumo de estupefacientes, absentismo escolar o abandono por la madre, la Audiencia declara improcedente la solicitud de renuncia a la patria potestad que hace el padre, por no ser la patria potestad un derecho renunciabile, sino un conglomerado de derechos y deberes que la ley establece para los progenitores respecto de sus hijos.

<sup>25</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7447); 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993, 478); y 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 27 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 358).

<sup>26</sup> RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier, 19.

<sup>27</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de julio de 1987 (*RJ* 1987, 5809); 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9223); y, 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 5905); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 27 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 358); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, 22 de julio de 1996 (*AC* 1996, 1313); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 2037) ejercicio conjunto y función establecida en beneficio de los hijos; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 3913) función al servicio del hijo; de la Audiencia Provincial de Ávila, 18 de junio de 1999 (*AC* 1999, 2279); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 18 de enero de 2000 (*AC* 2000, 157); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 26 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 329118).

<sup>28</sup> Precisamente, en este deber de velar por los hijos y sobre la base de un control parental, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 10 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6401) se ha considerado lícito el acceso a la cuenta abierta por su hija menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia ante la sospecha que pudiera ser víctima de un delito de ciberacoso o *Child Grooming* argumentando la Sala que «estamos hablando de un madre que, es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en

la que no cabría excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en caso como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esta naturaleza, contrariarían los deberes que se asigna por la legislación civil». Además señala la citada resolución que «se trata de una actividad delictiva no agotada sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar» y «la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esta intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia *ex post*), sino que además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en lo que constituye una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuridicidad».

<sup>29</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9484); 5 noviembre 2003 (*R* 2003/8026); 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5246); y, 5 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6700).

<sup>30</sup> *Vid.*, las Directrices sobre consentimiento, 29.

<sup>31</sup> *Vid.*, las Directrices sobre consentimiento, 30.

<sup>32</sup> BRITO IZQUIERDO, N. (2018). Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales, *Actualidad Civil*, número 5, mayo, 9-11; de la misma autora (2017). «Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos», *LA LEY Derecho de Familia, Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 7-8. También hace referencia a la normativa COPPA, REYES MÉNDEZ, D., El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica, *op. cit.*, 8.

<sup>33</sup> Como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad, *op. cit.*, 75-76 deducida de la conducta del otro progenitor. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 14 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 219141); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 4 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 240175) cotitularidad conjunta. Debe considerarse como la medida más normal de ejercicio de la patria potestad.

<sup>34</sup> DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil, *op. cit.*, 1593, quien añade que «esto no debe impedir que el padre actuante, en un ejercicio correcto y leal comunique inmediatamente su decisión al otro».

<sup>35</sup> DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código civil, *op. cit.*, 1599, que, además entiende que «habrá también que valorarse también la naturaleza del acto que se trata, pues no sería lo mismo la que resulta exigida para un acto ordinario o cotidiano que para un acto extraordinario (realizar un acto de disposición)»; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad, *op. cit.*, 388; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2015). La patria potestad, *op. cit.*, 94, señala que, con esta norma se facilita el tráfico jurídico y se evita que se impugnen los actos llevados a cabo por uno de los progenitores.

<sup>36</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 11 de junio de 1993 (*AC* 1993, 1898).

<sup>37</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de septiembre de 2000 (*AC* 2001, 37); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 5 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 297307); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 16 de noviembre de 2018 (*LA LEY* 193131/2018) al encontrarse el padre ilocalizable, en paradero desconocido y en rebeldía procesal, con dejación de sus deberes parentales, desatendiendo a su hijo, la Audiencia atribuye el ejercicio de la patria potestad en exclusiva a la madre por ser lo más beneficioso para el menor, sin perjuicio que la titularidad de la patria potestad la siga conservando el padre y de la posible recuperación de su ejercicio que, pueden acordar los tribunales en interés del hijo, cuando hubiese cesado la causa que la motivó.

