

PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LA ERA DIGITAL



EDITORA AFILIADA

000000

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

?????, ??????????????????
????? ?????????????????????/ ?????????????????????
Curitiba: Juruá, 2020.
??? p.

1. ??????. 2. ??????. I. Título.

CDD ????.???

CDU ????

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Judith Solé Resina
Vinícius Almada Mozetic

PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LA ERA DIGITAL

Colaboradores:

Aline Bogoni Costa	Luis Martínez Vázquez de Castro
Amalia Patricia Cobos Campos	M ^a Del Carmen Gete-Alonso y Calera
Cláudia Cinara Locateli	Márcio Dutra da Costa
Daniele Vedovatto Gomes da Silva	María Cristina Lorente López
Babaresco	Maria Planas Ballvé
Edenilza Gobbo	Patricia Escribano Tortajada
Esther Susin Carrasco	Rafaela Pederiva
Fabiana Marion Spengler	Rommy Alvarez Escudero
Iciar Cordero Cutillas	Suzéte da Silva Reis
Janaína Reckziegel	Vanessa Fusco Nogueira Simões
Joan Lluís Pérez Francesch	Vinícius Almada Mozetic
Judith Solé Resina	Wenczenovicz, Thaís Janaina

Curitiba
Juruá Editora
2020

CONSELHO

PRÓLOGO

Apraz-me muito apresentar esse livro que trata da temática relacionada aos novos direitos e o impacto das diferentes tecnologias no direito, na sociedade e no cotidiano das crianças e adolescentes. A publicação do livro que o leitor tem em suas mãos é resultado de muito trabalho, de um comprometimento com a pesquisa. Os textos aqui reunidos são estudos que têm por objeto temas atuais, controversos e de elevada repercussão para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito – Unoesc incentiva seus docentes para a produção de textos científicos, objetivando a socialização dos resultados nos últimos anos das pesquisas e a troca de ideias com professores e pesquisadores em direitos fundamentais no Brasil e na Espanha.

*Com efeito, o livro **Protección de los menores de edad em la era digital**, organizado por mim e pela Prof^a Judith Solé Resina, da Universidade Autònoma de Barcelona – UAB, vai a fundo na discussão desse fenômeno que é a tecnologia na vida de crianças e adolescentes. Quais são os fundamentos jurídicos? Como as novas tecnologias afetam os direitos das crianças e adolescentes? De que modo o fluxo de dados das redes sociais propicia um avanço na proteção integral do menor, paradoxalmente, representam o perigo de um mundo tecnológico na infância e adolescência? Dito de outra maneira, o livro aparece em tempos de “inteligência artificial e computadores quânticos”, com avanços e progressos, ocasionados pelas diversas formas de tecnologias criadas. E mais, qual é o papel da Família, Sociedade e do próprio Estado nesse contexto? Dito isso, a obra que tenho a honra de apresentar possui importância, porque aprofunda na discussão e as especificidades, fundamentos e as consequências desse mundo tecnológico na vida das crianças e adolescentes.*

Quero agradecer sinceramente a todos os autores que confiaram neste importante projeto e no grupo de pesquisa que consolidamos.

Devo especial agradecimento a Professora Dra. Judith Solé Resina... A organização deste livro não teria sido possível sem a sua colaboração inestimável. O livro está fenomenal.

Boa leitura a todos!

Dr. Vinícius Almada Mozetic

Universidade do Oeste de Santa Catarina

SUMÁRIO

I EMANCIPAÇÃO, AUTONOMIA E TECNOLOGIA

EMANCIPACIÓN DIGITAL Y POTESTAD PARENTAL 15

Judith Solé Resina

DEVERES PARENTAIS: O LIMITE DA AUTONOMIA PRIVADA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS 35

Locateli, Cláudia Cinara / Pederiva, Rafaela

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL
UNA APROXIMACIÓN DE SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO – FILIALES
REFERENCIA AL SISTEMA CHILENO 51

Rommy Alvarez Escudero

APROXIMACIÓN A LA IDENTIDAD DIGITAL. SITUACIÓN DE LA PERSONA MENOR DE EDAD 73

Mª Del Carmen Gete-Alonso y Calera

NOVAS TECNOLOGIAS NA INTERVENÇÃO FETAL: AUTONOMIA DA GESTANTE E OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE HUMANA 97

Janaína Reckziegel

II CRIME, TRABALHO E MEDIAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

CRIMES COMETIDOS POR CRIANÇAS E CONTRA CRIANÇAS
ATRAVÉS DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO125

Amalia Patricia Cobos Campos

ACESSO VIGIADO ÀS TICS COMO GARANTIA DO DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO E À AUTONOMIA NA INFÂNCIA145

Edenilza Gobbo / Aline Bogoni Costa

DESAFIOS À PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES PRATICADOS
CONTRA CRIANÇAS ATRAVÉS DO USO DAS TIC159

Vanessa Fusco Nogueira Simões

YOUTUBERS MIRINS: E QUANDO A BRINCADEIRA SE
TRANSFORMA EM TRABALHO INFANTIL?173

Suzéte da Silva Reis

A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA MEDIAÇÃO
DIGITAL DE CONFLITOS FAMILIARES NO BRASIL193

Fabiana Marion Spengler / Márcio Dutra da Costa

III PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

LGPD E A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO NA COLETA DE
DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL207

Vinícius Almada Mozetic / Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresco

CONSENTIMIENTO DEL MENOR, PROTECCIÓN DE DATOS Y
REDES SOCIALES223

Luis Martínez Vázquez de Castro

EL FENÓMENO SHARENTING: INTROMISIONES ILEGÍTIMAS DEL
DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN LAS
REDES SOCIALES POR SUS RESPONSABLES PARENTALES249

Dra. Maria Planas ballvé

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES DEL MENOR DE EDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	281
---	-----

María Cristina Lorente López

IV FAMÍLIA, ESCOLA E INCLUSÃO SOCIAL

LA ERA DIGITAL COMO UNA OPORTUNIDAD PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	299
--	-----

Esther Susin Carrasco

AMBIENTES DIGITAIS E ESCOLAS INDÍGENAS: TRAJETÓRIAS DE INCLUSÃO.....	323
--	-----

Wenczenovicz, Thaís Janaina

CONSIDERACIONES SOBRE UN USO ÉTICO Y CÍVICO DE LAS REDES SOCIALES POR PARTE DE LOS MENORES	339
--	-----

Joan Lluís Pérez Francesch

EL DAÑO EN EL CIBERACOSO ESCOLAR	361
--	-----

Patricia Escribano Tortajada

EL DEBER DE EDUCAR A LOS MENORES EN EL USO ADECUADO DE LAS REDES SOCIALES	381
---	-----

Iciar Cordero Cutillas

ÍNDICE REMISSIVO.....	401
------------------------------	------------

I
EMANCIPAÇÃO, AUTONOMIA
E TECNOLOGIA

EMANCIPACIÓN DIGITAL Y POTESTAD PARENTAL

Judith Solé Resina¹

Sumario: 1. Marco normativo general; 2. El aumento de la vulnerabilidad en la era digital; 3. La protección de los menores en internet; 4. La intimidad/privacidad de los menores versus los deberes de la postestad; 5. Referencias.

¹ Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Audiencia Provincial de Barcelona. Miembro de la Sección “Persona y Familia” de la Comisión de Codificación de Cataluña y vocal permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Responsable del Grupo de Investigación para la actualización de la persona y familiar. Grupo oficial reconocido por la UAB (Identificador: 2242). Autora de numerosos artículos de revista y colaboraciones en libros colectivos sobre derecho de familia, así como de varias monografías. Entre las más recientes: “Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres”, ed. Aranzadi, 2015; y “Filiación y potestad parental”, ed. Tirant lo Blanch, 2014. Coordinadora de obras colectivas como: “Être parents. Ser padres”, ed. Presses de L’Universite Toulouse 1 Capitole, 2017; Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), T. I y T.II, M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir), M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera (Coord.), ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016; Tratado de Derecho de la Persona Física. T. I y II, Dir. M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, Coord. Judith Solé Resina, ed. Civitas Thomson Reuters, 2013; y Reflexoes e dimensoes do direito: uma cooperação internacional entre Brasil e Espanha”, Solé Resina y Vinicius Mozetic, (Coords.). ed. Multidea, Brasil 2012. Directora y coautora de material docente sobre derecho de familia. Destacan entre las publicaciones más recientes el “Manual de Familia Vigente en Cataluña” (3 ediciones) y del volumen del “Lecciones de Derecho Civil de Cataluña” dedicado al “Derecho de Familia” (2 ediciones), ambos en coautoría con la Dra. Mari Carmen Gete-Alonso y Calera, publicados por Tirant lo Blanch.

1. EL MARCO NORMATIVO GENERAL

El derecho a la intimidad personal y familiar, junto a los derechos al honor y a la propia imagen se halla expresamente reconocido en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 18 de la Constitución Española² y se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LOPDH)³.

El derecho a la intimidad tiene, además, otras múltiples manifestaciones legales: entre otras, el derecho a la protección de datos personales, regulado en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales⁴; y el derecho a la intimidad del paciente respecto a la

² La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en el art. 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula el Derecho al respeto a la vida privada y familiar como sigue:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El art. 18 de la Constitución Española dispone que:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

³ *Artículo 2 LOPDH:*

1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

⁴ La protección de datos se garantiza mediante los deberes de confidencialidad y tratamiento basado en el consentimiento del afectado (arts. 5 y 6 LOPDP). Si bien, es

documentación clínica, del que se ocupa la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁵ y la copiosa normativa autonómica sobre esta cuestión.⁶

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son derechos fundamentales a los que la Constitución Española brinda la máxima protección (art. 53.2 CE)⁷. Se configuran como derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, si bien se admite que su titular preste autorizaciones y consentimientos a la intromisión, disponiendo así, en cierta medida, de los mismos (art. 1.3 LOPDH).

Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen son derechos personalísimos, cuya tutela recibe un tratamiento global, que se garantizan mediante la disposición de mecanismos de protección ante posibles vulneraciones de sujetos particulares⁸. Las personas afectadas

cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido a existencia de un derecho autónomo o independiente a la protección de datos que define como “*un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales 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*” (SSTC 94/1998, de 4 de mayo y 292/2000, de 30 de noviembre).

⁵ Artículo 7 de la Ley 41/2002. *El derecho a la intimidad*:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.
2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

⁶ Entre la que destacan la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley 3/2001, de 28 de mayo, del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; la Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; la Ley 6/2001, de 15 de abril, de Salud de Aragón; y la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura. El tratamiento de la historia clínica de los pacientes se regula también en numerosos Decretos de ámbito autonómico.

⁷ Se podrá recabar su tutela por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁸ Artículo 1.1 LOPH:

El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

podrán reclamar contra las intromisiones ilegítimas ante la jurisdicción civil o penal, pues los ilícitos previstos en la LOPDH constituyen también ilícitos penales (arts. 197 a 201, 205 a 216 y 620.2 CP).

La tutela civil comprende la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones futuras. Entre estas medidas caben las cautelares dirigidas al cese inmediato de la intromisión ilegítima y el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados (art. 9.2)

Con relación a los menores de edad, el art. 3 de la LOPDH dispone que los menores de edad deben prestar el consentimiento a cualquier tipo de intromisión por sí mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. En otro caso, el consentimiento lo debe prestar por escrito el representante legal, que está obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, y si en el plazo de ocho días este se opusiera, el asunto debe ser resuelto por el juez (art. 3 LOPDH⁹).

La Fiscalía General del Estado ha establecido en la Instrucción núm. 2/2006, de 15 de marzo (JUR 2006, 94040) que

el consentimiento que contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima es para adultos el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita y además este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor “no basta para la validez del acto de disposición por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación”. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la LO 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, solo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal (STS 816/1996, de 7 de octubre).

⁹ Artículo 3 LOPDH:

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

Distingue de este modo LOPDH según la capacidad natural (de querer y entender) del menor, sin establecer un límite mínimo de edad por debajo del cual se presume que falta dicha capacidad, la posibilidad de que el menor consienta por sí mismo cuando “*sus condiciones de madurez se lo permitan*”, y en este caso no cabe la representación legal en el ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y los representantes legales no intervienen en la decisión del menor, ni tampoco el Ministerio Fiscal¹⁰.

Por el contrario, cuando los menores no tengan capacidad natural suficiente, habrán de consentir sus representantes legales, y ello a pesar del carácter personalísimo que tradicionalmente se ha predicado de estos derechos fundamentales. Dicho consentimiento deberá constar por escrito y ser comunicado al Ministerio Fiscal, que puede oponerse e instar la resolución del Juez. De este modo, se garantiza que el consentimiento de los representantes legales a una intromisión a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor no pueda producirle perjuicios materiales o morales. Es de suponer que la valoración del Ministerio Fiscal responderá a criterios objetivos en función de las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que podemos entender que la previsión que efectúa la norma está en la línea de aceptar, en general, las intromisiones que puedan comportar algún beneficio al menor y rechazar aquellas que han de comportarle perjuicios (puedan implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sean contrarias a sus intereses). De acuerdo con la literalidad del precepto, por el contrario, el menor maduro sí puede consentir intromisiones sin la preceptiva puesta en conocimiento ni intervención del Ministerio Fiscal.

De otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por LO 8/2015, de 22 de julio, y Ley 25/2015, de 28 de julio (en adelante LOPJM) regula los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores¹¹. Se reconocen

¹⁰ En la misma línea el art. 162 del CCE establece que se exceptúa la representación legal de los padres de sus hijos no menores respecto de “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

¹¹ Artículo 4. LOPJM:

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.
2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su

los derechos a los menores a la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, y el secreto de las comunicaciones y se advierte que puede considerarse ilegítima una intromisión que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Y se obliga a los padres o tutores y a los poderes públicos a respetar estos derechos y a protegerlos frente a posibles ataques de terceras personas, y se atribuye al Ministerio Fiscal competencia para actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública, sin perjuicio de las acciones de los que son titulares los representantes legales del menor (art. 4).

De acuerdo con la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm 2/2006, de 15 de marzo (JUR 2006, 94040)

La intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación. Claramente se supera, pues, el sistema de la LO 1/1982, de manera que en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor será con las matizaciones que se realizarán infra– irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses.

Interesa destacar que esta norma, de una parte, vincula los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, con los

intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se 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 su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

También el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas se refiere a la intromisión al derecho a la intimidad.

derechos a la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones; y, de otra, dispone que puede considerarse ilegítima una intromisión que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales¹².

En este precepto la intromisión ilegítima referida a los derechos de los menores queda definida con una mayor amplitud que cuando se refiere a mayores de edad capaces, pues en este último caso, el consentimiento a la intromisión, la legitima¹³; mientras que en el primero la ilegitimidad resulta de la valoración objetiva de las consecuencias de la intromisión sobre la persona del menor, y se prohíbe siempre, sin tener en cuenta la opinión del propio menor maduro o, en su caso, de los representantes legales.

Siendo así, esta norma ofrece una mayor protección al sujeto que el art. 3 de la LOPDH que, como hemos visto, faculta al menor maduro a decidir sobre la “legitimidad” de la intromisión, aunque también reduce o limita el ámbito de su autonomía de la voluntad. Entendemos que esta norma debe prevalecer sobre aquella cuando entren en contradicción, porque es una ley posterior y especial. E interesa destacar que amplía las situaciones en las que se valora la intromisión, con base a las ideas que predominan en cada momento en la sociedad, que prevalecen incluso sobre la propia opinión del menor maduro, es decir, sobre la autorización de intromisión otorgada tanto por los representantes como por el propio menor con capacidad natural suficiente.

¹² En el marco de sus competencias, casi todas las Comunidades Autónomas han aprobado leyes de protección de los menores que hacen directa o indirectamente referencia a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor. Algunas de estas leyes autonómicas, además de reconocerlos, entran a regular algunos aspectos de estos derechos. Así: la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección de menores del Principado de Asturias; la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención del Menor de Andalucía; la Ley 2/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón; la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla-León; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco; la Ley 15/2005, de 5 de diciembre de promoción y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral Navarra; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; la Ley gallega 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia; la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la infancia y la adolescencia de Castilla – La Mancha.

¹³ Art. 2.2: “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto de su consentimiento expreso”.

En todo caso, la LOPJM obliga a los padres o tutores y a los poderes públicos a respetar y proteger los derechos de los menores frente a posibles ataques de terceros y dispone que el Ministerio Fiscal velará por el respeto de estos derechos, actuando de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

De otra parte, no puede olvidarse que, el art. 154.2 CCE dispone que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos” y que el art. 216 CCE establece que “las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado” (en sentido similar se pronuncia la normativa autonómica sobre la materia). Y en esta línea la doctrina es prácticamente unánime al considerar que, en tanto que el ejercicio de la patria potestad debe prestarse en el mejor interés o beneficio del hijo menor, cuando la prestación del consentimiento corresponde a los padres, estos deben abstenerse de tomar decisiones irreversibles que puedan perjudicar al menor.

En definitiva, en el marco legal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, ni el menor ni sus representantes legales pueden consentir actuaciones contrarias a los derechos reconocidos, pues ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho su puede implicar menoscabo para la honra o reputación, por ser contraria a sus intereses, con lo que su margen de decisión sobre estos derechos es mínimo y limitado por criterios objetivos. Hasta este punto llega la protección de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y a propia imagen del menor. Y así se concreta en este caso concreto el interés superior del menor.

Como punto de partida, validamos el significado del derecho a la intimidad personal y familiar como el derecho de la persona a una esfera privada constituida por todas las manifestaciones de la propia vida que no se desea que sean conocidas por los demás¹⁴. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha defendido que “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”¹⁵.

¹⁴ SOLÉ RESINA, Judith, *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 249.

¹⁵ STC núm 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196).

2. EL AUMENTO DE LA VULNERABILIDAD EN LA ERA DIGITAL

En los últimos años paralelamente al desarrollo y generalización del uso y utilidades de internet se han incrementado los riesgos a la vulneración de la privacidad de las personas -de sus derechos a la intimidad y protección de datos personales, al honor y a la propia imagen, y el derecho al secreto de las comunicaciones- por la globalización de la información, la facilitación e inmediatez de la comunicación, y la progresión de medios e instrumentos técnicos que permiten recabar y transmitir datos personales por la red¹⁶.

El Tribunal Constitucional también tiene declarado que “..el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; padres. Cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal transcendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible” (STC núm. 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231)

¹⁶ El aumento de la vulnerabilidad que comporta internet puede intuirse solamente con observar de qué forma posibilita las intromisiones ilegítimas enumeradas en el art. 7 de la LO PDH, que son:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

De ahí que hayan saltado todas las alertas y los ordenamientos jurídicos traten de poner límites al aparador que supone la red global respecto a lo que a los datos o aspectos privados de las personas se refiere.

De hecho, algunas normas ya habían puesto de manifiesto la necesidad de adaptar la esfera de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen a datos variables según los tiempos y las personas, aceptando que su delimitación –definición, significación– viene determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona mantenga al respecto, con sus propios actos y pautas de comportamiento¹⁷. Incluso la propia Constitución Española ya preveía en 1978 el riesgo de que “el uso de la informática” pueda afectar al disfrute de estos derechos, tal como en ese tiempo se entendían (art. 18 CE).

Especialmente preocupante es la situación de los menores de edad ante el complejo y escenario de internet.

En este sentido, la Comisión Europea¹⁸ ha advertido de los riesgos que internet presenta para los menores son muy variados, pudiendo guardar relación, por ejemplo, con la publicidad, la posibilidad de geolocalización y la captación de información y de usuarios. También

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

¹⁷ El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen explica que: *“En el artículo 2 se regula el ámbito de protección de los derechos a que se refiere, además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”*.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo Consejo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños, COM (2012) 196 final de 2 de mayo de 2012.

el Parlamento Europeo¹⁹, se refiere a los riesgos para los menores como el acoso, la discriminación, la vigilancia en línea, y la vulneración de la vida privada y de la libertad de expresión y de información así como el acceso por parte de menores a sustancias nocivas a través de internet.

3 LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN INTERNET

En términos generales, la capacidad para ejercer sus derechos de los menores de edad es graduada según la capacidad natural que presenta en cada momento. La edad del menor autónomo acostumbra a oscilar entre los 12, 14 y 16 años en función de los actos concretos.

Específicamente para el entorno digital, acceso y utilización de medios, servicios (creación de cuentas) y redes, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo relativo a la protección de las personas físicas, respecto del tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de estos, ha dispuesto como edad mínima los 16 años si bien se autoriza a que por ley se rebaje a 13 años (art.8)²⁰. En EEUU esta edad se sitúa en los 13 años.

Nuestra LOPDP finalmente ha establecido la edad mínima para que el tratamiento de los datos personales de un menor de edad se funde únicamente en su consentimiento en los 14 años, con la excepción de 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. Por el contrario, el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela (art. 7). También regula expresamente el derecho a solicitar la

¹⁹ P7_TA (2012) 0428, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la protección de los niños en el mundo digital (2012/2068(INI)) (2015/C 419/07). Publicado en el DOUE de 16/12/2015, C419/33, Considerando K, O, P, S.

²⁰ Art. 8 Reglamento (UE) 2016/679:

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 6 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los estados miembros podrán establecer 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.”

supresión de los datos facilitados a redes sociales y servicios equivalentes (derecho al olvido) por el propio menor o por terceros durante su minoría de edad (art. 94.3)

La LOPDP dedica una especial atención a la protección de datos de los menores en Internet. De una parte, establece el derecho a la educación digital (art. 83) por el que los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participan menores de edad tienen que garantizar de manera efectiva la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales.

De otra parte, la LOPDP se refiere a la obligación de los padres o tutores de velar por el menor en el ámbito digital. En este sentido, el art. 84 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (Protección de los menores en Internet), dispone que:

“1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”²¹.

²¹ Por su parte, el art. 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que:

1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores. 2. 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. 2. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mimos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente

Por su parte la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo, tercero y cuarto del Código Civil de Catalunya, hace una referencia explícita a algunas actividades que pueden llevar a cabo los titulares de la potestad en su deber de velar por los menores, sin distinción de edad, en el entorno digital. Concretamente ha venido a añadir el párrafo 5 al art. 236-17 CCCat con la siguiente redacción:

5. Los progenitores deben velar por que la presencia del hijo en potestad en entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse. Los progenitores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los hijos a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito dirigido a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constate la existencia de ese riesgo. La suspensión del acceso queda sin efectos en el plazo de tres meses a contar del momento de su adopción, salvo que sea ratificada por la autoridad judicial.

Además, los titulares de la potestad pueden acudir a los poderes públicos para solicitar asistencia en la toma de las medidas necesarias para proteger al menor (236-17.6 CCCat)²².

Y el art. 60 de la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de les Illes Balears, reconoce el derecho de las personas menores de edad al uso de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación conforme a su desarrollo, e impone a “Los padres y madres o las personas que tengan atribuida la tutela o la guarda de las personas menores de edad, los responsables de la educación y los poderes públicos en el ámbito de sus competencias” la obligación de “velar para que los niños, niñas y adolescentes hagan un buen uso de Internet y de las TIC de acuerdo con los principios constitucionales y los derechos que recoge esta ley”.

comprensible por aquellos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo. 4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.

²² Y con idéntica redacción se añaden los párrafos 3 y 4 al art. 222-36 que hace referencia a la obligación de los tutores proteger a los tutelados en el entorno digital.

La intervención de los padres y tutores en el control de la actividad digital de sus hijos menores se legitima en el deber general de velar por ellos²³ (arts. 154, 1,2º, 269 CCiv, 222-32, 237, 1. CCCat; 65 CDFa, Ley 61 CDFN) que les obliga a actuar para garantizar el libre e integral desarrollo físico y emocional del menor de edad. La vigilancia abarca todos los ámbitos (material y moral) y también el control de la relación/presencia del hijo/hija en los medios digitales, para lo que tendrán que poder conocer sus actividades en Internet. Para referirse a este deber de los padres de velar por el buen uso de internet de sus hijos algunos autores han acuñado el término de “potestad digital”²⁴.

Puede ocurrir que las personas que ostentan la potestad o tutela de los menores no tengan suficientes conocimientos tecnológicos como para poder velar adecuadamente por la seguridad del menor y también puede suceder que este tenga más habilidades que aquellos y consiga superar sin demasiada dificultad los controles exponiéndose a los riesgos que le tratan de evitar.

Desde luego que técnicamente el control es posible. Hoy incluso existen empresas especializadas a las que padres o tutores pueden acudir para obtener ayuda en este sentido. Algunos ejemplos son la Plataforma “Qustodio” es una plataforma de seguridad y bienestar digital para familias diseñada para ayudar a proteger a sus hijos en el entorno digital, detectar situaciones de *bullying* y depredadores online y prevenir de la adicción digital. Permite, por ejemplo, “asegurar que los niños están durmiendo por la noche en lugar de estar viendo lo que no deben”²⁵. También “Ciberalarma” se presenta en Internet como el “primer servicio de ciberseguridad que protege a familias y negocios utilizando escudos gestionados por vigilantes desde una central de ciberalarmas”. Prestan un servicio destinado a los padres que tienen hijos menores de edad y que supone el total control de sus comunicaciones privadas en WhatsApp o Instagram²⁶.

Con todo, la doctrina se plantea dónde se encuentran los límites entre el deber de velar, cuidar y educar de los padres y tutores, es decir

²³ En el mismo sentido lo apunta Natalia VELILLA ANTOLÍN, “Patria potestad digital: Menores e Internet” en *Libro de Familia. Revista jurídica de derecho de familia*. Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria. Núm. 7, Noviembre 2017.

²⁴ GUARDIOLA SALMERÓN, M. (2017): 12

²⁵ Disponible en <<https://www.lavanguardia.com/economia/emprendedores/20190207/46262546444/qustodio-internet-moviles-digital-vigilancia.html>>. Consultado el: 20 de julio de 2019.

²⁶ Disponible em: <https://www.eldiario.es/tecnologia/CIA-empresa-agentes-seguridad-Whatsapp_0_865114287.html>. Consultado el: 20 de julio de 2019.

cuál es la legitimación de los padres y tutores para intervenir en la actividad del menor en los entornos digitales del menor²⁷. Y se discuten los márgenes en los que aquellos pueden revisar o controlar la actividad de los menores en internet, sin que ello suponga a su vez una intromisión por parte de los titulares de la potestad contra el derecho a la intimidad de los menores, precisamente porque dicho control se justifica como medida de protección al derecho a la intimidad del menor respecto terceros.

Aunque la doctrina trata de teorizar esta cuestión expresando opiniones más o menos protectoras para los hijos menores, que defienden un papel más o menos intervencionista de los padres y tutores, parece que este tema habrá de ser desarrollado por la jurisprudencia que será la encargada de delimitar el margen de actuación/responsabilidad de padre y menores. En este punto resultan muy instructivas algunas Resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así, la STS 864/2015, de 10 de diciembre, que trata sobre la legitimidad de la prueba del acoso sufrido por una menor de 15 años. La prueba consistía en unas conversaciones que la menor había mantenido con otras personas a través de Facebook y que su madre había obtenido porque disponía de la clave de acceso al perfil de la cuenta de su hija. El TS considera que *“No puede el ordenamiento jurídico hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que se le asigna por la legislación civil...”* (F.J. 5º).

En un caso similar, la STS 674/2009, de 20 de mayo, ya había dicho que: *“el contenido de la información obtenida por su madre justifica la intervención de la misma en los términos declarados en la sentencia. Los menores son evidentemente titulares plenos de sus derechos fundamentales, de forma que la incidencia de la patria potestad*

²⁷ Vid GETE-ALONSO Y CALERA, *“Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y tutores” en el entorno digital*, en *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Coord. Judith Solé Resina y Vinicius Almada Mozetic, pág. 288. Esta autora opina, con relación a la norma contenida en el art. 236-17 CCCat que *“Es de aplaudir la referencia expresa a la legitimación de los padres y tutores para intervenir en la actividad del menor en los entornos digitales. Con todo, es criticable la limitación establecida, en mi opinión excesivamente garantista, lo que reduce su ámbito a supuestos llamémosles límite.”* Si bien añade que *“en mi opinión, el carácter restringido de la norma no impide que pueda ser legítima la intervención o interferencia en general para el conocimiento de la actividad del menor, al amparo de las reglas generales de las funciones de guarda, cuando sea necesaria”*

sobre su ejercicio debe modularse teniendo en cuenta la madurez del niño y conforme a la legislación que regula la capacidad de obrar de aquellos. Por ello, la Exposición de Motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor establece la necesidad de matizar algunos de los derechos de los menores combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de edad, los menores merecen, siendo estos principios los que permiten fijar el alcance de los deberes y facultades que el artículo 154 CC otorga a los padres, como es velar por ellos, deber genérico, o educarlos y procurarles una formación integral. También, artículos 4.5, 5.2 o 6.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

En la misma línea, el Auto TS 1136/2018, de 11/10/2018, afirma que:

En cuanto a la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el Tribunal tras elaborar un análisis de la doctrina y la jurisprudencia sobre los derechos constitucionales invocados, descartó nulidad alguna y precisó que la madre era la titular de la patria potestad, concebida no como poder sino como función tuitiva respecto del menor. Que fue ella quien accedió a esa cuenta ante los signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal, en la que no cabía excluir la victimización de su hijo. Se trataba de una actividad delictiva no agotada, sino viva, por lo que era objetivo prioritario hacerla cesar. A ello añade el Tribunal que no puede olvidarse que el propio menor, no solamente no ha protestado por esta intromisión a la intimidad, sino que además en el juicio ratificó los mensajes, admitiendo la existencia de los mismos y contestado a las preguntas que le formularon las partes en lo referente a su contenido, lo que autoriza su valoración plena y autónoma como prueba de cargo, al ser introducida en el plenario y por tanto al haberse roto toda conexión de antijuricidad.

4 PRIVACIDAD E INTIMIDAD DEL MENOR

La intimidad o privacidad²⁸ del menor en internet puede plantearse desde distintos planos:

²⁸ PÉREZ DÍAZ, Raquel, *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 188, propone distinguir entre los términos privacidad e intimidad. En este sentido afirma que: “opino que actualmente privacidad e intimidad no son términos sinónimos, la primera tiene un ámbito más amplio que engloba la intimidad, especialmente en el caso de los menores, pero es que además, comparto la idea recogida por algunos autores del

a) La intimidad o privacidad del menor frente a terceras personas con las que este pueda contactar por internet o que puedan acceder a sus datos personales por la red²⁹. Sentada legalmente la edad de los 14 años para consentir en el tratamiento de sus datos el menor, que es el único titular de su derecho a la intimidad, deberá consentir más allá de esta edad personalmente, pero ello no excluye la obligación de los titulares de la potestad o tutela de velar para que las actuaciones del menor en su esfera digital no le provoquen perjuicios o resulten contrarias a su interés. Es en este plano donde los titulares de la potestad deben actuar controlando la actividad digital del menor para protegerlo de los riesgos de la red.

b) La intimidad o privacidad del menor frente a los titulares de su potestad³⁰. El menor tiene un ámbito de privacidad que va aumentando a medida que crece su edad, en el que los padres no deben interferir y deben respetar. Solamente en el supuesto y en la medida en que la intervención de los padres se hace necesaria para cumplir con su obligación de educación y cuidado de los hijos sujetos a potestad o tutela, se puede y debe tolerar esta intromisión, porque se justifica en el interés del menor.

c) La intimidad o privacidad del menor frente a terceras personas también puede resultar vulnerada por las actuaciones de los propios padres o tutores en internet. La potestad o la tutela no otorgan a sus titulares facultad alguna que les permita reducir el ámbito de privacidad de los menores exponiendo o difundiendo en nombre propio datos privados o íntimos de aquellos, aún con su consentimiento cuando sean menores de la edad legamente establecida, por ejemplo con la exposición en las redes sociales de información personal y especialmente fotografías del menor, fenómeno conocido como sharenting y que puede dar lugar a indemnización por daños causados al menor³¹. Aquí habrán de

debilitamiento del concepto de “intimidad” debido a que ellos mismos exponen información e imágenes sobre su vida personal de forma voluntaria en las nuevas tecnologías. Ello nos lleva a la necesidad en la práctica de que se produzca una “redefinición” del citado concepto y de los delitos que pueden ir aparejados a una posible vulneración de la intimidad...”

²⁹ GETE-ALONSO, Ob. Cit. P. 280, habla de “intimidad de relación” para referirse a estos supuestos.

³⁰ Para GETE-ALONSO, Ob. Cit, pág. 280, se trata del aspecto interno o intimidad estrictamente personal.

³¹ El fenómeno del sharenting es objeto de estudio en otras colaboraciones de esta obra, de María Plana Ballvé, titulada “El fenómeno Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales, a la que me remito.

conjugarse la responsabilidad de los titulares de la potestad y la responsabilidad de los proveedores de servicios.³²

Resulta relevante destacar que la vulneración al derecho a la intimidad de los menores en internet solamente en algunas ocasiones responde al clásico supuesto de vulneración del derecho a la intimidad por terceras personas que realizan una intromisión no consentida. En otros supuestos, preocupa la protección del derecho a la intimidad por los actos (intromisiones) no de terceros sino de los propios menores y de los de las personas más allegadas (padres, familiares y amigos) que publican informaciones e imágenes en internet. Se trata de supuestos en los que técnicamente puede que no exista una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad, pero el resultado es también la vulneración de la privacidad que puede comportar daños presentes y futuros al menor. Esta es la auténtica novedad que plantea la protección de la intimidad o privacidad de los menores en internet: el daño ocasionado puede traer causa de la actividad de la propia víctima o un familiar o persona allegada.

En todo caso hay que partir del dato de que los titulares de la potestad o tutela no representan a los menores en el ejercicio del derecho al honor, intimidad o propia imagen. En primer lugar porque no cabe la representación en los derechos personalísimos (art. 162.2.1º CC) sin que ello excluya su deber de protección³³. Y en segundo lugar, porque el control de la presencia del menor en internet o, en su caso, la exposición de algunos de sus datos por parte de los titulares de la potestad, no son estrictamente supuestos de ejercicio del derecho a la intimidad del menor por parte de aquellos (el ejercicio del derecho a la intimidad supone precisamente reservar para sí determinados datos o aspectos de la vida privada— que es un no hacer), sino actuaciones dirigidas a la toma de cautelas o precauciones con la finalidad de protección en el primer caso y, en el segundo, de ejercicio de derechos propios de los padres o tutores (de libertad de expresión, de información, comunicación, etc.), pero no suponen el ejercicio de derechos del hijo o tutelado.

³² Vid. LAMBEA RUEDA, Ana, “Entorno digital, robótica y menores de edad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol V, núm. 4, 2018, p. 186 y CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 131 y ss.

³³ Se excluyen de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad de los hijos, porque la personalidad del menor no puede ser sustituida ni desplazada por la de sus representantes legales. En este sentido, PÉREZ DÍAZ, Raquel, *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 68.

Ahora bien, aunque, como se ha dicho, el ejercicio de los derechos personalísimos queda excluido del ámbito de representación de los padres o tutores, a ellos les corresponde velar por los menores de edad y este deber les obliga a intervenir controlando que el acceso del menor e internet no le comporte un perjuicio. Todo ello, sin perjuicio, de que el reconocimiento de la capacidad de obrar gradual obligue a que los titulares de la potestad a tomar en consideración la voluntad del menor cuando tenga suficiente capacidad.

En definitiva, el límite legal establecido en la LOPDP para que los menores pueden prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos son los 14 años, corta edad teniendo en cuenta los riesgos que comporta internet, especialmente si las políticas públicas no consiguen controlar mínimamente la red. Sin embargo, ello no supone una “emancipación digital” en el sentido de que cesen las obligaciones específicas y genéricas derivadas de la potestad o tutela. Los padres deben seguir velando y educando³⁴ a los hijos por lo que es preciso reconocer la posibilidad de intervención, control o intromisión sin que de ello se derive una vulneración del derecho a la intimidad del menor por parte de los titulares de su potestad que, al contrario, deben de garantizar la privacidad del menor. Mucho más preocupante a estos efectos resulta la difusión de los datos e imágenes que estos puedan hacer con su propio acceso a internet.

5 REFERENCIAS

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Pamplona: Aranzadi, 2012.

FARRÀS, Lorena. Qustodio, el vigilante de internet en el hogar. 2019. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/economia/emprendedores/20190207/46262546444/qustodio-o-internet-moviles-digital-vigilancia.html>. Consultado el: 20 de julio de 2019.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y tutores en el entorno digital. En: SOLÉ RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (coord.). *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 271-288.

LAMBEA RUEDA, Ana. Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 4, 2018, p. 183-232.

³⁴ Para GETE-ALONSO, Ob. Ci., p.286, “La educación implica la dirección de la vida del menor, pero también tomar decisiones por él en aquellas cuestiones en las que, según cada momento atendiendo a la edad no pueda decidir por sí y cuando de las circunstancias pueda derivarse un peligro o daño para el menor”.

PÉREZ DÍAZ, Raquel. *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2018.

SARABIA, David. Cuando la CIA son los padres: una empresa ofrece 'agentes de seguridad' para vigilar el WhatsApp de los hijos. 2019. Disponible em: <https://www.eldiario.es/tecnologia/CIA-empresa-agentes-seguridad-Whatsapp_0_865114287.html>. Consultado el 20 de julio de 2019.

SOLÉ RESINA, Judith. *Derecho de la persona vigente en Cataluña*. 3ª ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011.

VELILLA ANTOLÍN, Natalia. Patria potestad digital: Menores e Internet. *Libro de Familia*. Revista jurídica de derecho de familia. Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria, nº 7, Noviembre 2017, p. 3-16.

DEVERES PARENTAIS: O LIMITE DA AUTONOMIA PRIVADA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Locateli, Cláudia Cinara³⁵ / Pederiva, Rafaela³⁶

Sumário: 1. Introdução; 2. A proteção dos direitos humanos e fundamentais das crianças e dos adolescentes; 3. Parentalidade responsável: o direito à autonomia privada e o dever de cuidado; 4. Novas tecnologias, interferências e danos aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; 5. O dever parental do cuidado: limites no uso das novas tecnologias pelas crianças e adolescentes; 6. Conclusão; 7. Referências.

Resumo: O artigo trata das novas tecnologias e o dever de cuidado dos genitores no âmbito da parentalidade responsável como meio de evitar possíveis danos aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Resulta de pesquisa qualitativa, com uso da técnica bibliográfica e do método dedutivo. O estudo centra-se no dever parental de cuidado e fiscalização para proteger, de forma integral, os filhos em fase especial de desenvolvimento físico e psíquico, inibindo riscos e danos desconhecidos que podem ser causados pelas novas tecnologias. Nesse estudo, objetiva-se refletir sobre o dever parental na pro-

³⁵ Doutoranda em Direitos Fundamentais Cíveis: A ampliação dos direitos subjetivos, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Unoesc; Mestra em Direito (UFSC); Especialista em Direito Civil– Constitucional (PUC/Minas) e em Direito Processual Civil (Unochapecó). Graduada em Direito (UPF). Docente na Unoesc/Chapecó e na Unochapecó. Mediadora na Unoesc/Chapecó. Advogada.

³⁶ Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis: A ampliação dos direitos Subjetivos, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Unoesc; Graduada em Direito (Unochapecó); Graduada em Psicologia (UPF); Pós-Graduada em Psicologia Jurídica (Unoesc); Pós-Graduada em Direito Público e Privado: Material e Processual II (Unoesc). Docente e Mediadora na Unoesc-Chapecó.

teção de seus filhos na infância e adolescência, evitando lesar os direitos fundamentais no acesso e uso das novas tecnologias. Como problema de pesquisa se busca saber: é dever dos pais relativizar a autonomia privada dos filhos em fase especial de desenvolvimento para acessar e usar as novas tecnologias, evitando danos aos direitos fundamentais? O dever de cuidado, essencial na paternidade responsável, é dever dos pais e atende aos preceitos fundamentais do melhor interesse e da proteção integral, evitando violações aos direitos fundamentais infantojuvenis no acesso às novas tecnologias.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Parentalidade responsável. Novas tecnologias.

1 INTRODUÇÃO

As violações de direitos fundamentais que ocorrem no ciberespaço trazem significativas repercussões sociais e jurídicas, sugerindo a relevância de se analisar os limites no exercício da autonomia privada das crianças e dos adolescentes no uso das novas tecnologias, como forma de proteção. O ciberespaço é amplo, fluido e dinâmico. Nele, as informações compartilhadas são rapidamente disseminadas e facilmente se perde o controle sobre a informação e o uso dela. Em consequência, práticas ilícitas têm acontecido nesse espaço, o que leva a reconhecer um possível “abandono digital” ocasionado pela suposta negligência dos pais em supervisionar e acompanhar o uso da internet por seus filhos em fase especial de desenvolvimento.