<sup>38</sup> TINTORÉ GARRIGA, M.ª P. (2017). Sharenting y la responsabilidad parental, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 2 se refiere, precisamente, a los «Padres Shareng» y señala que «actualmente, varios estudios concluyen que un porcentaje muy elevado de padres sube imágenes de sus hijos a redes sociales diariamente, siendo muy reducido el de aquellos que nunca han colgado ninguna fotografía de sus hijos». Los estudios, añade la autora también advierten que «el 80% de los

bebés tiene presencia en Internet al cumplir los seis meses de edad y el 25% incluso antes de haber nacido. Las motivaciones de los padres son muy diversas: tener informados a amigos y familiares sobre las actividades de sus hijos un 56%; mostrar el afecto hacia sus hijos un 49%; algunos consideran que es un buen lugar para guardar los recuerdos con un 34%; y otros grupo simplemente por rivalidad con las actividades de los hijos de otros padres, el 25%. Y, respecto a las plataformas más utilizadas y en las cuales se pueden encontrar más fotografías de menores señala la autora son: «Facebook con un 77% de información subida a la red; le sigue Instagram con un 48%; y el resto de plataformas y servicios de mensajería instantánea como Flickr, Twitter, Whashapp cubren el otro porcentaje».

<sup>39</sup> Entre los delitos que se cometen a través de medios tecnológicos podemos citar, el llamado delito de *grooming* o *Child grooming* regulado en el artículo 183 ter del Código Penal en el que un adulto —habitualmente un depredador sexual— contacta con un menor a través de Internet, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación con el objeto de crear un vínculo afectivo, intentando ganarse su confianza y concertar un encuentro o una cita con claros fines sexuales. Incluye actuaciones que van desde un acercamiento con empatía y/o engaño, hasta el chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor con el objeto de cometer abusos o agresiones sexuales contra el mismo, o de utilizar a los menores con fines exhibicionistas o pornográficos (arts. 183 y 189 del CP); el delito de *ciberslalking* o acoso reiterado y continuado a través de Internet, impidiendo a la víctima desarrollar una vida normal. El delito de *stalking* o acoso reiterado o insistente no autorizado ni consentido por la víctima que, le impide desarrollar una vida normal, alterando el desarrollo de la misma está previsto en el artículo 172 ter del Código Penal; la usurpación de cuentas en redes sociales y la suplantación de identidad normalmente a través de la creación de perfiles falsos utilizando el nombre e imagen de otra persona que, puede ser un menor para cometer actos delictivos en la red: fraudes, ciberacoso, extorsión; la práctica conocida como «*morphing*» que es distorsionar, manipular y modificar la imagen de una persona difundida en la red, que puede ser la de un menor, con intenciones sexuales o vejatorias. En fin, las imágenes de los menores se pueden utilizar con fines de pornografía infantil. *Vid.*, sobre tales formas delictivas, TINTORÉ GARRIGA, M.<sup>a</sup> P. (2017). *Sharenting* y la responsabilidad parental, *op. cit.*, 3; GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 1-3; POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 6 y 8-9; GÓRRIZ ROYO, E.M. (2016). *On-line child grooming* desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del artículo 183 ter) 1.º CP. En: M.<sup>a</sup> L. Cuerda Arnau (dir.), *Menores y Redes sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 265.

<sup>40</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 4 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 163149) dispone al respecto que «aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que, ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y de oponerse esta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 6 de julio de 2017 (*AC* 2017, 1201) acción de protección del derecho a la propia imagen de su hija menor frente a la conducta del padre y de la abuela paterna consistente en la obtención de determinadas fotografías del menor y su inclusión en los respectivos perfiles de Facebook de los demandados. En dichas fotografías se hace únicamente alarde de cariño y orgullo, en el caso de la abuela por su nieto. Todo ello sin perjuicio que cuando conoció la oposición de la madre, se retiraron las fotografías, por lo que se entiende que no hay intromisión en la intimidad del menor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 22 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 164632) matiza que, cuando la publicación de las fotos de los menores en redes sociales se destinan únicamente a parientes y amigos más cercanos, no se atenta con ello al derecho de imagen del menor. Si bien, recuerda de nuevo que, ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección

integral de su hijo, restringiendo la privacidad de las imágenes únicamente a sus familiares y amistades más cercanas. También en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 15 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 82242), pues, ante la falta de prueba que, el acceso a la cuenta fuese pública y el no constar más que la posibilidad de acceso a fotografías realizadas por la abuela a su círculo más íntimo de familiares y amigos entre los que se encontraba la madre y los padres de los niños, no se puede entender que se haya podido vulnerar la intimidad y la propia imagen de los menores por adecuarse el comportamiento de la abuela a los usos sociales más extendidos de publicación de noticias y fotografías de ámbito familiar ente los más allegados.

<sup>41</sup> Los menores sin tener en cuenta los riesgos que de ello se derivan, han generalizado una práctica de enviarse vídeos o imágenes con cierto contenido erótico, sexual, lo que puede dar lugar a la sextorsión, esto es, extorsionar a la víctima con la amenaza de difundir o divulgar las imágenes de forma generalizada sin no se cede a determinadas pretensiones económicas. El *sexting* está regulado en el artículo 197.7 del Código Penal consiste en el envío de contenidos de tipo sexual (fotografías y/o vídeos) producidos generalmente por el propio remitente a otras personas por medio de teléfonos móviles; o, en fin, el ciberbullying o el ciberacoso entre escolares. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 1.ª, 5 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 258699) señala que, el *sexting* «supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consiente en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre (*Fundamento de Derecho Primero*)».

GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *op. cit.*, 3 se refiere a un nuevo caso de ciberacoso el llamado «happy slapping» en el que «dos o más acosadores atacan a un menor y en el que además de la agresión física, hay una agresión moral devastadora puesto que esa agresión es grabada y difundida en las redes y a través de Internet». Por su parte, POLVOROSA ROMERO, S. (2017). El acoso escolar llevado a Internet: los smartphone y los smartwatch, *op. cit.*, 6, señala que, los últimos estudios sitúan la edad en la que empieza a darse el *sexting* en niñas de 7 y 8 años; y, como características del *ciberbullying* señala las siguientes: «1. La víctima sufre un deterioro de la autoestima y dignidad personal dañando su estatus social, provocándole victimización psicológica, estrés emocional y rechazo social; 2. La situación de acoso se dilata en el tiempo: excluyendo las acciones puntuales; 3. El comportamiento por parte del acosador es intencional, no accidental; 4. El medio utilizado para llevar a cabo el acoso es tecnológico: Internet y cualquier medio asociados a esta forma de comunicación: telefonía móvil, redes sociales; 5. Puede evidenciarse cierta jerarquía de poder; 6. Es frecuente los episodios de ciberacoso puedan estar ligados a situaciones de acoso en la vida real y de acoso escolar; 7. El alcance 24x7 que hace referencia a que la potencial agresión se puede producir 24 horas al día, los 7 días de la semana; y 8. El anonimato o engaño acerca de la autoría desde el que se puede producir la agresión», 7.

<sup>42</sup> GUARDIOLA, M. (2017). Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, *op. cit.*, 4 se refiere a diversas herramientas de control parental como: Quostodio, Talk Kids, kiddle, Yahoo Kids, Kids place, y Teen Safe entre otras.

<sup>43</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, secc. 3.ª, 20 de junio de 2017 (TEDH 2017/66); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2661); y, 25 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5324) menores de edad fotografiados en el momento de su recogida por sus padres a la salida del colegio con un ligero difuminado de sus ojos que permiten perfectamente reconocer su rostro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, 21 de febrero de 2013 (*AC* 20137924) fotografía de una menor en una vida al aire libre, siendo una publicación no autorizada por el padre; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.ª, 8 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1827) fotografías de una menor junto a sus padres en revista del corazón sin difuminar ni ocultar su rostro; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 3 de mayo de 2017 (*AC* 2017, 966) pixelado insuficiente en periódico digital que, no impide el reconocimiento del menor y ausencia de consentimiento; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 31 de mayo de 2018 (*AC* 2018, 1806); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 5 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 265069).