O estudo justifica-se por abordar a necessidade de proteção, por meio do cuidado dos pais para inibir riscos e garantir a incolumidade dos direitos fundamentais dos filhos no exercício da autonomia privada no uso das novas tecnologias. Em decorrência de sua condição de seres em desenvolvimento, frequentemente crianças e adolescentes não compreendem os riscos que o uso das tecnologias representa. Por vezes, acabam pondo em risco sua própria integridade e a da família ao abastecerem, sem conhecimento, bancos de dados com informações pessoais.

Com o estudo, objetiva-se refletir sobre a responsabilidade dos genitores de exercerem a parentalidade responsável para inibir as ameaças ou violações aos direitos fundamentais dos filhos no uso das novas tecnologias no ciberespaço. Para empreender o artigo, adotou-se a pesquisa qualitativa, com uso da técnica bibliográfica, seguindo-se o método dedutivo.

O artigo está dividido em cinco partes, a primeira aborda os direitos fundamentais infantojuvenis e vincula-se ao seguinte, que, por sua vez, aborda os preceitos da doutrina da proteção integral, do interesse

superior e do dever de cuidado parental. Em seguida, trata das novas tecnologias, as interferências e danos aos direitos fundamentais. A parte final analisa o dever parental do cuidado, os limites no uso das novas tecnologias pelas crianças e adolescentes como forma de demonstrar as dificuldades que os pais enfrentam para efetivação da proteção dos direitos de seus filhos no ciberespaço.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Os direitos humanos e fundamentais foram adquiridos há poucas décadas pelas crianças e adolescentes, detentores da proteção familiar, social e estatal, sendo esta conquista considerada um marco para o saudável desenvolvimento físico e psíquico.

A proteção especial, no Brasil, foi impulsionada pela Declaração de Genebra, de 1924, e a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, que reconheceram como padrão hermenêutico interpretativo a necessidade de garantir proteção ampla a todos os aspectos da infância e juventude de modo a oferecer um ambiente adequado ao seu desenvolvimento.

Em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente os reconheceu como sujeitos plenos de direitos e deveres (DOLINGER, 2003; MONACO, 2004). Os referidos marcos internacionais normatizaram o interesse superior da criança, a responsabilidade parental no amparo e no cuidado especial como forma de proteção legal em decorrência da imaturidade física e mental. A natureza dessas questões deu à questão da criança e do adolescente um *status* de preocupação ampliada, mas os direitos nela contidos não são de cumprimento obrigatório pelos Estados-membros.

Em sequência ao avanço cronológico das Convenções e Declarações, em 1985, foram estabelecidas pelas Nações Unidas as Regras de Beijing, ratificadas e promulgadas pelo Brasil pelo Decreto 99.710/1990, as quais definiram regras mínimas para a administração da justiça no que tange aos interesses da criança e do adolescente. Em seus princípios gerais, definiu-se como orientação fundamental que os Estados busquem mecanismos para priorizar não apenas o bem-estar da criança e do adolescente, mas também de sua família, inclusão esta que permitiu o reconhecimento da família como ente com fragilidades.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, promulgada no Brasil pelo Decreto 99.710/1990, além de contemplar os reconhecimentos e previsões das convenções e declarações que a antecederam, retomou a ideia de responsabilização dos pais na proteção integral e ga-

rantia do interesse maior da criança. Estabeleceu a proteção e o cuidado necessários para o seu bem-estar, os direitos e deveres dos pais ou responsáveis em propiciar à criança orientação e instrução adequadas e condizentes com a evolução de sua capacidade, bem como ao exercício de seus direitos. Essa convenção reconheceu a criança como sujeito pleno de direito, para quem deve ser garantido o desenvolvimento de forma integral, exigindo-se, para tanto, a consideração de sua absoluta prioridade (PIOVESAN, PIROTTA, 2016).

O Brasil, ainda em pleno desenvolvimento pós-constituente, assinou a convenção e ratificou-a. Era o anúncio de uma legislação especial dedicada à proteção de crianças e adolescentes no país que, após Constituição Federal de 1988, resultou na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1989, revolucionando o direito infantojuvenil. A legislação especial supera a parca assistência à infância e juventude que, por muitas décadas, ocorreu de forma discriminatória. Essa legislação está atenta à delinquência ou situação de abandono.

As normas fundamentais previstas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direito com prioridade absoluta, sendo-lhes assegurados todos os direitos para o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, em condições de liberdade e dignidade, sem negligências, discriminações, explorações e violências (PIOVESAN; PIROTTA, 2016).

A legislação nacional, a fim de atender às necessidades de uma fase especial de desenvolvimento, adota a diretriz hermenêutica dos direitos fundamentais derivados da doutrina da proteção integral e do interesse superior. Inserida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, representa grande avanço em termos de proteção e cuidado. A doutrina tem como referência a proteção de direitos e a dignidade humana e dispõe de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional para torná-los eficazes.

3 PARENTALIDADE RESPONSÁVEL: O DIREITO À AUTONOMIA PRIVADA E O DEVER DE CUIDADO

O Estatuto da Criança e Adolescente adota expressamente a doutrina da proteção integral e do interesse superior. A opção do legislador fundou-se na hermenêutica sistemática dos dispositivos constitucionais, que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas infantojuvenis, inspiradas nas normas internacionais de direitos humanos. A proteção desses direitos ocorreu em um patamar emancipatório e de positivação de direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais.

O dever de proteção é conferido por norma constitucional aos pais, à sociedade e ao Estado. A proteção e tutela à infância, em sentido amplo, é direito que assegura o *status* de pessoas em desenvolvimento como situação peculiar, responsabilizando o Estado pela sua promoção por meio de políticas públicas (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012) e por intervenções para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

O interesse superior da criança e do adolescente, como princípio e no contexto da doutrina da proteção integral, pode ser considerado como “*standarts* de justiça e moralidade” (PEREIRA, 2012, p. 151). Por ser concepção aberta, sofre variações no tempo e espaço, e visa a assegurar o bem-estar, zelar pelo interesse, cuidar da formação moral, social e psíquica, associada ao contexto social e axiológico em que vive a criança ou adolescente, identificando em que consiste o seu real bem-estar (PEREIRA, 2012). A adoção tem propósito de orientar a interpretação dos direitos fundamentais e justifica-se pela situação especial de fragilidade e vulnerabilidade.

Dos direitos e garantias, destaca-se o direito à vida, à dignidade, à autonomia privada, ao respeito, o direito a ser cuidado e educado no seio da própria família, o direito à educação, cultura e lazer. No tocante à previsão dos direitos a serem garantidos, com base nos princípios tratados, como da prevenção, a justificação é amparada no fato de serem pessoas humanas em processo de desenvolvimento bem como por serem sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos legal e constitucionalmente.

O direito à autonomia de crianças e adolescentes é polêmico na doutrina nacional e pode encontrar fundamentação nos princípios bioéticos. Pode-se considerar a autonomia privada como um instrumento de promoção da personalidade que deve ser sopesado na medida do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano. O acesso à internet e às novas tecnologias, a organização de seus pertences, a escolha da religião, orientação sexual, são escolhas que caracterizam um protagonismo importante no processo educacional e promocional de sua formação. A autonomia privada infantojuvenil não é absoluta, deve ser fiscalizada no contexto do exercício responsável da autoridade parental, exigindo, inclusive, a intervenção estatal quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de pessoas em condição especial de vulnerabilidade (FACHIN, 2015).

O cuidado como dever parental tem valor jurídico, não se encontra em norma literal, mas deriva de locuções e interpretações no contexto da proteção integral e do interesse superior. No núcleo mínimo de cuidados parentais, há o dever legal de cuidar da prole, dever estabelecido

pelas regras da parentalidade responsável, que é desdobramento dos princípios da dignidade humana, responsabilidade e afetividade. O dever de cuidar, assistir, educar os filhos é preceito de matriz interpretativa aberta e não se restringe somente à assistência material. Há um dever jurídico de cuidado e seu descumprimento pode incidir em ato ilícito, gerar responsabilização (PEREIRA, 2012).

A autonomia de crianças e adolescentes, como direito da personalidade, deve ser relativizada pelo necessário acompanhamento dos pais no processo de desenvolvimento psíquico dos filhos. A autonomia responsável deve ser protegida quando balizada pela investigação paterna no processo de desenvolvimento cognitivo da sua prole, criando a cultura de consciência dos atos, na medida do discernimento dos limites e das responsabilidades. Nesse estágio progressivo de maturação, há dever parental de fiscalizar e controlar os atos dos filhos, pela essência da parentalidade responsável.

No tocante à doutrina da proteção integral ao interesse superior e cuidado, deve-se considerar que há o direito fundamental ao lazer, à educação, à participação, como derivação da autonomia, o que abarca o conceito de brincar, ato que é considerado forma de expressão, e meio de acomodação de aprendizagens (FREUD, 2010; FREUD, 2015), de relações e de tentativa de resolução de conflitos, de construção de significantes (RODULFO, 1990). Portanto, brincar e divertir-se é fundamental para o estabelecimento do pleno e saudável desenvolvimento de crianças e adolescentes.

A relação entre as novas tecnologias e as crianças gera grandes esperanças e receios. Ao tempo que são essenciais e inclusivas, teme-se os impactos que podem exercer pelo uso inadequado. O alerta está nos aspectos da identidade e sociabilidade, risco e segurança.

O acesso à internet, aos sites, aos jogos *on-line*, trocas de mensagens pelos aplicativos estão mais frequentes que as brincadeiras ditas tradicionais, e trazem à vida da criança e do adolescente uma dimensão simbólica distinta, pouco lugar para a criação e possíveis sintomas de hipercinesia, o apagamento do corpo (MEIRA, 2004) e uma nova maneira de se relacionar socialmente, que pode afetar significativamente o seu desenvolvimento e a sua identidade pessoal.

Com o surgimento da internet, das novas tecnologias, houve inclusão de todos no ciberespaço, ambiente que é mais propenso aos atos de violência mais difíceis de serem vigiados e controlados. No ambiente virtual, a negligência é mais fácil de acontecer em função do desconhecimento das tecnologias pelos pais, pela rapidez com que as crianças navegam e se apropriam do novo espaço e das possibilidades das novas tecnologias. Para se pensar sobre o papel e a responsabilidade dos pais no

controle de acesso do uso do meio virtual pelas crianças e adolescentes, faz-se necessário refletir sobre a interferência das novas tecnologias nos direitos fundamentais de crianças e adolescentes que se encontram na fase especial de desenvolvimento.

4 NOVAS TECNOLOGIAS, INTERFERÊNCIAS E DANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A aceção conceitual da infância e da adolescência pode ser considerada pelas categorias sociais oriundas de construções históricas, frutos da modernidade. Essas categorias surgem para diferenciar as crianças e os adolescentes dos adultos (ARIÈS, 1978; SCLiar, 1995; CALLIGARIS, 2000). Como construções, suas concepções se modificam de tempos em tempos influenciadas pela cultura, pelas relações e pelos avanços nas áreas das ciências e das tecnologias. As Declarações e Convenções apreendem tais categorias e as aplicam em textos legais que visam a garantir a existência de crianças e adolescentes estabelecendo parâmetros legais à proteção do pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes conforme preconizado pela Constituição e pelo Estatuto.

Desenvolvimento esse também balizado pelas relações interpessoais e familiares, pela cultura e pela plasticidade neuronal. Esta última consiste numa qualidade do cérebro que permite às crianças e aos adolescentes a contínua abertura de seus cérebros às influências do meio. Isso porque, com base na relação com o meio e dependendo da forma como é utilizada e orientada, a plasticidade pode reforçar, reorganizar, alterar e mesmo debilitar as conexões sinápticas. A plasticidade, portanto, não é boa nem má em si mesma. Molda-se constantemente na medida em que as relações sociais são estabelecidas e a vida é construída dando parâmetros sobre como as pessoas compreendem o mundo e a si próprias (GUERRERO; GONÇALVES, 2008).

O uso das tecnologias igualmente ocasiona mudanças na socialização, nas relações e na comunicação entre as pessoas (URRUTIA; GORSKI; MICHEL, 2003), influenciando no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Por essa razão é tão importante levar em conta o lugar ou espaço onde acontecem tais comunicações e relações. O desenvolvimento não se dá em contextos isolados ou restritos a pequenas comunidades. Com o acesso à internet e ao ciberespaço, a interação acontece num lugar em que fronteiras têm contornos indefinidos. No entanto, não há uma substituição do espaço real pelo virtual, tampouco um isolamento. Há, sim, uma complementação em que a interação virtual suscita um verda-

deiro aumento das interações reais (ROGERS, 2016). Portanto, nas relações e comunicações virtuais, não há limites ou controles, nem delimitações dos riscos e danos, porque podem ser desconhecidos.

Não obstante a superficialidade dos vínculos no ciberespaço, formam-se fortes padrões sociais determinados pela exposição e popularidade. Muitas vezes é a partir da popularidade nesse meio que se definem a autoestima e a construção da identidade. O olhar do outro, por conseguinte, ganha dimensão e importância desempenhando importante papel no desenvolvimento de crianças e adolescentes na sociedade de informação, na qual estão convocados a se conectarem permanentemente (BRUNO, 2013).

Conforme Leal (2017, p. 176), em 2005, a Internet das Coisas foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas como sendo “um novo e interativo ecossistema”. Consequentemente, as incertezas e infinitas possibilidades suscitadas nesse novo espaço influenciam na concepção e ponderação que se faz dos direitos humanos e fundamentais. Não mais definidos unicamente com base em certezas e previsões normativas. Definidos como meios complexos e abertos (STUMPF, 2015) que necessitam de meios para serem efetivados.

A inclusão de crianças e adolescentes em tal meio impõe a necessária discussão jurídica quanto ao impacto e à interferência que gera no desenvolvimento cognitivo e relacional. Ainda, exige que se reflita sobre os riscos do uso das novas tecnologias e a interferência que seu uso acarreta no desenvolvimento de crianças e adolescentes, pois podem tanto lesar seus direitos fundamentais como impedir ou dificultar a prevalência dos princípios que lhes são próprios, a saber, a dignidade, a proteção integral e o melhor interesse.

Como o ciberespaço está configurado como lugar de olhar e ser olhado, no âmbito do uso das novas tecnologias e da globalização desse espaço, o direito à privacidade tem sido foco de debate, bem como de mudanças doutrinárias e legais (ROHRMANN, 2000). Envolve ponderações concernentes à proteção da privacidade mediante o estímulo e desenvolvimento de novos usos da tecnologia (LEAL, 2017). Em especial, a consideração da hipervulnerabilidade³⁷ das crianças e dos adolescentes nessa relação de consumo virtual (NEJM, 2010; CARVALHO; OLIVEIRA, 2015; LEAL, 2017). A esse respeito, Rodotà (2003) entende que o cuidado deve ser redobrado na relação com o ciberespaço, em virtude de, para livre construção da personalidade, requer-se maior e mais forte pro-

³⁷ Hipercinesia compreende a excitação nervosa em que se destacam: agitação psicomotora e contrações musculares involuntárias.

teção de dados pessoais. Logo, entende-se que a proteção no ciberespaço adquiriu *status* de direito fundamental autônomo diferenciado da proteção geral da vida privada.

Dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ressalta-se que o direito à vida com dignidade destaca-se em relação aos outros direitos fundamentais, pois da proteção dele dependem a existência e o fruir de outros direitos fundamentais. Das três dimensões do direito à vida propostas por Silva (2017) – a existência, a integridade física e a integridade moral – não se pode, em uma análise superficial, considerar apenas as duas últimas como sujeitas à afetação da inserção da criança e do adolescente no ciberespaço.

A vida compreendida como direito de existência também tem sofrido significativos ataques no ciberespaço, já que, devido à perda da intimidade, da privacidade e das integridades física e moral, muitas crianças e adolescentes cometem suicídio ou tentam fazê-lo. Seja por indução ou convite a essa prática (SHARIFF, 2011), vê-se que tais atos são consequência de sentimentos de culpa, vergonha e humilhação em decorrência de *bullying* virtual ou outra interferência virtual negativa na identidade pessoal. Também em função da incapacidade de se defender em razão do desequilíbrio de poder. Uma vez que o perpetrador da violência permanece em anonimato e há disseminação de informação, a vítima se reconhece incapaz de qualquer ato de defesa frente ao agressor (FERREIRA; DESLANDES, 2018).

De igual forma, as outras duas dimensões da vida, anteriormente indicadas, são suscetíveis de agressão e lesão no ciberespaço. Concerne aos danos à integridade física e moral, considera-se que resultam da exposição rapidamente difundida da imagem, de ataques ao comportamento e de ameaças às crianças ou adolescentes (PINHO, 2017). Consequentemente, reconhece-se que a integridade física abarca não somente os cuidados reais com o corpo, mas igualmente o respeito à integridade moral e psíquica (SILVA, 2017).

No tocante ao direito à liberdade, estritamente relativo à autonomia privada, prevê a lei garantia de formas da liberdade (SILVA, 2017), dentre elas, destacam-se: a garantia de liberdade de expressão e de opinião, a de brincar e divertir-se, e a participação, sem sofrer discriminação, na vida familiar e comunitária. Direitos esses que estipulam novo padrão de comportamento e facilmente são lesados no ciberespaço em consequência da necessidade de ser olhado, aceito ou “curtido”. A liberdade de brincar e divertir-se igualmente é afetada pelas novas tecnologias. Como visto acima, o anonimato e a disseminação da informação na rede expõem os hipervulneráveis – criança e adolescente – que não têm

meios de identificar a invasão e/ou manipulação que sofrem quando usam brinquedos e jogos conectados, via *bluetooth* ou *wi-fi* à internet ou à nuvem (LEAL, 2017).

Essa exposição também viola o respeito à integridade e à dignidade, garantidos na lei específica como invioláveis. A integridade abrange aspectos físicos, morais e psíquicos bem como a identidade, a autonomia, a imagem, os valores, as ideias, os espaços, os objetos e as crenças. Já a dignidade repudia qualquer tratamento desumano, aterrorizante, violento, constrangedor ou vexatório; e atribui a todos o dever de cuidar da dignidade desses sujeitos. Portanto, todo ato de violência ou negligência à integridade e à dignidade, que prejudica ou impede sua proteção e desenvolvimento saudável, fere sua dignidade e sua privacidade. Consoante a privacidade, importa lembrar o que leciona Rohrmann (2000), de que ela é o direito a ser protegido no mundo digital quando se utiliza de programas de filtragem, assinaturas eletrônicas, criptografias, códigos, os quais são meras ferramentas que protegem dados e informações.

Ainda a respeito da privacidade de crianças e adolescentes, é fundamental que se centre no reconhecimento da condição deles como seres hipervulneráveis e em desenvolvimento. Nesse aspecto, destaca-se a previsão da lei especial sobre o direito de crianças e adolescentes serem educados e criados pela própria família. Logo, a responsabilidade e o dever de educação incumbe aos pais, que devem ampará-los psíquico e emocionalmente para a adequada estruturação da personalidade – psíquica e de direito –, inclusive nas dimensões e espaços virtuais.

5 O DEVER PARENTAL DO CUIDADO: LIMITES NO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS PELAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

É dever da parentalidade zelar e cuidar dos filhos em fase especial de desenvolvimento, como sujeitos de direitos em construção, que precisam ter seus desenvolvimentos balizados. A Constituição Federal, em seus arts. 227 e 229, e as normativas infraconstitucionais, em especial, o art. 29, *caput*, da Lei 12.965/2014, delegam aos genitores a responsabilidade pela proteção e promoção integral, inclusive pelo controle de conteúdos considerados impróprios aos filhos. A lei, portanto, não deixa livre aos pais a decisão de controle do uso da internet e do acesso ao ciberespaço por seus filhos. Facultado em lei está tão somente a escolha do recurso para o controle, ao qual estão obrigados.

Martín (2015) afirma que a falta de controle leva ao uso do ciberespaço de forma abusiva e, às vezes, de modo compulsivo. Reflexo disso é o crescente interesse sobre as mudanças de hábitos, as ansiedades

e as preocupações provocadas pelo uso compulsivo e as consequentes modificações na maneira como o cérebro processa as informações, gerando riscos psicossociais, inclusive (WENDT; LISBOA, 2013). Além disso, há insegurança de diversas ordens, ética, educacional e jurídica, devido ao medo do uso inadequado das tecnologias por quem as gestiona.

O surgimento dessas inseguranças na relação com o ciberespaço decorre, de um lado, porque, para muitos indivíduos, ainda não está claro que o uso da internet compreende o frequentar de um espaço público que demanda, assim como outros espaços públicos, cuidados e atenção à segurança e à cidadania (NEJM, 2010). De outro lado, surgem pela regulação insuficiente do uso do ciberespaço. Acerca dessas duas considerações, faz-se necessário refletir sobre o papel dos pais como agentes de proteção da criança e do adolescente, num legítimo exercício de seu dever e poder familiar.

Portanto, aos pais destina-se a função de cuidar e educar de maneira que seus filhos se desenvolvam plenamente, nos diversos aspectos: físicos, morais, emocionais e relacionais, para que tenham boa estruturação da personalidade. Da mesma forma, incumbe aos pais a responsabilidade de educar seus filhos, de modo que, em seu desenvolvimento, não percam a capacidade empática e outras habilidades sociais tão facilmente afetadas pelo *bullying* virtual (WENT; LISBOA, 2013). Entretanto, não são eles, mas, sim, seus filhos que, com frequência, têm maior conhecimento sobre tecnologias. Ademais, os instrumentos para acessar o ciberespaço são de uso individual, como celulares, computadores, *tablets*, dificultando o monitoramento e o controle por parte dos responsáveis (WENDT; LISBOA, 2013; LEAL, 2017).

Como no ciberespaço não são conhecidas nem fronteiras, nem autoridades, nem entidades de controle, gerou-se intensa preocupação tanto com o conteúdo delitivo, como com a crescente vulnerabilidade dos direitos da personalidade, envolvendo especialmente o direito à honra, à intimidade e à própria imagem (ANTÓN, 2013). Por isso, destaca-se o estudo empreendido por Wendt e Lisboa (2013) que, pautados em pesquisas realizadas no período de 2000 a 2012, estabeleceram o estado da arte do *ciberbullying*. Eles constataram que crianças e adolescentes estão sujeitos a menor risco de sofrer violência no ciberespaço quando seus pais participam de sua rede de amigos na web. Outro diminuidor do risco é o monitoramento pelos pais dos acessos e usos da rede pelos filhos. Além disso, verificaram que os perpetradores de violência no ciberespaço têm uma singular percepção de controle e de imunidade no que tange à sanção de seus atos.

Sobre isso, como bem lembra Antón (2013), aos pais se impõe, pelo exercício do poder familiar, o cumprimento de uma função social de proteger a personalidade do menor. Isso para que – na medida em que tenha defendido e garantido o direito de usufruir dessa proteção e dos bens jurídicos inerentes à personalidade –, futuramente, os filhos possam exercer esses direitos da personalidade por si mesmos. Entretanto, por não se identificar os meios adequados para os pais exercerem esse cuidado, há necessidade de acompanhamento e controle cauteloso, visando a não afastá-los do ambiente virtual pelo qual acessam as novas tecnologias, mas inibir possíveis riscos que podem lesar direitos fundamentais.

Ademais da responsabilidade dos pais, sinaliza-se o direito e a responsabilidade de cada Estado em regular as relações das pessoas com o ciberespaço pela vulnerabilidade social que o ambiente, por si, é capaz de gerar (ROHRMANN, 2000). Igualmente, deve-se ter em conta a responsabilidade de cada usuário mediante a aceitação das políticas de privacidade e de consentimento. No caso de crianças, é lícito o acesso, se autorizado pelos pais (ANTÓN, 2013). A esse respeito, Nejm (2010) constata que segurança e cidadania devem ser garantidas também nesse novo espaço público; preocupa a falta de proteção sexual de crianças e adolescentes pela facilidade de exposição e sujeição às diversas formas de violência. Consoante esse posicionamento, Martín (2015) sugere a necessidade de se pensar o possível estabelecimento de uma Declaração de Direitos Humanos na Rede.

A proteção da privacidade e da intimidade de crianças e adolescentes no acesso e uso das novas tecnologias insere-se nos deveres da parentalidade responsável, por meio do cuidado no monitoramento e proibição de interferência de terceiros, sob pena de responsabilização dos pais. A proteção da dignidade humana da criança e do adolescente na internet e no uso das novas tecnologias deve ser redefinida com instrumentos hábeis, a fim de inibir os riscos, os desconhecidos, inclusive; de modo a tutelá-los na fase especial de desenvolvimento, em situação de hipervulnerabilidade. Há dever da parentalidade de cuidar, fiscalizar, limitar o acesso ao ambiente virtual, mas é direito da infância e da juventude acessar ao ambiente virtual e utilizá-lo com fundamento, em sua autonomia privada. O desafio jurídico contemporâneo centra-se em identificar e adotar instrumentos que possam reverter direitos fundamentais e cláusulas gerais em prol de uma tutela justa de proteção da infância e da adolescência no contexto do uso de tecnologias com o propósito de garantir a dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

Resta evidente a necessidade de se identificar métodos concretos de efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes no uso das novas tecnologias. A proteção integral e o superior interesse devem prevalecer nas relações deles com terceiros no uso das novas tecnologias no ciberespaço. A necessária proteção e cuidado derivam da imaturidade física e psíquica que os tornam vítimas potenciais, hipervulneráveis, no complexo universo criado pelo acesso e uso das novas tecnologias pela via da internet.

Aos pais incumbe o dever de cuidar, educar, orientar e acompanhar os filhos, estabelecendo limites de acordo com a evolução do desenvolvimento psíquico. Portanto, no exercício limitado da autonomia privada, os filhos em fase especial de desenvolvimento, ao acessarem as novas tecnologias e as relações que eles estabelecem no ciberespaço, tornam-se hipervulneráveis, exigindo maior fiscalização, com atenção e zelo, para cumprir com os preceitos da parentalidade responsável.

Como há constante desenvolvimento das tecnologias da informação e a possibilidade de armazenamento, bem como o tratamento, a manipulação e a difusão dos dados são de probabilidade quase ilimitada por meio das redes, os pais devem estabelecer regras e acompanhar os acessos e as informações que as crianças e os adolescentes partilham, pois o direito à privacidade e intimidade destes sofre mitigação em relação a seus responsáveis, que devem protegê-los contra terceiros.

Para a efetiva proteção, os pais precisam conhecer e saber identificar no que consiste a prática da violência virtual, bem como a quais riscos seus filhos estão expostos no uso das novas tecnologias. Por isso, há urgência de definir responsabilidades no ciberespaço. Atualmente, existe certa ambiguidade de informação sobre o armazenamento dos dados, controles, segurança, o que pode confundir os pais no papel de garantia de proteção de seus filhos.

Os genitores, no exercício da parentalidade responsável, sopesando os limites da autonomia privada de acesso e uso das novas tecnologias, devem incluir na educação de seus filhos o uso consciente e responsável do ciberespaço como meio de inibir riscos, danos e responsabilidades de dimensões desconhecidas.

7 REFERÊNCIAS

- ARIÈS, Phillippe. **História social da infância e da família**. Tradução de D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.
- ANTÓN, Ana María Gil. **El derecho a la propia imagen del menor en internet**. Madrid: Dykinson, 2013.

_____. **Lei 12.965**, de 23.04.2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 24 fev 2019.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ser, modos de ver**: vigilância, tecnologia e subjetividade. Porto Alegre: Sulinas, 2013.

CALLIGARIS, Contardo. **A adolescência**. São Paulo: Publifolha, 2000.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. Cyberbullying: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde. In: **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, p. 3369-3379, out. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018001003369&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 set. 2019.

FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer (1920). In: FREUD, Sigmund. **Obras Completas**, Volume 14: História de uma neurose infantil [“O homem dos lobos”], Além do Princípio de prazer e outros textos [1917-1920]. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. O escritor e a fantasia. In: FREUD, Sigmund. **Obras Completas**, Volume 8: Os delírios e os sonhos na Grádiva, Análise da fobia de um garoto de cinco anos [“O pequeno Hans”] e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

GUERRERO, Antonio Bernal; GONÇALVES, Teresa Paula Nico Rego. Identidade narrativa e plasticidade cerebral: algumas propostas pedagógicas. In: **Revista Portuguesa de Pedagogia**, a. 42-1, 2008, p. 27-43 Disponível em: <<http://impactum-journals.uc.pt/rppedagogia/article/view/1226/674>>. Acesso em: 14 set. 2019.

LEAL, Livia Teixeira. Internet of Toys: Os Brinquedos Conectados à Internet e o Direito da Criança e do Adolescente. In: **Revista Brasileira Direito Civil**. n. 175, p. 175-187, 2017. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/rvbsdirec12&div=12&start_page=175&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em 24 set. 2019.

MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et. al.* (Orgs). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba: Unoesc, 2015, p. 13-39.

MEIRA, Ana Marta. Benjamin, os brinquedos e a infância contemporânea. In: **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 74-87, dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 set. 2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NEJM, Rodrigo. Liberdade, Privacidade e Sexualidade de Crianças e Adolescentes na Internet: Uma Rede de Desafios para a Defesa e Promoção de Direitos, In: **Atuação** 157, p. 157-172, 2010. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/atuacao17&div=9&start_page=157&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults>. Acesso em: 18 set. 2019.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHO, Mariana Gomes de. **Cyberbullying e a sua relação com Sintomas Emocionais Negativos e a Confiança Interpessoal: um estudo com Adolescentes**

Dissertação de Mestrado em Psicologia da Educação, Aconselhamento e Desenvolvimento. Coimbra: Universidade de Coimbra. 2017. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84044/1/TESE_MARIANA_PINHO_26%20de%20JULHO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

RODOTÀ, Stefano. Uso do direito e regulação da vida (Epílogo). *In*: URRUTIA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Claudio; MICHEL, Mónica Navarro. **Tecnología, intimidade y sociedad democrática**: Epílogo de Stefano Rodotà Usos del derecho y regulación de la vida. Barcellona: Icaria Editorial S.A., 2003.

RODULFO, Ricardo. **O brincar e o significativo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ROGERS, Richard. O fim do virtual: os métodos digitais. Tradução de Carlos d'Andréa e Tiago Barcelos P. Salgado. *In*: **Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF**. v. 10, n. 3, dez. 2016. Disponível em: <<http://ojs2.ufjf.emnuvens.com.br/lumina/article/view/21353/11594>>. Acesso em: 28 set. 2019.

ROHRMANN, Carlos Alberto, Notas Acerca do Direito a Privacidade na Internet: A Perspectiva Comparativa. *In*: **Revista da Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, p. 91-115, 2000. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Pag.e?public=true&handle=hein.journals/rvufmg38&div=8&start_page=91&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchrresults>. Acesso em: 28 set. 2019.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHARIFF, Shaheen. **Cyberbullying**: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Porto Alegre: ArtMed, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2017.

URRUTIA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Claudio; MICHEL, Mónica Navarro. **Tecnología, intimidade y sociedad democrática**: Epílogo de Stefano Rodotà Usos del derecho y regulación de la vida. Barcellona: Icaria Editorial S.A., 2003.

SCLIAR, Moacyr. **Um país chamado infância**. São Paulo: Ática, 1995

STUMPF, Mousas. Direitos humanos observados como ambiente complexo. *In*: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.) **Direitos Humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco, 2015.

WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. Agressão entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do cyberbullying. *In*: **Psicologia clínica**. Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 73-87, June 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 fev. 2019. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-56652013000100005>>. Acesso em: 28 set. 2019.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL

UNA APROXIMACIÓN DE SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO – FILIALES

REFERENCIA AL SISTEMA CHILENO

*Rommy Alvarez Escudero*¹

Sumario: 1. Los niños en la era digital: Beneficios y riesgos; 2. Derechos de la Personalidad de niños, niñas y adolescentes en el entorno digital y su protección en el ámbito de las relaciones paterno – filiales; 3. Conclusiones; 4. Referências.

¹ Abogada. Doctora en Derecho y Master en Derecho de Familia por la Universidad Autónoma de Barcelona. Magister en Derecho y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Académica e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Chile. Profesora de Derecho Civil, Docente de Pregrado y Postgrado en diversas casas de estudios superiores, Universidad de Valparaíso y Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, entre otras. Miembro del grupo de investigación del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona dedicado al estudio y actualización del Derecho de la Persona y Familia. Ha publicado en Chile y en el extranjero en materia de derecho de familia y derechos de infancia.

1 LOS NIÑOS EN LA ERA DIGITAL: BENEFICIOS Y RIESGOS

Las nuevas tecnologías de la información profusa y transversalmente se han instalado en nuestras sociedades, las que en un proceso acelerado se han visto transformadas por la incidencia de aquellas, no tan solo en aspectos vinculados al desarrollo económico y cultural, sino también en la proyección de los derechos de las personas en el mundo virtual, en particular, como consecuencia del acceso masivo a la información que, en materia de redes sociales ha evolucionado en el concepto de *web 2.0*, en que los usuarios, superando la fase de simples receptores, han pasado a convertirse en centros independientes de generación de contenidos².

Este contexto de evolución tecnológica trae importante beneficios: universaliza prerrogativas como la libertad de información y de expresión, potencia aspectos educativos y posibilita el aprendizaje digital con igualdad de acceso. Sin embargo, su utilización tiene una serie de proyecciones, tanto en aspectos del acceso mismo a la red social, como en la esfera íntima de las personas -toda vez que muchos de los contenidos que se exponen y comparten están conformados por las vivencias personales de los usuarios- y, desde allí una multiplicidad de consecuencias vinculadas con los derechos de la personalidad, como el derecho a la intimidad, imagen y honor, el derecho a la identidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal; y, con otros derechos surgidos precisamente en el contexto digital, como el derecho de acceso a internet³; y, el derecho al olvido en internet⁴.

² Véase, ACEDO PENCO, Ángel, PLATERO ALCON, Alejandro, “*La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno*”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, v. 5, n. 1, 2016, p. 65.

³ Según indica Sánchez Gómez, “*derecho de nueva creación [...] declarado por la ONU como un derecho humano desde el año 2011*”. SANCHEZ GÓMEZ, Amelia, “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI? Revista Aranzadi Civil Mercantil, num. 11/2016, parte Estudio, p. 18. Disponible em: <www.aranzadidigit al.es. Consultado el: 19 ene. 2019.

⁴ Calificado como un nuevo derecho inherente a la personalidad, véase FÉRNANDEZ PÉREZ, Ana, “La protección de los derechos fundamentales de los menores en internet desde la perspectiva europea”, Ius et Praxis, año 22, num. 2, p. 377-388, 2016.

Los niños, niñas y adolescentes, nacidos en este entorno digital, han sido por eso llamados en doctrina, nativos digitales⁵, los que, al decir de Lorente López, es en las tecnologías de la información y comunicación (TIC) que “*satisfacen sus necesidades de entretenimiento, información, comunicación, e incluso de formación*”⁶. Como lo destaca el informe de UNICEF, El Estado Mundial de la Infancia 2017 – Niños en un Mundo Digital⁷, los niños y adolescentes menores de 18 años representan, aproximadamente, uno de cada tres usuarios de internet en todo el mundo. Si a eso agregamos los datos que nos indican que los primeros usos de teléfonos inteligentes y otras tecnologías por parte de los niños se sitúa entre los 5 y 7 años⁸, no podemos sino concluir que la tecnología digital ha cambiado el entorno en que se desenvuelve y desarrolla la infancia.

Sujetos de derechos en formación, que en este entorno digital también debemos posicionar en el centro de atención y protección pues, no existe duda que para ellos, la interconexión en un mundo globalizado permite la comunicación, el acceso a información y conocimiento, que conlleva numerosos beneficios en materia de aprendizajes, educación y participación, contribuyendo a dar forma a sus experiencias de vida, “*ofreciéndoles oportunidades aparentemente ilimitadas para aprender y*

⁵ Acedo Penco y Platero Alcón, los definen como “*aquellos niños que han ido creciendo con un uso de internet ya consolidado, y en buena medida dependientes de las nuevas tecnologías, que puede llegar a ser una adicción*”, ACEDO PENCO, Ángel, PLATERO ALCON, Alejandro, op. cit., p. 71. Denominación también propuesta por Marc Prensky respecto las personas nacidas y formadas utilizando la particular “lengua digital” de juegos por ordenador, vídeos e internet. En contraposición a los “Inmigrantes Digitales”, quienes han debido adaptarse al entorno y al ambiente digital, pero conservando una cierta conexión con el pasado, de ahí que el autor constata una brecha digital y generacional entre ambos, que nos resulta interesante de observar. Véase PRENSKY, Marc, “Nativos e inmigrantes digitales”, Cuadernos SEK 2.0, p. 5-6. Disponible en: <[https://www.marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)>. Consultado el: 22 de mayo de 2019.

⁶ LORENTE LÓPEZ, M^a Cristina, “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las nuevas tecnologías”, Revista Aranzadi Doctrinal, num. 2/2015, parte Estudio, p. 1. Disponible em: <www.aranzadidigital.es>. Consultado el: 19 de enero de 2019.

⁷ Disponible en <<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/estado-mundial-infancia-2017.pdf>>. Consultado el 22 de mayo de 2019.

⁸ CARRASCO RIVAS, Fernanda, *et al*, “El uso de dispositivos móviles por niños: Entre el consumo y el cuidado familiar”, Cultura-Hombre-Sociedad, v. 27, n. 1, p. 126, julio 2017.

*socializar, y para ser contados y escuchados*⁹, pero que también trae aparejados ciertos riesgos para el bienestar de los niños, involucrando sus prerrogativas esenciales: desde la salud, con el planteamiento de dependencia digital y de adicción a la pantalla; hasta sus derechos a la identidad, intimidad, propia imagen y honra, con el uso indebido de datos, la intromisión en su privacidad, la propagación de discursos de odio y contenidos negativos y, el ciberbullying; y, la creación de nuevas formas de abuso y explotación infantil.

Los niños, por su especial situación de vulnerabilidad, tienen menos posibilidades de comprender estos riesgos, por lo cual la labor de velar que reposa en los padres y la coparticipación en su educación, en conjunto con la comunidad escolar, se vuelven factores determinantes para evitar estas amenazas. En este contexto, los investigadores han aportado una clasificación de los riesgos a que se pueden ver expuestos los niños, identificando riesgos de contenido; riesgos de contacto; y, riesgos de conducta¹⁰. El dotarles de la guía para que entiendan como evitar que el riesgo se llegue a materializar en un daño efectivo, es crucial.

En este contexto, abordaremos los derechos de la personalidad de los niños que revisten una especial proyección en el entorno digital y su incardinación con la función parental de cuidado y protección de los hijos.

⁹ UNICEF, “El Estado Mundial de la Infancia 2017 – Niños en un Mundo Digital”, *op. cit.*, p. 6

¹⁰ Riesgos de contenido: cuando un niño está expuesto a un contenido no deseado e inapropiado. Esto puede incluir imágenes sexuales, pornográficas y violentas; algunas formas de publicidad; material racista, discriminatorio o de odio; y sitios web que defienden conductas poco saludables o peligrosas, como autolesiones, suicidio y anorexia; Riesgos de contacto: cuando un niño participa en una comunicación arriesgada, como por ejemplo, con un adulto que busca contacto inapropiado o se dirige a un niño para fines sexuales, o con personas que intentan radicalizar a un niño o persuadirlo para que participe en conductas poco saludables o peligrosas; Riesgos de conducta: cuando un niño se comporta de una manera que contribuye a que se produzca un contenido o contacto riesgoso. Esto puede incluir que los niños escriban o elaboren materiales odiosos sobre otros niños, inciten el racismo o publiquen o distribuyan imágenes sexuales, incluido el material que ellos mismos produjeron. Véase, UNICEF, “El Estado Mundial de la Infancia 2017 – Niños en un Mundo Digital”, *op. cit.* p. 22.

2 DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL Y SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO – FILIALES.

Primeramente, señalar que en relación con el análisis de los derechos de la personalidad a que en este estudio nos abocamos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, consagra entre las prerrogativas inherentes a niños, niñas y adolescentes, en su art. 13, el derecho a la libertad de expresión e información, reconociendo en el ejercicio de tal derecho las restricciones previstas por la ley que sean necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o, para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas; en su art. 16, el derecho a la intimidad, teniendo el derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, o ataques ilegales a su honra y a su reputación; y, en su art. 17, el derecho de acceso a información procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental, debiendo los Estados Parte promover la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18. Menester señalar, a estos efectos, la directriz guía del interés superior del niño (art. 3); y el respeto de las responsabilidades y deberes de los padres de impartir al niño, en consonancia con su autonomía progresiva, dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (art. 5). Marco general que reviste especial relevancia en legislaciones, como la chilena, que no cuentan con normativa específica que trate sobre el ejercicio directo de los derechos de la personalidad por parte de los niños.

En el ordenamiento español, la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, con las modificaciones introducidas en la LO 8/2015, de 22 de julio, consagra el interés superior del menor, estableciendo los criterios generales a tener en cuenta para su aplicación, los que deberán ponderarse, entre otras directrices, teniendo en cuenta la edad y madurez del menor, y su preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y, en sus arts. 4, 5 y 8 se refiere al derecho al honor, intimidad y propia imagen; al derecho a la información; y, al derecho a la libertad de expresión.

Destacar además que conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del art. 162 del CC, modificado por la ley 26/2015, de 28 de julio, quedan exceptuados de la representación legal de los padres, que ostentan en virtud de la patria potestad, “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”, no obstante establecer la intervención de los responsables parentales en estos casos, en atención a sus deberes de cuidado y asistencia.

Habiendo estructurado el marco normativo general, nos detendremos en el ejercicio de estos derechos de la personalidad de los niños, que se nos presentan particularmente incardinados en el entorno digital con lo que hemos denominado *web 2.0*: el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la intimidad y a la propia imagen, discurrendo en la función que a su respecto corresponde desde la autoridad parental en torno a la protección y resguardo de los derechos esenciales de los hijos.

a. Derecho a la protección de datos personales

La interacción en la web 2.0 se sustenta, en lo que podríamos denominar, dos actuaciones de los usuarios: una primera en que se genera el acceso a la red, creando el perfil virtual, debiendo otorgar para ello una serie de datos personales; y, luego, el aporte y difusión de contenidos mediante su incorporación en el espacio virtual. La primera actuación se incardina con el derecho a la protección de datos personales y; la segunda, con los derechos a la intimidad, propia imagen y honor. Así, ambas aparecen directamente relacionadas y, más todavía, podemos apreciar como el otorgamiento de los datos personales del usuario que se registra en la red social, constituye el medio a través del cual consigue incorporarse en ese mundo social, del que no quiere verse excluido y en el que, por tanto, otorga los consentimientos necesarios, por ejemplo, aceptando políticas de privacidad, sin si quiera advertirlo. Si podemos predicar esta realidad respecto los adultos, con mayor razón podemos observarla en relación con los niños, para quienes en la red encuentran su entorno cotidiano. Datos personales que reunidos en gran volumen se convierten en objeto de transacción o, que podrían ser utilizados con fines ilegítimos o representar consecuencias nocivas, particularmente para los menores de edad.

El art. 18.4 de la CE consagra el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales. La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños respecto la comprensión

del alcance del tratamiento de sus datos personales, es una preocupación global, en este sentido el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016¹¹, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en el apartado 38 de sus consideraciones, señala: “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”.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ha venido a regular el consentimiento del menor de edad para el tratamiento de sus datos personales, distinguiendo en su Art. 7^o¹², según la edad del menor, quien debe otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, fijando el límite en los 14 años: corresponderá el ejercicio directo de su derecho a la protección de datos personales si es mayor de 14 años, en los otros casos, el consentimiento debe ser otorgado por el titular o titulares de la patria potestad del niño. A este respecto, señalar que el Art. 8 del Reglamento (UE) 2016/679¹³, relativo a las condiciones

¹¹ Normativa aplicable, conforme lo dispuesto en su Art. 99, a partir del 25 de mayo de 2018.

¹² **Art. 7^o.** “Consentimiento de los menores de edad.

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

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.

¹³ **Art. 8^o.** “Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información

1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito

aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información determina el límite en los 16 años, dejando a los Estados miembros la posibilidad de establecer una edad menor, siempre que esta no sea inferior a los 13 años. No obstante las diversas opiniones doctrinarias¹⁴ que pueden originarse en torno al límite establecido de los 14 años, la LO 3/2018, de 5 de diciembre, tiene el mérito de otorgar la seguridad jurídica que, con anterioridad se suplía con las disposiciones del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprobaba el Reglamento de Desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, hoy derogada y, los cuestionamientos respecto la constitucionalidad a su respecto.

En línea con la protección de niños, niñas y adolescentes especialmente vulnerables ante los riesgos que conlleva la utilización de las tecnologías de la información, el Art. 84.1¹⁵ de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, radica en los padres la labor de procurar en sus hijos el uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información, con el objeto de resguardar el desarrollo de su personalidad, su dignidad y derechos fundamentales. Labor que corresponde incluir dentro del ejercicio de la función de la patria potestad a favor de sus hijos no emancipados, conforme lo dispuesto por el art. 154 CC¹⁶.

si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño”.

¹⁴ Al respecto, véase PEREZ DIAZ, Raquel, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ **Artículo 84.** “Protección de los menores en Internet.

1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales”.

¹⁶ **Art. 154.** “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

En la protección de los datos personales de los niños y las garantías respecto el ejercicio de su derecho a ésta, la LO 3/2018, de 5 de diciembre, ya referida, asigna un rol importante a los centros educativos y las instituciones que desarrollan actividades en que participan menores de edad, a los que encomienda el resguardo de este derecho y los demás derechos fundamentales del menor, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información, teniendo siempre en vistas su interés superior. Debiendo contar con el consentimiento necesario, conforme el art. 7º de la misma ley que ya hemos comentado, cuando la publicación o difusión vaya a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes.

La labor asignada a los centros de educación, es una cuestión que además se enmarca dentro de las políticas públicas que propicien la generación de espacios socioeducativos de formación e información, tanto para los niños como para sus padre, sobre como vincularse con el uso de las tecnologías; y, como señala Fernández Pérez “la educación y la responsabilidad son instrumentos cruciales para la protección de los datos de los menores”¹⁷, unido además a la circunstancia que el ámbito escolar es uno de los más importantes para la vida de un niño.

En este sentido el Art. 83 de la LO 3/2018¹⁸, de 5 de diciembre, consagra el derecho a la educación digital; en la materia y, respecto los

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

¹⁷ FÉRNANDEZ PÉREZ, Ana, op. cit. p. 11.

¹⁸ **Artículo 83.** *Derecho a la educación digital.*

1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un 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. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, 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.

deberes de los niños en el ámbito escolar, importante considerar el art. 9.3. quáter¹⁹, de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

b. El Derecho a la Intimidad y la propia imagen.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones, como hemos dicho, sustentan hoy en día parte del medio natural en que se desenvuelven niños y adolescentes, quienes conectados e interactuando en la red global participan de su grupo social. En este entramado se asume con normalidad el compartir imágenes, videos, comentarios, datos de diversos episodios personales o familiares que hasta antes de la existencia de las redes sociales parecían reservadas al ámbito más íntimo. Constatamos un cambio de paradigma en la forma de apreciar y resguardar la intimidad. La particular circunstancia respecto los nativos digitales es que el descrito constituye para ellos la realidad que conocen y en que viven, constituyendo un escenario que facilita las vulneraciones a la intimidad, a la propia imagen y al honor. Como señala Lorente Lopez “[...] tienen otro concepto de la privacidad, por lo que suelen compartir su información de forma habitual, colocándose en una posición vulnerable”.

El art. 18.1 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; derechos fundamentales protegidos civilmente frente a toda intromisión ilegítima por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Determinando en su art. 7 las circunstancias que se consideran intromisiones ilegítimas –sin

2. *El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.*

3. *Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.*

4. *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 el de protección de datos”.*

¹⁹ Art. 9 quáter: “3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación”.

hacer mención a aquellas que puedan producirse al alero de las redes sociales-, cuya existencia no se apreciará en caso que el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, conforme lo dispuesto por el art. 2.2. Su art. 3, se refiere al consentimiento de los menores de edad, el cual debe prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los demás casos, es decir, para los niños que no cuentan con el grado de madurez suficiente, el consentimiento debe ser otorgado por escrito, por su representante legal, habiendo puesto previamente el consentimiento proyectado, en conocimiento del Ministerio Fiscal, el que puede oponerse en el plazo de 8 días, caso en el cual deberá resolver el juez.

En particular, respecto los menores, la LO 1/1996, de 15 de enero, conforme lo señalado en su exposición de motivos, vino a reforzar los mecanismos de garantía previsto en la LO 1/1982, de 5 de mayo, prohibiendo *“la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor”*, con lo que se busca proteger a los niños de las manipulaciones provenientes incluso de sus propios representantes legales, otorgándose, además, legitimación activa al Ministerio Fiscal, lo cual se consagra en el art. 4 del citado cuerpo legal. La disposición sigue sin considerar los atentados contra estos derechos de la personalidad de los niños que pudieran ocasionarse en las redes sociales, pues solo considera hipótesis de intromisiones ilegítimas a través de los medios de comunicación. No obstante, la jurisprudencia ha considerado incluida en su comprensión la publicación de fotografías en redes sociales²⁰. La protección reforzada a favor de los menores se observa en la consideración de intromisión ilegítima en estos derechos de la personalidad, de *“cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales”*. Comentar en esta disposición el rol central que atribuye al Ministerio Fiscal, el que consideramos, coincidiendo con Sánchez Gómez, debiera ser subsidiario, a la actuación de los padres²¹. Si, destacar que en el numeral 5º pone de cargo de los padres y de los poderes públicos el respeto por los derechos al honor, intimidad y propia imagen y su protección frente a los posibles ataques de terceros.

²⁰ Véase STS 409/2014, de 14 de julio de 2014. Disponible em: <[https://app-vlex-com, identificador: VLEX- 523367950](https://app-vlex-com,identificador: VLEX- 523367950)>. Consultado el 25 de mayo de 2019.

²¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *op. cit.*, p.11.

Luego, tener en cuenta que la conjugación de la libertad de expresión y los derechos al honor, intimidad y propia imagen, se resuelve a favor de los derechos de la personalidad de los niños, erigiéndose como límites de aquella, criterio ya consolidado en la jurisprudencia del TS²² y TC español²³.

Hasta aquí podemos concluir que el ejercicio de estos derechos de la personalidad de los menores de edad en el contexto digital debe ser guiado por su interés superior conforme su autonomía progresiva y que, no obstante, la actuación directa del menor a su respecto, siempre corresponderá a los padres un rol central atendidas las funciones emanadas de la patria potestad a favor de sus hijos²⁴, el deber de velar, educarlos y procurarles una formación integral, conforme lo dispuesto en el Art. 154 CC. Deber de velar que como señala Gete-Alonso y Calera²⁵, comprende la conducta de vigilar todo lo que rodea al menor y la actividad de prevención para evitar lo perjudicial. Labor primordial relativa a la responsabilidad parental que hemos ido evidenciando además, en el análisis de cada una de las disposiciones legales enunciadas: art. 5 CIDN, Art. 162.2.1 CC y, el Art. 4.5 LO 1/1996. El art. 158 CC, por su parte, atribuye al juez la facultad de adoptar medidas a favor de los menores de edad sometidos a patria potestad con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarles perjuicios en su entorno familiar o frente a terceros.

La labor de padres y madres en este ámbito se traducirá en diversos aspectos, desde definir los límites temporales de conexión a las redes sociales, hasta guiar a sus hijos en el acceso responsable y

²² STS 409/2014, 24 de julio, fundamento de derecho segundo, numeral 1º: “[...] los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos”.

²³ STC 158/2009, de 29 de junio, fundamento jurídico 4º: “Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”. Disponible en: <<https://app-vlex-com>>. Consultado el: 25 de mayo de 2019.

²⁴ En este sentido, véase FEMENÍA LOPEZ, Pedro, “Daños por violación de la intimidad en las relaciones paternofiliales”, en MORENO MARTINEZ, Juan (coord.), La responsabilidad civil en las relaciones familiares, Dykinson, Madrid, 2013, p. 208.

²⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en SOLE RESINA, Judith, ALMADA MOZETIC, Vinicius (coords.), Derechos fundamentales de los menores, Dykinson, Madrid, 2018, p. 283.

respetuoso de los derechos fundamentales de las personas en el entorno digital, debiendo también propiciar el uso de mecanismos de seguridad de la información y datos personales que los hijos comparten en sus perfiles sociales en red, así como el aprendizaje a su respecto.

Respecto el respeto de niños, niñas y adolescentes por los derechos de la personalidad de los miembros de su comunidad y la educación que en ello corresponde a los padres y a los centros educativos, hacer mención a una situación, particularmente novedosa, acontecida en el sistema chileno, que ha concitado interés, siendo una noticia difundida por los medios de comunicación²⁶: En el mes de mayo del presente 2019, el Tribunal de Familia de Calama, ordenó que los alumnos de enseñanza secundaria de un centro educacional no pudieran ingresar al establecimiento portando teléfonos móviles o dispositivos electrónicos similares, ello producto de una situación de vulneración de derechos respecto una alumna, cuya imagen en una riña con otra compañera fue grabada y el video subido a una red social, sufriendo a partir de ese momento numerosos episodios constitutivos de bullying. La prohibición se implementó a través de una circular interna de la unidad educativa, la que en mérito de lo ordenado por la resolución del tribunal indica que su incumplimiento por parte de los alumnos determinará la citación del padre o madre ante la autoridad judicial y la aplicación de multas. Como comentario, creemos que establecer este tipo de prohibiciones y sanciones para estos casos, puede sumar desventajas para el agraviado, mas que terminar con el problema, implementar un sistema preventivo de educación y conciencia de los riesgos y daños que pueden generarse en el entorno digital nos parece un mecanismo mas saludable y respetuoso de los derechos de la infancia y la adolescencia.

De cara a las interacciones cotidianas en las redes sociales pueden presentarse otras situaciones en el ámbito familiar que se relacionan con el derecho a la intimidad de los hijos: ¿un padre o madre puede intervenir en las redes sociales de su hijo? Un padre o madre puede incorporar imágenes de su hijo en una red social?

Para la primera de las interrogantes, debemos considerar que el hijo que cuenta con madurez suficiente ejercita directamente su derecho a la intimidad. De ahí el cuestionamiento de que pueda configurarse una injerencia indebida que vulnere el derecho a la intimidad del hijo, la circunstancia que el padre o madre ingrese al perfil del hijo en la red social y por esa vía acceda, por ejemplo, a las conversaciones de este con

²⁶ El Mercurio de Calama “Juzgado de la Familia prohíbe el ingreso de celulares al liceo Jorge Alessandri”, jueves 09 de mayo de 2019, p.3.

terceros. Conforme lo referido en los párrafos anteriores respecto las funciones y responsabilidades emanadas de la patria potestad a favor de los hijos menores no emancipados, la que debe ejercerse conforme el interés superior del menor, el cual debe ser ponderado en cada caso concreto en mérito de las circunstancias particulares, compartimos la doctrina que justifica esa intervención en el deber de velar y educar a los hijos, comprendiendo en este último la legitimación a los padres para vigilar y supervisar cuestiones que afectan la vida privada de los hijos²⁷ y, con mayor razón, en circunstancias que pudieran revestir peligro. Supervisión que los padres deben ponderar considerando el grado de madurez y, la autonomía en que corresponde ir formando a sus hijos.

No obstante, insistimos en la consideración del principio del *favor filii* en cada situación, pues de la función de la patria potestad no puede derivarse un poder de injerencia cuya titularidad resida en los padres, sobre todo cuando se trata del ejercicio de un derecho inalienable e irrenunciable como el derecho a la intimidad personal; Recordar, además, lo dispuesto por el art. 162.2.2 CC que señala, respecto los actos vinculados con el ejercicio directo de los derechos de la personalidad por parte de los hijos, “No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

El art. 5 de la CIDN, que ya antes hemos referido, determina la responsabilidad de los padres en otorgar la dirección y orientación a sus hijos para ejercer los derechos que se le reconocen, disposición que podemos relacionar con el deber de educación de los padres y proporcionar a los hijos una formación integral, como señala Gete-Alonso Y Calera²⁸, “la educación implica la dirección de la vida del menor, pero también tomar decisiones por este en aquellas cuestiones en las que no pueda decidir por sí, también en las circunstancias de peligro o daño”. El deber de educación se cumple en forma directa, pero también se encomienda, en parte, a las instituciones de educación a las que asiste el hijo, a las que corresponde instruir y guiar a niños y adolescentes en el uso de las tecnologías de la información como tuvimos oportunidad de señalar en el apartado anterior.

Respecto el segundo planteamiento esbozado, preciso es recordar que el derecho a la propia imagen es una prerrogativa con fisonomía propia, no obstante su tratamiento legal en conjunto con el derecho al honor y a la intimidad, reconocimiento en el que gran aporte ha efectuado la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del TEDH de

²⁷ FEMENÍA LOPEZ, Pedro, *op. cit.*, p. 209.

²⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, *op. cit.*, p. 285.

20 de junio de 2017²⁹, en el caso “Bogomolova contra Rusia” que en su apartado 52, refiriéndose particularmente a las fotografías, afirma que

la imagen de una persona constituye uno de los atributos principales de su personalidad, puesto que revela características únicas de la persona y permite distinguirla de otras personas. El derecho a la protección de la imagen es, por lo tanto, uno de los elementos esenciales del desarrollo personal e implica el derecho de controlar el uso de esa imagen. Implica principalmente el derecho de cada individuo de controlar el uso de su imagen, incluido el derecho a rechazar la publicación de la misma.

Siguiendo similar orientación también, la sentencia de fecha 24 de marzo de 2009, de la Corte Suprema chilena³⁰ que en su considerandos quinto y séptimo, respectivamente indican: “*Que el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona [...]*”; y, “*Que del derecho a la propia imagen se ha dicho que constituye uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma; y en cuya virtud “cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuando, cómo, por quién y en qué forma se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso”*”; y, la STC 158/2009, de fecha 29 de junio de 2009³¹, que en su fundamento de derecho 3º indica:

en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

²⁹ Disponible en: <www.aranzadigital.es>. identificador: TEDH\2017\66, consultado el 19 de enero de 2019.

³⁰ Disponible en: <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>>. Consultado el 25 de mayo de 2019.

³¹ Disponible en: <<https://app-vlex-com>>, identificador: VLEX-63846836, consultado el: 25 de mayo de 2019.

Considerar además que, como lo refiere Pérez Díaz, las circunstancias en relación a la imagen, pueden configurar en los supuestos concretos una afectación al derecho a la propia imagen; o, al derecho de protección de datos, atendidas las dos vertientes en que puede verse afectada la imagen: en tanto se configure una intromisión ilegítima a la intimidad; o, en su consideración propiamente como dato.³² Para la autora, si la difusión de la imagen se realiza masivamente, queda incluida en el derecho de protección de datos personales, aplicando la ley especial. De ahí que, para el caso de publicación de fotografías de menores en redes sociales abiertas, realice una diferenciación respecto quien debe otorgar el consentimiento, distinguiendo entre mayores y menores de 14 años.

La publicación en una red social de fotografías o videos de hijos menores de edad, constituye una de las conductas que con mayor cotidianidad podemos observar, siendo variados los factores que confluyen pues, es de considerar también que cada miembro de la familia ve en esta su intimidad, de ahí que pueda sentirse autorizado para socializar por su propia iniciativa imágenes que involucren a otros integrantes de su núcleo familiar.

La situación de los hijos menores de edad es relevante respecto esta actuación de los padres, aun en la circunstancia de difundir la imagen en un círculo de amigos y/o familiares, pues siendo una red social, de característica abierta, resulta prácticamente imposible evitar la difusión masiva. Para este análisis debemos tener presente lo dispuesto por el Art. 84.2³³ de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, relativa a la protección de los menores en internet; y, el Art. 4.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero en la consideración que, respecto la utilización de imágenes o nombre de los hijos, pueda ser calificada como una intromisión contraria a sus intereses, caso en el cual deberá intervenir el Ministerio Fiscal instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley, correspondiendo al juez aplicar algunas de las medidas indicadas en el Art. 158 CC ya referido. Recordar la protección reforzada de los derechos

³² Véase PEREZ DIAZ, Raquel, “La imagen del menor en las redes sociales”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil, num. 3/2018, parte Doctrina, p.2. Disponible en: <www.aranzadidigital.es>., consultado el 19 de enero de 2019.

³³ **Art. 84.** “*Protección de los menores en internet.*
2. *La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*”.

al honor, intimidad y propia imagen que hace la misma disposición en su numeral 3º, que sirve para calificar la intromisión como ilegítima aun contando con la autorización del mismo niño o de sus representantes legales, estos últimos en el caso de niños que no cuenten con el grado de madurez suficiente.

La interrogante ahora se genera en determinar cuál es el límite aplicable para que el menor pueda otorgar directamente su consentimiento. Por estar tratada esta hipótesis particular de la utilización y difusión de imágenes de niños en la LO 3/2018, que se remite a la LO 1/1996, de 15 de enero, solo en lo que respecta a la configuración de la intromisión ilegítima y la intervención del Ministerio fiscal al efecto; y, teniendo en cuenta, además, la vertiente del derecho a la imagen, como dato incorporado en una red social abierta, consideramos que la edad de 14 años es lo que determina la posibilidad de emitir el consentimiento en forma directa por el niño. En caso de ser menor de esa edad, el consentimiento deberá ser otorgado por el o los titulares de la patria potestad.

Conforme el Art. 156 CC “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”. Los problemas surgirán en caso de desacuerdo entre los padres respecto la difusión de imágenes del hijo menor de 14 años en una red social. En tal caso, corresponde aplicar el inciso 2º³⁴ de la citada disposición, correspondiendo la intervención judicial oyendo a los padres y al hijo, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años. En este sentido se ha pronunciado la SAP Pontevedra 208/2015, de 04 de junio³⁵, precisamente en un caso de desacuerdo de los padres – que aunque divorciados, mantenían el ejercicio conjunto de la patria potestad– respecto la publicación por parte del padre de fotografías del hijo en la red social Facebook³⁶.

³⁴ **Art. 156, inc. 2º CC:** “*En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años*”.

³⁵ Disponible en: <<https://app-vlex-com>>., identificador: VLEX-576985270, consultado el 25 de mayo de 2019.

³⁶ Para un análisis mas detallado, véase Véase PEREZ DIAZ, Raquel, op. cit. p. 4.

En ordenamientos jurídicos como el chileno, que no cuentan con una norma que consagre expresamente el ejercicio de los derechos de la personalidad en forma directa por las personas menores de edad, ni con disposiciones particulares respecto el otorgamiento de su consentimiento en la ley especial –Ley n. 19.628, de 1999, sobre Protección a la Vida Privada– la respuesta a las interrogantes planteadas vendrá determinada por la aplicación de la normativa internacional que, al ser ratificada por el Estado, se incorpora en la normativa nacional conforme lo dispuesto en el Inc. 2º del Art. 5º de la Constitución Política; y, las disposiciones generales en materia de autoridad parental, particularmente, el Art. 222 CC que establece como preocupación fundamental de los padres el interés superior del hijo, para lo cual deben guiarlo en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Así, en el ejercicio del deber de cuidado y crianza, los padres deberán educarlo progresivamente en la utilización de las tecnologías de la información y en la protección de los derechos que les son inherentes y que pueden verse expuestos en el entorno digital. En la supervisión que conlleva la autoridad parental, conforme el interés superior del hijo y su grado de madurez, podrían revisar los contenidos a los que sus hijos acceden y comparten en internet, sin que esa actividad pueda calificarse de intromisión ilegítima, toda vez que se encuentre enmarcada en el ejercicio de la supervisión en torno a la protección y educación del hijo.

Respecto la publicación de fotografías o videos de los hijos en redes abiertas, el principio de corresponsabilidad parental deberá guiar el acuerdo al respecto. El problema nuevamente se presenta en caso de desacuerdo pues en el ordenamiento chileno, no encontramos disposición alguna que conduzca a dirimir tal situación ni aun consultando la intervención judicial. No obstante, en caso de existir un derecho del niño, niña o adolescente gravemente amenazado o vulnerado, se abre la vía judicial y la aplicación del procedimiento especial de medidas de protección, regulado en los Arts. 68 y ss. de la Ley de Tribunales de Familia, n. 19.968. Vacío legal que se agrava atendida la carencia normativa relativa a la situación de los niños y los derechos de la personalidad en juego en estos casos.

c. Derecho al olvido.

Hemos visto cómo, a menudo sin la comprensión suficiente, los menores interactúan en las redes sociales y cómo los ordenamientos jurídicos de los distintos niveles atendida la especial situación de

vulnerabilidad en que se encuentran los niños van forjando su especial protección, incardinado con la labor de protección y educación de los padres; y, las políticas públicas en materia de educación digital y promoción y respeto de los derechos esenciales de los niños.

Sin embargo, la libertad de acceso de internet y la omnipresencia de las redes sociales que, como hemos visto, han perfilado otra dimensión de la intimidad personal, acarrear consecuencias imprevistas para los usuarios que, incluso pueden ser intrascendente en el momento en que, siendo menores de edad, están publicando el contenido o la fotografía pero que, en el futuro le pueden resultar perjudiciales. El Art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679 consagra el Derecho de Supresión (“el derecho al olvido”). Por su parte la LO 3/2018, de 5 de diciembre, regula en el Art. 93 el Derecho al olvido en las búsquedas de internet; y, en el Art. 94, el Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes. Esta última disposición en su numeral 3, refiere, precisamente el supuesto que comentamos, señalando: *“En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2”*, esto es, que *“fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información”*.

La ley chilena de 1999, de Protección de la Vida Privada y Protección de Datos de carácter personal, como pudimos revisar brevemente, no contempla disposiciones relativas al consentimiento de niños, niñas y adolescentes respecto su acceso las redes sociales, debiendo la materia regirse por las disposiciones comunes civiles respecto el ejercicio de los derechos y capacidad de los menores de edad. En lo que ahora analizamos, tampoco cuenta con el reconocimiento del derecho al olvido, cuestión que se torna relevante por la posibilidad concreta que niños y adolescentes publiquen y difundan contenidos propios o de terceros sin mayor revisión. De ahí, hacer presente la necesidad de la consagración y regulación de estos derechos de la personalidad en general y, especialmente, respecto los niños y la protección debida para su formación integral. En la actualidad solo queda la vía del recurso de protección por la conculcación de garantías constitucionales atendida la transgresión a alguno de los derechos fundamentales consagrados en el Art. 19 de la Constitución Política, en este caso al Art. 19 N°4.

Destacar en el sistema español, la disposición adicional décimonovena de la LO 3/2018³⁷, de 5 de diciembre que, respecto los derechos de los menores en internet, ordena la elaboración de un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar sus derechos ante el impacto de Internet.

3 CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías de la información ya son parte de nuestro cotidiano vivir, el acceso a las redes globales aportan en información, conocimiento y, claramente, constituyen un instrumento que permite superar las brechas de desigualdad en nuestras sociedades, sin embargo, en su utilización también se generan riesgos. Por su particular situación de vulnerabilidad, los niños deben constituir nuestra preocupación central en materia de prevención de daños y protección de sus prerrogativas esenciales en el entorno digital.

El interés superior del niño y su autonomía progresiva en el acceso, interrelación y manejo de las redes sociales, se vuelven, una vez más las directrices que los padres, maestros y la comunidad toda deben seguir en orden a asegurar el más pleno desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, la interacción en el mundo digital ha venido a tocar también las relaciones familiares y no solo respecto el establecimiento de reglas en torno a la recreación de los hijos o su sobreexposición a dispositivos electrónicos, sino ha venido a dar un nuevo alcance a la función parental en el cuidado, educación y protección de los hijos en torno a sus prerrogativas esenciales. Tarea que se confía también en los centros educativos y en el desarrollo de políticas públicas que, poniendo a niños, niñas y adolescentes permitan aprovechar los beneficios y limitar los riesgos, minimizando los posibles daños a que podrían verse expuestos.

El reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad de los niños en general y particularmente en su proyección en el entorno digital, deben ser articulados desde el derecho sustantivo. En este sentido

³⁷ Disposición adicional décimonovena. “*Derechos de los menores ante Internet.*

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

los aportes introducidos por la LO 3/2018, de 5 de diciembre en torno a la protección del derecho a la protección de datos personales de los menores de edad, en el sistema español, podrían representar un sendero ya recorrido, en el camino por incorporar expresamente tales prerrogativas en ordenamientos jurídicos como el chileno que, en la actualidad, carecen de una normativa nacional aplicable, dejando el desarrollo de estos derechos de la infancia solo al amparo de las disposiciones contenidas en normativa constitucional, e internacional.

4 REFERENCIAS

ACEDO PENCO, Ángel; PLATERO ALCON, Alejandro. La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 5, n. 1, 2016, p. 65.

CARRASCO RIVAS, Fernanda *et al.* El uso de dispositivos móviles por niños: Entre el consumo y el cuidado familiar. *Cultura-Hombre-Sociedad*, v. 27, n. 1, julio 2017, p. 126.

CORTE SUPREMA CHILENA. *Sentencia de fecha 24 de marzo de 2009*. Disponible en <<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>>. consultado el 25 de mayo de 2019.

FEMENÍA LOPEZ, Pedro. Daños por violación de la intimidad en las relaciones paternofiliales. En MORENO MARTINEZ, Juan (coord.). *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 208.

FERNANDEZ PEREZ, Ana. La protección de los derechos fundamentales de los menores en internet desde la perspectiva europea. *Ius et Praxis*, año 22, n. 2, 2016, p. 377-388.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores. En SOLE RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (coords.). *Derechos fundamentales de los menores*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 283.

LORENTE LÓPEZ, M^a Cristina. La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las nuevas tecnologías. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2015, parte Estudio, p. 1. Disponible en <www.aranzadidigital.es>. consultado el 19 de enero de 2019.

PEREZ DIAZ, Raquel. La imagen del menor en las redes sociales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, n. 3, 2018, parte Doctrina, p. 2. Disponible en <www.aranzadidigital.es>., consultado el 19 de enero de 2019.

PRENSKY, Marc. Nativos e inmigrantes digitales. *Cuadernos SEK 2.0*, p. 5-6. Disponible en <[https://www.marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)>. Consultado el 22 de mayo de 2019.

SANCHEZ GOMEZ, Amelia. El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?. *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, n. 11, 2016, parte Estudio, p. 18. Disponible en <www.aranzadidigital.es>. consultado el 19 de enero de 2019.

SAP Pontevedra 208/2015, 4 de Junio de 2015. Disponible en <<https://audiencias.vlex.es/vid/576985270>>. consultado el 25 de mayo de 2019.

STC. *STC 158/2009, 29 de junio de 2009*. Disponible en <<https://tc.vlex.es/vid/-63846836>>. Consultado el 25 de mayo de 2019.

STS. *STS 409/2014, de 14 de julio de 2014*. Disponible en <<https://supremo.vlex.es/vid/523367950>>. Consultado el 25 de mayo de 2019.

TEDH. *TEDH\2017\66*. Disponible en <www.aranzadidigital.es>. Consultado el 19 de enero de 2019.

UNICEF. El Estado Mundial de la Infancia 2017 – Niños en un Mundo Digital. Disponible en <<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/estado-mundial-infancia-2017.pdf>>. Consultado el 22 de mayo de 2019.

APROXIMACIÓN A LA IDENTIDAD DIGITAL. SITUACIÓN DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

M^a Del Carmen Gete-Alonso y Calera¹

Sumario: 1. Identificación versus identidad: conceptos generales; 2. Identidad digital: 2.1. Concepto y caracterización; 2.2. Formación, contenido y caracteres; 3. La identidad digital del menor: 3.1. ¿Autonomía del menor en su formación?; 3.2. Características; 3.3. Los problemas.

1 IDENTIFICACIÓN VERSUS IDENTIDAD: CONCEPTOS GENERALES

Antes de analizar la identidad digital conviene detenerse en los términos para entender las cuestiones que se suscitan. Se ha de distinguir entre la identidad y la identificación porque, fuera del mundo digital, o sea en el analógico no son términos equivalentes, pese a que así se utilicen; en verdad, son ambivalentes si se sigue la primera definición de

¹ Catedrática de Derecho Civil. Departamento de Derecho Privado. Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico MariCarmen.Gete-Alonso@uab.cat. Presidenta de la Sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña. Investigadora desde 1971 y responsable de proyectos de investigación competitivos sobre el derecho de contratos y derecho de menores y familiar. Miembro de grupos de investigación. Actualiza, para la modernización del Derecho privado y Movimiento Carmona de feminización del Derecho Privado.

Autora de números publicaciones científicas: 2 Tratados (autora y directora); 4 libros de Cuadernos de Teoría y Práctica; 5 Manuales de Derecho Civil (Nociones, Persona, Familia, Sucesiones); 4 libros Lecciones de Derecho civil catalán (Introducción – Persona – Familia – Obligaciones); 14 monografías. Más de 100 artículos de Revista y Capítulos de libro.

los diccionarios de la lengua. Sin embargo, si se ahonda más y reflexiona, pese a las vinculaciones, es posible discernir, sin renunciar a la interrelación².

Mientras el término *identificación* comprende la idea del reconocimiento público por los demás del no yo, bajo el de *identidad* se alude al núcleo de la persona. Ambos, imprescindibles jurídicamente, aquel (identificación) herramienta obligada para la seguridad de las relaciones, este porque es esencia del concepto jurídico de persona en el que se asientan las instituciones y las reglas jurídicas.

La *identificación* es la manera en que, oficialmente, se reconoce a una persona concreta (si es quien se supone o busca). En la generalidad de los ordenamientos jurídicos se hace a partir de unos datos estándar fijos que se publican. Datos civiles, en inicio, completados por otros de carácter administrativo (los documentos oficiales de identificación). Los Registros Civiles, cuya creación en el ámbito europeo se remonta a los últimos años del siglo XIX³, son los que recogen los principales datos de la persona y los dan a conocer públicamente. En la mayor parte de los países, el nombre, el sexo y la filiación de la persona nacida son datos imprescindibles que se contienen en el acta de la declaración de nacimiento y se reflejan en el asiento registral.

La *Ley 20/2011, de Registro Civil*, vigente por lo que respecta a la inscripción de nacimiento, dispone (art. 49.1.LRC) que constarán los datos de identidad del nacido e indica que son “*el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación*”. Adicionalmente, han de constar “*(...) el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido*”. La inscripción *da fe* del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación (art. 44.2 LRC). Los datos relativos a la situación y cualidades de las personas del Registro Civil junto a otros se trasladan a los documentos oficiales administrativos que se exhiben en el tráfico jurídico al efecto de identificación.

Asimismo, a la inscripción de nacimiento se incorpora información acerca de las pruebas biométricas, médicas y analíticas realizadas en el momento del nacimiento para comprobar de manera indubitada la filiación materna y el centro sanitario que en inicio conserva la información sobre ellas (arts. 44.3 y 46 LRC).

² Ambos significados de la identidad se recogen en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, en particular, el que se refiere a la percepción que cada uno tiene de lo que es, que se ha añadido en la última edición (23^a ed).

³ Con anterioridad los registros parroquiales de la Iglesia católica y algunas confesiones religiosas, si bien en menor medida que los de aquella.

La identificación se efectúa a través del Documento Nacional de Identidad o del Pasaporte (arts. 8.1⁴ y 1.1⁵ de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana). Los datos del DNI (arts. 11 del RD 1553/2005⁶ y 8 de la Ley Orgánica 4/2015) son ⁷:

1. (...) En el anverso: Apellidos y nombre; fecha de nacimiento; sexo; nacionalidad; número personal del documento nacional de identidad y carácter de verificación correspondiente al número de identificación fiscal; fotografía; firma.

En el reverso: Lugar de nacimiento; provincia-nación; nombre de los padres; domicilio; lugar de domicilio; provincia; nación; caracteres OCR-B de lectura mecánica”.

En el pasaporte constan (art. 10.2 del RD 896/2003⁸): “d) Los apellidos, nombre, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento y sexo,

⁴ **Art. 8.1.** “Los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad.

El Documento Nacional de Identidad es un documento público y oficial y tendrá la protección que a estos otorgan las leyes, así como suficiente valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular”.

⁵ **Art. 11.1.** “El pasaporte español es un documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes”.

⁶ RD 1553/2005⁶, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

⁷ Continúa este precepto: “Los datos de filiación se reflejarán en los mismos términos en que consten en la certificación a la que se alude en el artículo 5.1.a) de este Real Decreto, excepto en el campo de caracteres OCR-B de lectura mecánica, en que por aplicación de acuerdos o convenios internacionales la transcripción literal de aquellos datos impida o dificulte la lectura mecánica y finalidad de aquellos caracteres.

2. Igualmente constarán los siguientes datos referentes al propio Documento y a la tarjeta soporte: Fecha de caducidad; Número de soporte.

3. Los textos fijos se expresarán en castellano y los expedidos en territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan otra lengua oficial, serán también expresados en esta.

4. El chip incorporado a la tarjeta soporte contendrá: Datos de filiación del titular; Imagen digitalizada de la fotografía; Imagen digitalizada de la firma manuscrita; Plantilla de la impresión dactilar del dedo índice de la mano derecha o, en su caso, del que corresponda según lo indicado en el artículo 5.3 de este Real Decreto; certificados reconocidos de autenticación y de firma, y certificado electrónico de la autoridad emisora, que contendrán sus respectivos períodos de validez; claves privadas necesarias para la activación de los certificados mencionados anteriormente”.

⁸ RD 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición de pasaporte ordinario y se determinan sus características.

*así como las fechas de expedición y caducidad del pasaporte. Contendrá, igualmente, la firma digitalizada del titular, a cuyo efecto, para prestarla, deberá acudir a las unidades expedidoras*⁹.

El término *identidad* se engarza en la condición humana individual y designa el conjunto de rasgos propios inherentes a cada ser que caracterizan y separan frente a los demás, los que marcan y revelan la diferencia. En sentido personal, alude a la conciencia (la percepción y el sentimiento) que la persona tiene de sí, diferente de las demás y única en el grupo social en el que vive. Los rasgos de identidad son las cualidades, las características físicas (morfológicas), genéticas y psíquicas, los atributos, los comportamientos de vida propios en todas sus esferas; alcanza a maneras y comportamiento en los grupos y el contexto cultural. Así descrita la identidad personal es inherente a la dignidad que es un derecho fundamental, soporte necesario para el ejercicio de los derechos en general.

El reconocimiento y protección de la identidad de la persona en los textos jurídicos nacionales es parco y tardío. Aunque en los internacionales del primer tercio del siglo XX se enuncia el derecho de todo ser humano al “reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948), dónde se incluye la identidad, habrá que esperar para hallar mención específica y directa de la identidad e iniciar el camino hacia su configuración como derecho de la persona. La *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989) recogió el *nomen* por primera vez en el artículo 8, dispone que “*Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (ap.1)*”. Añade que “*Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (ap. 2)*”.

Es a posteriori cuando, con fundamento en el principio de igualdad se habla de la identidad individual y se desarrolla, en particular en relación con la identidad sexual y de género. Son los Principios de

⁹ En el apartado 5 del mismo artículo (redactado conforme al RD 411/2014, de 6 de junio), se indica: “*El pasaporte llevará incorporado un chip electrónico que contendrá la siguiente información referida a su titular: datos de filiación, imagen digitalizada de la fotografía, impresiones dactilares de los dedos índices de ambas manos, o los que en su defecto correspondan conforme al siguiente orden de prelación: medio, anular o pulgar*”.

Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de Derechos Humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, de 2007, los que consagran el término y marcan los mínimos¹⁰.

Para la persona la identidad es la representación que ella misma hace de sí, responde a lo que siente en su fuero íntimo y da sentido a su mundo interior. Pero a la par, la cualidad de relación del humane comporta la manifestación de la subjetividad al exterior. La proyección externa del ser concreto, lo que quiere que se vea y admita, la “*imagen mental de sí mismo, basada en un modelo de ser humano*”¹¹ es lo que se percibe y reconoce (identifica). Identidad como autoafirmación, poder jurídico de la persona de definirse y determinarse actuada en base a la dignidad y a la autonomía individual. Según esta descripción pertenece a la esfera íntima y personalísima que excluye la intromisión ajena y la representación, y además tiene eficacia erga omnes, como derecho absoluto oponible a terceros. La identidad, como derecho fundamental, es inseparable de los atributos personales y de la dignidad humana. Con todo, puesto que la propia letra de la ley lleva a ello (al hablar de datos de identidad), se admite la sinonimia entre identificación e identidad oficial.

2 IDENTIDAD DIGITAL

A poco que se haya leído acerca de la identidad e identificación digital, pese a los inevitables puntos comunes con los conceptos expresados es patente la diferencia, no solo de entendimiento sino, en particular, en lo que afecta a su composición y formación. En estos momentos “*(...) asistimos a la reconfiguración de los espacios y al redimensionamiento de las intensidades que se ofrecen a la identificación. Y al nacimiento de nuevas culturas híbridas, incluyentes de temporalidades modernas y premodernas*”¹²; lo que obliga a reformulaciones y, de ahí a la necesidad de concreción.