<sup>44</sup> TINTORÉ GARRIGA, M.<sup>a</sup> P. (2017). Sharenting y la responsabilidad parental, *op. cit.*, 4 expone dos casos, así señala que «en Austria una joven de 18 años denunció a sus padres por no retirar el álbum de fotos familiares que había colgado en las redes». Y, asimismo, indica que, en Francia el año pasado «las autoridades advirtieron a los padres que la ley prevé multas de hasta 60.000 euros y hasta un año de cárcel si se difunden fotos de una persona sin su consentimiento». En fin, recuerda la autora que «los menores con la mayoría de edad, también pueden presentar demandas contra sus progenitores por haber subido fotos o videos que consideren denigrantes o dañen su propia imagen».

<sup>45</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 5/2006 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, adoptado el 25 de noviembre de 2005 (WP 115), 9-10 señala con respecto a la localización de menores que: «el Grupo ha observado el desarrollo de servicios de localización para los padres que permiten, por ejemplo, conectarse a un sitio web para conocer el paradero de un hijo al que le han dado un teléfono móvil. Este tipo de servicios plantea una serie de problemas relacionados especialmente con la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos intereses y derechos en juego». Ciertamente, «es muy probable que un servicio por el que se pueda conocer el paradero de sus hijos mediante un teléfono móvil satisfaga los deseos de algunos padres». Por lo que, el Grupo hace un llamamiento para que al menos se vigile la utilización de este tipo de servicios y señala que «se deberían prestar de acuerdo con las normas sobre el tratamiento de datos de localización y de conformidad con la legislación nacional específica relativa a la edad de los menores en cuestión». En consecuencia, señala que «los proveedores de servicios han de introducir los procedimientos apropiados para identificar a las personas que se registren como padres y circunscribir el acceso al servicio a dichas personas».

<sup>46</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6722) principio del interés del menor inspirador de todo el régimen; el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de junio de 2012 (RJ 2012, 8798) interés del menor representa un concepto jurídico indeterminado que se debe precisar en cada caso concreto; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 16 de marzo de 2004 (JUR 2004, 106754); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 2 de febrero de 2010 (JUR 2010, 186025) principio inspirador de todo el régimen de la patria potestad, y, el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 37872) cualquier medida que se adopte en relación con el menor tiene presente el interés más digno de protección el del menor.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, 910-911. Para GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada: Comares, 47-48 «no se puede generalizar la consideración de medio de comunicación a los efectos del artículo 4.3 de la LOPJM a toda red social», pero sí entiende que aquellas que «tienen vocación de ser públicas y sin fronteras» como por ejemplo Facebook o Twitter pueden ser equiparados, pues, pueden tener el mismo eco que pueda tener un medio de comunicación tradicional, mientras que los que tienen vocación de redes restringidas como WhatsApp no responden a criterios de medio de comunicación del artículo 4.3 de la LOPJM, por lo que no les resultará de aplicación».

<sup>48</sup> *Vid.*, el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, 5.

En todo caso, como servicios de la sociedad de la información les resulta aplicable el artículo 16.1 de la Ley 34/2002 de 11 de junio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico que, entiende que son responsables de la información almacenada siempre que, tengan conocimiento efectivo que, la información almacena es ilícita. De ahí que, se considere que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo «cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». Si bien, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de diciembre de 2009

(RJ 2010, 131) pone de manifiesto que, conocimiento efectivo no solo tiene lugar cuando el órgano competente haya declarado previamente la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y ordenado la retirada de los contenidos, no cabe prescindir que conocimiento efectivo también tiene lugar cuando el mismo se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas el alcance de cualquiera, una afectiva aprehensión de la realidad que se trate. Por lo que, estima que, el propio nombre de la página en la que se incluyan los contenidos ya suponía un elemento fáctico de su posible ilicitud y la necesaria actuación del prestador del servicio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 9 de julio de 2009 (JUR 2009, 328919) no hay acreditación de convivencia entre los internautas y los administradores de la página. Asimismo, hay una falta de acreditación que los creadores del foro tuvieran un conocimiento efectivo que, la información fuese ilícita. Retirada inmediata de los comentarios tras la comunicación efectuada por la Guardia Civil.