¹⁰ En el *principio 3* se lee que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad de obrar (jurídica) en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.

¹¹ JAYME ZARO, María. La identidad de género. *Revista de Psicoterapia*, Vol. X, Nº 40, 1999, p. 5-22., *La construcción de la orientación sexual*, p. 8.

¹² Sergio BALARDINI, “Jóvenes, tecnología, participación y consumo”, en *Jóvenes, tecnología, participación y consumo*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO <<http://biblioteca.clac>

2.1 Concepto y caracterización

Prácticamente en todas las fuentes que tratan del tema¹³ se asocia la identidad digital al desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y se señala que es la que identifica a la persona como parte del mundo 2.0¹⁴. Concepto nuevo con el que se pretende facilitar la individualización a partir de la información proporcionada en el contexto digital por la persona física.

Si de lo general se va a lo concreto, es común opinión que la identidad digital se vincula al conjunto de datos sobre la persona que la identifican en ese medio. En inicio, los mismos que cumplen dicha función en el mundo físico, es decir, los recogidos en Registros civiles y documentos de identidad oficiales, completados con aquellos de los que existe constancia por estar publicados en Internet y adicionalmente por otros no totalmente públicos o accesibles pero que al pertenecer a este ámbito, como los del correo electrónico o la firma digital, tienen ese matiz semipúblico. El hecho de que al menos algún dato de la identidad digital coincida con los datos oficiales puede dar a entender que es una identidad real; que es la identidad /identificación general (del ámbito analógico). De hecho, en el entorno digital, la noción que se baraja es la misma: lo que identifica a la persona. Ciertamente, pero con matizaciones de interés.

so.edu.ar>. 2002, p-6, Fecha de consulta (8 de febrero 2019); *Vid*, también, Anahiby BECERRIL GIL, “Información de Identificación Personal, Big Data y Almacenamiento de Datos Personales”, *Informática y Derecho*, Revista Iberoamericana de Derecho informático. Segunda Época – Segundo Semestre 2016 – Número 1, pp. 31 a 47 <http://www.informaticayderecho.org/>. Fecha de consulta (8 de febrero 2019)

¹³ Entre otros, *Vid*, Jorge CADENASSO / Andrea MURDEN, *Ser joven en la era digital. Una aproximación a los procesos de construcción de subjetividad*. Cepal, Naciones Unidas, Fundación SM. 30 de enero de 2018; Giorgio RESTAQ, “Identità personale e identità digitale”, en *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007. Giuffrè. Milano Anno XXIII, Fasc 3. Pp. 511-531; Sandra WEBER, Claudia MITCHELL. “Imagining, Keyboarding, and Posting Identities: Young People and New Media Technologies”, en *Youth, Identity, and Digital Media*. Edited by David Buckingham. The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation Series on Digital Media and Learning. Cambridge, MA: The MIT Press, 2008. 25–48. doi: 10.1162/dmal.9780262524834.025.

¹⁴ **El mundo 2.0 (abreviación de la Web 2.0)** es un concepto creado en el año **2003**, que describe el fenómeno social surgido del desarrollo de diversas aplicaciones en Internet. Se utiliza este término para diferenciarlo de la primera época de la Web, en la que el usuario era fundamentalmente un mero receptor pasivo de la información o de la que publicaba, sin casi posibilidad de interacción, y para resaltar la revolución que significó el desarrollo de los blogs, las redes sociales y otras herramientas similares..

Dado que, de momento, no existe regulación oficial de la identidad digital, la posible falta de correspondencia entre la identidad analógica y la virtual es normal. Dicho de otra forma, si no se entrega el documento oficial de identificación (DNI) en el ámbito virtual la identidad digital no lo supe. En el entorno digital los datos que se aportan en ocasiones son ciertos, en otras se distorsionan o falsean por quien los introduce o los trata, tampoco los que se almacenan responden a la mismidad de la persona (identidad personal). Esta constatación, unida a las escasas y a veces ineficientes medidas de control de comprobación de su autenticidad, lleva a actuar con cautela a la hora de dar credibilidad absoluta a la identidad digital a través de la cual la persona (también la empresa) se presenta digitalmente. Pese a ello, es de interés la función de individualizar en el ámbito digital buscada, se ha de tener en cuenta que, en concreto esta identidad digital, además, es la que se utiliza para acceder a los sitios, las redes sociales, correo, páginas...

Junto a la identidad digital se habla de la *huella digital*¹⁵. Es preciso distinguir una de otra aunque guarden relación. Por huella digital se entiende al rastro que se deja al navegar en Internet e interactuar. La huella es aquella información que permanece de uno mismo cuando se realiza cualquier actividad al utilizar Internet, en los lugares por los que se pasa. Se quiera o no, se sea consciente o no los buscadores registran y copian la información sobre la persona que navega, que se puede recuperar más tarde. Según se indica por la técnica, la navegación deja un rastro imborrable, ya que los datos perduran pese a que se eliminen y no sean visibles. Sitios como Google o Archive.org registran la memoria de la red completamente. Se ha de tener en cuenta que la navegación libre, sin pago de cuota por el servicio o aplicación, se “paga” precisamente con la información recopilada sobre la persona, los intereses y preferencias obtenidos de las consultas, en general de la actividad que despliega. Son estos los que utilizan las empresas para ofrecer productos y servicios, ya de los propios sitios o páginas ya de terceros, los que se incorporan a los que conforman la identidad digital¹⁶.

¹⁵ Vid. UNIVERSITAT DE ALICANTE. Biblioteca Universitaria. La huella digital. Material formativo. 2017/2018. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwi79vrIkKzgAhVQA2MBHWBrAz8QFjAlegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fmoodle2017-18.ua.es%2Fmoodle%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D40933&usg=AOvVaw3--38VHDtcqLA2_pQzMZIa>. Fecha de consulta (8 de febrero 2019).

¹⁶ Se lee en un periódico digital que “Cada vez que una persona visita una página web que utiliza sistemas de RTB / (**subasta en tiempo real. Real-Time Bidding, RTB**)/, datos personales e íntimos de ese ciudadano y aquello que hace mientras está 'online'

Otro de los términos es el de *perfil digital*, más próximo al de huella digital pero no ajeno a la identidad digital. El perfil digital se compone por todo lo que la persona hace y dice en las redes sociales acerca de sí, tanto datos concretos como la manera en que se presenta, sea o no real, comprendiendo lo que se dice de ella, lo que se contiene en buscadores y perfiles en portales web. A través del perfil se muestra cómo interactúa la persona, en qué ámbitos se mueve, el grado de aceptación por los demás, las opiniones que manifiesta respecto de los temas en que interviene, la presencia en los medios digitales, su intensidad, el lugar en el que está, el idioma que utiliza..., etc.

Todas ellas (identidad, huella y perfil) distintas, a su vez de la *reputación digital*, aunque interrelacionadas. La denominada reputación digital es el equivalente, en la red, a la reputación en el ámbito real: la consideración que se tiene acerca de la persona en el entorno digital. Dicho de otra forma, es la opinión que la gente tiene sobre la persona, generalmente construida a través de los comentarios de las que se mueven en el mismo, ocasionados, precisamente por lo que publica o comenta¹⁷.

En síntesis, por identidad digital entendemos el conjunto de datos propios de individualización de una persona frente a los demás que resulta de lo que aparece en el mundo digital acerca de ella.

2.2 Formación, contenido y caracteres de la identidad

La identidad digital se empieza a formar desde el momento en que la persona accede al ámbito digital en el que comienza a volcar y, en consecuencia, a manifestar las diversas informaciones y datos acerca de sí misma¹⁸. Unos coinciden con los oficiales de identificación y por lo

son enviados en forma de “solicitud de pujas” a decenas de miles de empresas que los revenden a los anunciantes que ofrecen una mejor puja en la subasta, a cambio de la oportunidad de mostrarle publicidad a esa persona en particular” (JAVIER SÁNCHEZ, Luis. *7 activistas europeos de defensa de la privacidad de los consumidores denuncian la “subasta en tiempo real*. 23 de mayo 2019. Disponible en: <<http://confi legal.com/20190523-siete-paises-europeos-entre-ellos-espana-denuncian-ante-sus-reguladores-de-proteccion-de-datos-el-uso-del-sistema-publicitario-subasta-en-tiempo-real/>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

¹⁷ La Ley 1/1982 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia (art.2.1).

¹⁸ NIETO MANIBARDO, Enrique. La prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales de los menores de edad en las redes sociales. En: Buneo de

general se proporcionan de manera voluntaria en los casos en los que la página web, la red social..., en suma el medio lo requiere, muchas veces porque la normativa correspondiente lo exige; así el nombre y apellidos, edad, lugar de residencia. Otros más concretos son particulares del sitio virtual, y en ellos se distingue entre los que se delimitan como necesarios y los voluntarios que se pueden adjuntar o no. Asimismo, los datos dejados con ocasión de la navegación e intervención activa en las redes (publicaciones, conversaciones...etc.) es decir, la huella digital, junto al perfil que cada persona crea, y los comentarios, más o menos públicos, que se intercambian entre sí o en abierto en las redes; también los que recopilan las empresas que gestionan los datos, entre los que se incluyen desde las ideas políticas y religiosas o sexuales, hasta la localización o lo que está, en un determinado momento, consultando *on line*. “La oferta actual de ocio/negocio y consumo cultural en Internet, las aplicaciones para la comunicación electrónica y los sitios de redes sociales construyen una estructura en la que vive un “yo virtual”¹⁹. Un yo virtual que se identifica en dicho ámbito.

El *contenido* de la identidad digital, por la manera en la que se forma es:

– En parte *necesario*: un mínimo al que la persona no se puede sustraer.

– En parte *voluntario*: creado expresamente por la persona, presentado de manera más o menos amplia según el tipo de red o acceso a Internet. Voluntariedad que tiene una connotación distinta de la que concurre en la identidad real; es decir, como no oposición, sin que ello comporte consentimiento expreso.

– En parte *inevitable*, por la acumulación de datos que tiene lugar a partir, simplemente, de la navegación, dado cómo actúa el medio, que no controla la persona.

Se ha de resaltar que una de las características más acusadas de esta identidad es su constante reformulación; su pronunciado dinamismo y cambio frente a la identidad real. Aunque ésta evoluciona a lo largo de la vida de la persona, bien puede decirse que lo que constituye el núcleo

MATA, Frederico (dir./coord.). Los nuevos retos del derecho ante la era digital. Ed. Comares S.L., Granada, 2017. p. 78-79.

¹⁹ GIONES-VALLS, Aina; SERRAT-BRUSTENGA, Marta. La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital. *Bid – textos universitaris de biblioteconomia i documentació*. número 24. juny de 2010. Facultat de Biblioteconomia i Documentació Universitat de Barcelona. Disponible en: <<http://bid.ub.edu/bid24.htm>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

básico, su fijación se establece con una cierta seguridad a partir de la madurez, lo que no sucede con la digital.

El carácter dinámico de la identidad lo propicia, en gran parte, el medio digital y las posibilidades de comunicación y exhibición de lo que cada persona es que aquel permite; un escaparate en continuo movimiento en el que tiene lugar una incesante entrada de datos, bien por nueva incorporación bien a través de la remodelación de los existentes, ya de manera consciente, ya inconsciente. No se ha de desdeñar la huella digital, ese rastro dejado en las consultas, en la actividad en Internet, en las redes..., etc., que muchas veces la misma persona no tiene en cuenta, pero que contribuye a identificarla. Tampoco debe caer en el olvido el perfil que la persona desea presentar, que influye decisivamente en el resultado final. Precisamente por esto, en contraste a la identidad real que es una, el carácter dinámico propicia la *multiplicidad de identidades*. En efecto, porque según los intereses y posibilidades la persona puede ostentar más de una identidad digital, de hecho según la plataforma digital (redes sociales, profesionales...) la identidad es diferente. Aunque todas las manifestaciones tengan un referente único y común: la identidad real del que su titular es responsable, coincida o no con alguna de ellas.

Además de lo reseñado se predicen otros caracteres. Por citar los más relevantes:

a) Como toda identidad *es subjetiva*, o sea personalísima, propia tanto por sus componentes cómo por su pertenencia y creación. Es como quiere y siente la persona (física o jurídica) para sí y para que la reconozcan en el medio. Subjetividad que no implica necesariamente que en su creación intervenga solo la persona de la que se predica, ya que contribuyen las demás que actúan y participan en el entorno digital.

b) Precisamente por lo que se acaba de afirmar, es una identidad *social* por excelencia. Sin olvidar su origen en la persona a la que se asocia, es decir, su individualidad (personalismo), la digital nace para exhibirse en un entorno abierto, con vocación de universalidad. A la función de identificación por terceros a través de los datos que la ley requiere, se agrega un factor relevante: la identidad digital nace (se genera) con la conciencia y vocación de compartirla con otras personas, un grupo más o menos amplio según las redes y cómo se comporte en estas. En realidad, así se ha expresado desde la sociología, la identidad digital no es más que una reformulación de la que se tiene volcada al ámbito virtual con la que se busca publicidad de la persona, hallar nuevas relaciones²⁰.

²⁰ AGUILAR RODRÍGUEZ, Daniel E.; SAID HUNG, Elias. Identidad y subjetividad en las redes sociales virtuales: caso de Facebook. Zona próxima. Revista del Instituto

c) Asimismo, es una identidad *indirecta*. Y ello no tanto por lo que se ha dicho, lo que llevaría a una flagrante contradicción, sino por otro de los factores que contribuye a su generación. Algunos datos que la forman los proporciona la persona interesada, cuando se le solicitan, pero gran mayoría se siguen de su actividad digital y de la participación de las personas que se relacionan con ella. En su conjunto, la identidad digital cristaliza en una identificación obtenida en parte de terceros.

d) Es así pues es una identidad *compuesta*. Como en la identidad real son varios los datos que la conforman, pero con un importante matiz: contribuye la persona y las aportaciones de terceras personas. Composición no siempre homogénea, tampoco única.

e)– Finalmente, la identidad digital, a diferencia de la real, es *valorable económicamente*, tiene un precio del que pocas personas son conscientes. Muestra es que la huella digital y el perfil digital según la difusión que alcance son fuente de ingresos económicos. La identidad real cumple una función más modesta y personalísima.

A partir de la calificación jurídica hecha destaca que el término identidad digital se aproxima más al de la imagen de la persona, en su vertiente patrimonial, que a la propia identidad. Así es, *grosso modo*, si se centra la atención en alguno de los caracteres indicados, en especial el económico. Con todo, esta valoración no es la adecuada pues a través de la identidad digital lo que se quiere (y obtiene) es individualizar a la persona, única e irrepetible, como en la identidad real. De ahí que, aunque en propiedad no sea una característica sino un resultado, la identidad digital, que necesariamente tiene su soporte en una persona, coincida o no totalmente con ella, repercute en el mundo real. Es decir, que tenga consecuencias fuera del entorno digital, en las relaciones de las personas. Baste recordar que la conexión existente entre las huellas digitales, los números de teléfono, las direcciones IP²¹, el comercio electrónico y las actividades desarrolladas en línea, facilita la adjudicación de “acciones” a una identidad real de manera anónima.

de Estudios en Educación Universidad del Norte, Colombia, nº 12 enero-julio, 2010, p. 192-195.

²¹ Según la Wikipedia “*La dirección IP es un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una Interfaz en red (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (computadora, tableta, portátil, Smartphone) que utilice el protocolo IP o (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del modelo TCP/IP. (...) Los sitios de Internet que por su naturaleza necesitan estar permanentemente conectados, generalmente tienen la necesidad de una dirección IP fija (comúnmente, IP fija o IP estática). Esta no cambia con el tiempo. Los servidores de correo, DNS, FTP públicos y servidores de páginas web necesariamente deben contar con una dirección IP fija o estática, ya que de esta forma se permite su localización en la red. Los dispositivos se conectan entre sí mediante sus respectivas direcciones IP*”.

El *contenido* de la identidad digital se justifica por las características indicadas, en consonancia con su variabilidad y heterogeneidad. Aunque se aproxime a la identidad real, con la que comparte los datos comunes de identificación, puede alejarse de ella y de hecho es así, en aquellas que se crean o inventan bajo seudónimos o directamente a través de datos de identificación falsos. Mientras la identidad real es demostrable y se conforma con los atributos de la persona, sus experiencias, vivencias e interacción con el espacio social-cultural, la identidad digital es un producto más o menos consciente sobre el que no siempre se tiene un control directo, que se mueve en un espacio amplio en el que es difícil de verificar su realidad, aunque, finalmente, pueda atribuirse una autoría (la de la persona que actúa o abre la cuenta).

Entre los ingredientes que aportan esos datos de identidad digital, además del nombre, apellidos, sexo, edad, localización, idioma o idiomas que emplee, todos los que la persona deja, nombre de usuario y contraseña de registro del sitio, datos en sí (formación, educación, aptitudes, deseos), imágenes propias, de o con otras personas, historiales personales, de compra, consultas, creencias e ideologías, preferencia etc., Suele decirse que entre ellos destacan los delimitados en los perfiles personales de las redes sociales ya generales (Facebook, Instagram, Twitter, Myspace, etc.) ya profesionales (Xing, Viadeo, LinkedIn, etc.), o en los portales de búsquedas; los comentarios en foros, blogs, portales de información; fotos en redes sociales, videos, presentaciones o documentos publicados en webs, una web personal, etc.; los contactos; las direcciones de correo electrónico, la mensajería... Los de los navegadores que se utilizan, los de los dispositivos, los medios de pago...

La creación más o menos voluntaria de la identidad digital por la persona, con todo, no supone que toda la información le pertenezca y tenga control sobre ella. Efectivamente, por su condición dinámica y cambiante, se remodela continuamente por la persona, tanto para matizar datos como para eliminarlos, a lo que se agrega que la información recopilada por la empresa que trata los datos y los conserva es quien tiene el dominio de ellos y los mantiene y gestiona, sin perjuicio de los derechos de acceso, rectificación y eliminación de la persona interesada. Así es que, en verdad, cada persona tiene una identidad digital por cada lugar, página, etc, a la que accede en Internet, sea cual sea el grado de participación. Por ejemplo el motor de búsqueda Google informa de manera detallada, en sus condiciones de privacidad, que la recogida de datos se hace con el objetivo de personalizar y facilitar la navegación. Entre ellos cita el idioma, las personas con las que se relaciona más en

línea...etc. En todo caso, indica que se almacena la información en identificadores únicos²² vinculados al navegador, a la aplicación o al dispositivo utilizado y pertenecen al responsable que recopila los datos. Entonces, a la multiplicidad de identidades, en tanto no existe certeza sobre la correspondencia entre la identidad real y la digital, uno de los peligros agregados de este modo de operar es la inseguridad. Lo que reclama una regulación.

Se indica que los problemas de la identidad en Internet derivan de cinco factores²³: (1) la distancia física, es decir, la falta de proximidad que dificulta la comprobación; (2) la dependencia de grandes centros en los que se forma, que complica la situación; (3) la ausencia de flexibilidad, ya que por regla general se ciñe a conjuntos de atributos fijos; (4) la privacidad pues muchos de los datos se almacenan sin conocimiento de la persona y (5) la falta de voluntad puesto que se comparten los datos de identidad con terceros sin que la persona afectada lo haya consentido.

Técnicamente, sin embargo, parece que pueden arbitrarse medios o mecanismos para afrontar y paliar estas dificultades. De la multiplicidad de identidades digitales se promueve el paso a la denominada *identidad digital auto-soberana* a través de la tecnología *blockchain*. Se trata de tecnologías que aplican en la transferencia de datos digitales una codificación muy sofisticada y de una manera completamente segura, facilitando un intercambio de datos de confianza, que dar lugar a un sistema de identificación similar al de la identidad real (Registro público que valida los datos y atributos). Un sistema que, según se anuncia, permitiría el acceso ágil y transparente a los servicios públicos y trámites administrativos.

En definitiva, la formación de la identidad digital para que, en efecto despliegue una verdadera función de identificación, que ahora no cumple, pasa por crear procedimientos de autenticación fiables, mediante la inteligencia digital.

3 LA IDENTIDAD DIGITAL DEL MENOR

Lo que se acaba de describir es aplicable y predicable de todas las personas que acceden a Internet, sin distinción de edad. La situación

²² Cadena de caracteres que se utiliza para identificar un navegador, una aplicación o un dispositivo de manera unívoca. Varían dependiendo de su permanencia, de si los usuarios los pueden restablecer y según cómo se acceda.

²³ WINDLEY, Phillip J. Fixing the Five Problems of Internet Identity. Disponible en: <<https://blog.sovrin.org/fixing-the-five-problems-of-internet-identity-b55ea072c3ea>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

de minoría, con todo, llama a preguntarse sobre las particularidades en el mundo virtual pues, pese a la autonomía conforme a la capacidad natural, que implica un ámbito de actuación propio hasta la mayoría de edad está la autoridad parental o tutelar (representación legal / asistencia).

En líneas generales, esto implica como mínimo la supervisión de la actividad digital desplegada por las personas menores por parte de quienes ostentan la función parental / tutelar²⁴, control al que se añaden los requeridos por las normas a los operadores de Internet, los prestadores de servicios y titulares de páginas, tanto con referencia al acceso como respecto del contenido, así como a las autoridades públicas, *in genere*.

En el ámbito europeo, el Grupo de Trabajo 29²⁵, creado en base al artículo 29 de la Directiva 95/46 de 24 de octubre, ha contribuido a sensibilizar y propulsar la instauración de tecnologías para proteger a las personas menores, para prevenir y desalentar las prácticas desleales. Sin embargo, no existen criterios fijos y se critican sus dictámenes sobre menores porque no siguen una pauta uniforme en cuanto a la edad²⁶.

En esta cuestión confluyen intereses contrapuestos que habrán de ponderarse y considerarse. Claramente, frente al derecho digital de libre acceso a Internet, a la presencia de la persona en las redes, a la libre circulación, que se predica de todas las personas sin distinción de edad, la prohibición de bloquear o ralentizar el tráfico de Internet; se alza la protección y salvaguarda de las personas menores de edad, que desemboca en medidas que comportan establecer restricciones de acceso, controles de contenido, que pueden llegar al cierre de páginas.

²⁴ Sobre esta cuestión me remito a lo que escribí (M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA) en *GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y tutores en el entorno digital. En: SOLÉ RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (coord.). Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia). Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2018. p. 271-288.*

²⁵ Es un órgano de consulta en materia de protección de datos e intimidad, independiente de la UE. Tiene las funciones que indican el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE. LA DIRECCIÓN C (Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión) de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, B-1049, Bruselas, Bélgica, Oficina MO-59 02/013, es la que lleva la secretaría. Disponible en: <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358&tpa_id=693>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

²⁶ Sobre esta cuestión *Vid* LAMBEA RUEDA, Ana. Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018), Estudios, p. 201 y ss.

En la generación de los nativos digitales²⁷, nombre con el que se conoce a las personas nacidas a partir de los años noventa, es esencial para la integración social, estar en el ciberespacio, lo que se alcanza, entre otras vías a través de la identidad digital.

3.1 ¿Autonomía del Menor En Su Formación?

En general, la formación de la identidad digital de la persona mayor de edad no es completamente autónoma, ya que intervienen usualmente personas ajenas a la interesada, sea cual sea el control de la navegación en Internet que pueda haber. ¿Qué decir de la persona menor? Tampoco, la autonomía sobre la formación de su identidad en Internet es absoluta, pues confluyen factores (dejados por ella o de terceros) no conscientes, o no completamente voluntarios, a los que se añade tanto la dependencia de la autoridad parental o tutelar cómo los límites específicos de acceso a Internet por razón de edad.

No existe, sin embargo, un estatuto jurídico de la persona menor de edad en Internet y aunque haya algunas normas muy concretas, el criterio a seguir es el de las reglas de las potestades a las que está sometida.

La navegación en Internet supone la recogida de datos, algunos de índole personal, razón por la cual se exige el consentimiento de la persona afectada. La representación legal de la potestad o tutela (arts. 211-5 a), 222-47.2 a) y 236.2 a) CCCat; 162,1º y 267 CC), durante la minoría de edad, no alcanza a los derechos personalísimos, de modo que es la propia persona la que ha de consentir y, en definitiva, construir su identidad digital. Dicho lo cual, se ha de matizar. Conforme a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre²⁸ (art.7) y al Reglamento (UE) 2016/679²⁹ (arts.

²⁷ PRENSKY, Marc. Nativos e inmigrantes digitales. Adaptación al castellano del texto original "Digital Natives, Digital Immigrants". Cuadernos SEK 2.0. Madrid 2010. Disponible en: <[https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

²⁸ Es la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En esta se regulan, aunque de manera parcial, algunos derechos digitales (que también son de las personas menores de edad). Son los siguientes: *Derecho a la neutralidad de Internet* (art. 80), *Derecho de acceso universal a Internet* (art.81); *Derecho a la seguridad digital* (art. 82); *Derecho a la educación digital* (art. 83); *Derecho de rectificación en Internet* (art. 85); *Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales* (art.86); *Derecho al olvido en búsquedas de Internet* (art. 93) *Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes* (art.94). *Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes* (art.95). Una relación, si se observa, notoriamente incompleta.

7 y 8)³⁰ la edad requerida para prestar consentimiento para tratamiento de datos personales es 14 años, salvo que se trate de un acto jurídico para el que la ley exija intervención de las potestades; por debajo de esta edad solo es lícito el tratamiento de datos si consta el consentimiento del titular de la potestad o tutela y siempre “con el alcance que determinen los titulares”. De estas normas se sigue, en principio, la regla a tener en cuenta para acceder al ámbito virtual, según se interpreta generalizadamente. Conforme a ella, los 14 años es la edad a partir de la cual puede acceder a Internet libremente la persona, es decir sin la vigilancia ni consentimiento parental o tutelar; momento pues de autonomía.

La Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos Humanos para los usuarios de Internet de 16 de abril de 2014³¹, después de reconocer que las personas menores son titulares de los mismos derechos digitales que las mayores, se refiere al “derecho a recibir protección y orientación especial al utilizar Internet”. Coordina los derechos digitales con la especial protección de los menores, que traduce, entre otros, en el derecho a la información, asesoramiento y educación en el ámbito digital, el uso seguro de internet, la protección de la vida privada y frente a las amenazas, y el derecho a retirar o eliminar en un plazo razonable el contenido de Internet creado por la misma persona menor o por otra persona sobre ella, y frente a todo lo que suponga lesión del bienestar físico, mental y moral (abuso, explotación sexual, ciberdelincuencia)³².

²⁹ 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).

³⁰ La edad difiere según la haya adoptado cada estado. En el ámbito anglosajón acostumbra a ser 13 años. En el europeo el Reglamento general de protección de datos 2016/679, en su artículo 8 establece la edad de consentir a los 16 años, pero agrega que “Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”.

³¹ *Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos Humanos para los usuarios de Internet*. el 16 de abril de 2014. © Consejo de Europa. Octubre 2014.

³² Literalmente, esta Guía (*Recomendación CM/Rec (2014)6*) expresa con referencia a Niños y jóvenes

“Como niño(a) o joven, tienes todos los derechos y las libertades que se describen en esta guía. En particular, debido a tu edad, tienes derecho a recibir protección y orientación especial al utilizar Internet. Esto significa que:

1. Tienes derecho a expresar libremente tus puntos de vista y a participar en la sociedad, a que se te escuche y a contribuir en la toma de decisiones sobre los asuntos que te afecten. Se debe dar a tus opiniones la consideración adecuada en función de tu edad y madurez, sin discriminación;

Se ha de distinguir entre las personas mayores de 14 años y las menores. Las primeras, en la identidad digital, pueden o podrían equipararse a las mayores. No ocurre lo mismo, entiendo, para las personas menores de dicha edad.

Las mismas personas mayores de 14 años, por lo que se refiere a la autonomía para la formación de la identidad digital, son las que deciden la aportación de datos, crean los perfiles en las redes y dejan la huella digital en las páginas y sitios a los que acceden. Con todo, ¿es el mismo régimen que en la mayoría de edad? La contestación es clara: No.

El hecho de que desde una edad se consienta y acceda al mundo virtual de manera independiente de las potestades, al igual que ocurre en otros ámbitos de actuación, no elimina las funciones de vigilancia y control de las autoridades parental o tutelar, *la potestas*, y de ahí, su intervención cuando proceda. No solo porque la actuación autónoma de la persona conforme a su capacidad natural no supone la extinción de la potestad en general, sino además porque sus titulares, mientras persista la minoría de edad han de cumplir las funciones de protección generales y específicas (las de los derechos digitales), continúan obligadas a desplegar una particular actividad para evitar riesgos y peligros. Sin olvidar las normas que imponen obligaciones de establecer controles acceso y de contenido en relación con la minoría de edad a las personas que operan y prestan servicios en la red. Cuestión aparte es la efectividad mayor o menor, intensidad y alcance de estos.

2. *Puedes tener la expectativa de recibir información en un lenguaje apropiado para tu edad y de que tus profesores, educadores, padres o tutores te orienten sobre el uso seguro de Internet, incluida la manera de proteger tu vida privada;*

3. *Debes tener en cuenta que tanto el contenido creado por ti en Internet como el contenido creado por otros usuarios en relación contigo pueden ser accesibles en todo el mundo y podrían poner en peligro tu dignidad, tu seguridad y tu vida privada, o ser de otro modo perjudiciales para ti o para tus derechos, ahora o en una etapa posterior de tu vida. Si lo solicitas, tal contenido debe ser retirado o eliminado dentro de un plazo razonable;*

4. *Puedes tener la expectativa de contar con información clara sobre los comportamientos y contenidos que son ilegales en Internet (por ejemplo, el acoso en línea), así como con la posibilidad de denunciar contenidos presuntamente ilegales. La información debería estar adaptada a tu edad y a tus circunstancias. Además, se te debería brindar apoyo y asesoramiento, con el debido respeto por tu confidencialidad y anonimato;*

5. *Deberías gozar de protección especial contra toda traba a tu bienestar físico, mental y moral, en particular el abuso y la explotación sexual en Internet y otras formas de ciberdelincuencia. En especial, tienes derecho a la educación para protegerte de tales amenazas”.*

En general, se reconoce a los menores el derecho “(...) a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”, para lo que se dispone el compromiso de prestar

(...) especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos” (art. 5.1 LOPJM)³³.

En esta línea, se impone a los poderes públicos el deber de velar

porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos (...). Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad (art.5.3. LOPJM).

En el Derecho catalán, la Llei 10/2017, de 27 de junio, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya, incorporó a los preceptos de la tutela y de la potestad parental un apartado sobre el deber de velar de los padres y tutores la actividad y presencia de los menores, sin distinción de edad, en el entorno digital, para que sea apropiada a su edad y personalidad. Así les legitima para que, siempre previa audiencia de los menores, puedan promover medidas adecuadas y oportunas frente a los prestadores de servicios digitales. Entre las que pueden solicitar por escrito, acompañado del informe del facultativo, está la suspensión provisional de acceso a sus cuentas activas siempre que exista un riesgo claro, inmediato y grave para la salud física o mental de la persona menor del que se deje constancia en el informe. La suspensión del acceso cesa en el plazo de tres meses a contar del momento en que se adopte salvo que se ratifique por la

³³ LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil.

autoridad judicial (arts. 222-36 y 236-17 CCCat). En todo caso, además, los titulares de las potestades pueden acudir a los poderes públicos para solicitar asistencia en la toma de las medidas necesarias para proteger a la persona menor (arts. 222-36.4 y 236-17.6 CCCat).

En general se establece que *“Els pares i les mares, els titulars de la tutela o de la guarda i, en darrer terme, els poders públics han de protegir els infants i els adolescents de la informació i el material informatiu perjudicial i, especialment, quan hi poden accedir mitjançant les tecnologies de la informació i la comunicació”* (art.32.3 LDOIA)³⁴.

La reciente *Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de les Illes Balears*, dedica un precepto (art. 60) en el que bajo el nombre “información digital”, reconoce el derecho de las personas menores de edad al uso de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación conforme a su desarrollo, (ap. 1) e impone (ap. 2) a *“Los padres y madres o las personas que tengan atribuida la tutela o la guarda de las personas menores de edad, los responsables de la educación y los poderes públicos en el ámbito de sus competencias”* la obligación de “velar para que los niños, niñas y adolescentes hagan un buen uso de Internet y de las TIC de acuerdo con los principios constitucionales y los derechos que recoge esta ley”. Agrega (ap. 4) que *“En los establecimientos en que se ofrezcan servicios telemáticos, se tienen que instalar los medios técnicos de contenido necesarios para limitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes a las páginas cuyo contenido resulte perjudicial para el desarrollo de su personalidad”*.

Ex ante, personas menores de 14 años, son los padres los que acceden en su nombre y quienes pueden pactar y establecer límites. Recortes añadidos a los que deban establecer los prestadores del servicio, los administradores de las redes etc.

3.2 Características

A los caracteres generales de la identidad digital de las personas mayores se suman especificaciones que afectan a su construcción y a su composición.

En la formación de la identidad digital por debajo de los 18 años, sin separar las personas de más de 14 años, es carácter común la limitación de la autonomía, por razón de edad. Control *ex ante* para la edad inferior en la que son los titulares de las potestades los que actúan, y

³⁴ LDOIA: Llei LLEI 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.

ex post de que la persona ha accedido y ha prestado su consentimiento cuando se tienen 14 años.

En ambos supuestos de forma directa intervienen las potestades en la construcción de la identidad de la persona menor. Significativamente en la franja de edad por debajo de los 14 años, la identidad virtual se asienta en los datos que proporcionan las *potestas*, a los que se añaden, a medida que la persona actúe, los que ella deje y los resultantes de la interacción (chats, conversaciones...etc). Es una identidad en la que por lo general no interviene la persona afectada. La constatación no tiene mayor trascendencia, si se contrasta con la identificación real y si los datos, como en esta, se ciñen en exclusiva a los exigibles, que de alguna manera son un mínimo; se complica cuando los titulares de la potestad agregan otros que no coinciden con la voluntad del menor. Además, se han de contar los datos recopilados por los sitios web, las redes, que conforman la identidad de la persona menor que según el caso, si se denuncian por los titulares de las potestades puede derivar en la eliminación de la cuenta³⁵.

La identidad digital de la persona menor de edad puede ser fruto directo de terceras personas que, con ocasión de su actividad en el entorno digital, la construyen e integran. Las personas con las que interactúa, menores o mayores, fenómeno común; de otra, el ejercicio de “creación” de los progenitores y guardadores legales, cuando publican, en sus redes y grupos, datos e información personal, escrita o visual de su descendencia, incluso antes de nacer. Lo que, en el extremo, deriva en el

³⁵ A título de ejemplo en la *política de privacidad 2019* de Spotify se lee lo siguiente en el apartado “12. Niños”:

“El Servicio Spotify no está dirigido a niños menores de 13 años. Sin embargo, en algunos países, es posible que se aplique un límite de edad más estricto en virtud de la legislación local. Consulte nuestros Términos y Condiciones de uso para obtener más detalles.

No recopilamos conscientemente datos personales de menores de 13 años o por debajo de la edad límite aplicable (el “Límite de edad”). Si se encuentra por debajo del límite de edad, no utilice el Servicio Spotify ni nos proporcione ningún dato personal.

Si es padre de un niño por debajo del límite de edad y es consciente de que su hijo ha proporcionado datos personales a Spotify, póngase en contacto con nosotros utilizando el formulario “Contáctanos” en el Centro de Privacidad y podrá solicitar el ejercicio de sus derechos aplicables que se detallan en la Sección 3, ‘Sus derechos y preferencias: Ofrecemos opciones y control’ de esta Política.

Si descubrimos que hemos recopilado los datos personales de un niño menor de 13 años, tomaremos medidas razonables para eliminar los datos personales. Esto puede requerir la eliminación de la cuenta de Spotify de ese niño”.

fenómeno conocido con el nombre de *shatering*³⁶. Situación que incide en su intimidad e imagen. Recuérdese que la minoría de edad conlleva, por lo general, que se actúa sin su consentimiento.

3.3 Los problemas

Fácilmente se siguen algunas de las principales, que no únicas, cuestiones que esta denominada identidad digital de las personas menores suscita y a las que, tarde o temprano se habrá de dar cumplida respuesta. Baste el apunte para la reflexión.

Cómo en la mayoría de edad, el problema de *la falta de correspondencia entre la identidad digital y la identidad real*. Que se centra, entre otras, en cuestiones que ahora carecen de respuestas técnicas (al menos en la puesta en práctica) y jurídicas:

- a) La multiplicidad de identidades digitales: una para cada página o lugar virtual que se visita; que también afecta a la persona menor, con los consiguientes riesgos para sus derechos personales.
- b) La identidad / identidades no reales, ya sean seudónimos o falsas.

Su creación directamente por la persona menor de 14 años es un fenómeno que acostumbra a ser habitual. Es indudable la necesidad de crear mecanismos de control, que existen técnicamente, al menos como se lee en las declaraciones de las políticas de privacidad de la mayor parte de servidores, redes..., pero que no siempre se ponen en práctica.

- c) Y la identidad que se inventa porque la construyen otras personas, ya terceras, ya potestades. Una identidad que entra de lleno en la privacidad (intimidad) de la persona menor, preocupante cuando deriva de los progenitores o tutores.

De otra parte, en plural, los conflictos que resultan de la *contraposición de intereses* entre las personas menores de edad y los adultos que ejercen funciones parentales / tutelares. En teoría, el criterio del “interés superior del menor” (art. 2 LOPJM) debería llevar a primar este (afectación de su intimidad) sobre el de los progenitores y tutores (informar) pues es clara la notoria inferioridad; en la práctica, no

³⁶ Sobre este AMMERMAN YEBRA, Julia. El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del Sharenting. Actualidad Jurídica Iberoamericana, n. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, p. 253-264.

obstante, puede no ser tan sencilla la resolución del problema e incluso su propia visibilidad.

El conflicto de intereses es patente en los casos de *shatering*, también en todos los de discordancia entre la voluntad de las personas menores de 14 años y las potestades, en los que se ha de acudir al nombrar un defensor judicial. Pero no siempre los confines están bien delimitados.

El GT29 en el documento³⁷ en el que recoge las pautas sobre el consentimiento del Reglamento UE 206/679, “recomienda la adopción de un enfoque proporcionado” que entiende existe cuando los datos que se requieren y dan se ciñen a los mínimos: “Como norma general, los responsables del tratamiento deben evitar las soluciones de verificación que conllevan una excesiva recogida de datos personales”. E insiste, particularmente, en la puesta en práctica de medios a través de los que se verifiquen tanto la realidad de la potestad (que exista) como la libertad del menor.

4 REFERENCIAS

AGUILAR RODRÍGUEZ, Daniel E.; SAID HUNG, Elias. Identidad y subjetividad en las redes sociales virtuales: caso de Facebook. *Zona próxima*. Revista del Instituto de Estudios en Educación Universidad del Norte, Colombia, nº 12 enero-julio, 2010, p. 192-195.

AMMERMAN YEBRA, Julia. El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *Sharenting*. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, p. 253-264.

BALARDINI, Sergio. Jóvenes, tecnología, participación y consumo. En: BALARDINI, Sergio. *Jóvenes, tecnología, participación y consumo*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO. 2002. p. 1-22. Disponible en: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101023013657/balardini.pdf>>. Fecha de consulta (8 de febrero 2019).

BECERRIL GIL, Anahiby. Información de Identificación Personal, Big Data y Almacenamiento de Datos Personales. *Informática y Derecho*, Revista Iberoamericana de Derecho informático. Segunda Época – Segundo Semestre 2016 – Número 1, p. 31– 47. Disponible en: <<http://www.informaticayderecho.org/>>. Fecha de consulta (8 de febrero 2019).

CADENASSO, Jorge; MURDEN, Andrea. Ser joven en la era digital. Una aproximación a los procesos de construcción de subjetividad. Cepal, Naciones Unidas, Fundación SM. 30 de enero de 2018;

³⁷ Grupo de trabajo del artículo 29. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018. 17/ES WP259 y rev.01, p. 29 y 30

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y tutores en el entorno digital. En: SOLÉ RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (coord.). *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2018. p. 271-288.

GIONES-VALLS, Aina; SERRAT-BRUSTENGA, Marta. La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital. *Bid – textos universitaris de biblioteconomia i documentació*. número 24. juny de 2010. Facultat de Biblioteconomia i Documentació Universitat de Barcelona. Disponible en: <<http://bid.ub.edu/bid24.htm>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

JAVIER SÁNCHEZ, Luis. *7 activistas europeos de defensa de la privacidad de los consumidores denuncian la “subasta en tiempo real*. 23 de mayo 2019. Disponible en: <<https://conflegal.com/20190523-siete-paises-europeos-entre-ellos-espana-denuncian-ante-sus-reguladores-de-proteccion-de-datos-el-uso-del-sistema-publicitario-subasta-en-tiempo-real/>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

JAYME ZARO, María. La identidad de género. *Revista de Psicoterapia*, Vol. X, N° 40, 1999, p. 5-22.

LA DIRECCIÓN C (Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión) de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, B-1049, Bruselas, Bélgica, Oficina n.º MO-59 02/013, es la que lleva la secretaría. Disponible en: <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358&tpa_id=693>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

LAMBEA RUEDA, Ana. Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018), Estudios, p. 201 y ss.

NIETO MANIBARDO, Enrique. La prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales de los menores de edad en las redes sociales. En: Buneo de MATA, Frederico (dir./coord.). *Los nuevos retos del derecho ante la era digital*. Ed. Comares S.L., Granada, 2017. p. 78-79.

PRENSKY, Marc. *Nativos e inmigrantes digitales*. Adaptación al castellano del texto original “Digital Natives, Digital Immigrants”. Cuadernos SEK 2.0. Madrid 2010. Disponible en: <[https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20NMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20NMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf)>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

RESTAQ, Giorgio. Identità personale e identità digitale. En *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*. Giuffrè. Milano. Anno XXIII, Fasc 3. 2007. p. 511-531.

UNIVERSITAT DE ALICANTE. Biblioteca Universitaria. *La huella digital*. Material formativo. 2017/2018. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=2ahUKEwi79vrIkKzgAhVQA2MBHWBrAz8QFjAlegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fmoodle2017-18.ua.es%2Fmoodle%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D40933&usg=AOvVaw3--38VHDtcqLA2_pQzMZia>. Fecha de consulta (8 de febrero 2019).

WEBER, Sandra; MITCHELL, Claudia. *Imagining, Keyboarding, and Posting Identities: Young People and New Media Technologies*”. En *Youth, Identity, and Digital Media*. Edited by David Buckingham. The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation Series on Digital Media and Learning. Cambridge, MA: The MIT Press, 2008. p. 25-48. doi: 10.1162/dmal.9780262524834.025.

WINDLEY, Phillip J. *Fixing the Five Problems of Internet Identity*. Disponible en: <<https://blog.sovrn.org/fixing-the-five-problems-of-internet-identity-b55ea072c3ea>>. Fecha de consulta (25 de mayo 2019).

NOVAS TECNOLOGIAS NA INTERVENÇÃO FETAL: AUTONOMIA DA GESTANTE E OS DIREITOS DO NASCITURO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE HUMANA

Janaína Reckziegel¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O nascituro e o início da vida; 3. Novas tecnologias e seus aspectos históricos relacionados às intervenções fetais; 4. Reflexões éticas e jurídicas sobre as novas tecnologias nas intervenções fetais e o momento certo de sua realização: avaliação do risco e o consentimento livre e esclarecido; 5. Novas tecnologias: autonomia da gestante sobre a intervenção fetal, direitos do nascituro sob a ótica da dignidade humana; 6. Conclusões; 7. Referências.

Resumo: O objetivo desta pesquisa é a reflexão sobre os limites das intervenções fetais dentro das novas tecnologias. O método utilizado foi o qualitativo, tendo como fonte de dados a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Pretende-se responder questões relacionadas às intervenções, tais como: Qual o momento de se realizar estas intervenções? A mulher pode negar-se a realizá-las? E quais os direitos dos nascituros frente a esta problemática? Estas questões não possuem resposta pronta e exigem do pesquisador um repensar. Repensar que não pode apenas basear-se em questões morais e éticas mas tam-

¹ Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Início 2018). Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ (2014). Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS (2007). Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó (2002) e em “Educação e docência no ensino superior” pela Faculdade Exponencial - FIE (2009). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc (2001). Advogada, Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Email: janaina.reck@gmail.com Sistema Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>>.

bém em reflexões filosóficas e relacionadas ao Direito. Aí reside a importância deste texto, tratando-se de um estudo inovador, pois apesar de o tema ser amplamente debatido nas ciências médicas, é pouco desenvolvido na área jurídica. Verificou-se que dentro das novas tecnologias as intervenções fetais lidam com aspectos eticamente difíceis, como o debate sobre o início da vida, a autonomia da gestante e o direito do nascituro. Em relação à jurisprudência brasileira, a maior parte dos casos, refere-se a erros médicos em procedimentos e diagnósticos. Finalmente conclui-se que as intervenções fetais apresentam grande relevância, pois são responsáveis pela sobrevivência e prevenção de malformações em crianças. Apesar da importância destacada, as mesmas ainda suscitam debates diversos e apresentam questões éticas e legais ainda não resolvidas.

Palavras-chave: *Novas Tecnologias; Intervenções Fetais; Nascituros; Autonomia Da Gestante; Bioética.*

1 INTRODUÇÃO

Este texto aborda tema relacionado aos dilemas acarretados pelos avanços científicos, em especial àqueles relacionados aos avanços das novas tecnologias nas ciências médicas, no que tange especialmente a questão de diagnósticos e procedimentos em nascituros. Tais pesquisas/procedimentos enquadram-se no campo da chamada medicina fetal, sendo conhecidas como intervenções fetais. Estas intervenções são aquelas realizadas ainda intraútero e geralmente tem como função corrigir alterações na saúde do nascituro, bem como prevenir malformações.

Os avanços nas intervenções carregaram consigo questões éticas a respeito dos limites destes procedimentos. Afinal, em que momento estas intervenções podem ser realizadas? A gestante pode negar-se a realizá-la? Quais os direitos do nascituro para realização (ou não) destes procedimentos? O que a justiça brasileira define, em relação a este tema? Estas questões não tem uma resposta pronta e exigem de quem se propõe a debatê-las um novo repensar. Um repensar que vai além de aspectos éticos e morais, mas que também carregue em si, reflexões da filosofia e do Direito. Para tanto, este artigo propõe-se inicialmente, discutir a respeito do início da vida, entendendo que utilizando-se das teorias concepcionista, de nidação, genético-desenvolvimentista, da potencialidade de pessoa, teoria utilitarista, teoria do sistema nervoso e cerebral, da consciência, da viabilidade e do nascimento, o nascituro é ser vivo, e que embora não seja considerado pessoa pelo Direito Brasileiro, tem assegurado pelo Código Civil a preservação de seus direitos.

Apresenta-se a seguir, um breve histórico a respeito das intervenções fetais. Verifica-se que estas intervenções são recentes, quando comparadas às demais atividades da medicina tendo seus procedimentos

iniciais mais relevantes, realizados a partir da 2ª Guerra Mundial. Trata-se ainda, em muitos casos, de uma especialidade experimental e que possui diversos níveis de desenvolvimento em cada país.

Como é uma área relativamente nova da medicina, a intervenção fetal apresenta questões éticas relevantes. Debate-se a respeito deste tema, em especial ao que se refere ao momento certo de intervir, a questão da avaliação do risco e o uso do consentimento livre e esclarecido. Estas decisões relacionadas à intervenção devem se utilizar do conhecimento do médico, mas também devem ser entendidas e aceitas pela gestante. Reflete-se então à respeito da autonomia da mãe/mulher: teria ela direito à negar-se à realização de uma intervenção fetal? E se a sua negação provocasse consequências graves ao nascituro, quais seriam seus direitos? Teria ele direito à uma intervenção, que possivelmente o livraria de malformação, mesmo que a mãe não concordasse?

No debate destas questões éticas, propôs-se a utilização da teoria da dignidade humana de Kant. Esta teoria, afirma que o ser humano não deve ser tratado como meio, mas como um fim em si mesmo. Diante disso, entende-se que o nascituro, por tratar-se de ser com vida, não pode ser considerado um objeto, algo sem valor. Seus direitos devem ser preservados e sua dignidade reconhecida. Isso não significa dizer que os direitos da mãe não são considerados, mas que é necessário visualizar também a importância do nascituro.

A importância da temática, tendo em vista a preservação dos direitos do nascituro e a questão da autonomia da mãe, finalmente buscou-se na Jurisprudência Brasileira, casos relacionados ao tema estudado. Percebeu-se que nos casos existentes, há predomínio de ações relacionadas a erros médicos em procedimentos e diagnósticos fetais.

Esta pesquisa é inovadora do ponto de vista que, apesar de o tema “intervenção fetal” já ter sido debatido por autores relacionados às Ciências da Saúde², é pouco debatido quando se trata de autores da área do Direito, ainda mais quando relacionado à questão jurídica do tema. Assim, este artigo trabalha situa-se na área do Direito, em especial à questão dos Direitos Humanos e a Bioética, e tem como objetivo refletir a respeito dos limites das intervenções fetais.

² RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010. TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. **Cirurgia Fetal: Atualidade e Perspectivas Futuras**. Dissertação Mestrado Integrado em Medicina: Área Cirurgia Pediátrica. Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012.

2 O NASCITURO E O INÍCIO DA VIDA

O ente que se encontra dentro do ventre materno, já concebido, necessariamente com vida intrauterina, mas que ainda não nasceu,³ e que necessariamente deve estar vivo, no ventre materno, chama-se nascituro. Mas qual o momento em que se considera juridicamente este nascituro? A doutrina se divide nesta resposta, em teoria concepcionista, de nidação, a genético-desenvolvimentista, da potencialidade de pessoa, teoria utilitarista, teoria do sistema nervoso e cerebral, da consciência, da viabilidade e do nascimento⁴.

Para a teoria concepcionista, o embrião é algo distinto da mãe desde o momento da concepção, pois se trata de ser com individualidade genética, alma intelectual e instintos. Esta teoria é defendida pela Igreja Católica, que acredita que desde a concepção, o ser em formação, é dotado de alma (doutrina da animação imediata). Para esta teoria o embrião humano é desde o primeiro instante de sua concepção uma pessoa humana, inteira, igual a qualquer outro indivíduo da coletividade. Já a teoria da nidação, entende que a vida se inicia no momento em que o zigoto implanta-se no útero materno, o que ocorre em torno de duas semanas de gestação. Em relação a teoria genético-desenvolvimentista, a mesma defende que o embrião não pode ser considerado como vida humana até o 14º dia após a concepção, mas sim, um amontoado de células. Esta teoria considera que este ser, passa a ter vida humana a partir do momento em que apresenta a linha primitiva (estrutura básica do sistema nervoso)⁵. Reckziegel e Maissonett entendem que esta conotação é eminentemente médica, por considerar que há um antes e depois para aquisição da dignidade humana, o que é difícil de ser aceita juridicamente.

Na teoria da potencialidade de pessoa considera que o embrião não é pessoa, mas o será, ou seja, tem potencial para tornar-se pessoa. Essa noção deve ser compreendida no sentido biológico, antropológico e cultural, manifestando-se de maneira racional. Na teoria utilitarista consi-

³ BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim. A Personalidade Civil Dos Nascituros E Os Seus Reflexos Jurídico-processuais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 23. p. 15-32, jul. 2015.

⁴ GRECHI, Daniela. **O uso de células-tronco embrionárias**: Incertezas e novas promessas para a medicina do futuro. Caxias do Sul: Educus, 2009.

⁵ RECKZIEGEL, Janaína; MAISSONET, Luiz Henrique. Benefícios Da Clonagem Terapêutica E As Células-Tronco Embrionárias Frente Ao Princípio Da Dignidade Humana No Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDI, p. 248-272, 2015, Aracaju. *Anais Eletrônicos*. Aracaju, UFS, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/R2mopbRfSTWKJ041.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

dera-se que o embrião humano não passa de material biológico e não faz jus a qualquer tratamento especial em relação a outras espécies de embriões. A teoria do sistema nervoso e cerebral advoga que o início da vida ocorre a partir do momento em que há vida cerebral, mas este momento ainda não está adequadamente esclarecido. Já a teoria da consciência preconiza que o início da vida se dá no momento em que se percebem os primeiros sinais de consciência no embrião. A teoria da viabilidade entende que o marco do início da vida, é quando há a possibilidade do feto sobreviver fora do corpo da mãe. Finalmente há aqueles que defendem que o início da vida humana se dá por meio do nascimento, embora não se possa deixar de proteger aqueles que ainda não nasceram⁶.

Existem muitas divergências no que diz respeito ao início da vida, questionando-se quando de fato ela começa. Estas questões são importantes para os debates relacionados à biologia e ao Direito. De maneira geral, os cientistas dividem o desenvolvimento do feto humano em duas fases: pré-embriônica e embriônica, além da fetal⁷. Reckziegel e Maissonnet⁸ afirmam que a doutrina brasileira tem entendimento divergente à respeito do embrião como sujeito de direito, mas que a maior preocupação dos doutrinadores está nos possíveis desvios da atividade científica poderá trazer através do mau uso desta técnica, como por exemplo, a questão do uso das células-tronco.

Mostram-se relevantes tais discussões quando se pensa nas questões dos direitos dos nascituros. Nesse sentido, uma parte da doutrina considera os nascituros, não portadores de direitos na ordem civil, já que a personalidade civil começa no nascimento com vida. Para outra parte, os direitos dos nascituros iniciam na concepção. Há ainda quem defenda uma terceira posição, que considera que os nascituros, possuem direitos, mas estes estão em condição suspensiva, retornando após o nascimento com vida⁹. Para Pontes de Miranda¹⁰, pessoa é quem pode ser sujeito de

⁶ GRECHI, Daniela. **O uso de células-tronco embrionárias**: Incertezas e novas promessas para a medicina do futuro. Caxias do Sul: Educus, 2009.

⁷ RECKZIEGEL, Janaína; MAISSONNET, Luiz Henrique. Benefícios Da Clonagem Terapêutica E As Células-Tronco Embrionárias Frente Ao Princípio Da Dignidade Humana No Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In*: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDI, **Anais Eletrônicos**, Aracaju, UFS, p. 248-272, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/R2mopbRfSTWKJ041.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁸ *Idem*.

⁹ BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim. A Personalidade Civil Dos Nascituros E Os Seus Reflexos Jurídico-processuais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 23. p. 15-32, jul. 2015.

direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico e está apto para desempenhar o papel de sujeito de direito. E Para ter a qualidade de sujeito de direito é necessário o nascimento. Para o autor, antes do nascimento, no útero, ainda não se é pessoa.

No art. 2º do Código Civil Brasileiro, afirma que: “*A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”¹¹. Portanto a lei não confere ao nascituro o título de pessoa, mas resguarda seus direitos futuros, por medidas que salvaguardem seus inalienáveis interesses. Em relação ao direito público, o Estado coloca o nascituro sob proteção incondicional, quando considera o aborto provocado, entre os crimes contra a vida¹². Há de se considerar também o Pacto de São José da Costa Rica¹³, que preceitua no inc. I, do art. 4º: “*Toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*”. E finalmente a Constituição no art. 5º, *caput*, quando trata dos direitos fundamentais, prevê a inviolabilidade do direito à vida¹⁴.

Em relação ainda aos debates sobre o início da vida, em 2005 é criada a Lei da Biossegurança (11.105/2005)¹⁵. Esta lei, em seu art. 5º¹⁶,

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. t. I, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 209.

¹¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, p. 1, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹² FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M.L.; BARRETO, Vicente Paulo. (Orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 28.

¹³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. San José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 05 out 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁵ BRASIL. Lei 11.105, de 24.03.2005. Regulamenta os incs. II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8.974, de 05.01.1995, e a Medida Provisória 2.191-9, de 23.08.2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei

apresenta a questão das pesquisas com células-troncos. Este dispositivo legal, teve pedido de inconstitucionalidade por parte do Procurador Geral da República¹⁷ sob alegação de que a vida humana acontece a partir da fecundação. O procurador utilizou-se de argumentos baseados nos preceitos da Constituição Federal, em seu art. 5º, que consagra o direito à vida e do art. 1º, III, que enuncia o princípio da dignidade humana afirmou que o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seria violada pela realização das pesquisas que o art. 5º da Lei de Biossegurança autorizava.

Neste caso, a decisão do STF utilizou-se de audiência pública, ocorrida em 20.04.2007, devido a complexidade do tema. A corrente majoritária apreciou o pedido improcedente (Ministros Carlos Ayres de Britto, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello), considerando, entre outras coisas, que o bem jurídico da vida, constitucionalmente protegido refere-se a pessoa nativiva, além disso considerou que o embrião é incapaz de vida encefálica, o que permite seu uso para fins de pesquisa terapêutica¹⁸. Percebe-se a partir desta decisão que, o Supremo Tribunal Federal não considera o início da vida a partir da fecundação, pois o embrião não teria vida encefálica. Presume-se que este órgão entende que o início da vida ocorre a partir do momento em que há manifestação neurológica.

10.814, de 15.12.2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 28 mar. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁶ **Art. 5º.** *É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de contemplarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 29.05.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁸ RECKZIEGEL, Janaína; MAISSONET, Luiz Henrique. Benefícios Da Clonagem Terapêutica E As Células-Tronco Embrionárias Frente Ao Princípio Da Dignidade Humana No Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDI, Anais Eletrônicos*, Aracaju, UFS, p. 248-272, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/R2mopbrfStWKJ041.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

Das diversas teorias sobre o início da vida, apresentadas neste trabalho, fica evidente que o tema ainda não está completamente resolvido. Essa falta de resolução afeta a realização (ou não) dos procedimentos com embriões e com nascituros. Afinal, se considerar que o embrião não é possuidor de direitos, ele está sujeito a todo tipo de pesquisas. Em situação semelhante encontra-se o nascituro, já que a sua consideração como ser vivo, liga-se diretamente à consideração de sua dignidade e a sua aquisição de direitos. Nesse sentido, é importante abordar os procedimentos realizados com estes entes na história, no sentido de entender como estes foram tratados e como os procedimentos fetais se iniciaram.

3 NOVAS TECNOLOGIAS E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS RELACIONADOS ÀS INTERVENÇÕES FETAIS

No passado o interesse pela abordagem fetal era grande, tendo-se relatos de amniocentese¹⁹ no período de 1881-1882, quando foi usada para drenagem de líquido amniótico em casos de polidrâmnio²⁰. Após, em 1930, esse procedimento passou a ser realizado na França, para indução de abortamentos, com a introdução de solução salina hipertônica na cavidade amniótica. Nos anos 1950, passou a detectar incompatibilidade Rhesus (Rh) entre a mãe e o bebê, o que diminuiu consideravelmente a mortalidade por essa doença²¹. Já a ultrassonografia foi utilizada pela primeira vez em 1942, pelo neurologista vienense Karl Dussik.

A amniocentese, além dos usos já expostos, também passou a detectar, a partir dos anos 50, a incompatibilidade Rhesus (Rh) entre a mãe e o bebê, quando há produção de anticorpos da mãe contra os glóbulos vermelhos do feto. Para tanto, retirava-se pequena quantidade de líquido amniótico, no sétimo mês de gestação, verificando-se a possível destruição daquelas células do feto. Se ainda não houvesse ocorrido esta destruição, procedia-se a realização de parto o mais rapidamente possível,

¹⁹ Amniocentese consiste na introdução de uma agulha longa através da parede abdominal da mãe para a retirada do líquido amniótico, sendo que o volume do líquido retirado depende da idade do feto e do motivo do exame.

²⁰ Polidrâmnio é o volume de líquido aumentado, está associado ao *diabetes mellitus*, hidropsia fetal, doença hemolítica perinatal e a malformações estruturais do feto, especialmente as obstruções altas do tubo digestivo e defeitos de fechamento do tubo neural.

²¹ LOWI, Ilana. Detectando Más-Formações, Detectando Riscos: Dilemas Do Diagnóstico Pré-Natal. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 17, n. 35, p. 103-125, 2011.

para realização de transfusão, que eliminaria os anticorpos maternos. Esse procedimento diminuiu consideravelmente a mortalidade por esta doença.

No ano de 1956, aperfeiçoou-se a técnica de visualização cromossômica, permitindo a constatação de anomalias congênicas ocasionadas por alterações numéricas nos cromossomos, como a Síndrome de Down. Nos anos de 1960, os pesquisadores constataram por meio do líquido amniótico, anomalias no desenvolvimento dos cromossomos, o que permitiu diagnósticos destas condições²².

As origens da ultrassonografia foi em uma técnica militar, com função de avaliar o tamanho e a posição da criança no útero e detectar gestações múltiplas²³. As pesquisas de aplicações médicas da ultrassonografia aumentaram na Segunda Guerra Mundial, especificamente em 1958, quando o cientista escocês Ian Donald, professor de obstetrícia da Glasgow University, o engenheiro Thomas G. Brown e o acadêmico de medicina John MacVicar, publicaram na revista *The Lancet*, o primeiro artigo demonstrando o potencial deste procedimento como método diagnóstico²⁴. As imagens mais significativas do exame foram as de fetos que tiveram o contorno dos crânios demonstrados com 34 semanas de gestação, a imagem de gêmeos com 37 semanas e uma terceira imagem demonstrando polidrâmnios.

Löwi²⁵, ainda sobre a ultrassonografia, relata que nos anos 1980, os aparelhos que realizavam este exame aperfeiçoaram-se a ponto de serem capazes de detectar más-formações fetais. Inicialmente detectavam más-formações maiores, como a falta de um membro e depois as mais leves. Em 1992, Kypros Nicolaidis, estabeleceu a “translucência nucal” ou “claridade nucal” (distância entre a pele da nuca e a coluna) maior que a média em um feto de 12 a 16 semanas, que indicava probabilidade maior de trissomia 21. Em 1995, para diagnóstico da trissomia 21 e de outras aneuploidias²⁶ propôs-se a medida ecográfica do osso nasal. O

²² *Idem*.

²³ *Ibid*.

²⁴ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

²⁵ LOWI, Ilana. Detectando Más-Formações, Detectando Riscos: Dilemas Do Diagnóstico Pré-Natal. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 17, n. 35, p. 103-125, 2011.

²⁶ Trissomia 21: Síndrome de Down. Aneuploidia: célula que teve o seu material genético alterado, sendo portador de um número cromossômico diferente do normal da espécie.

uso da técnica de doppler²⁷, permitiu avaliar o aumento do índice de pulsabilidade no fluxo do ducto venoso e a regurgitação tricúspide²⁸, como marcadores de anomalias cromossômicas²⁹.

Hahnemann e Mohr, da Copenhagen University, em 1968³⁰, através do uso de endoscópio adaptado, foram os primeiros a propor a biópsia de vilo corial³¹, para fins diagnósticos. Em 1975, na China, no Hospital Tietung, relatou-se o primeiro estudo da determinação do sexo, por meio das vilosidades coriônicas³². Em 1983, Simoni e colaboradores, da Università di Milano, obtiveram sucesso no diagnóstico de anomalias genéticas, pelo estudo das biópsias daquele material.

A fetoscopia, que é outro procedimento de grande relevância, e que inicialmente era um método endoscópico para observação do feto e placenta, para obtenção de amostras de pele e sangue, além de tecido hepático, sendo a primeira tentativa de visualização endoscópica intrauterina foi relatada por Westin. A primeira técnica percutânea aplicada clinicamente foi a escopia por agulha com lente em haste autofocalizada, em 1974 por Hobbins e Mahoney³³ relataram ter o termo cunhado por John B. Scrimgerour, do Departamento de Obstetrícia do Eastern General Hospital, em Edimburgo, no ano de 1970, combinando as palavras feto e skopein, de origem latina. No entanto a fetoscopia foi superada pelo diagnóstico ultrassonográfico e pelos procedimentos invasivos guiados por ultrassom no final dos anos 1970. Em 1980, foi elaborado o teste triplo, que permite medir três proteínas no sangue materno: HCG – gonadotrofina coriônica humana, um hormônio secretado pela placenta, o estriol não conjugado, produzido pelo feto, e a alfafetoproteína. Uma taxa elevada nestes testes indica alta probabilidade de trissomia 21, bem como de ou-

²⁷ Espécie de Ultrassonografia, na gestação, o exame ajuda a determinar se os principais órgãos do feto estão sendo bem irrigados e com oxigenação normal, além de avaliar a circulação do cordão umbilical e do coração.

²⁸ Regurgitação Tricúspide: é o refluxo de sangue que vaza pela válvula tricúspide cada vez que o ventrículo direito se contrai.

²⁹ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Biópsia de Vilo Corial: Diagnóstico Pré Natal com estudo do cariótipo fetal e testes genéticos.

³² Vilosidades coriônicas: Superfície da bolsa amniótica recoberta por projeções, em que ocorrem trocas de sangue materno e fetal.

³³ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

tras desordens neurológicas, como a espinha bífida³⁴. Em 1983, utilizou-se pela primeira vez a ressonância magnética na gestação por F.W. Smith, como exame complementar a ultrassonografia, ajudando a esclarecer casos, não elucidados pela mesma³⁵.

Surgiram as terapêuticas fetais, além do desenvolvimento de técnicas diagnósticas, sobre o assunto, Tuna³⁶, explica que as intervenções fetais invasivas iniciaram a partir de 1920, por meio do uso de modelos animais. Já a primeira intervenção fetal em seres humanos foi conduzida por Liley (considerado mentor da cirurgia intrauterina), da University of Auckland, na Nova Zelândia, em 1963, que realizou a primeira transfusão de sanguínea intraperitoneal, utilizando células sanguíneas de adultos. Na mesma época, foram realizadas diversas tentativas de transfusão intravascular, mas o procedimento exigia histeretomia³⁷ sendo, portanto de alto risco para a mãe e o bebê³⁸.

Na história da intervenção fetal invasiva um passo importante foi a criação da Sociedade Internacional de Medicina e Cirurgia Fetal (SIMCF), em 1981. Esta associação tinha como objetivo proporcionar a cooperação entre os centros, partilhar informações, discutir técnicas e compartilhar padrões de intervenção. Na sua primeira reunião decidiu-se manter-se um registro internacional de todas as intervenções fetais realizadas, bem como se estabelecer critérios para uma patologia ser candidata a cirurgia fetal. Os critérios eram a: possibilidade de diagnóstico e estadiamento exatos, com exclusão de anomalias associadas; história natural da doença documentada e prognóstico estabelecido; ausência de terapia pós-natal eficaz; cirurgia *in utero* comprovadamente praticável em modelos animais, revertendo efeitos deletérios da patologia; intervenções realizadas em centros de tratamento fetal multidisciplinares especializados, dentro de protocolos rigorosos, e com aprovação do Comité de Ética local e consentimento informado da mãe ou dos pais³⁹.

³⁴ LOWI, Ilana. Detectando Más-Formações, Detectando Riscos: Dilemas Do Diagnóstico Pré-Natal. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 17, n. 35, p. 103-125, 2011.

³⁵ RODRIGUES, C. S. *Op. cit.*

³⁶ TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. **Cirurgia Fetal: Atualidade e Perspectivas Futuras**. Dissertação-Mestrado Integrado em Medicina: Área Cirurgia Pediátrica. Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012.

³⁷ Histeretomia: cesariana

³⁸ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

³⁹ TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. *Op. cit.*

Continuou a ser desenvolvida a cirurgia fetal aberta, envolvendo principalmente laparotomia materna⁴⁰ e histeretomia, nos Estados Unidos. Já na década de 1990, as técnicas minimamente invasivas desenvolveram-se, pois surgiu a miniaturização de câmeras e endoscópios, em especial na Europa, devido ao projeto Eurofoetus. Este projeto reuniu um consórcio de centros de medicina fetal europeus e um patrocinador de instrumentos endoscópicos⁴¹.

A medicina fetal no Brasil, foi introduzida na década de 1980 por especialistas em ginecologia e obstetrícia com treinamento na Inglaterra e na França. Estas técnicas foram implantadas inicialmente em hospitais universitários e clínicas privadas. Sua difusão em hospitais públicos ainda é restrita⁴².

A partir da história das intervenções fetais, percebe-se que a mesma é uma área recente na medicina, sendo quase experimental. Por esta razão torna-se relevante a discussão sobre os aspectos éticos e jurídicos destes procedimentos.

4 REFLEXÕES ÉTICAS E JURÍDICAS SOBRE AS NOVAS TECNOLOGIAS NAS INTERVENÇÕES FETAIS E O MOMENTO CERTO DE SUA REALIZAÇÃO: AVALIAÇÃO DO RISCO E O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Afirma Tuna⁴³ que: os estudos com nascituros são “*verdadeiros desafios éticos e revelam-se difíceis de organizar e financiar*”. São estudos eticamente difíceis, pois antes de realizá-los, deve-se verificar sua necessidade e avaliar os riscos de sua execução. Ao contrário, também deve-se levar em conta as implicações de não realizar as intervenções, já que em muitos casos trata-se da melhor, quando não única saída para tratar determinadas malformações.

Por meio da história de intervenções fetais, percebe-se que o nascituro não é intocável e esteve sujeito a diversas intervenções ao longo

⁴⁰ Laparotomia: é a abertura cirúrgica da cavidade abdominal para fins diagnósticos e/ou terapêuticos.

⁴¹ TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. *Op. cit.*

⁴² RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

⁴³ TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. **Cirurgia Fetal: Atualidade e Perspectivas Futuras**. Dissertação -Mestrado Integrado em Medicina: Área Cirurgia Pediátrica. Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012. p. 9.

da história. No entanto, para que se realizem procedimentos com estes entes, é necessário utilizar-se de prudência e delicadeza, pois, como afirma França⁴⁴: “*é muito justo que determinados problemas [...] sejam tratados com antecedência, quando se sabe que muitos deles não teriam solução posterior, por não se poder mudar o curso de muitas doenças ou malformações*”.

Também Gomes⁴⁵, defende a prática de intervenções em nascituros, especialmente no caso do Brasil, onde o ônus pelo controle e correção das lesões de nascimento e anomalias recai sobre as famílias, pois o sistema social não ampara o cidadão adequadamente. Nesse sentido, o autor considera útil e convincente que se vislumbre, diagnostique e avalie-se precocemente a mãe-gestante/família, mediante aconselhamento genético para evitar o aparecimento de anormalidades. A intervenção seria necessária neste caso, considerando-se que a maioria das famílias brasileiras não teria condições de manter os cuidados exigidos por determinadas doenças, e pelo fato de o Estado não amparar plenamente os cidadãos. Nesse caso, evitar as malformações seria a melhor saída.

Em muitos casos, apesar de se considerar que as intervenções são adequadas, não se pode utilizá-las com o objetivo eugênico, como por exemplo, para selecionar determinadas características do futuro filho, como o sexo, é o que Gomes⁴⁶, chama de “busca do supérfluo através da medicina genética”. Essa questão já é debatida na classe médica, pois o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM 2.121/2015, proíbe que na execução da reprodução assistida haja seleção do sexo do futuro filho, exceto em casos em que se pretende evitar determinadas doenças ligadas ao sexo.

Também alerta Gomes⁴⁷, que com as intervenções, em especial aquelas de cunho genético, a humanidade está correndo risco de interferir nos mecanismos naturais da biodiversidade aleatória (o que torna cada ser humano diferente do outro, igual apenas a si mesmo). O autor reflete que por mais defeituoso que alguém seja, pode pelo menos regozijar-se por ser singular. Tal singularidade encontra-se ameaçada diante das possibilidades interventivas.

⁴⁴ FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M.L.; BARRETO, Vicente Paulo. (Orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

⁴⁵ GOMES, Júlio César Meirelles. Aspectos éticos do diagnóstico pré-natal. **Bioética**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 117-128, 2004.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁴⁷ *Idem*.

Das questões já apresentadas, há ainda reflexões que dizem respeito à determinações a serem obedecidas, antes de decidir-se pela intervenção fetal. Estas questões são debatidas por França⁴⁸, que acredita ser necessário: avaliar o momento certo de realizar a intervenção fetal, verificar os riscos para a mãe e o feto, perceber os conflitos do binômio mãe-feto, obter um consentimento esclarecido, atentar-se para a conduta materna na gravidez e entender as obrigações da sociedade com a criança que vai nascer.

Ao se tratar de quando é o momento correto de se intervir na gestação será necessária avaliação clínica e propedêutica, dos aspectos éticos, dos direitos da mãe e do nascituro e da questão do risco-benefício. A dificuldade para fazer tal avaliação reside no fato desses recursos serem de conhecimento recente, muitos tendo caráter experimental, o que gera diversas controvérsias. O que se pode afirmar é que antes de oferecer qualquer procedimento à saúde fetal, deve-se concordar com os seguintes critérios: 1 – que a doença tenha sido diagnosticada por meios propedêuticos atuais, incluindo-se a ultrassonografia; 2 – que haja conhecimento abalizado da fisiopatologia do mal; 3 – que haja a existência da probabilidade de cura e segurança da intervenção aceitáveis; 4 – a realização de discussão da intervenção com médicos não envolvidos, e que os pontos de vistas opostos, sejam apresentados à gestante e a seus familiares⁴⁹.

Ao se tomar a decisão de intervir deve sempre basear-se na questão do risco, mesmo que o mesmo seja de difícil mensuração, sendo que o médico que conduz o caso, não pode omitir-se desta avaliação, pois estas intervenções estão permeadas de conflitos éticos e morais. A avaliação dos riscos deve ser realizada primeiramente sobre a vida e saúde da gestante, pois sem sua segurança e bem estar seria irrelevante qualquer outro raciocínio em favor do feto. Afastando-se os riscos da mãe, avalie-se os riscos sobre a criança que vai nascer, cuidando não só a não produção de malefícios, mas também o resultado que se pretende obter⁵⁰.

Ao consentimento livre e esclarecido, percebe-se o mesmo representa uma delegação de poderes para aquilo que é útil e necessário ao paciente, não significando, porém a isenção de responsabilidade dos profissionais pelos resultados danosos⁵¹. Para obter-se o consentimento livre e esclarecido, deve-se: verificar o nível de conhecimento que a paciente

⁴⁸ FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M.L.; BARRETO, Vicente Paulo. (Orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29-45.

⁴⁹ *Ibidem*, p.30.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁵¹ *Idem*.

possui sobre seus encaminhamentos e em relação ao feto; estabelecer diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento; corrigir informações errôneas; explicar a situação e propor uma conduta adequada; comentar sobre as alternativas existentes, bem como os efeitos colaterais, as vantagens e desvantagens; trabalhar em parceria com a paciente/casal, para garantir a compreensão abrangente do quadro; e ajudar o paciente dentro de uma postura ética⁵².

O Estatuto do Nascituro esta relacionado aos temas apresentados, tem por objetivo a proteção integral desse novo ser, bem como garantir que os procedimentos de que necessite no pré natal sejam assegurados. Deriva do Projeto de Lei 478/2007 de autoria de Luiz Bassuma e Miguel Martini. Foi aprovado em 2010 pela Comissão de Seguridade Social e Família, com a pretensão de assegurar que todos os seres concebidos, mas ainda não nascidos, sejam considerados pessoas⁵³. São inseridos no Projeto de Lei os direitos à imagem, honra, integridade física, vida, herança, convívio familiar, entre outros. Desde o momento da concepção o nascituro é protegido por vias legais, ele é uma pessoa, mesmo que *in vitro*, e deve ser encarado como tal.

No diagnóstico e intervenções no pré-natal, o projeto assegura que estes procedimentos serão executados, mesmo quando o nascituro não apresentar expectativa de vida extrauterina. Além disso, garante que o diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, que deverá ser precedido pelo consentimento dos pais e os mesmos deverão estar satisfatoriamente informados. Pelo estatuto é vedado emprego de procedimentos que apresentem riscos desproporcionais e desnecessários a gestante, bem como ao nascituro⁵⁴.

As Jurisprudências que tratam a respeito de procedimentos diagnósticos e tratamentos com nascituros, verifica-se que no geral, as mesmas se reportam a erros cometidos na execução destas ações.

⁵² MIYADAHIRA, Seizo; FRANCISCO, Rossana Pulcineli Vieira; ZUGAIB, Marcelo. Aspectos Éticos da Terapêutica Fetal. In: MELO, Nilson Roberto; FONSECA, Eduardo Borges. **Coleção Febrasgo**: Medicina Fetal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁵³ POTECHI, Bruna. O Estatuto do Nascituro: quando os documentos legislativos constroem pessoas. *Cadernos de Campo (São Paulo, 1991)*, v. 22, n. 22, pp. 315-325, 2014.

⁵⁴ BRASIL. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>. Acesso em: 15 jul. 2019.

A decisão do Recurso Especial 1.434.502 – BA (2013/0418476-2)⁵⁵ trata a respeito de uma gestante, com história de cesariana há 7 anos, pré-termo (devido pré-eclâmpsia), atendida em um Serviço de Ultrassonografia de um Hospital na Bahia. No dia em que foi atendida, constatou-se que a mesma estava gestante de feto com 31 semanas, que apresentava sinais vitais normais. No entanto, três dias após a realização deste exame, a gestante retornou ao mesmo hospital e fez novo ultrassom, constatando gestação de 38 semanas, mas com feto morto. Constatou-se que a morte do feto deu-se por anóxia fetal, deslocamento placentar e hipertensão anterior. A decisão monocrática aponta para a obrigação do laboratório de executar o exame de maneira correta e por esta razão o Hospital é obrigado a reparar o sofrimento causado, respondendo de forma objetiva.

A outra decisão que se relaciona às intervenções fetais é a tratada no Agravo em Recurso Especial 510.173 – RJ (2014/0101662-0)⁵⁶. Nesse caso, a gestante foi ao hospital ao 8º mês de gestação e não se detectou o deslocamento de placenta, não havendo monitoração da frequência cardíaca fetal, que possibilitaria o diagnóstico de sofrimento fetal e posterior realização de cesariana. Como tais procedimentos não foram realizados ocorreu a morte do feto. Nesse caso, o Hospital foi condenado a indenizar a gestante.

No caso do Agravo em Recurso Especial 573.298 – SP⁵⁷, o hospital não realizou exame de ultrassonografia de mãe diabética, para verificar o tamanho do feto, mesmo considerando-se que geralmente gestantes portadoras de diabetes geram bebês grandes para idade gestacional (GIG). Por este motivo, ao invés de optar por cesariana, que seria ade-

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.434.502 – BA (2013/0418476-2). Recorrente: Real Sociedade Espanhola de Beneficencia. Recorrido: Jonas Pereira de Oliveira e Outro. Rel. Moura Ribeiro. Brasília, 24 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45526332&num_registro=201304184762&data=20150327&tipo=0>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Em Recurso Especial 510.173/RJ (2014/0101662-0). Agravante: Casa de Saúde e Maternidade São Lucas Ltda Cooperativa de Trabalho Médico. Agravados: Mônica Gomes da Fonseca de Almeida; Paulo César de Almeida. Rel. Raul Araújo. Brasília, 01 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=37295665&num_registro=201401016620&data=20140820>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 573.298/SP (2014/0192301-3). Agravante: Sociedade Campineira de Educação e Instrução. Agravado: A.S.B (Menor) Representado por M.Z. de S.B. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=erro+m%E9dico+e+fetal&processo=573298.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

quado, realizou-se parto normal. Como o bebê era GIG, ao passar pelo canal de parto, apresentou traumatismo no ombro esquerdo. Diante destes fatos, o STJ considerou que o hospital deveria ser responsabilizado.

É relatado no Resp. 594962/RJ Recurso Especial 2003/0171996-3⁵⁸, em que o laboratório de imagem diagnosticou por meio de ultrassonografia, que a gestante estava grávida de gêmeos, no entanto verificou-se ao nascimento a presença de uma criança. Nesse caso o laboratório foi condenado a indenizar a mulher.

Relevante também é o outro caso, que é a apelação APL 10038347820138260053 SP 1003834-78.2013.8.26.0053, de 29.08.2016, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁹. Nesse caso, durante o pré natal, realizado no Hospital Ipiranga, a criança foi diagnosticada com hérnia diafragmática congênita⁶⁰, tendo falecido horas após o parto realizado no Hospital das Clínicas, em razão da hérnia diafragmática com hipoplasia pulmonar. Os autores da ação (pais da criança) alegaram que o Hospital Ipiranga, ao realizar diagnóstico da doença, deveria ter encaminhado a autora ao centro médico especializado do Hospital das Clínicas, para que recebesse tratamentos intrauterinos para a anomalia. No entanto, a literatura recomenda atualmente a estabilização clínica do recém nascido com ventilação oscilatória de alta frequência⁶¹ e a oxigenação extra-corpórea através de membrana⁶² e cirurgia retardada em uma ou mais semanas.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp 594962/RJ Recurso Especial 2003/0171996-3. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(RESP'.cl as.+e+@num='594962'\)+ou+\(RESP'+adj+'594962'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((RESP'.cl as.+e+@num='594962')+ou+(RESP'+adj+'594962'.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 1003834-7820138260053/SP. Apelantes: Mário Sérgio da Silva e Aline Silva de Carvalho. Apeladas: Fazenda Do Estado De São Paulo e Hospital das Clínicas, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – Instituto da Criança. Relator: Heloísa Martins Mimessi. São Paulo, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversatonId=&cdAcordao=9764932&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_369efc3b25e14be495194b9f4f846819&v1Captcha=rRuh&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁶⁰ Hérnia diafragmática congênita: caracteriza-se com a passagem de órgãos abdominais para o interior do tórax. A herniação dos órgãos abdominais age como uma lesão expansiva, comprimindo o pulmão e levando a hipoplasia e ao defeito de maturação pulmonar.