De todas formas, para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2017). La protección del honor de los menores en las redes sociales, *LA LEY Derecho de Familia. Monográfico Menores y Redes Sociales*, número 14, abril-junio, 4 «es obvio que, en estos casos resulta necesario encontrar una posición de equilibrio en la posición del titular de la red social que, se debate entre sus posibilidades de control y la elevada exigencia que ello puede suponer».

<sup>49</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 recomienda con respecto a la información que deben proporcionar los servicios de redes sociales que: «1. Los proveedores de SRS adviertan adecuadamente a los usuarios sobre los riesgos de ataque a su intimidad y a la de otros cuando ponen información en línea en los SRS; 2. Los SRS recuerden a sus usuarios que poner en línea información relativa a otras personas puede perjudicar su derecho a la intimidad y a la protección de datos; y, 3. Los SRS aconsejen a sus usuarios que no pongan en línea fotografías o información relativa a otras personas son el consentimiento de estas». Vid., el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, 8.

<sup>50</sup> Vid., El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, 5.

<sup>51</sup> Vid., El Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, 31-36.

<sup>52</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 304) omisión del deber de vigilancia; 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 149); y 12 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4576) culpa *in vigilando*; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 18 de enero de 2000 (AC 2000, 284); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 4 de abril de 2002 (JUR 2002, 163928) culpa *in vigilando*; y de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.ª, 10 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 117452) culpa *in educando*.

<sup>53</sup> PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. II Contratos y responsabilidad civil*, Madrid: Edisofer, 440; ABRIL CAMPOY, J.M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 675, enero-febrero, 28; DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XL, número 3, 803; PEÑA LÓPEZ, F. (2013). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 13004. Asimismo, Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de julio de 1985 (RJ 1985, 3968); 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 304); 8 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1912); y, 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7170); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9667); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. única, 29 de noviembre de 2000 (AC 2000, 2417) omisión del deber de vigilancia; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 44482) omisión del deber de vigilancia. Culpa propia del guardador; de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 4 de abril de 2002 (JUR 2002, 163928); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 28 de abril de 2003 (AC 2003, 1779); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 133131) culpa *in educando*; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 (AC 2007, 2382); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 15 de febrero de 2013 (JUR 2013, 177887) responsabilidad por culpa propia; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 15 de diciembre de 2015 (JUR

2016, 12545) culpa propia de los padres; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2016 (AC 2016, 2057) responsabilidad por hecho de otro.

<sup>54</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.ª ed., Madrid: Dykinson, 307-309; GÓMEZ CALLE, E. (2016). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. IV, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 1376. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272) además de por culpa propia y omisión del deber de vigilancia; 11 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1520) responsabilidad por semiriesgo o cuasiobjetiva; 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7170) responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo. Presunción de culpa de los progenitores; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 8 de octubre de 1997 (AC 1997, 2208); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 14 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2386); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 19 de noviembre de 2001 (JUR 2004, 33028); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 29 de octubre de 2004 (AC 2004, 1944); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 (AC 2007, 2382); de la misma Audiencia Provincial, secc. 10.ª, 28 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 24867); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 23 de enero de 2012 (JUR 2012, 171580) responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva. Omisión de los deberes de vigilancia y control de los hijos menores de edad; y de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 23 de abril de 2018 (AC 2018, 1435).

<sup>55</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, 24 de junio de 1998 (AC 1998, 1185); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, 28 de febrero de 2005 (JUR 2005, 96794).

<sup>56</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid: Montecorvo, 309; DE ÁNGEL YAGUEZ, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas, 349.

<sup>57</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 31 de marzo de 2003 (AC 2003, 1801); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 14 de abril de 2004 (JUR 2004, 146900).

<sup>58</sup> *Vid.*, la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 9 de enero de 1998 (AC 1998, 2816).