⁶¹ Ventilação oscilatória de alta frequência: e um modo ventilatório que utiliza volume corrente menor do que o volume do espaço morto anatômico (1–3 mL/Kg) com frequência bem acima da fisiológica (5–10 Hertz, ou seja, 300–600 ciclos/minuto).

⁶² Oxigenação extra-corpórea através de membrana: Trata-se de um dispositivo capaz de dar suporte às trocas gasosas, o que permite o "descanso" pulmonar até a recuperação do processo patológico e diminui os potenciais efeitos deletérios da lesão pulmonar induzida por ventilação mecânica.

Porém o quadro do recém-nascido foi tão instável, que apesar de todas as tentativas de compensação da equipe de neonatologia, evoluiu para óbito 2 horas e 10 minutos após o parto. Diante desses fatos, a Justiça considerou que a ação dos médicos no atendimento a esta criança seguiram as recomendações atuais, pois os procedimentos intrauterinos ainda não estão sendo utilizados devido o caráter experimental dos mesmos. Considerou que inexistiu nexos causal entre a morte da criança e a atuação da equipe médica.

Encontrou-se outros casos relacionados ao parto. No geral, há uma demora na execução deste ou há demora pela opção da cesariana. Tal fato provoca sofrimento fetal, que pode levar a morte ou a sequelas irreversíveis. Nesse sentido, há casos em que se comprova o nexos causal e a parturiente/criança tem direito a indenização. Também há situações em que não há comprovação de nexos causal e o médico/instituição não é responsabilizado, considerando que estes só podem responder pelo meio (execução de procedimentos) e não pelo resultado (morte ou malformação).

Percebeu-se diante das situações apresentadas a necessidade de averiguar questões éticas relacionadas as intervenções fetais, relacionando-as ao conceito de dignidade humana. Considerando-se que o nascituro é ser vivo e, portanto, portador de dignidade.

5 NOVAS TECNOLOGIAS: AUTONOMIA DA GESTANTE SOBRE A INTERVENÇÃO FETAL, DIREITOS DO NASCITURO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE HUMANA

Percebeu-se outro problema ético relacionado às novas tecnologias nas intervenções fetais, que diz respeito à autonomia que a mãe tem de se recusar a determinados procedimentos em favor da criança. Trata-se de uma questão relevante, já que no estágio atual da medicina, tem-se a tendência de procurar evitar malformações, gerando muitas discussões sobre liberdade de decisão da gestante, diante da conduta do médico que a assiste. França⁶³ acredita que a maioria das mulheres tem tendência a concordar com os procedimentos, inclusive contribuindo para minorar as consequências das fetopatias, através de obediência a determinados comportamentos orientados pelo médico. No entanto, há casos em que a gestantes e familiares não permitem continuar um tratamento ou realizar exames, por considera-los fúteis ou desnecessários. Diante disso, o autor esclarece que o médico deve esgotar todos os meios para garantir a ade-

⁶³ FRANÇA, Genival Veloso. A devida compreensão dos direitos e deveres em ginecologia e obstetrícia. *Derecho y Cambio Social*, Peru, p.1-26, 2005.

são destes, só podendo intervir diante de eminente risco à vida. O autor explica que há mulheres que não estão suficientemente orientadas, há ainda aquelas que não alcançam o significado das recomendações, nem a importâncias dos tratamentos. Ou gestantes que preferem ignorar o diagnóstico da desordem fetal e recusar o tratamento.

Afirma França⁶⁴ que o poder público proponha uma política para evitar danos pré-natais, como diante da nocividade do álcool, de tóxicos, de doenças sexualmente transmissíveis e insalubridade em determinados locais de trabalho. Relata que em alguns países já se cogitam sanções, após o parto, por recusa culpável e causadora de sérios danos ao filho. O autor explica ainda que, com o conhecimento cada vez maior a respeito das malformações, a sociedade estuda diferentes tipos de pressão capazes de mudar o comportamento da mulher grávida. Porém os esforços públicos, para responsabilização da mulher, são controversos, já que as mulheres não podem responder sobre falhas no nascimento de filhos defeituosos.

Já Rodrigues⁶⁵ apresenta em seu estudo, a opinião de especialistas em medicina fetal, a respeito da culpabilidade da mulher, no caso de recusar-se a determinada intervenção. O médico participante da pesquisa, afirma que no caso de recusa da mulher em realizar os procedimentos, e resultando em óbito do feto, a mulher deveria ser responsabilizada, inclusive no que se refere a questões legais. A recusa da mulher em se submeter aos procedimentos diagnósticos não é problematizada como direito.

Não pode-se deixar de considerar ainda o direito que a mulher tem sobre seu corpo, defendido pela máxima feminista, nos anos de 1970: “Nosso corpo nos pertence”, que entendia que o corpo feminino não deveria sujeitar-se a controle social⁶⁶. Quando se defende sanções à mulher que não deseja realizar intervenções sobre seu corpo, embora para o bem do nascituro, desconstroem-se diversas questões relacionadas à luta feminista, pois não se considera a mulher como sujeito, mas apenas como veículo para outro ser. Em verdade, os avanços relacionados à medicalização do corpo feminino e aos processos de reprodução têm sido entendidos como uma nova forma de poder, que pode significar dominação, controle e ou disciplina⁶⁷.

Apesar das técnicas intervencionistas apresentarem diversos avanços e níveis seguros de execução, há sempre um risco em sua reali-

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas.** Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

⁶⁶ SCAVONE, Lucila. Nosso Corpo Nos Pertence? Discursos Feministas Do Corpo. **Gênero**, Niterói, v. 10, n. 2, p. 47-62. 2010.

⁶⁷ RODRIGUES, C. S. *Op. cit.*

zação. Então, deve a mulher submeter-se a estes procedimentos, em que há riscos, mesmo que mínimos? Nesse sentido Casper⁶⁸, entende que a medicina reprodutiva deveria centralizar-se na mulher, acessiva, escolhida livremente e segura. No entanto é um conjunto de práticas que curam e lesam as mulheres, produzem e destroem fetos. Trata-se de uma boa escolha de consumo para as mulheres, mas também é uma forma de controle social e produto da cultura. A prática da cirurgia fetal precisa passar por uma análise ética e democrática, incorporando as vozes das mulheres e suas experiências. A medicina reprodutiva deveria ser reconhecida como prática cultural e dessa forma engajar as mulheres e pesquisadoras feministas envolvidas.

Ao contrário, verifica-se que Rodrigues⁶⁹, em entrevista com médicos especialistas em medicina fetal, que grande parte deles, acredita que esta área de maneira geral não contribui para a autonomia da mulher, já que prevalece na medicina um viés sexista e autoritário. Além disso, outro aspecto que limita a ampliação dos direitos à saúde da mulher é a deficiência no serviço público, em relação a qualidade, o que prejudica aquelas mais pobres e sem condições de pagar pelo serviço da rede privada.

Outro fato que limita a autonomia da mulher para decidir-se submeter-se ou não, a rastreamento diagnóstico e terapêutico é a condição socioeconômica. De maneira geral, as mulheres mais pobres não estão bem informadas a respeito dos riscos de sua gestação, o que as torna mais dependentes da opinião médica. Enquanto as mulheres de classes mais privilegiadas, com escolaridade mais elevada, entendem melhor quais os riscos relacionados à sua gestação e tem maior autonomia para tomar decisões⁷⁰.

Existe ainda a influência do companheiro da gestante. Rodrigues⁷¹, afirma que a maioria dos médicos entrevistados em seu estudo, não percebe a influência deste, no entanto há relatos em que o parceiro estimula a realização de exames e procedimentos invasivos com o objetivo de provocar o aborto. Na maioria dos casos visualizados pelos médicos entrevistados, a postura do homem é mais intervencionista e ele tende a não preocupar-se com os riscos que a mulher está correndo. Em muitos casos a interferência masculina é mais velada, ou seja, não abertamente declarada, mas está presente.

⁶⁸ CASPER, Monica J. Feminist politics and fetal surgery. *Adventures of a research cowgirl on the reproductive frontier*. **Feminist Studies**, v. 23, p. 233-262, 1997.

⁶⁹ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

Apesar de se considere a autonomia que a mulher tem sobre seu corpo, não se pode ignorar o direito que o nascituro tem de manter-se saudável enquanto no útero materno, bem como após seu nascimento. Seria justo, em busca do respeito à autonomia da mãe, e existindo procedimentos eficazes e seguros, que se mantenha o nascituro em sofrimento fetal ou que se permita que em seu nascimento apresente defeitos que poderiam ter sido corrigidos durante a gestação?

Afirma Chazan⁷² que a partir da técnica do ultrassom, o feto é “transformado” em pessoa antes do nascimento, é socialmente construído como um novo “indivíduo”, visualizável e com comportamentos observáveis e individualizados. A afirmação desta autora pauta-se da construção social, pois se considerar o que afirma o Código Civil entende-se que o nascituro não é considerado pessoa. Porém a observação de Chazan é pertinente, já que é a partir desta “transformação”, que nascem os conflitos éticos entre a gestante e o nascituro.

Observou em seu estudo Rodrigues⁷³, que a maioria dos médicos que atuam na área da medicina fetal, considera o feto, como paciente e alegam que o interesse desta especialidade está centrado nele e não na mãe, como se o desenvolvimento fetal fosse autônomo no processo gestacional. Há ainda sujeitos de pesquisa desta autora, que alegam a existência de “direitos intrauterinos” e suas ligações com o direito à saúde na vida adulta.

Defende Almeida⁷⁴ que primordialmente o nascituro tem direito à vida, afirmando que a Constituição na defesa da vida não deixa explícito o momento em que ela se inicia, somente é expresso em lei ordinária. No entanto, a autora declara que mesmo que não houvesse legislação que defendesse este princípio o mesmo ainda seria válido, pois se constitui parte do direito natural. No âmbito internacional a proteção à vida do nascituro é defendida pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, pelo Pacto de S. José da Costa Rica, além de ter sido objeto das Recomendações 934/1982, 1.046/1986 e 1.100/1989 do Conselho da Europa. Também alega que o nascituro difere-se da mãe, tratando-se de pessoa biológica e jurídica e por esta razão teria direito à integridade física e a saúde. Nesse sentido a

⁷² CHAZAN, Lilian Krakowski. **Ultrassom, medicina e espetáculo**. Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Lilian.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁷³ RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal: A Visão Dos Especialistas**. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

⁷⁴ ALMEIDA, Silmara; J.A. Chinelatto. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, v. 7, p. 87-104, 2004.

mãe não poderia recusar o uso de determinados medicamentos e procedimentos, pois não caberia a ela dispor da saúde do nascituro.

Sendo considerado o nascituro um ser com vida, torna-se necessária a reflexão a respeito do conceito de dignidade humana de Immanuel Kant, que é uma referência filosófica neste tema na modernidade. Ele sustenta que todo ser racional existe como um fim em si mesmo, não para uso arbitrário de outros. O ser humano deve ser sempre considerado como um fim e não como meio⁷⁵.

Immanuel Kant⁷⁶ considera que: “*No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; [...] o que está acima de todo preço [...], o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade*”. Dessa forma, pode-se inferir que o nascituro é portador de dignidade, já que sua existência não tem preço ou possibilidade de troca.

A dignidade humana, além disso, também é reconhecida como atributo dos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, pois também possuem direito de receberem tratamento digno por sua existência. Em verdade, a dignidade humana não depende reconhecimento jurídico para existir, pois é um bem inato e ético, colocando-se acima das especificidades culturais e morais. Persiste mesmo naquelas sociedade que não a respeitam, já que a sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre⁷⁷. Portanto, o fato de o nascituro não ser considerado pessoa pela legislação brasileira, não se exclui seu direito à dignidade humana.

Explica Reckziegel⁷⁸, que quando não houver respeito à vida, à integridade física e moral do ser humano, quando não houver mínimas condições para que o indivíduo possa levar uma vida de modo digno, onde os poderes forem ilimitados, quando não houver reconhecimento dos direitos básicos e fundamentais dos indivíduos, a dignidade humana não está presente. O outro ser humano nunca deve ser colocado em desvantagem, não poderá ser tratado de modo que seja negada a importância da sua vida.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Dignidade (da Pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 249-267, 2015.

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, p.77, 1986.

⁷⁷ RECKZIEGEL, Janaína. **Dignidade Humana em Risco: Existe Limites para Experiências Científicas?** Prismas: Curitiba, 2016. p. 235.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 238.

Apesar de ser difícil apresentar uma resposta final para a questão ética entre a autonomia da gestante e o direito do nascituro, entende-se que o nascituro como um ser que possui vida, deve ter sua dignidade preservada. Isso não significa, no entanto que, a mulher não possa ter sua vontade e direitos preservados, mas significa a necessidade de um novo método de cuidado, que se atente ao nascituro e que atinja a mãe. Um método mais humanizado, que considere os dois sujeitos no processo das intervenções fetais.

6 CONCLUSÃO

No estudo apresentado realizou uma reflexão a respeito das novas tecnologias e os limites nas intervenções fetais. Percebeu-se que estas tem uma história recente se comparadas às demais intervenções em seres humanos por apresentarem importância significativa, pois evitam diversas malformações e mantém a possibilidade de sobrevivência em alguns casos. Apesar disso, estas intervenções geram conflitos éticos ainda não plenamente resolvidos.

Percebe-se neste sentido, que ainda há conflitos em relação ao início da vida, pois há aqueles que consideram que o início se dá a partir da fecundação, outros que acreditam que seja a partir da concepção e há ainda quem defenda o início da vida pelo nascimento. Porém entende-se, por meio deste estudo que a vida se inicia pela concepção e que o nascituro é portador de dignidade.

Nas novas tecnologias as intervenções realizadas com o nascituro devem ser pensadas e planejadas, pois é portador de dignidade humana e devem ser autorizadas pelos pais por meio do consentimento livre e esclarecido.

O problema inicia quando a autonomia da mãe se coloca diante do direito do nascituro. Nesse interim, percebe-se que a medicina fetal volta-se completamente ao feto, como paciente, e a mulher torna-se apenas veículo.

Sob análise da dignidade humana de Immanuel Kant, não se pode considerar o nascituro como mero objeto, pois sua existência tem valor, não está submetida à troca. Não é possível que se sobreponha à autonomia da mãe, em troca da morte do feto, porém é preciso que se repense uma nova forma de uso das novas tecnologias médicas. Uma forma em que haja respeito à mulher, ao seu corpo, suas vontades. Que considere seu lugar, a humanização e as dificuldades que estas enfrentam na assistência à saúde. É preciso uma construção nova, que envolva o nascituro e a mãe (dois protagonistas).

Percebe-se que os limites das novas tecnologias nos procedimentos fetais encontram-se nos debates éticos e morais que circundam o tema, além do fato de tratarem-se de procedimentos experimentais, que apresentam riscos à mãe e ao nascituro, existe outra questão importante, que relaciona-se ao acesso à estes procedimentos que precisam ser ampliados, já que no Brasil, a maior parte da população não acessa estas intervenções. O debate é amplo e necessita de estudos nas mais diversas áreas, pois provoca reflexões filosóficas importantes e traz em si a questão da dignidade humana, importante não somente para a área do Direito, como da medicina e bioética.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara; J.A. Chinelatto. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, v. 7, p. 87-104, 2004.

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim. A Personalidade Civil Dos Nascituros E Os Seus Reflexos Jurídico-processuais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 23, p. 15-32, jul. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Brasília, 05 out 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiacao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Lei 11.105, de 24.03.2005. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, p. 1, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Lei 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 28 mar. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.434.502 – BA (2013/0418476-2). Recorrente: Real Sociedade Espanhola de Beneficencia. Recorrido: Jonas Pereira de Oliveira e Outro. Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 24 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45526332&num_registro=201304184762&data=20150327&tipo=0>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Projeto de Lei 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cdteor=443584>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Superior Tribunal De Justiça**. Agravo Em Recurso Especial 510.173 – RJ (2014/0101662-0). Agravante: Casa de Saúde e Maternidade São Lucas Ltda Cooperativa de Trabalho Médico. Agravados: Mônica Gomes da Fonseca de Almeida; Paulo César de Almeida. Relator: Raul Araújo. Brasília, 01.08.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=37295665&num_registro=201401016620&data=20140820>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial 573.298 – SP (2014/0192301-3). Agravante: Sociedade Campineira de Educação e Instrução. Agravado: A.S.B (Menor) Representado por M.Z. de S.B. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21.04.2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=erro+m%E9dico+e+fetal+processo=573298.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp 594962/ RJ Recurso Especial 2003/0171996-3. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(‘RESP’.clas.+e+@num=‘594962’\)+o u+\(‘RESP’+adj+‘594962’.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((‘RESP’.clas.+e+@num=‘594962’)+o u+(‘RESP’+adj+‘594962’.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CASPER, Monica J. Feminist politics and fetal surgery. *Adventures of a research cowgirl on the reproductive frontier*. **Feminist Studies**, v. 23, p. 233-262, 1997.

CHAZAN, Lilian Krakowski. **Ultrassom, medicina e espetáculo**. Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Lilian.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 2.121/2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica. San José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M.L.; BARRETO, Vicente Paulo. (Orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27-48.

FRANÇA, Genival Veloso. A devida compreensão dos direitos e deveres em ginecologia e obstetrícia. **Derecho y Cambio Social**, Peru, p.1-26, 2005.

GOMES, Júlio César Meirelles. Aspectos éticos do diagnóstico pré-natal. **Bioética**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 117-128, 2004.

GRECHI, Daniela. **O uso de células-tronco embrionárias**: Incertezas e novas promessas para a medicina do futuro. Caxias do Sul: Educus, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

LOWI, Ilana. Detectando Más-Formações, Detectando Riscos: Dilemas Do Diagnóstico Pré-Natal. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 17, n. 35, p. 103-125, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. t. I, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.209.

MIYADAHIRA, Seizo; FRANCISCO, Rossana Pulcineli Vieira; ZUGAIB, Marcelo. Aspectos Éticos da Terapêutica Fetal. *In*: MELO, Nilson Roberto; FONSECA, Eduardo Borges. **Coleção Febrasgo**: Medicina Fetal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POTECHI, Bruna. O Estatuto do Nascituro: quando os documentos legislativos constroem pessoas. **Cadernos de Campo (São Paulo, 1991)**, v. 22, n. 22, p. 315-325, 2014.

RECKZIEGEL, Janaína. **Dignidade Humana em Risco**: Existe Limites para Experiências Científicas? Prisms: Curitiba, 2016.

RECKZIEGEL, Janaína; MAISSONET, Luiz Henrique. Benefícios Da Clonagem Terapêutica E As Células-Tronco Embrionárias Frente Ao Princípio Da Dignidade Humana No Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In*: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO COMPEDI, **Anais Eletrônicos**, Aracaju, UFS, p. 248-272, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/R2mopbRfSTWKJ041.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

RODRIGUES, C. S. **Sentidos, Limites E Potencialidades Da Medicina Fetal**: A Visão Dos Especialistas. Dissertação – Mestrado em Saúde da Criança e da Mulher, Instituto Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 1003834-7820138260053 – SP. Apelantes: Mário Sérgio da Silva e Aline Silva de Carvalho. Apeladas: Fazenda Do Estado De São Paulo e Hospital das Clínicas, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – Instituto da Criança. Rel^a. Heloísa Martins Mimesi. São Paulo, 29.08.2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9764932&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_369efc3b25e14be495194b9f4f846819&vlCaptcha=rRuh&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Dignidade (da Pessoa) Humana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 249-267, 2015.

SCAVONE, Lucila. Nosso Corpo Nos Pertence? Discursos Feministas Do Corpo. **Gênero**, Niterói, v. 10, n. 2, p. 47-62. 2010.

TUNA, Tiago Alexandre Ferreira. **Cirurgia Fetal**: Atualidade e Perspectivas Futuras. Dissertação -Mestrado Integrado em Medicina: Área Cirurgia Pediátrica. Faculdade de Medicina, Universidade do Porto, Porto, 2012.

II

CRIME, TRABALHO E MEDIAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

CRIMES COMETIDOS POR CRIANÇAS E CONTRA CRIANÇAS ATRAVÉS DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO

Amalia Patricia Cobos Campos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Marco Legal do problema; 3. As dimensões do problema; 4. Conclusões; 5. Referências.

Resumo: A humanidade efetuou muitos avanços, mas, esses avanços trouxeram problemas cuja resolução ainda é complexa para a lei e para a própria sociedade; Entre eles estão as situações que tornam as crianças vulneráveis já que eles acessam o uso da tecnologia e estão envolvidos em redes criminosas que não apenas os enganam para violar seus direitos, mas até envolvê-los no cometimento de atividades ilegais. A presente pesquisa busca encontrar os mecanismos adequados de proteção que permitam proteger efetivamente as crianças em sua esfera legal. A pesquisa é feita através da hermenêutica e da epistemologia jurídica como métodos de pesquisa e na revisão da literatura como a principal técnica, o que nos permitiu concluir que a atual proteção das crianças é insuficiente.

1 INTRODUÇÃO

Sem dúvida, os avanços da humanidade nas tecnologias da informação afetam a modificação do nosso modo de vida e o impacto na sociedade. Entre os grupos que parecem ser os mais afetados estão os de menores, aqueles que incorporaram tais tecnologias para que seu cotidiano não seja concebido sem eles.

À luz disso, devemos nos perguntar quais são os aspectos em que essa tecnologia prejudica o direito ao desenvolvimento que toda criança tem.

¹ Doutora em Direito, professora investigadora de lá Faculdade de Direito de lá Universidade Autónoma de Chihuahua em México, membro dele Sistema Nacional de Pesquisas, e-mail: pcobos@uach.mx

É claro que, além de trazer benefícios, essas tecnologias são acompanhadas por situações indesejáveis, especialmente quando falamos daqueles que estão apenas desenvolvendo sua personalidade e habilidades, sendo fácil manipulá-las.

Desta forma, sem dificilmente vislumbrar qualquer problema, as crianças estão envolvidas em redes de pornografia infantil ou prostituição, desaparecimento forçado de pessoas, roubos, etc.

A presente pesquisa evidencia tais problemas que põem em risco as crianças, que podem ser envolvidas em redes de pornografia infantil, violência sexual ou prostituição, Janicleide Lopes e Tânia Stoltz² consideram que com relação ao Brasil este problema tem sua origem na estrutura socioeconômica e política, “*São questões como empregabilidade, concentração de renda, deficiências na escolarização e falta de redes de apoio à família, às crianças e jovens, sobretudo aos grupos especialmente vulneráveis. No reverso dessa situação sabe-se hoje de sua complexidade e das políticas necessárias ao seu enfrentamento*”³.

Em princípio, devemos desenvolver um ambiente conceitual dos tópicos que são objeto de nossa pesquisa, como violência sexual, infância e tecnologias da informação, particularmente redes sociais.

A violência sexual com contato físico nos disse Hazeu e Fonseca⁴ ocorre quando se abusa da inocência de crianças e adolescentes por meio de carícias ou toques inapropriados nas partes íntimas em busca de prazer, este conceito de a doutrina é similar a conceito legal que examinaremos em um apartado subsequente.

Enquanto a infância para UNICEF⁵ significa que:

É a época em que as crianças precisam estar na escola e em locais de recreação, crescerem fortes e confiantes e receberem o amor e o incentivo de suas famílias e de uma grande comunidade de adultos. É um tempo valioso em que as crianças devem viver sem medo, protegi-

² LOPES, Janicleide e STOLTZ, Tânia. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes Brasil-Foz de Iguaçu**. Organização Internacional Do Trabalho. Disponível em: <www.ilo.org/ipccinfo/product/download.do?type=document>. Acesso em: 15 abr. 2019.

³ *Idem*.

⁴ HAZEU, Marcel Theodoor; FONSECA, Simone. Exploração e violência sexual contra crianças e adolescentes no Pará. **Ser Social (UnB)**, Brasília, v. 2, p. 85-94, 1998, citado por FERNANDEZ, Cristiane Bonfim, TAVARES, Luana Ferreira e PINHEIRO, Maria Joseilda da Silva. Enfrentamento da violência sexual de crianças e adolescentes pelo legislativo no Amazonas. **Argumentum**, (Vitória), v. 8, n. 2, p. 84-103, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18315/argumentum.v8i2.11666>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵ Disponível em: <<https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

das da violência, protegidas do abuso e da exploração. Como tal, a infância significa muito mais do que o tempo entre o nascimento e a idade adulta. Refere-se ao estado e condição da vida de uma criança, à qualidade daqueles anos.

O debate sobre como definir a infância tem sido extenso e ainda está na mesa das discussões acadêmicas, no entanto, não entraremos em sua análise porque ele é alheio às pretensões deste trabalho. Bastes-nos em consequência de assumir o conteúdo que o UNICEF emite e que é suficiente para tais fins e compreende a obrigação de proteger as crianças contra qualquer tipo de violência, abuso e da exploração.

No que diz respeito às tecnologias da informação, podemos dizer que elas são concebidas como “*uma ferramenta de redução de custos e agilizadora no processamento de informação e, cada vez mais, tem sido aplicada em todos os ramos da atividade humana, devido ao crescimento exponencial de seus recursos e habilidades*”⁶.

O conceito de redes sociais é um conceito que evoluiu e parafraseando a Lévi Strauss⁷ podemos dizer que é uma imagem de um ponto atravessado por linhas, pois a encruzilhada representada e corporificada pelo/no indivíduo indica que ele passa a ser o entroncamento de vias (possibilidades) por onde circulam coisas (escolhas).

Em relação à participação das crianças nas redes sociais, é uma situação factual comum e as crianças são incluídas nas redes sociais diariamente e muitas vezes sem qualquer controle de seus pais.

Esta situação implica o contato das referidas crianças com pessoas desconhecidas que facilmente conseguem manipulá-las e torná-las vítimas de crimes ou envolvê-las na sua comissão.

Analisaremos abaixo os principais instrumentos legais de proteção às crianças nas redes sociais, bem como os principais crimes nos quais estão envolvidos, seja como vítimas ou como coautores, sendo no último caso igualmente vítimas.

⁶ SANTOS CALDAS ALMEIDA, Jocely e LIMA CHAVES FIGUEIREDO DE OLIVEIRA, Maria De Fátima. Tecnologia da informação (ti) e o desempenho competitivo das organizações. VIII Convibra Administração, Congresso Virtual Brasileiro de Administração. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_3123.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁷ Citado por VERMELHOI, Sônia Cristina, MACHADO VELHOII, Ana Paula e BERTONCELLOII, Valdecir. Sobre o conceito de redes sociais e sus pesquisadores. **Educação e Pesquisa**, v. 41, n. 4 São Paulo out./dez. 2015, Epub 10.04.2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022015000400863&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 20 abr. 2019.

2 MARCO LEGAL DO PROBLEMA

Vamos mencionar em primeiro lugar a Convenção Universal dos Direitos das Crianças, aprovada pelas Nações Unidas em 1989, este instrumento internacional em seu princípio nono determina:

Princípio 9º. A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral⁸.

É claro que a convenção visa proteger os menores, protegendo-os do tráfico, que infelizmente são tantas vezes as vítimas; e esse é o compromisso assumido pelos estados que o subscrevem, que até hoje parecem incapazes de responder a essa salvaguarda de crianças contra o tráfico e a exploração sexual contra aqueles que são impotentes, é evidente que compromissos internacionais, boa vontade e legislação não são suficientes para acabar com o problema.

Dada a abordagem de quão nocivas ou benéficas são as tecnologias de informação para crianças, devemos partir de uma realidade em que não podemos abstraí-las, porque elas são parte essencial de suas vidas; conseqüentemente, o que precisamos é estabelecer os controles e regulamentos apropriados que protejam essas crianças que não são capazes de autoproteção, um resultado indesculpável que os pais têm uma grande responsabilidade nelas.

O que por sua vez nos leva a indagar sobre os limites dessa responsabilidade e a extensão de sua possibilidade de interferência em assuntos que fazem parte da privacidade, determinação não simples em um direito tão complexo em seu escopo quanto o direito à privacidade.

Outro importante instrumento internacional é o Protocolo para prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, que estabelece considerações importantes para o presente estudo, primeiramente no terceiro artigo sobre defini-

⁸ Convenção Universal dos Direitos das Crianças. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959.

ções, no parágrafo d) determina que “criança⁹ significa qualquer pessoa com menos de 18 anos”.

Em consequência podemos utilizar o termo crianças, de forma generalizada para falar sobre pessoas com menos de dezoito anos.

Igualmente o instrumento antes citado no mesmo artigo terceiro parágrafo a) determina o que se entende por tráfico de pessoas sob os seguintes termos;

"Tráfico de pessoas" deve ser entendido como o recrutamento, transporte, transferência, recepção ou recepção de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso do força ou outras formas de coação, rapto, fraude, abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade ou a concessão ou recebimento de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. Esta exploração incluirá, no mínimo, a exploração de a prostituição de outros ou outras formas de exploração sexual, empregos ou serviços trabalho escravo, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou extração de órgãos¹⁰.

Castillo Murillejo¹¹ nos disse que, da perspectiva da teoria das redes, encontramos uma série de elementos que compõem a rede de tráfico humano, esses elementos são essencialmente:

- Atores sociais (entendidos como os assuntos interdependentes que estão ligados através das redes): os proxenetas, os clientes exploradores, os proprietários dos jornais, traficantes e aqueles que “prestam serviços”.
- Laços relacionais (definidos como os links que são estabelecidos entre os atores e que atuam como um veículo através do qual os conteúdos são distribuídos): intermediários (os cafetões, os donos dos jornais, os traficantes) e os prestadores de serviços chamados “sexo servidores” em conjunto com os serviços (os clientes exploradores e os “sexservers”¹²).

⁹ Citações no original.

¹⁰ Protocolo para prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹¹ CASTILLO Murillejo, Norma Constanza. Uso de avisos para la explotación y la trata de jóvenes en América Latina. **Anagramas**, v. 13, n. 26, p. 57-80, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/angr/v13n26/v13n26a04.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹² Anglicismo usado no original.

- O conteúdo (ou “materialidade sociológica da relação”, do que é feita a ligação entre atores sociais e que flui através de relacionamentos e troca): informação e sexo, respectivamente.

Embora essas características se concentrem de maneira generalizada no tráfico de pessoas, elas nos permitem demonstrar a vulnerabilidade dos menores em relação a esse crime e a facilidade com que são contatados por meio das redes sociais.

O mesmo autor nos disse que a partir do primeiro Congresso mundial contra crianças e adolescentes em 1996, celebrado na cidade de Estocolmo, foram estabelecidas as modalidades de exploração sexual de crianças e adolescentes, considerando quatro modalidades pornografia, prostituição infantil, turismo sexual e o tráfico¹³.

A legislação brasileira prevê a esse respeito, o que é exigido pelo Estatuto da Criança ou adolescente, esta lei prevê a proteção integral de crianças e adolescentes e determina em seu art. 2º quem “*considera criança a pessoa até doze anos de idade*” e em seu quinto artigo disse:

*Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*¹⁴.

Estabelece também medidas especiais de proteção para crianças e adolescentes envolvidos na prática de crimes, bem como faculdades especiais para a polícia, em seu art. 190-A a intervir quando pode haver algum crime contra sua dignidade sexual.

Um aspecto importante desta é o título VII do mesmo que dispõe sobre crimes praticados contra a criança e ao adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal, entre eles, devemos enfatizar no art. 240 e crime pornografia, cuja conduta ilícita consiste em “*Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente*”, também sancionando condutas relacionadas aos comissivos deste crime, tais como ameaças e incitamento a menores.

¹³ CASTILLO Murillejo, Norma Constanza, *Op. Cit.*

¹⁴ Lei 8.069, de 13.07.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 20 de abril de 2019.

De acordo com Segundo Libório e Souza¹⁵, eles se perguntam por que a pornografia infantil na internet está crescendo tão rapidamente e eles adicionam que “há um mercado próprio de pornografia infantil que usa e expõe preferentemente crianças do terceiro mundo”¹⁶.

Eles consideram que “o advento da internet foi decisivo para, em primeiro lugar dar visibilidade ao problema da pornografia infantil e, em segundo lugar, mudar seu “público”, ou seja quem vê, ou troca esse tipo de material”¹⁷ e agregam que a internet, sendo um meio massivo de comunicação, aumentou a pornografia infantil e expandiu o número de pessoas com acesso a ela, o que evidentemente prejudicou e tornou as crianças mais vulneráveis¹⁸.

Fernandez, Tavares e Pinheiro¹⁹ discutem quem a prostituição não é considerada crime, mas sim atividades relacionadas à prostituição tais como a prostituição infantil, e eles dizem que tem sofrido uma forte crítica, “pois a criança não se prostitui, é prostituída, explorada sexualmente. Ou seja, a criança não opta por se prostituir, é induzida por um adulto, por sua situação de fragilidade e imaturidade emocional. Trata-se de um tipo específico de exploração sexual comercial em que a troca de favores sexuais concebe a pessoa prostituída como objeto de consumo, cujo foco é a lei da oferta e da demanda”.

Também é para destacar a importância do chamado turismo sexual igualmente relacionado à exploração de crianças e adolescentes, seja por turistas estrangeiros ou pessoas do mesmo país de residência, esta situação geralmente envolve agências de viagens de legalidade duvidosa e moralidade bem como donos de empresas que vendem alimentos e bares, entre outros, e que apoiam redes criminosas.

Noutras palavras, eles adicionam citando a Libório e Souza, há uma rede de exploração sexual sustentando este tipo de crime. “O principal serviço sexual comercializado no turismo sexual é a prostituição [...] é a modalidade de exploração sexual que responde mais, e imediatamente, às demandas de inclusão social via consumo da juventude pobre e excluída”²⁰.

¹⁵ LIBORIO, Renata Maria Coimbra e SOUZA, Sonia M. Gomes, **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais. São Paulo: Casa do psicólogo. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2ª edição 2007.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 171-172

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ FERNANDEZ, Cristiane Bonfim, TAVARES, Luana Ferreira e PINHEIRO, Maria Joseilda da Silva, *op. cit.*

²⁰ LIBORIO, Renata Maria Coimbra e SOUZA, Sonia M. Gomes, *op. cit.*, p. 79 e citado por FERNANDEZ, Cristiane Bonfim, TAVARES, Luana Ferreira e PINHEIRO, Maria Joseilda da Silva, *op. cit.*, p. 88.

Temos aludido, a título de exemplo, à legislação brasileira sobre o assunto, mas é pertinente esclarecer que se trata de um problema global e que a América Latina sofre particularmente por causa de seu aumento. Países como Argentina, a Colômbia, o México e a Bolívia, entre muitos outros, têm favorecido a pesquisa acadêmica para encontrar soluções para esse problema premente que tem sido inquestionavelmente aumentado em grande parte pela Internet, em todos eles há legislação que sanciona, em termos semelhantes aos do Brasil, os comportamentos de exploração de menores.

O resto dos países são europeus, asiáticos ou africanos, não são alheios ao grave problema do nosso estudo.

3 AS DIMENSÕES DO PROBLEMA

Para compreender as dimensões da vulnerabilidade de crianças e adolescentes na internet, analisaremos alguns dados emitidos por estados diferentes que nos ajudarão a visualizá-lo.

Espanha por exemplo, os dados fornecidos pelo Instituto Nacional de Estatística determinam que o acesso dos menores à Internet é feito em 2017, com os seguintes números, a percentagem de menores usuários de TIC diferenciados por sexo e idade nos permite estabelecer que, na faixa etária de 10 anos, descobrimos que tanto meninas quanto meninos acessaram 88,8%, dos quais 25% possuem seu próprio celular. Essa porcentagem sobe para 98,9 quando se refere a meninos e meninas de quatorze anos²¹.

No México, da mesma forma, a Pesquisa Nacional sobre a Disponibilidade e Uso de TIC em Domicílios²² determina que existem 71,3 milhões de usuários de Internet no México, representando 63,9% da população. Usuários com idades entre 6 a 17 anos, eles têm um alto acesso, já que as mulheres representam 72,0% e os homens 71,7% no uso de tecnologias.

Livingstone²³ nos diz que, no Reino Unido, 70% dos menores acessam a Internet de casa e, destes, 52% alocam pelo menos cinco horas

²¹ Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. a. 2017, Instituto Nacional de Estadística, Espanha, 2017, disponível em: <https://www.ine.es/prensa/tich_2017.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

²² Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares 2017 (ENDUTIH), Instituto Nacional de Estadística y Geografía, disponível em: <http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/ortr-emecon/endutih2018_02.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²³ LIVINGSTONE, S, Bober, M. “UK children go online”. Economic & Social Research Council. London 2004. <<http://www.childrengo-online.net>>, citado por GAR-

por semana “para navegar”²⁴. No entanto, 80% dos pais não sabe o que fazer para que seus filhos o usem com segurança. “*O mais grave é que a maioria desconhece os riscos ou perigos que possam existir*”. Neste estudo, mais da metade das crianças e jovens teve contato com pornografia online pelo menos uma vez por semana”.

Advertimos que o acesso de menores é muito alto e encontraremos números semelhantes em qualquer país, portanto, a UNICEF, no informe “Estado das Crianças do Mundo”²⁵ afirma que “*Jovens (dos 15 aos 24 anos) são a faixa etária mais conectada. Em todos, 71% estão online, comparado a 48% da população total. Crianças e adolescentes sob 18 anos representam aproximadamente um em cada três usuários da Internet o mundo*”²⁶.

O Informe adiciona que “*As TICs estão intensificando a riscos tradicionais da infância, como o **bullying**, e o incentivo a novas formas de abuso e exploração de crianças, como material com conteúdo de abuso sexual cuidados infantis adaptados aos usuários e a transmissão ao vivo de atos de abuso criança sexual*”²⁷.

Da mesma forma, o relatório em questão enfatiza a necessidade de proteção especial exigida pelas crianças em estado de vulnerabilidade, seja por razões sociais, físicas ou outras que os torna mais facilmente acessíveis para serem vítimas ou correceptores de crimes, embora neste último aspecto o relatório não enfatize, mas não em que estas crianças são menos propensas a entender os perigos do acesso à internet, eles colocam sua privacidade em risco e, conseqüentemente, há uma maior propensão a sofrer danos.

As próprias crianças afirmam que gostam muito da internet, mas que não gostam de conteúdos violentos (entre 20 e 27% de acordo com o gênero, já que as meninas são mais irritadas e o conteúdo sexual é de 33% em ambos os casos)²⁸.

CÍA Piña, Corina Araceli, “Riesgos del uso de internet por niños y adolescentes. Estrategias de seguridad”, *Acta Pediátrica de México*, v. 29, n. 5, septiembre-octubre, p. 272-278, 2008. Disponível em espanhol em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4236/423640313006.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

²⁴ Citações no original.

²⁵ EL ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2017, Niños en un mundo digital, UNICEF, New York, 2017, disponível em espanhol em <<https://www.unicef.org/p-araguay/spanish/UN0150440.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

²⁶ *Ibid*, p. 3.

²⁷ *Ibid*, p.4.

²⁸ *Ibid*, p. 11.

A partir desses percentuais podemos deduzir que as crianças estão cientes do que é bom e ruim, mas não podemos deixar que elas se protejam, é uma responsabilidade do Estado, da sociedade e da família, juntos. As estatísticas nos mostram essa realidade ao evidenciar a renda constante de menores para páginas de conteúdo sexual.

Não podemos dizer que todo o acesso à Internet é negativo. Isto, como é lógico, tem aspectos positivos em relação a crianças e adolescentes, mas infelizmente também aspectos negativos que colocam em risco a integridade, liberdade e desenvolvimento destes, a questão essencial é encontrar o ponto de equilíbrio e a proteção adequada que, sem reduzir a intimidade de crianças e adolescentes, salve seu desenvolvimento físico e mental ideal.

Os principais fatores de risco para crianças e adolescentes são encontrados em três pontos essenciais: a facilidade de acesso à internet, o baixo nível de vigilância dos pais e o anonimato ou invisibilidade virtual²⁹, o segundo aspecto, embora seja verdade que existem maneiras de controlar os sites que as crianças e os pais acessam, muitos pais reconhecem conhecê-los, mas não os aplicam e outros os desconsideram³⁰.