<sup>59</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., 311-314. En esta línea, GÓMEZ CALLE E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes. En: L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Bustos Lago (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 1204 a 1225.

<sup>60</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, op. cit., 1229-1231.

<sup>61</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., 316. *Vid.*, asimismo, en relación con el régimen de sociedad de gananciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2047).

<sup>62</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 5 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 129569) responsabilidad de los padres por el acoso realizado por su hijo en Internet a otro menor; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1599) responsabilidad de los padres por los daños y perjuicios materiales o morales ocasionados a los actores por las amenazas verbales vertidas en Internet por el hijo de los demandados al hijo de los demandantes.

<sup>63</sup> *Vid.*, la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 19 de abril de 2006 (JUR 2006, 241011); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 6 de abril de 2009 (JUR 2009, 314010); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 10 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 60252).

<sup>64</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., 327-328. *Vid.*, también la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, 26 de marzo de 2010 (JUR 2010, 219912).

<sup>65</sup> PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno, op. cit., 445; ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Granada: Comares, 493; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsa-*

bilidad civil extracontractual. Parte General. delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit., 329; GRIMALT SERVERA, P. (2017). *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, op. cit., 91 y 93 que señala que «el artículo 61.3 de la LORPM establece un listado de posibles “gestores efectivos del proceso educativo”, atribuyendo la responsabilidad al sujeto sobre el que recae la obligación de velar y educar al menor en el momento en el que está cometiendo el delito». Asimismo, Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1193); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1.ª, 23 de junio de 2005 (JUR 2005, 168430); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, 10 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1681); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 3.ª, 13 de julio de 2006 (JUR 2007, 56390).

<sup>66</sup> DÍAZ ALABART, S. (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, op. cit., 828.

<sup>67</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1559) acoso en Internet; y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 18 de marzo de 2016 (AC 2016, 425) acoso escolar.

<sup>68</sup> PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2016). Responsabilidad por hecho ajeno, op. cit., 456. Asimismo, Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 1994 (RJ 1004, 1308); 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9980); 4 de junio de 1999 (RJ 1999, 4286); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, 28 de abril de 2003 (AC 2003, 1779) culpa *in vigilando* o *in eligiendo*; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 11 de octubre de 2007 (AC 2007, 7382) culpa *in vigilando* y responsabilidad cuasiobjetiva; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, 22 de junio de 2009 (AC 2010, 1095) defecto de organización o vigilancia del personal del centro; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 24 de abril de 2017 (JUR 2017, 149463) falta de vigilancia directa y presencial. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, 12 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2085) señala que, la delegación de la educación al centro escolar no elimina la labor de educación de los padres.

<sup>69</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 24 de febrero de 2015 (JUR 2015, 947722).

<sup>70</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, op. cit., 1301-1311. Vid., asimismo las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8910); 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9421); 29 de junio de 2000 (RJ 2000, 5916); 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5423); 8 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2249); y 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5578).

<sup>71</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8975); y, 4 de junio de 1999 (RJ 1999, 4286).

<sup>72</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., 373; GÓMEZ CALLE, E. (2016). Responsabilidad de los padres y centros docentes, op. cit., 1331. Vid., también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 22.ª, 23 de diciembre de 2003 (JUR 2003, 30733); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 14 de julio de 2010 (JUR 2011, 173357).

<sup>73</sup> LA LEY 22174/2019. Asimismo, Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 16 de septiembre de 2014 (AC 2015, 1056); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 11.ª, 1 de marzo de 2017 (AC 2017, 607) acoso escolar o *ciberbullying*. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 27 de mayo de 2016 (AC 2016, 1329) se condenó conjuntamente a los padres de la menor y al Centro docente al que pertenece la menor ante la inserción en una red social de comentarios vejatorios terriblemente graves. Se acredita una falta de vigilancia de la menor en el uso de las nuevas tecnologías por parte de sus padres, y asimismo, una falta de adopción por el Centro docente de medidas de corrección, prevención y educación exigibles en estos casos.

<sup>74</sup> Procedimiento N.º AP/00058/2018.