Os crimes cometidos através da Internet são conhecidos como crime cibernético. De acordo com um estudo sobre fotografias e vídeos gravados no Banco de Dados Internacionais sobre Exploração Sexual de Crianças (ICSE) da INTERPOL revelou que quanto mais jovem é a vítima de abuso, mais sérios são esses crimes. Da mesma forma, um relatório publicado pela INTERPOL e pela ECPAT³¹ Internacional também destaca a necessidade urgente de entender melhor a exploração online e alocar mais recursos para a identificação das vítimas. Para o estudo realizado, foram utilizados dados provenientes de todo o mundo, de mais de um milhão de arquivos multimídia que continha imagens de exploração e abuso sexual de menores³², esses números são muito alarmantes e deixam claras as dimensões do problema.

A base de proteção neste caso baseia-se na Diretiva 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10.2012, esta-

²⁹ GARCÍA Piña, Corina Araceli, óp. Cit. p. 273.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Acrônimo de *Global Network Ending Child Sexual Exploitation*.

³² INTERPOL, “Según un estudio, los muchachos y los niños de muy corta edad corren mayor riesgo de sufrir graves abusos sexuales en línea”, 6 de marzo de 2018, Disponível em: <<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2018/Segun-un-estudio-los-muchachos-y-los-ninos-de-muy-corta-edad-corren-mayor-riesgo-de-sufrir-graves-abusos-sexuales-en-linea>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

belecendo as normas mínimas em matéria de direitos, apoio e proteção para vítimas de crime, ainda mais em caso de dos menores, os melhores interesses do menor, servem de guia para qualquer ação e decisão tomada em relação a um menor vítima de um crime durante o processo criminal, caso em que a vítima tem um maior grau de vulnerabilidade e, portanto, deve ser amplamente protegida.

Vamos agora examinar quais são os crimes mais importantes cometidos no detrimento das crianças e na Internet de uma forma mais generalizada, uma vez que cada país vem incorporando vários tipos criminais relacionados ao crime cibernético, mas não há nenhuma injustiça internacional nesse sentido, mas muitos desses crimes estão incluídos na Convenção sobre Cyber-Disciplina, realizada em Budapeste, em 2001.

Assim encontramos o cyberbullying como um ponto de partida entre eles, é sobre o assédio escolar transferido para redes sociais, que podemos defini-lo seguindo a Olweus³³ como “*ato agressivo e intencional realizado tão repetido e constante ao longo do tempo, através do uso de formas de contato comunicações electrónicas de um grupo ou de um indivíduo contra uma vítima que não pode defender facilmente*”.

De acordo com o Primeiro Estudo Global realizado pela ONG *Internacional Bullying Without Borders* em colaboração com a OCDE para a América, Europa, África, Oceania e Ásia; realizado entre junho de 2017 e junho de 2018³⁴, casos de Bullying em todo o mundo aumentaram explosivamente, assim essas estatísticas colocam o México em primeiro lugar no mundo em casos de *bullying* ou *cyberbullying*. Seguido pelos Estados Unidos da América, China, Espanha, Japão, Guatemala, República Dominicana, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Bélgica, Itália, Suécia, França, Dinamarca e Noruega.

Nós também achamos que a Organização Mundial de Saúde considera que a Espanha é um dos países com mais *cyberacoso* no mundo. A Fundação ANAR e a Fundação Mutua Madrileña publicaram recentemente um relatório que mostra os seguintes dados: um em cada quatro casos de *bullying* é *cyberbullying* (esta proporção aumenta com a idade: a partir dos 13 anos é um em três casos), meninas sofrem muito mais este tipo de abuso do que meninos (70-30%), a idade média em que ge-

³³ OLWEUS, citado por Smith KP. “Ciberacoso: naturaleza y extensión de un nuevo tipo de acoso dentro y fuera de la escuela”. Artigo apresentado no Congresso de Educação realizado em Palma de Mallorca, 2006.

³⁴ Bullying. MÉXICO. Estadísticas 2017-2018. Informe Dr. Javier Miglino y Equipo Internacional B.S.F., Bullying sem fronteiras, disponível em espanhol em <<https://bullyingsinfronteras.blogspot.com/2017/03/bullying-mexico-estadisticas-2017.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

almente começam a praticar é aos 13 anos, a plataforma mais utilizada pelos stalkers é o WhatsApp (81%), O assédio através de redes sociais é sofrido por terceiros (36%), o assédio é diário para 71,8% das vítimas e geralmente dura muito tempo (38% têm sofrido por mais de um ano e 40% entre um mês e um ano)³⁵.

A esses dados preocupantes, devemos acrescentar que a maioria das crianças ou adolescentes vítimas de *cyberacoso* não reporta isso até muito tempo depois, quando o fazem.

El sexting é um anglicismo extraído de duas palavras sexo e mensagens de texto que pode ser definido como a produção e envio de mensagens de conteúdo sugestivo, com o propósito de despertar na atração receptor ou desejo sexual coloca as pessoas em alto risco porque a mensagem pode ser reenviada para outras pessoas sem o seu consentimento, prejudicando seus direitos à privacidade e à imagem, para ser localizado como *sexting* deve ser de natureza privada. Merino Pérez³⁶ resume como a prática de envio de mensagens de conteúdo sexual a terceiros por menores.

Miró³⁷ afirma que, o *sexting* da perseguição é realizado por meio de uma combinação de formas de perseguição através dos meios facilitados por tecnologia como chat, fóruns, redes sociais etc. Eles são substituídos por ligações telefônicas quando o assunto está em casa, ou as visões ao trabalho e ao lar, bem como o acompanhamento desejado, para outros comportamentos, como o envio de dezenas de e-mails ou mensagens através de redes sociais, a configuração disposição pública de fotos, mensagens ou e-mails da vítima em páginas web.

A *grooming* ou *child grooming* por outro lado é entendido como “um processo gradual pelo qual uma pessoa estabelece uma relação de confiança com os menores, um relacionamento que é mascarado como amizade, na qual presentes e demonstrações de atenção e afeto abundam e que, gradualmente, deriva em conteúdo sexual de uma forma que é natural e não intimidante para o menor”³⁸, este crime se estende ao longo

³⁵ GUITART. Joelle, “Ciberacoso o cyberbullying escolar: cifras y recursos de ayuda”, 21.06.2018, disponível em: <<http://lateralidad.com/ciberacoso-o-cyberbullying-escolar-cifras-y-recursos-de-ayuda/>> Acesso em: 13 abr. 2019.

³⁶ MERINO Pérez, Víctor, “Ciberdelitos y víctima menor de edad”, Pensamiento Penal, Núm. 2, 2017, disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44901.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

³⁷ MIRÓ Llinares, Fernando. **El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio**. Madrid. Marcial Pons, 2012. p. 88.

³⁸ RAMOSVÁZQUEZ, José Ramón. El llamado delito de child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal. Disponível em: <www.mjusticia.es/cs/Satellite/@1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Di>. Acesso em: 15 abr. 2019.

do tempo, porque é realizado em várias etapas, já que o agressor adulto, em princípio, cria laços de amizade com a criança ou adolescente, para então obter de tais crianças ou adolescentes informações pessoais e de contato, mais tarde ele usa táticas como sedução, provocação, envio imagens de conteúdo pornográfico, ele finalmente consegue que o menor, despir-se ou realizar atos de natureza sexual contra a webcam ou enviar fotografias do mesmo tipo. Atingido o objetivo acima é quando o agressor adulto inicia *cyberbullying*, chantageando a vítima para obter mais material pornográfico ou ter uma reunião físico com a criança ou adolescente para abusar sexualmente dele/dela³⁹, é em consequência de uma serie de ações realizadas deliberadamente a fim de estabelecer um relacionamento e controle emocional sobre um menino ou menina, ganhando sua confiança, a fim de preparar o terreno para o abuso sexual subsequente para eles.

A doutrina e legislação também aludem ao *cyberstalking*, a doutrina considera que essa forma de assédio é diferente do que é conhecido como *stalking*, já que o assédio virtual tem suas próprias conotações, pois cunhou o termo *cyberstalking* para se referir a ele, diferenciando-o do primeiro mencionado, em consequência falaremos de *cyberstalking* quando a tecnologia da informação é usada para assédio, especialmente a *internet*.

Merino Pérez⁴⁰ nos diz que o bem legal protegido é a liberdade de agir, entendida como a capacidade de decidir livremente. Comportamentos de perseguição afetam o processo de formação a vontade da vítima como o sentimento de medo e agitação ou angústia produzida pela perseguição repetida pelo perseguidor, leva a mudar seus hábitos, seus horários, seus locais de passagem, seus números de telefone, contas de e-mail e até mesmo local de residência e trabalho.

Pérez Vaquero⁴¹ nos conta sobre outro cyberdelito que foi chamado *happy slapping*, Slap, em inglês, é um verbo que significa bater, bater ou dar um tapa; de modo que esta frase, literalmente, poderia ser traduzida como uma bofetada feliz; mas, se buscarmos uma adaptação para o espanhol, mais livre, a ideia que subjaz a essa expressão corresponde à ação de dar uma *campion* (golpe que ocorre no pescoço com a

³⁹ DOLZ LAGO Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, Núm. 7575, Seção de Doutrina, 23 Fevereiro, 2011, Ano XXXII. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411846>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁴⁰ MERINO Pérez, Víctor, *Op. cit.*, p. 22-23.

⁴¹ PÉREZ Vaquero, Carlos, “¿Que delito es el *happy slapping*?”, 2011, disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4219693.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

palma da mão) porque era essa a sua origem: uma piada ingênua, usual no formato de televisão chamado Slap Happy TV, que acabou degenerando – como María José Bartrina⁴² apontou – em “*uma radicalização do uso de novas tecnologias com fins violentos, criminosos e lúdicos*”⁴³.

Uma ofensa de graves repercussões entre os cibercrimes é a da pornografia infantil na Internet, criminalizado por todos os países, representa um flagelo para a sociedade contemporânea que, apesar de sua perseguição, não parece ser capaz de alcançar seu fim. A doutrina também chamou a *pedopornografia* na Internet que, como os crimes analisados acima, tem características especiais em seus meios comissivos⁴⁴.

Um ponto interessante que Lemineur⁴⁵ apresenta é no sentido de que esses crimes não devem ser considerados cibercrimes, uma vez que as TIC constituem apenas os meios comissivos.

Essa incorporação errônea de crimes sexuais contra crianças e adolescentes cometidos por meio da internet cria problemas no contexto da criminalização desses crimes, pois, em vez de serem colocados no contexto dos tipos criminosos correspondentes, eles são contextualizados como cyber delitos que diminui seu nível de sanção e reduz o grau de periculosidade que não compensa seu combate.

Esses problemas nos levam à existência desses crimes e regulamentados por sua comissão tradicional, o Estado moderno deve buscar sua atualização, dadas as características do dinamismo do direito em si e agir de acordo, assim coincidimos com Ruiz⁴⁶ em que

a existência de legislação nacional e internacional que regula a criminalização violência sexual infantil, permite estabelecer a necessidade de adaptá-los normas já existentes baseadas num princípio fundamental do direito, o princípio evolucionário levando em consideração que os mecanismos de captura de vítimas e As pesquisas evoluíram paralelamente às tecnologias, outros comportamentos que devem ser tipificados, como a sedução de menores por meio de tecnologias e troca de imagens pelo uso delas.

⁴² Citada por ídem.

⁴³ Citações no original.

⁴⁴ LEMINEUR Retana, Marie Laure, “El combate contra la pornografia infantil en internet”, Organización Internacional del Trabajo (OIT)/Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), Dezembro, 2006. Disponível em: <<http://white.lim.ilo.org/ipcc/documentos/pornografia.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶ RUIZ D. Arce, Sergio Daniel. Abuso y explotación sexual infantil vinculada a las TIC: perspectivas desde el Mercosur. **Revista Electrónica Oabrj**. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/10/Abuso-y-explotaci%C3%B3n-sexual-infantil-vinculada-a-las-TIC.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

Já falamos em parágrafos anteriores sobre o tráfico de pessoas, que a maioria das pessoas considera que não pode ser realizada na própria Internet, mas a segunda facilita a abordagem do crime organizado a pessoas vulneráveis, particularmente crianças, meninas e adolescentes; por isso, mencionamos nesta seção como um crime que tem sido favorecido em sua transmissão pelas tecnologias de informação que lhes permitem contatar suas possíveis vítimas com muito maior facilidade.

É fácil ver que existem muitos crimes que podem ser cometidos contra menores através da *internet* ou facilitados por estes em sua comissão, agora é pertinente examinar os crimes cometidos por crianças e adolescentes on-line ou aqueles em que possam estar envolvidos por meio deste.

A proteção dos direitos dos menores quando eles se envolvem em conduta criminosa é baseada nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil: “Regras de Beijing”, adotadas pela Assembleia General em sua resolução 40/33, de 28.11.1985.

Entre os mais frequentes encontramos *hackear* um site, violação ao direito de autor, calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação ao direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, apologia de crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados falsos em sistema de informações, adulteração de dados em sistema de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões, jogo de azar, crime contra a segurança nacional, preconceito ou discriminação de raça ou etnia, interceptação de comunicações de informática, e pirataria de *software*⁴⁷, também crianças, meninas e adolescentes usam a Internet para espalhar boatos e intimidar ou ameaçar outras pessoas.

Os crimes enunciados em muitas ocasiões são realizados por crianças e adolescentes sem consciência de sua qualidade de crimes, já que por sua curta idade não conhecem esta ilegalidade. Na Espanha Montiel⁴⁸ mostra que em relação à prevalência de ciber-agressão cometida por adolescentes, observou-se que entre 43% e 48% dos adolescentes pedidos

⁴⁷ GUIMARÃES Colares, Rodrigo, “Cibercrimes: os crimes na era da informática”, *Boletim Jurídico*, julho de 2002, disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-jul-26/crimes_informatica#author, acesso em: 12 de abril de 2019.

⁴⁸ MONTIEL Juan, Irene. Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra. *Revista D’Internet, Dret i Política Universidade da Catalunya*, n. 22, jun. 2016. Disponível em: <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i22.2972/galley/3092/download/>. Acesso em: 12 abr. 2019.

sexuais on-line para menores vêm de outras pessoas menores, 40 entre 3% 41 e 44% 42 dos menores comportamentos de cyberbullying contra outros menores e aproximadamente 10,5% dos menores realizaram condutas de e *happy slapping* (em comparação com 8% que sofreram).

Inserimos esses dados a título de exemplo, uma vez que a situação varia em cada país, mas o que pretendemos é destacar a ambivalência das ações de crianças e adolescentes que vão de vítimas a agressores.

4 CONCLUSÕES REFLEXIVAS

O problema do uso de TICs para cometer crimes contra crianças e adolescentes ou para cometer crimes é muito grave, de proporções globais e parte da falta de supervisão de menores no uso dessas tecnologias.

Para isso não há receitas mágicas, mais sim uma serie de normas de seguridade, em este sentido utilizaremos as sugeridas por García Piña⁴⁹ encaminhadas para proteger crianças e adolescentes, em princípio não fornecer informações pessoais quando usado E-mail, salas de bate-papo ou mensagens instantâneas, no segundo termo não compartilhar informações pessoais tais como nome, idade, endereço, telefone, etc., sem o consentimento do pais; tampouco envie fotos pessoais ou familiares e nunca marcar como amigos que só se conheceram nas redes sociais; não usar chat sim informar seus pais e que eles são supervisionados, evite preencher formulários com informações pessoais ou participar de concursos, unicamente faça *download* de programas com supervisão parental, impedir a entrada de vírus, *spyware* ou outros programas altamente perigosos para a criança ou adolescente.

Outro aspecto importante é suspender qualquer comunicação quando forem feitas perguntas muito pessoais ou questões de natureza sexual e sempre vão imediatamente para os pais quando se sentem ameaçados.

Parecem muitas normas a seguir mais devemos inculcar em todas as áreas de aprendizagem para que as crianças aprendam a se proteger e dimensionar o grau de perigo em que podem se encontrar em certas situações.

A Internet é uma excelente ferramenta de comunicação, educativo e produtivo para crianças e adolescentes deve necessariamente fazer parte de sua educação, mas, para obter esses benefícios, requer um manuseio seguro e isso inclui supervisão devidamente adequada em seu uso.

⁴⁹ GARCÍA Piña, Corina Araceli, *Op. cit.* p. 276.

Aroldi⁵⁰ aponta que formas de controle devem ser implementadas rígida pelas autoridades com capacidade de recenseamento ou com a opção de aplicar sistemas concebidos e geridos por produtores de conteúdo, isto é, através do auto regulação ou em todo caso correção. O uma segunda área estaria unida a conceito de conteúdos positivos aliada à educação e ao entretenimento.

E igualmente certo que a legislação deve adaptar-se e atualizar seu supostos, principalmente no caso de crimes como a pornografia infantil e o tráfico de seres humanos cujos meios comissivos não foram alargados às modernas tecnologias.

A segurança e o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes constituem uma responsabilidade compartilhada entre pais, sociedade e Estado, que devem garantir isso sem desculpas. As tecnologias não são prejudiciais per se o uso adequado deve ser incutido a crianças e adolescentes para prevenir os problemas do presente estudo, tornando-os menos vulneráveis.

A legislação é importante mais não é suficiente, os pais são obrigados a assumir sua responsabilidade no problema, supervisionando seus filhos e ensinando-lhes o uso responsável dos modernos meios de comunicação.

5 REFERÊNCIAS

AROLDI, P. New Challenges for a new media education. Conferência em Madrid, 02.11.2009, citado por GARCÍA, Jiménez, Antonio, Una perspectiva sobre los riesgos y usos de internet en la adolescência. **Revista Ícono**, n. 14, a. 9, p. 396-411, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3963298.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MÉXICO. Estadísticas 2017-2018. Informe Dr. Javier Miglino y Equipo Internacional B.S.F., **Bullying sem fronteiras**. Disponível em espanhol em: <<https://bullyingsinfrontera.s.blogspot.com/2017/03/bullying-mexico-estadisticas-2017.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CASTILLO Murillejo, Norma Constanza. Uso de avisos para la explotación y la trata de jóvenes en América Latina. **Anagramas**, v. 13, n. 26, p. 57-80, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/angr/v13n26/v13n26a04.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁵⁰ AROLDI, P. New Challenges for a new media education. Conferência em Madrid, 02.11.2009, citado por GARCÍA, Jiménez, Antonio, Una perspectiva sobre los riesgos y usos de internet en la adolescência. **Revista Ícono**, n. 14, a. 9, p. 396-411, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3963298.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

CONVENÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20.11.1959.

DOLZ Lago Manuel-Jesús, **Un acercamiento al nuevo delito child grooming**. Entre los delitos de pederastia, *Diario La Ley*, n. 7575, Seção de Doutrina, 23.02.2011, a. XXXII, disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411846>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

EL ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2017. **Niños en un mundo digital**, UNICEF, New York, 2017. Disponível em espanhol em: <<https://www.unicef.org/Paraguay/spanish/UN0150440.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

EMINEUR Retana, Marie Laure. El combate contra la pornografía infantil en internet. Organización Internacional del Trabajo (OIT)/Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), dez. 2006. Disponível em: <<http://white.lim.ilo.org/ipcc/documentos/pornografia.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ENCUESTA NACIONAL SOBRE DISPONIBILIDAD Y USO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LOS HOGARES 2017(ENDUTIH). **Instituto Nacional de Estadística y Geografía**, Disponível em: <http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/sala-de-prensa/boletines/2018/otrtemecon/endutih2018_02.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ENCUESTA SOBRE EQUIPAMIENTO Y USO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LOS HOGARES. Ano 2017, **Instituto Nacional de Estadística, Espanha**, 2017. Disponível em: <https://www.ine.es/prensa/tich_2017.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FERNANDEZ, Cristiane Bonfim, TAVARES, Luana Ferreira e PINHEIRO, Maria Joseilda da Silva. Enfrentamento da violência sexual de crianças e adolescentes pelo legislativo no Amazonas. **Argumentum**, (Vitória), v. 8, n. 2, p. 84-103, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18315/argumentum.v8i2.11666>>. Disponível em: <<https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

GUIMARÃES Colares, Rodrigo. Cibercrimes: os crimes na era da informática. **Boletim Jurídico**, jul. 2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-jul-26/crimes_informatica#author>. Acesso em: 12 abr. 2019.

GUITART Joelle. **Ciberacoso o cyberbullying escolar: cifras y recursos de ayuda**. 21.06.2018, Disponível em: <<http://lateralidad.com/ciberacoso-o-cyberbullying-escolar-cifras-y-recursos-de-ayuda/>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

HAZEU, Marcel Theodoor; FONSECA, Simone. Exploração e violência sexual contra crianças e adolescentes no Pará. **Ser Social (UnB)**, Brasília, v. 2, p. 85-94, 1998.

INTERPOL. **Según un estudio, los muchachos y los niños de muy corta edad corren mayor riesgo de sufrir graves abusos sexuales en línea**. 6 de marzo de 2018. Disponível em: <<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2018/Segun-un-estudio-los-muchachos-y-los-ninos-de-muy-corta-edad-corren-mayor-riesgo-de-sufrir-graves-abusos-sexuales-en-linea>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

LEI 8.069, DE 13.07.1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

LIBORIO, Renata Maria Coimbra e SOUZA, Sonia M. Gomes. **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais**. São Paulo: Casa do psicólogo; Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2. edição 2007.

LIVINGSTONE, S, Bober, M. UK children go online. Economic & Social Research Council. London 2004. <<http://www.childrengo-online.net>>, citado por GARCÍA Piña, Corina Araceli. Riesgos del uso de internet por niños y adolescentes. Estrategias de seguridad, Acta Pediátrica de México, v. 29, n. 5, septiembre-octubre, 2008, p. 272-278. Disponible em espanhol em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4236/423640313006.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

LOPES, Janicleide e STOLTZ, Tânia. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes Brasil-Foz de Iguaçu**. Organização Internacional Do Trabalho. Disponível em: <www.ilo.org/ipeccinfo/product/download.do?type=document>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MERINO Pérez, Víctor. **Ciberdelitos y víctima menor de edad**. Pensamiento Penal, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/docrina44901.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

MIRÓ Llinares, Fernando. **El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio**. Madrid: Marcial Pons, 2012

MONTIEL Juan, Irene. Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra. **Revista D'Internet, Dret i Política Universidade da Catalonha**. n. 22, jun. 2016. Disponível em: <<https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i22.2972/galley/3092/download/>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

PÉREZ Vaquero, Carlos. ¿Que delito es el happy slapping? 2011, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4219693.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

PROTOCOLO PARA PREVENIR, SUPRIMIR E PUNIR O TRÁFICO DE PESSOAS, ESPECIALMENTE MULHERES E CRIANÇAS, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/ProtocolTraffickingInPersons.sp.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

RAMOS Vázquez, José Ramón. **El llamado delito de «child grooming»**: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal. Disponível em: <www.mjstia.es/cs/Satellite-te/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Di>. Acesso em: 15 abr. 2019.

RUIZ D. Arce, Sergio Daniel. Abuso y explotación sexual infantil vinculada a las TIC: perspectivas desde el Mercosur. **Revista Electrónica Oabrij**. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2017/10/Abuso-y-explotaci%C3%B3n-sexual-infantil-vinculada-a-las-TIC.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SANTOS Caldas Almeida, Jocely e LIMA Chaves Figueiredo De Oliveira, Maria De Fátima. **Tecnologia da informação (ti) e o desempenho competitivo das organizações**. VIII Convibra Administração, Congresso Virtual Brasileiro de Administração, disponível em http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_3123.pdf. Acesso em: 20 de abril de 2019.

SMITH, KP. **Ciberacoso: naturaleza y extensión de un nuevo tipo de acoso dentro y fuera de la escuela**. Artigo apresentado no Congresso de Educação realizado em Palma de Mallorca, 2006.

VERMELHOI, Sônia Cristina, MACHADO VELHOII, Ana Paula e BERTONCELLOII, Valdecir. **Sobre o conceito de redes sociais e sus pesquisadores**. Educação e Pesquisa, v. 41 n. 4 São Paulo, out./dez. 2015, Epub 10.04.2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022015000400863&lng=pt&tln=pt>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ACESSO VIGIADO ÀS TICS COMO GARANTIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E À AUTONOMIA NA INFÂNCIA

Edenilza Gobbo¹ / Aline Bogoni Costa²

Eu não sei se somos manipulados pelos algoritmos, porque somos nós que manipulamos os algoritmos (Pierre Lévy).

Sumário: 1. As tecnologias da informação e comunicação (tics) e um novo cotidiano; 2. Desenvolvimento humano no contexto das TICs; 3. Acesso vigiado às tics como garantia do direito ao desenvolvimento e à autonomia na infância; 3.1. A essência da legislação de proteção à infância – a doutrina da proteção integral; 3.2. O direito fundamental à liberdade de crianças e adolescentes e o acesso as tecnologias da informação e comunicação (TICs); 3.3. O dever dos pais em vigiar; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Nos últimos 30 anos, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) consolidaram-se como constituintes e integrantes do cotidiano social, embora ainda com alcance desigual entre a população mundial.

¹ Edenilza Gobbo – Docente e pesquisadora em cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. Possui artigos na área de Direito de Família e Direito da Criança e Adolescente. E-mail: edenilza.gobbo@unoesc.edu.br.

² Aline Bogoni Costa – Docente e pesquisadora em cursos de Graduação e Pós-graduação. Pesquisadora no Laboratório de Psicologia Positiva nas Organizações e no Trabalho (LAPPOT/UFSC). Doutora em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina. Neuropsicóloga pelo Centro de Estudos do Hospital Israelita Albert Einstein, São Paulo. Áreas de interesse: desenvolvimento humano, uso de tecnologias, trabalho, Neuropsicologia. E-mail: alinebogonicosta@gmail.com.

Os modos de uso e a segurança, no entanto, são assuntos sensíveis, que envolvem complexas discussões no âmbito da Psicologia e do Direito, em especial no que tange o desenvolvimento e à autonomia relacionados à infância, temáticas que se pretende dialogar neste capítulo.

1 AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TICS) E UM NOVO COTIDIANO

Como é possível visitar Paris, ver o movimento em suas ruas e explorar alguns dos seus museus, sem sair do Brasil? O que significa conversar com um pesquisador japonês, trocando informações imagéticas e textuais sobre um tema, em tempo real, estando a milhares de quilômetros de distância? Quais sentidos se constroem em um relacionamento apaixonado de duas pessoas que nunca se viram presencialmente e planejam assim viver, longe geograficamente, mas juntas? Tais questionamentos, possíveis de serem respondidos nos dias de hoje com certa naturalidade, especialmente pelos nascidos há cerca de 20 anos, sequer eram imaginados pela maioria das pessoas há 30 anos ou mais. Tratam-se de novas realidades permeadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs).

As TICs são o resultado da fusão de telecomunicações, informática e mídias eletrônicas, presentes em diversos instrumentos do cotidiano, a exemplo dos *smartphones*, livros, robôs, carros, câmeras *on line* nas cidades, etc. Constituem-se como canais tecnológicos de redes que minimizam distâncias e constroem informações e comunicações em tempo real (BOHN, 2011). Revolucionaram a maneira de aprender, trabalhar e, principalmente, interagir, por permitirem a ampla comunicação, sem restrições de momento e lugar (TERROSO; ARGIMON, 2016).

Estudiosos descrevem as últimas décadas como marcos da humanidade, pelo fato de as TICs terem mediado e mediarem impactantes transformações nos modos de vida, nas atividades e nas relações humanas contemporâneas, de maneira que a aclimatação a essa nova realidade é desafiadora (TUMELEIRO, *et al*, 2018). E nas grandes mudanças, contradições e ambiguidades também costumam ser marcantes. As ferramentas de internet, por exemplo, possibilitam interfaces globalizadas para os relacionamentos sociais, ao mesmo tempo que, enquanto instrumentos de interação social transformam a maneira como o ser humano se percebe e está no mundo, (re)produzindo relações que não são neutras (JOHNSON, 2012; LEMOS, 2010; LEMOS; LÉVY, 2010).

Pode-se afirmar que a necessidade e a intensidade do uso das TICs no cotidiano humano incorreram no rompimento com a ideia de que o virtual se encontra separado do real. Entende-se que, de modo integra-

do, um constitui o outro e vice-versa. Entretanto, tal realidade, “virtualmente real”, requer a consciência de quais papéis as TICs desempenham no desenvolvimento humano e social, o que perpassa o conhecimento sobre como manipular as ferramentas e as funções tecnológicas e aponta à construção cotidiana de um novo espaço antropológico (LÉVY, 1999a, 1999b; 2019), ou seja, de uma nova civilização.

Essa nova civilização tende a se caracterizar por uma inteligência coletiva, conceito criado por Pierre Lévy na década de 1990 e que se atualiza até o presente momento, traduzindo-se pela capacidade de utilizar as ferramentas das TICs para a interconexão das pessoas, para a criação de diversidade cultural e para a liberdade de expressão, quase sem precedentes, enfim, para o desenvolvimento sem limites (LEMONS; LÉVY, 2010). Por meio dessas características, a comunicação constitui-se como pilar central à nova civilização e, pela primeira vez na história humana, ela não pode ser explicada sem se considerar a participação de robôs capazes de criar símbolos, tomadas de decisões e retroalimentações. Inteligência artificial construída por meio do compartilhamento de conhecimentos humanos. Inteligência artificial construída a partir da inteligência coletiva (LÉVY, 2019).

Ao mesmo tempo, a comunicação de quase todo o tipo de informação e de qualquer lugar, por grande parte da população³, orienta o entendimento de uma nova cultura, em que as pessoas, de modo integrado, são centrais à construção e às trocas de conhecimentos. Assim sendo, pode-se afirmar que a inteligência artificial alimenta a inteligência coletiva e esta, por sua vez, renova a inteligência artificial, em um ciclo virtuoso que se amplia a cada dia.

Embora com capacidades quase que ilimitadas tanto da inteligência artificial como da inteligência coletiva, contradições e ambiguidades deste cenário, mencionadas no início do texto, acionam algumas pausas para a reflexão. São frequentes os questionamentos sobre uma civilização que aparece em muitos lugares, mas que se distancia em termos da qualidade dos relacionamentos ou que se caracteriza pela liquidez e pela solidão. Sentimentos de angústia, vazio e ansiedade, que podem ou não ser decorrentes desses modos de vida “virtualmente reais”, têm sido temas frequentes em estudos da área de saúde.

Assim, há de se considerar as vantagens do uso de TICs são inúmeras, porém, os prejuízos também têm sido amplamente discutidos

³ É preciso considerar que uma parcela da população tem acesso restrito ou não acessa as TICs, de onde emerge o conceito de cidadania digital, compreendida como o alcance de legitimidade e igualdade de acesso e uso de ferramentas digitais (MORGADO; ROSAS, 2010).

mundialmente. Isso ocorre principalmente nas populações de crianças e jovens, consideradas nativas das tecnologias virtuais, e que têm sido mais impactadas por adocimentos decorrentes, com prejuízos evidentes em termos biopsicossociais, em especial pelo uso exagerado de recursos de navegação na internet (PIROCCA, 2012; TUMELEIRO, et al, 2018; YOUNG, 2009).

Acerca do uso específico da internet, certamente o mais importante e interconexo dos recursos das TICs, que possibilita acessar a uma realidade aumentada (LÉVY, 2019), segundo dados divulgados em setembro de 2019 pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), por meio do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) de pesquisa realizada pela TIC Kids Online Brasil em 2018, “Cerca de 24,3 milhões de crianças e adolescentes, com idade entre 9 e 17 anos, são usuários de internet no Brasil, o que corresponde a cerca de 86% do total de pessoas dessa faixa etária no país”. Frente a estes dados, reflete-se: quando esse uso se caracteriza como hiperconectividade? Qual o limite entre a saúde do usuário e situações de risco, como a dependência tecnológica? Qual a qualidade dos conteúdos que este público acessa? Há um tempo adequado de uso para cada idade? Quais os benefícios e os riscos do uso? Há segurança nestes acessos? Até que ponto é adequado e ético vigiar os acessos de crianças e jovens?

Discussões sobre estes temas ocorrem nos diversos âmbitos científicos e campos profissionais, a exemplo da Psicologia e do Direito. No tópico seguinte, serão apresentadas algumas informações que fundamentam tais debates em termos do desenvolvimento humano e da subjetividade no contexto das TICs, especialmente no que se refere à internet.

2 DESENVOLVIMENTO HUMANO NO CONTEXTO DAS TICs

Esconde-esconde, pega-pega, amarelinha, jogos com bola, bicicletas, passeios em praças, etc., são brincadeiras e atividades cada vez mais raras na contemporaneidade. Crianças e jovens têm modificado suas preferências por diversos motivos, entre eles: pelo contexto de maior restrição de segurança nos grandes centros urbanos, pelas características do trabalho dos cuidadores, que exigem maior dedicação de tempo, e pelo desejo de acesso a dispositivos eletrônicos.

Acerca do último motivo citado, há diversos benefícios do uso das TICs, porém, em situações nas quais a utilização das TICs na infância e na adolescência ocorrem de modo inadequado, especialmente em rela-

ção ao tempo de uso e conteúdos, podem haver riscos ao desenvolvimento cognitivo, emocional e social destes usuários.

No quadro 1, estão descritos alguns riscos potenciais na utilização inadequada das TICs:

Quadro 1 – Potenciais riscos da utilização inadequada de TICs

Tipo de desenvolvimento	Alguns riscos potenciais do uso inadequado
Desenvolvimento cognitivo e psicomotor	<ul style="list-style-type: none"> – Dificuldades de concentração, atenção e memória. – Comprometimento no desenvolvimento das funções executivas. – Dificuldades o desenvolvimento psicomotor, com risco de lesões por esforço repetitivo. – Transtornos relacionadas ao sono e à alimentação. – Dependência tecnológica. – Baixo rendimento escolar.
Desenvolvimento emocional	<ul style="list-style-type: none"> – Aumento da ansiedade. – Inabilidade de expressão emocional saudável. – Apatia diante de atividades cotidianas (escolares, familiares, sociais). – Estresse frequente. – Irritabilidade em relação a si e outras pessoas. – Cansaço frequente. – Alterações de humor. – Comportamento violento ou agressivo
Desenvolvimento social	<ul style="list-style-type: none"> – Insegurança no convívio social. – Despreparado para enfrentar pressões, provocações e situações adversas no âmbito social. – Estímulo à sexualização precoce – Risco de adesão ao <i>cyberbullying</i>. – Exposição precoce a drogas.

Fonte: as autoras

Na década de 1990, o psiquiatra americano Ivan Goldberg ficou conhecido pelas primeiras descobertas sobre o uso excessivo de internet. Em 1996, a psicóloga americana Kimberly Young apresentou os resultados de sua pesquisa sobre o assunto, na qual fez uma combinação de critérios do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Saúde Mental – DSM-

IV para abuso de substâncias com finalidade de delinear o conceito (CONTI, et al, 2012). No DSM-V, versão de 2014, o tema é abordado de modo vago e restritivo, com a classificação denominada de transtorno do jogo pela internet, no capítulo dos adoecimentos que necessitam de maior aprofundamento por meio de pesquisas (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013).

O uso exagerado das TICs impacta na vida do usuário, que geralmente, isola-se e descuida dos relacionamentos ou das tarefas cotidianas, assim como de si mesmo e, da mesma forma que em outras dependências psicopatológicas, a problemática não se aplica apenas ao indivíduo, mas a todos que o rodeiam. Os dependentes também apresentam características de autonegligência, instabilidade emocional, insatisfação com a vida, estresse e fadiga, que podem culminar na dificuldade de estabelecer e cumprir rotinas cotidianas, queda no desempenho acadêmico, especialmente entre os mais jovens, e perda do emprego, no caso de adultos (PIROCCA, 2012; KING; NARDI; CARDOSO, 2014; YOUNG; ABREU, 2011).

Uma pesquisa realizada recentemente em Portugal, revelou que um em cada dez estudantes informou ter problemas de sono, 41% apresentam insônia intermediária e 11% tem sonolência diurna excessiva, o que está fortemente ligado com a dependência tecnológica (FERREIRA et al, 2017).

Vários outros estudos apontam o impacto negativo do uso excessivo das TICs sobre o desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes, diversos fatores situacionais, como: problemas sociais e mudanças de vida, falta de habilidade social, baixa autoestima, solidão e depressão podem desencadear o uso da internet como uma fuga psicológica para que o indivíduo se distancie de um problema ou situação difícil na vida real (YOUNG et al., 2011). Principalmente, quando há presença de conflitos familiares e sociais, estes podem estar associados à conectividade excessiva, fazendo com que o indivíduo deixe em segundo plano aspectos relevantes à manutenção das relações humanas e de sua própria vida (FORTIM; ARAÚJO, 2013; ARRUDA; ROSA; MILANI, 2014).

Em estudo recente sobre o tema, a indicação foi de evitar ou proibir o uso para crianças menores de dois anos, principalmente, durante a hora das refeições ou nas que antecedem o sono; para crianças entre dois e cinco anos, tempo de exposição limitado de, no máximo, uma hora por dia; e, acima de 5 anos, no máximo duas horas diárias (WALSH, et. al, 2018). Indicações semelhantes foram construídas pela Associação de Pediatria Norte-Americana (AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, 2016).

Considerando-se as informações apresentadas até aqui, o acesso vigiado às TICs de crianças e adolescentes constitui-se como importante pauta.

3 ACESSO VIGIADO ÀS TICs COMO GARANTIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E À AUTONOMIA NA INFÂNCIA

Para tratar do direito ao acesso vigiado às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) à infância, parte-se da análise da doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, perpassando pelo estudo dos contornos do exercício do direito fundamental à liberdade considerando sua imaturidade e vulnerabilidade.

Ao final, analisa-se o direito/dever dos pais em vigiar o acesso de seus filhos às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) como uma prerrogativa decorrente do exercício da função parental.

3.1 A Essência da Legislação de Proteção à Infância – A Doutrina da Proteção Integral

A Constituição Federal de 1988, adequando-se a Declarações e Tratados internacionais adotou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente que foi regulamentada pela Lei 8.069/1990 (ECA).

Em antítese a doutrina que lhe antecedeu, a da situação irregular, a doutrina da proteção integral compreende a criança e o adolescente como sujeitos de direitos que merecem cuidado na sua totalidade.

Trata-se de um marco histórico. Isso porque, “*o paradigma da proteção integral, revisitando e revigorando a vertente igualitária e democratizante do direito iluminista, instala uma nova ordem na matéria, afinada com a contemporânea concepção de radical proteção aos Direitos Humanos*”. (MACHADO, 2003, p. 54).

Amin (2013) afirma que dois são os pilares básicos que decorrem da Constituição Federal, qual seja, o primeiro, que criança e adolescentes são sujeitos de direito, e o segundo, afirma-se sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O que significa, então, pessoas em processo de desenvolvimento? Significa que crianças e adolescentes possuem uma condição peculiar, própria, daí porque merecedoras de proteção integral com prioridade absoluta. Uma proteção fundada naquilo que se denomina interesse superior da criança e do adolescente (FONSECA, 2011).

Assim, a doutrina da proteção integral absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança, titularizando direitos fundamentais às crianças e adolescentes como a qualquer ser humano.

Em síntese, tanto a criança quanto o adolescente, por serem sujeitos em desenvolvimento merecem uma proteção diferenciada.

Desse modo, a doutrina da proteção integral norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta, e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos. Nasce assim, a necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos. (MACHADO, 2003).

Nesse sentido, a doutrina da proteção integral abarca direitos fundamentais e medidas, por vezes restritivas, justamente para proteger crianças e adolescentes.

Desse modo, é sobre o prisma da proteção integral que se deve analisar o acesso de crianças e adolescentes às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

3.2 O Direito Fundamental à Liberdade de Crianças e Adolescentes e o Acesso as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs)

Dentre os direitos fundamentais garantidos a crianças e adolescentes encontra-se o direito à liberdade, positivado nos arts. 15 e 16 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Embora o acesso as tecnologias da informação e comunicação não estejam tipificadas no Estatuto, a melhor interpretação é de que a legislação trouxe um rol meramente exemplificativo.

Assim, tem-se que crianças e adolescente têm direito ao acesso as tecnologias da informação e comunicação no exercício do direito à liberdade.

Entretanto, a liberdade da pessoa em desenvolvimento tem suas especificidades, ligadas a questão de imaturidade de crianças e adolescentes, que impede que estas se protejam de agressões no meio social e limita, juridicamente, o próprio reconhecimento da validade da vontade de crianças e adolescentes, ínsito no exercício da liberdade da pessoa física, exatamente em razão da imaturidade e da vulnerabilidade que aquela traz em si. (MACHADO, 2003).

Nesse sentido, Machado (2003) propõe que é preciso harmonizar o exercício do direito à liberdade de crianças e adolescentes partindo-se de algumas premissas. A primeira é a de que embora crianças e adolescentes sejam seres imaturos e vulneráveis e, por isso, o reconhecimento de validade na vontade deles seja reduzido perante o ordenamento jurídico, é inafastável que têm direito à liberdade.

A questão da liberdade da criança e do adolescente envolve uma problemática muito complexa, dadas sua posição jurídica no seio da família e da escola e a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Lembra Neill que a “liberdade é necessária para a criança porque apenas com liberdade ela pode crescer de sua maneira natural – a boa maneira”. (SILVA apud MACHADO, 2003)

A segunda premissa é de que a imaturidade e vulnerabilidade de crianças e adolescentes não é uma condição estanque, que se manifesta da mesma maneira durante todo o período que vai do nascimento até a condição de adulto. Na medida em que a criança cresce até ser adulto, essa condição de vulnerabilidade vai diminuindo paulatinamente.

Portanto, o limite ou o contorno do direito de liberdade de crianças e adolescentes não pode ser objeto de uma conceituação unitária e rígida dentro do ordenamento jurídico: esse contorno varia ao longo do crescimento do ser humano e pode ser ampliado à medida que o sujeito vai amadurecendo de modo a aproximá-lo cada vez mais, do contorno da liberdade do cidadão adulto (MACHADO, 2003).

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente traz regras que limitam o direito à liberdade de crianças e adolescentes. São tratadas como medidas preventivas, regulamentadas desde o art. 70 da Lei.

Conforme traduz Fonseca (2011) a lei estatutária traz uma conotação de advertência, de precaução, um aviso destinado à família, à comunidade, ao Poder Público, enfim, à sociedade em geral, para que evitem que crianças e adolescentes ingressem ou permaneçam em situação de risco ou situações que lhes atinjam a vulnerabilidade.

Embora nenhuma das regras de prevenção especial trate de forma específica a respeito ao acesso de crianças e adolescentes às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) não significa que não existam restrições.

Desse modo, dependendo da idade e da maturidade crianças e adolescentes devem ter acesso limitado às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) podendo partir-se da regulamentação do Ministério da Justiça da Classificação Indicativa consistente em informações prestadas às famílias sobre a faixa etária para a qual obras audiovisuais não se recomendam.

A Coordenação de Classificação Indicativa do Departamento de Promoção de Políticas de Justiça é responsável pela Classificação Indicativa de filmes, aplicativos, jogos eletrônicos e programas de televisão no Brasil. Os critérios que balizam a política pública da Classificação Indicativa estão sustentados sob três grandes temas – Sexo, Violência e Drogas, conteúdos considerados inadequadas à formação de crianças e adolescentes. A análise é feita ponderando a frequência, relevância, contexto, intensidade e importância desses temas para a trama.

Portanto, conclui-se que crianças e adolescente têm direito ao acesso as tecnologias da informação e comunicação no exercício do direito à liberdade, entretanto, considerando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o acesso pode ser restringido a conteúdos que não sejam próprios para sua idade.

Nesse sentido, embora o Estatuto da Criança e Adolescente estabeleça que é dever da família, do Estado e da sociedade prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, analisar-se-á o dever que recai sobre os genitores.

3.3 O Dever dos Pais em Vigiar

O ordenamento jurídico brasileiro impõem aos pais o dever de cuidar e educar os filhos. É o que se depreende do artigo 229 da Constituição Federal, “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

Tal dever decorre do poder familiar que compreende o exercício de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Conforme Lamartine Oliveira e Muniz (apud DIAS, 2013, p. 435) “O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagrada da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve de interesse do filho”.

É do exercício do poder familiar que decorre o direito da guarda do filho. A guarda como um atributo do poder familiar constitui um direito e um dever. Não é só direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. (MACIEL, 2013)

A cada genitor incumbe o dever de saber onde, com quem e por que o filho menor de idade está longe de suas vistas. Devem os pais assegurar-se de que distante de seus olhos, o filho estará em segurança porque algum adulto o estará assistindo. (MACIEL, 2013, p. 152)

O dever de velar, cuidar e ter o filho em sua companhia é tão relevante que em caso de ato ilícito praticado pelos mesmos, a responsabilidade de eventual indenização recai sobre os pais, conforme estabelece o art. 932 do Código Civil “*art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia*”. No que diz respeito a isso, tem-se decisões judiciais que condenaram os genitores ao pagamento de indenização pelo mau uso das redes sociais.

Relata-se um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que manteve a sentença que condenou a mãe de um menor de idade que criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe. Por conta da atitude do filho, a genitora foi condenada a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (Cinco mil reais), corrigidos monetariamente.

Na decisão de primeiro grau a Juíza justificou que a responsabilidade recaía sobre a genitora do autor dos fatos sobre o seguinte fundamento

Os fatos são claros: em face da ausência de limites que acomete muitos jovens nos dias de hoje, vide os inúmeros casos de bullying e inclusive atrocidades cometidas por adolescentes que vem a público, o filho da ré, e quem sabe outros amigos, resolveram ofender, achincalhar, e quiçá, fazer com que o autor se sentisse bobo perante a comunidade de Carazinho.(TJRS, 2019)

Ou seja, cabe especialmente aos pais vigiar o uso das tecnologias pelos filhos que decorre também do dever em educar os filhos.

Em el ámbito digital este deber de educar comprende el de enseñarles y guiarles de manera adecuada em la utilización de los médios y, por supuesto advertirles y prevenirles de los riesgos. También, comporta el deber/facultad de controlar su actividad y el de tomar las decisiones y medidas correspondientes para evitar el daño y, cuando a se há producido, instar desde la suspensión hasta el cierre del acceso a las áginas as redes. (CALERA, 2018)

Ademais, tem-se o risco de que o conteúdo da internet traga danos a própria criança ou adolescente, como por exemplo, o jogo/desafio da internet que ficou conhecido como Baleia Azul que pode culminar no suicídio. Por tais razões é necessário estabelecer limites, determinar a frequência de utilização, e ainda observar o que a criança está fazendo na internet.

Segundo o SAFERNET⁴ apresentar serviços que sejam adequados para a fase de desenvolvimento que os filhos se encontram, pode ser uma alternativa para que eles possam usufruir destas ferramentas, sempre tendo orientação sobre como utilizá-las. Nesse sentido, os genitores atuam como mediadores entre a tecnologia e a proteção à infância e à adolescência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para tratar do direito ao acesso vigiado às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) à infância, partiu-se da análise da doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, perpassando pelo estudo dos contornos do exercício do direito fundamental à liberdade considerando sua imaturidade e vulnerabilidade. Nesse sentido foi possível concluir que:

- a) crianças e adolescente têm direito ao acesso as tecnologias da informação e comunicação no exercício do direito à liberdade;
- b) entretanto, o uso inadequado das TICs pode impactar em adoecimentos diversos e no comprometimento do desenvolvimento e da autonomia de crianças e adolescentes;
- c) analisou-se o direito/dever dos pais em vigiar o acesso de seus filhos às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) como uma prerrogativa decorrente do exercício da função parental;
- d) defendeu-se, enquanto direito fundamental desse público, a criação de mecanismos de controle por parte dos cuidadores para que o acesso ocorra de modo vigiado às TICs, enquanto estratégia protetiva e preventiva de danos.

Por fim, torna-se importante apontar à necessidade de ampliação dos conhecimentos científicos sobre o tema e de estruturar estratégias de intervenção acerca deste fenômeno contemporâneo em estudos futuros.

5 REFERÊNCIAS

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS (AAP). Council on Communications and Media. **Virtual Violence**: Pediatrics. v. 138, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.pediatrics.aappublications.org/content/138/2/e20161298>> e <www.pediatrics.org/cgi/doi/10.1542/peds.2016_1358>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁴ Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/aceso-%C3%A0-internet-por-crian%C3%A7as-e-adolescentes-dicas-de-como-orientar>>. Acesso em: 18 set. 2019.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders**, Fifth Edition (DSM-V). Arlington, VA: American Psychiatric Association, 2013.

AMIN, A. R. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOHN, C. S. **A mediação dos jogos eletrônicos como estímulo do processo de ensino-aprendizagem**. (Dissertação) Mestrado em Engenharia e Gestão do Conhecimento, UFSC, Florianópolis, 2011.

CALERA, M. del. C. G-A. Los menores de edad em los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores. *In*: RESINA, Judith Solé; MOZETIC, Vinicius Almada. (Coord) **Derechos Fundamentales de los menores** (Desarrollo de la personalidad em la infância y la adolescencia). Madrid: Dykinson, 2018.

CONTI, M. A. *et al* (2012). Evaluation of semantic equivalence and internal consistency of a Portuguese version of the Internet Addiction Test (IAT). **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 106-110, 2016.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, C. *et al*. Uso e dependência de Internet na adolescência. **Acta Med. Port.**, v. 30, n. 7-8, p. 524-533, 2017. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.20344/amp.8205>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FONSECA, A. C. L. de. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

JOHNSON, S. **Tudo que é ruim é bom para você: como os games e a TV nos tornam mais inteligentes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012. p. 184.

KING, A. L. S., NARDI, A. E.; CARDOSO, A. (Orgs). **Nomofobia – Dependência do Computador e/ou Internet?** São Paulo: Atheneu, 2014.

LEMOS, A. **Cibercultura: Tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2010. p. 295.

LEMOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010. Pp 258.

LÉVY, P. **Cibercultura**. São Paulo: 34, 1999 a.

_____. **A Inteligência Coletiva: por uma Antropologia do Ciberespaço**. São Paulo: Loyola, 1999 b.

_____. **A essência da internet**. Salvador: Fronteiras do Pensamento, 2019. Disponível em: <<https://www.frenteiras.com/artigos/pierre-levy-e-a-essencia-da-internet>>. Acesso em: 20 set. 2019.

MACHADO, M. de T. A **Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MACIEL, K. R. F. L. A. Poder familiar. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIROCCA, C. **Dependência de internet, definição e tratamentos: revisão sistemática da literatura**. Monografia não publicada, Instituto de Psicologia, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

TERROSO, L. B.; ARGIMON, I.I. de L. Dependência de internet e habilidades sociais em adolescentes. **Estud. Pesqui. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 200-219, 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812016000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 set. 2019.

TJRS. **Mãe condenada por cyberbullying praticado por filho adolescente**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2263024/mae-condenada-por-cyberbullying-praticado-por-filho-adolescente>>. Acesso em: 21 set. 2019.

TUMELEIRO, L. F. *et al.* Dependência de internet: um estudo com jovens do último ano do ensino médio. *Gerais, Rev. Interinst. Psicol.*, Belo Horizonte, v. 11, n. 2, p. 279-293, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202018000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 set. 2019.

YOUNG, K. S. Internet addiction. *American Behavioral Scientist*, v.4, p. 402– 415, 2009.

_____.; ABREU, C.N. **Dependência de internet**: manual e guia de avaliação e tratamento. Porto Alegre: Artmed, 2011.

WALSH, J.J. *et al.* Associations between 24 hour movement behaviours and global cognition in US children: a cross-sectional observational study. *Lancet Child Adolesc Health*, v. 2, n. 11, p. 783-791, 2018.

DESAFIOS À PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS ATRAVÉS DO USO DAS TIC

Vanessa Fusco Nogueira Simões¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Crime cibernético – O que os autores abordam sobre esta nomenclatura; 3. Direitos fundamentais e crimes cibernéticos; 4. A proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente vítimas de crimes praticados pela internet; 5. Bem jurídico tutelado: o desafio à persecução penal; 6. Conclusão; 7. Referências.

Resumo: A Lei 11.829, de 25.11.2008 que modificou e introduziu figuras típicas no Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe importantes instrumentos à realização da persecução penal aos operadores do sistema de Justiça. Entretanto, um debate intenso ainda se desenvolve no Brasil, principalmente quanto à questão do bem jurídico tutelado por estes dispositivos legais. Este artigo tem o objetivo de tratar do tema – especificamente no que se refere ao bem jurídico tutelado dos crimes contra crianças utilizando as tecnologias previstos no ECA, que é um desafio à persecução penal e impacta a garantia dos direitos fundamentais da criança.

Resumen: La ley 11.829, de 25 de noviembre de 2008, que cambió y introdujo conductas delictivas al Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ha traído importante instrumentalización para la persecución penal a los actores del sistema de justicia. Todavía, un debate intenso aún se desarrolla em Brasil, principalmente con relación a la cuestión

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha e professora da Disciplina Crimes Cibernética na Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, sendo autora de inúmeros artigos sobre o tema. É Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais sendo dedicada ao tema de proteção aos direitos fundamentais da criança durante toda a carreira. Sua experiência profissional ainda a participação em grupos de trabalho na construção de Políticas de Segurança cibernética no Brasil e na América Latina e na Interpol. É instrutora de duas Escolas itinerantes - Escuela de Gobernanza na Internet e Global Training do Centro Internacional de crianças desaparecidas e abusadas- ICMEC dos EUA.

del bien jurídico protegido por estos dispositivos legales. Este artículo tiene como objetivo tratar del tema – bien jurídico tutelado nos crímenes contra niños utilizando las tecnologías previstos en el ECA, que es un reto a la persecución penal, y trae un impacto a la garantía de los derechos fundamentales de los niños.

Palavras-chave: *Cibercrimes – direitos fundamentais – bem jurídico – Estatuto da Criança e do Adolescente – tecnologias de informação e conhecimento.*

1 INTRODUÇÃO

Desde a edição do Código Penal, na década de 40, a sociedade brasileira já experimentou grandes mudanças. A sociedade evoluiu e bens jurídicos que em outros tempos eram tidos como fundamentais e mereciam a proteção do Direito Penal, hoje já não gozam deste status. Igualmente, bens jurídicos que antes não mereciam atenção do Direito Penal, passaram a clamar por sua proteção.

Assim, cada era ou etapa do desenvolvimento humano traz consigo suas peculiaridades, características que a distinguem de outros tempos e modos de vida. O momento atual da sociedade humana nos apresenta, dentre outros aspectos marcantes, os fenômenos da globalização e do desenvolvimento tecnológico. Desafiada por estes fenômenos, nossa sociedade se reinventa, reorganiza, cria novas e cada vez mais indispensáveis formas de interação em todas as esferas da experiência humana.

Vivemos uma nova realidade: uma verdadeira sociedade “paralela” no espaço virtual onde se dá nova roupagem a institutos antigos, ao mesmo tempo em que se abre espaço para uma infinidade de novas construções humanas. Vivemos a era das relações virtuais, evidenciada nos e-mails, mídias sociais, influenciadores digitais, *e-comerc*, *e-books*, *downloads* e toda uma gama de termos que aos poucos passaram a fazer parte da nossa vida.

Neste cenário, vemos cada dia mais os velhos delitos praticados em um ambiente novo: o mundo virtual, assim como várias condutas próprias e exclusivamente afetas ao meio eletrônico, estas ainda não completamente contempladas pela legislação penal brasileira.

O incremento do uso da internet na vida das pessoas também ampliou a possibilidade da prática de crimes nesta nova via, como os delitos tradicionais (estelionato, racismo, crimes relacionados com a pornografia infantil, crimes contra a honra etc.), bem como aqueles cometidos contra o computador, a rede ou o sistema (tentativa de inserção de vírus, contra o “*hardware*”, o “*software*” ou mesmo contra a própria informação). Permite, ainda, tanto o desenvolvimento tanto de uma criminalidade privada (de particulares, pessoas físicas ou jurídicas) como pú-

blica (criminalidade estatal), que não só pode disseminar o uso da informática para controlar as pessoas, como também abusar das informações, tudo em flagrante violação aos direitos e garantias fundamentais típicas do Estado de Direito (GOMES, Luiz Flavio; 2001).

Os crimes praticados pela rede trouxeram, sobretudo, a potencialização de crimes tradicionais, ampliando a sua capacidade lesiva, uma vez que fatos que poderiam ficar, em um caso, por exemplo, de crime contra a honra, adstrito ao ambiente de trabalho, ganha grande repercussão por sua divulgação em e-mails, redes sociais, etc. Neste sentido, vítimas do *ciberbullying* tiveram sua saúde afetada, vítimas de crimes contra a honra perderam seus empregos, vítimas de crimes de falsa identidade via *web* tornaram-se reféns das mentiras veiculadas em seu nome, etc.

Muitos autores no Brasil tem abordado o tema “crimes cibernéticos”, e nelas os autores denominam esta nova modalidade criminosa como: crimes informáticos, delitos computacionais, crimes eletrônicos, crimes telemáticos ou simplesmente cibercrimes.

No Brasil são cibercrimes aquelas condutas previstas no nosso Código Penal e na legislação esparsa em que o instrumento utilizado para a sua prática é a rede mundial de computadores. A exceção a esta regra são os delitos previstos na chamada Lei 12.737/2012; os arts. 153, § 1º, A; art.313-A; art.313-B e art.325,§1º, incs. I e II (todos estes dispositivos introduzidos pela Lei 9.983/2000) do Código Penal e art. 2º da Lei Federal 8.137/1990 e art.72 da Lei 9.504/1997 tipificam condutas em que o computador ou sistema é o alvo. Todavia, tais condutas típicas, a nosso aviso, ainda apresentam dificuldades em sua configuração. Não há em nosso ordenamento jurídico a conceituação dos elementos normativos do tipo tais como “sistema informatizado”, “sistema de informações”, “dados” para fins penais e a ausência de conceituação dá margem a uma série de interpretações ao aplicador da lei penal. Este é só um dos desafios à persecução penal dos crimes cibernéticos no Brasil.

2 CRIME CIBERNÉTICO – O QUE OS AUTORES ABORDAM SOBRE ESTA NOMENCLATURA

Para a OECD – *Organization for Economic Cooperation and Development* da ONU, “crime de computador é qualquer comportamento ilegal, ético ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados”.

Já na acepção do Professor Augusto Rossini, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e autor da tese de mestrado “Informática, telemática e direito penal”, pela USP:

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade².

Para o autor, “delito informático” é gênero, do qual “delito telemático” é espécie, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.

Na impossibilidade de adoção de um conceito universal, nota-se que os autores pretendem imprimir uma característica funcional na conceituação dos crimes cibernéticos, atendendo, sobretudo, à realidade e experiências concretas de seu país.

Ainda no ano de 1984, vindo do México, María de la Luz Lima apresentou estudo o qual já, em muito, se aproximava daquelas conceituações atuais. Segundo ela, delito eletrônico, em sentido amplo, é qualquer conduta criminógena ou criminal em cuja realização haja o emprego da tecnologia eletrônica como método, meio ou fim e, em um sentido estrito, qualquer ato ilícito penal em que os computadores, suas técnicas e funções desempenham um papel como método, meio ou fim (tradução livre)³.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRIMES CIBERNÉTICOS

Para falarmos de direitos fundamentais, é necessário estabelecer inicialmente a qual doutrina em relação aos estes direitos nos filiamos. Adotamos para este estudo a doutrina do jurista J.J.Gomes Canotilho e do professor mineiro Antonio Augusto Cançado Trindade.

J.J.Gomes Canotilho aduz que direitos humanos e direitos fundamentais são termos utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Entretanto, segundo a origem e o significado, podem ter a seguinte distinção:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolá-

² ROSSINI, Augusto. **Informática. Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

³ LIMA DE LA LUZ, Maria. **Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias penales**. Mexico: Porrúa, D.F, 1984.

*vel, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*⁴.

Consolida-se, a partir do pós Guerra, em 1945, ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1^a) A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permite-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados; 2^a) A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito⁵.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania a Organização das Nações Unidas a Em 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. A partir daí, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas⁶.

Este sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação⁷.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 369.

⁵ Palestra proferida pela Professora Flavia Piovesan em 16.05.1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/.../03%20-%20Boletim%20-%20Maio-Jun%202004.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

Dentre os instrumentos internacionais de alcance específico, foi redigida a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotado pela Resolução n. L 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989, e ratificada pelo Brasil em 24.09.1990. A Convenção dos Direitos da Criança teve como meta incentivar os países membros a implementarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar. Foi inspirada nas normas internacionais que a antecederam e com a finalidade de particularizá-las em razão do sujeito de direito que tem como alvo — a criança —, bem como desenvolvê-las a partir da criação de mecanismos de aplicabilidade e fiscalização desses princípios e normas.

As disposições da Convenção dos Direitos da Criança trazem como corolário a obrigação de se considerar seu interesse superior em contraposição a qualquer outro, inclusive aos de seus pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente internalizou as disposições da Convenção dos Direitos da Criança no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que crianças e adolescentes são agora sujeitos de direitos e fazem jus, nesta condição, à proteção estatal e ao estabelecimento de políticas públicas governamentais para seu desenvolvimento.

Agora, estas crianças e adolescentes, merecedoras de toda a proteção governamental e familiar, são agora vítimas de criminosos que não conhecem fronteiras. Veremos, então, adiante, especificamente em relação aos crimes praticados contra crianças e adolescentes — especialmente aqueles tipos introduzidos ou modificados pela Lei 11.829, de 25.11.2008, o que entendemos necessário se discutir sob a ótica de proteção aos seus direitos fundamentais.

4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMAS DE CRIMES PRATICADOS PELA INTERNET

Indiscutivelmente, a evolução tecnológica torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas, insuspeitada por ocasião das primeiras declarações de direitos.⁸

Neste artigo, em especial, trazemos à lume o posicionamento do Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade:

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 62.

*O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de ordem pública em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes às necessidades prementes de proteção das supostas vítimas [...]*⁹.

Na esteira deste posicionamento, entendemos que cada vez mais as vítimas devem gozar de mais e mais proteção estatal, ainda mais em se tratando, no caso em estudo, de vítimas crianças e adolescentes.

A Lei 11.829, de 25.11.2008 originou-se de exaustivo trabalho de uma comissão de Promotores de Justiça, Procuradores, Delegados de Polícia e *experts* desenvolvido na CPI da Pedofilia do Senado Federal Brasileiro, que conseguiram sensibilizar os congressistas sobre a necessidade de harmonização da legislação brasileira com a legislação internacional sobre a tipificação de condutas relacionadas à pornografia infantil.

Até o dia 25.11.2008, data da publicação da Lei 11.829/2008, as condutas puníveis em relação à pornografia infantil eram aquelas previstas no art. 241 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), que consistia em punir quem fotografava ou publicada cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente, prevendo uma pena de 1 (um) a quatro anos de reclusão e ainda o ato de apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia infantil ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente (esta última alteração trazida pela Lei 10.764, de 12.11.2003 (art.241-A).

Após a edição da Lei 11.829/2008, resultado dos trabalhos da CPI da Pedofilia instalada no Congresso Nacional, os arts. 241 e 241-A do ECA foram revogados, apresentando nova redação.

Dentre as novidades trazidas pela legislação está a tipificação da conduta de "ter em depósito" o imagens de pornografia infantil (art.

⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade na apresentação do livro de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XXXI-XXXII.

241-B), o aliciamento de crianças com o fim de com ela praticar ato libidinoso (art. 241-D) e ainda a facilitação de acesso à criança de material contendo cenas de sexo explícito ou pornográfica, com a mesma finalidade (art. 241-D-I).

Entendemos que o bem jurídico protegido nos crimes acima mencionados é a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, independentemente de qualquer individualização. Deste entendimento, podemos concluir que no caso das figuras típicas introduzidas pela Lei 11.829/2008, o bem jurídico protegido seria a proteção aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Durante a votação do projeto de lei que resultou na edição da Lei 11. 829/2008, foi discutida a pertinência da conduta com relação à simulação de situações de sexo explícito (simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual). Isto porque segundo entendimento já superado, seria essencial a possibilidade de identificação da vítima para a configuração do crime em questão. Todavia, sendo o bem jurídico tutelado a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, toda e qualquer agressão à sua dignidade, honra e moral devem ser objeto de tutela penal, independentemente de individualização da vítima, que pode, inclusive, estar representada por um desenho, uma foto montada.

Também a conduta conhecida como "*internet grooming*" está compreendida no art. 241-D, I e II. *Internet grooming* é a expressão inglesa usada para definir genericamente o processo utilizado por predadores sexuais na Internet e que vai do contacto inicial à exploração sexual de crianças e jovens. Trata-se de um processo complexo, cuidadosamente individualizado, pacientemente desenvolvido através de contactos assíduos e regulares desenvolvidos ao longo do tempo e que pode envolver a lisonja, a simpatia, a oferta de presentes, dinheiro ou supostos trabalhos de modelo, mas também a chantagem e a intimidação¹⁰.

Em estudo "*A Typology of Child Cybersexpotation and Online Grooming Practices*", a autora de Rachel O'Connell, Diretora de Pesquisa da Cyberspace Research Unit da *University of Central Lancashire*'s apresenta os Métodos de Seleção de Vítimas, descrevendo as etapas desta ação criminosa, conduta agora finalmente tipificada no Brasil¹¹.

¹⁰ Fortes, Carlos. "Crimes ligados à Pedofilia". **AMMP Notícias**, n. 33, p. 8-9.

¹¹ Disponível em: <http://image.guardian.co.uk/sys_files/Society/documents/2003/07/24/Netpaedoreport.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

Damásio de Jesus, em resposta à consulta formulada pelos Membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil, sobre a ‘Licitude ou ilicitude da conduta dos responsáveis pelos sites que estão divulgando, por intermédio da Internet, cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes’ asseverou no que tange aos aspectos civis que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adotou, em seu art. 1º, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, estendendo-se a todas as suas necessidades e direitos, no sentido do pleno desenvolvimento de sua personalidade. E o seu art. 4º expressa que ‘é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes... à dignidade e ao respeito’. Como corolário desses princípios, o art. 5º proíbe que a criança ou adolescente seja objeto de qualquer exploração, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado aos seus direitos fundamentais¹².

É sabido por todos que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao assegurar o direito da criança e do adolescente ao respeito e à dignidade (arts.17 e 18), esclarece:

Art. 17. *O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*

Art. 18. *É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.*

Continuando sua exposição no parecer ao Cert.Br, o Prof. Damásio de Jesus, no que tange aos aspectos penais dos dispositivos do ECA, asseverou:

Evidentemente a divulgação, via Internet de cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes constitui exploração e atentado contra os direitos da personalidade dos mesmos, incidindo na proibição legal.

O art. 17 do ECA dispõe sobre o direito à inviolabilidade física, psíquica e moral do objeto da tutela legal, referindo-se expressamente à preservação de sua imagem e de seus valores. Esse dispositivo não contém simples norma programática, uma vez que o art. 18 do mesmo diploma impõe a todos o dever de zelar pela dignidade dos menores contra

¹² Parecer Comitê Gestor da Internet. Disponível em: <cert.br>.

situações constrangedoras e vexatórias, significando que seus direitos são oponíveis *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Os direitos e interesses da pessoa humana, ainda que criança ou adolescente, são difusos, uma vez que transcendem a esfera individual, referindo-se a toda sociedade, que deles não pode dispor. Assim, o referido Estatuto estipula sua proteção judicial por via da ação civil pública, visando a impedir a veiculação de sites nocivos à sua imagem e personalidade via Internet, nos termos do seu art. 208, par. único, sendo o Ministério Público, dentre outras, a instituição com atribuições para a propositura judicial (art. 210, I). De observar-se que qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público, conforme o art. 220 do mencionado Estatuto, representando e apresentando elementos para sua atuação.

5 BEM JURÍDICO TUTELADO: O DESAFIO À PERSECUÇÃO PENAL

Sabemos que os bens jurídicos a serem tutelados em matéria penal são escolha de cada Estado, em cada época e, portanto, podem variar de sociedade para sociedade. Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve tratar de proteger aqueles bens jurídicos considerados mais importantes.

No que se refere aos crimes previstos nos arts. 240 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que foram alterados pela Lei 11.829, de 25.11.2008, a discussão está focada sobre qual é o bem juridicamente protegido nos crimes ali previstos. Há ainda um intenso debate sobre o tema, o que tem motivado decisões dissonantes nos Tribunais de Justiça Estaduais.

A questão que vem suscitando debates em nossos Tribunais se refere essencialmente na necessidade da individualização de uma vítima para que a conduta possa ter considerada típica, nos casos dos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B e 241-D.

A alteração legislativa, todavia, apesar de muito bem vista pelos operadores do sistema de justiça, ainda deixou a desejar quanto à amplitude da proteção. Por exemplo: o delito previsto no art. 241-D (conhecido como *grooming*) tem como sujeito passivo exclusivamente a *criança* – aquele entre 12 e 18 anos incompletos. Entretanto, a realidade demonstra que diariamente adolescentes são vítimas destes delitos, e o mais grave, não raras vezes, o *grooming* antecede o estupro de vulnerável, pelo que deveria, com mais razão, também prever no tipo penal a possibilidade do adolescente figurar como sujeito passivo. Esta previsão, inclusive, aten-

deria aos princípios de proteção integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

E as dificuldades não param por aí.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou entendimento no sentido de que para a punição de conduta prevista no art. 241 do ECA, haveria a necessidade de se identificar as vítimas, sob o argumento de que “*em cenas de pedofilia, é conditio sine qua non a identificação do titular do bem jurídico protegido, e a certeza ministrada por documento hábil da sua idade. O ECA não tem por escopo a proteção da sociedade, mas da criança e do adolescente, de per si*”.

Todavia, a Quinta Turma do STJ ao apreciar o Recurso Especial 617.221, sendo relator o Ministro Gilson Dipp, afirmou que o ECA garante, já em seu art. 1º, a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, independentemente de qualquer individualização. Citando Damásio de Jesus, o Ministro afirmou, então, que não se exige o dano individual efetivo, mas apenas o potencial, o que significa não ser necessário que haja dano real à imagem de alguma criança ou adolescente individualmente, mas apenas o dano à imagem considerada em abstrato.

Deste entendimento, podemos concluir que no caso das figuras típicas introduzidas pela Lei 11.829/2008, o bem jurídico protegido seria a proteção aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, à luz das disposições constitucionais vigentes sobre esta categoria de sujeitos de direitos.

Consoante já manifestado pelo Grupo de Procuradores da República que editaram o Manual Investigação aos Crimes de Informática:

*A objetividade jurídica do tipo do art. 241 é a integridade física, a liberdade sexual, a dignidade e a honra da criança ou adolescente. Entendemos que o crime é de perigo, havendo, portanto, a incidência do delito, ainda quando não se saiba a identidade da criança ou do jovem retratado*¹³.

Assim é que não se exige o dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesado. O tipo se comenta com o dano à imagem abstratamente considerada.

¹³ Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/TAC/Manual_de_Crimes_de_Inform%C3%A1tica_-_vers%C3%A3o_final2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

Questão igualmente controversa é a aquela que envolve a conceituação do que seria “cena de sexo explícito ou pornográfica” a que se referem os tipos dos art. 240 e ss. do ECA. Consoante prevê o art. 241-E do ECA, “para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão cena de sexo explícito ou pornográfica compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Entretanto, é sabido que nas redes sociais e em muitos dispositivos de armazenamento, são encontrados pelos investigadores foto de crianças em poses sensuais, eróticas, que, entretanto, não deixam a mostra a sua genitália.

Sobre o tema e sempre tendo em vista o entendimento de que o bem jurídico tutelado nestes crimes é a integridade física, a liberdade sexual, a dignidade e a honra da criança ou adolescente, direitos tidos como fundamentais por nossa Constituição, manifestou-se o Ministério Público do Estado de Pernambuco, no julgamento do H.C. 189846-8 STJ 138997/PE, *verbis*:

A meu sentir, a melhor interpretação que se pode dar ao dispositivo do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo à mens legis, é a de que o legislador quis se referir a “zonas erógenas”, também não condicionando a incidência do tipo aberto do art. 240 do ECA à nudez das vítimas. Assim, o tipo penal do art. 240 do ECA terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, mas também nos casos em que a nudez não é expressa, como no caso presente, em que as crianças foram fotografadas “de calcinha” e, EM POSIÇÕES QUE EVIDENCIAM A FINALIDADE SEXUAL do paciente, perfazendo, assim, o elemento subjetivo do injusto, ou 2º dolo, do tipo penal. Este 2º dolo, aliás, é o que distingue as meras “fotografias familiares” das pornográficas, já que, para que se complete o tipo penal do art. 240 do ECA, em sua combinação com o art. 241-E, do mesmo Estatuto, além do 1º dolo de fotografar ou praticar qualquer outra conduta do referido tipo misto alternativo, mister a ocorrência do 2º dolo, consistente, na finalidade sexual exigida expressamente pelo art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴.

6 CONCLUSÃO

Considerando o conceito adotado de direitos fundamentais na perspectiva dos eminentes juristas J.J. Canotilho e Antonio Augusto Can-

¹⁴ Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2019.

çado Trindade, entendemos que ficou claro que em relação aos crimes do ECA, o bem jurídico protegido como a dignidade, integridade física e toda a gama de direitos fundamentais da criança e do adolescente tem como corolário o atendimento ao seu interesse superior.

Entendemos que as decisões que têm julgado improcedente ações penais cuja tipificação está no art. 241 do ECA, onde não são localizadas vítimas, irão ser cada vez mais raras, a se firmar o entendimento de que não se deve considerar a “criança” ou “adolescente” individualmente, mas toda uma gama de direitos atribuídos constitucionalmente e pelo ECA a esta categoria de sujeitos.

A tipificação da conduta prevista agora no art. 241-C do ECA, que trata da simulação de participação de criança e adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica já é a constatação da tendência do legislativo brasileiro em privilegiar a proteção dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente de maneira abrangente. Na hipótese de consumação deste delito, não se teria uma criança ou um adolescente perfeitamente retratados para serem considerados como “vítimas” perfeitamente individualizáveis.

A proteção dos direitos fundamentais no ciberespaço, em particular, a proteção das crianças e adolescentes é tarefa de toda a sociedade. O tema merece atenção sob dos ângulos: sob a ótica da prevenção – manejando medidas protetivas, e sob a perspectiva do enfrentamento aos cibercrimes, com a propositura da ação penal pública, entendendo superada a questão do bem jurídico protegido no caso de crimes contra crianças, conforme entendimento delineado neste artigo.

Certo é que como o incremento do uso da internet, há a necessidade de que a persecução penal não se frustrate por interpretações equivocadas e circunstanciais. Importante salientar que os autores de crimes relacionados à pornografia infantil através das tecnologias têm cada dia mais sofisticado o seu modo de atuação: *live streaming*, *self-produced material*, manipulação das imagens para dificultar a investigação. Assim é que se torna necessário em um mundo virtual tão potencialmente perigoso para as crianças, seja disseminado o conhecimento sobre tema tão relevante, muitas vezes relegado a “segunda classe” em um universo de discussões infundáveis sobre questões dogmáticas, de pouca aplicação prática. A superação dos desafios impostos à investigação e à persecução penal neste tipo de crimes certamente contribuirá e muito, para a garantir os direitos fundamentais de nossas crianças no Brasil e no mundo.

7 REFERÊNCIAS

- CROZÉ, apud Ivette Senise Ferreira. **A criminalidade informática, Direito e Internet – Aspectos jurídicos relevantes**. Editora Edipro, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Atualidades criminais**. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>, .2002
- GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Ed. Impetus. 2006.
- INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Crimes na internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 80.
- LIMA DE LA LUZ, Maria. **Delitos informáticos**. México DF: Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias penales. Ed. Porrúa, 1984
- PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2006. p. 26
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos**. Caderno Jurídico Direito e Internet. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Escola Superior do Ministério Público.2002.
- SIMÕES, Vanessa F. N. Legado Informacional dos órgãos públicos. **Revista Fonte: PRODEMGE**, dez. 2012.
- _____. Vanessa F.N; Simoes, F.N Hugo. **Desafios na obtenção das provas nos crimes cibernéticos no Brasil: o caso Whatsapp**. Livro digital Governança e Regulação da Internet na América Latina, p. 377)
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

YOUTUBERS MIRINS: E QUANDO A BRINCADEIRA SE TRANSFORMA EM TRABALHO INFANTIL?

Suzéte da Silva Reis¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A proteção da infância; 3. O trabalho infantil; 4. Youtubers: brincadeira ou trabalho?; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: A linha divisória entre brincadeira e trabalho infantil é muito tênue quando se discute a atuação dos youtubers mirins. Crianças desde a mais tenra idade até adolescentes têm canais no Youtube, espaço no qual compartilham experiências com jogos, brinquedos e até mesmo fazem publicidades para determinados produtos e marcas. Para muitos, essa atividade é uma fonte de renda significativa. Para outros, é apenas diversão. A questão que se coloca é: quando a brincadeira se transforma em trabalho infantil? Para responder ao questionamento, será feita uma análise do paradigma da proteção integral. Na sequência se buscará estabelecer a distinção entre atividade artística, trabalho infantil artístico e a mera brincadeira. Ao final, serão analisadas algumas situações envolvendo youtubers mirins, com o objetivo de verificar se a situação é apenas de lazer ou se configura como trabalho infantil e, portanto, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Adolescente. Criança. Trabalho infantil. Youtubers mirins.

1 INTRODUÇÃO

A proteção à infância é assegurada por Declarações e Convenções internacionais ratificadas por boa parte dos Estados nacionais. No

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito – Área de Concentração Políticas Públicas de Inclusão Social, pela mesma Universidade. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Princípios do Direito Social do Trabalho”. Professora de Cursos de Especialização em diversas instituições de ensino superior. E-mail: sreis@unisc.br

Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção integral, determinado que família, Estado e sociedade assegurem a concretização dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

A consagração dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro provocou uma nova formatação na estrutura do Direito da Criança e do Adolescente, que passou a se orientar a partir da proteção dos direitos fundamentais, estendidos a todo e qualquer cidadão, incluindo-se as crianças e adolescentes.

A proteção integral enquanto matriz teórica que dá sustentação ao Direito da Criança e do Adolescente e dos elementos teóricos que orientam a compreensão dos valores, princípios e regras desse ramo do direito se configurou no marco para a construção do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, ensejando o atendimento prioritário de todas as crianças e adolescentes, considerando-se a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Entretanto, as violações aos direitos de crianças e adolescentes permanecem e se renovam com o passar do tempo. E o avanço das tecnologias da informação e da comunicação, de algum modo, provocam efeitos nem sempre positivos. Interessa-nos, no presente estudo, analisar a situação dos youtubers mirins.

Em uma análise mais superficial, a atuação dos youtubers mirins não se confunde com trabalho infantil. Entretanto, uma análise mais aprofundada demonstra que há riscos de que essas crianças e adolescentes, donos de canais no youtube, estejam em situação de trabalho infantil.

A situação de trabalho se caracteriza, porque restam presentes os requisitos que configuram uma situação de trabalho, especialmente a remuneração. Tanto as empresas e marcas que têm seus produtos anunciados remuneram os donos dos canais, ou seja, os youtubers mirins. Além disso, o próprio Google remunera os youtubers, de acordo com o número de seguidores e visualizações das publicações e anúncios. Verifica-se, ainda, que ocorre também a publicidade infantil, em desconformidade com as normativas que regulam o tema.

2 A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA

O reconhecimento da condição de sujeito de direito às crianças e adolescentes e a conseqüente proteção à infância marca uma nova fase de proteção à infância. A Teoria da Proteção Integral, consagrada pela Constituição Brasileira de 1988 e inspirada nas conquistas de caráter humanista, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi um marco significativo e necessário para assegurar a

observância da igualdade de tratamento a todas as crianças, sem quaisquer privilégios ou discriminação, considerando-se a sua condição peculiar de desenvolvimento. Da mesma forma, a responsabilidade compartilhada pela família, sociedade e Estado, estabelece que não é responsabilidade exclusiva de apenas uma delas, tampouco admite a possibilidade de ficar alguma delas isentas de responsabilidade (DALLARI, 2002).

A consagração da proteção integral rompe com os paradigmas menoristas que norteavam as políticas públicas até então. Historicamente a infância foi relegada a uma condição secundária e pouco valorizada. Muito lentamente, a concepção da infância foi sendo reformulada, até chegar à contemporaneidade, que trouxe consigo a compreensão de que a criança é um sujeito de direitos, dotado de habilidades, potencialidades, vulnerabilidades, fragilidades e que, em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, deve ser alvo de proteção e garantia de efetivação dos seus direitos humanos e fundamentais.

Ariès (1978) destaca a fragilidade e a desvalorização da criança como uma das principais características do período entre o século XII até a modernidade. Desde a antiguidade as mulheres e as crianças foram consideradas como seres inferiores e, portanto, não merecedores de qualquer tratamento diferenciado. Apenas na modernidade o processo de valorização da infância se inicia, quando se observa o sentimento de infância, a preocupação com a educação moral e pedagógica e a sua integração ao meio social. Entretanto, é somente no final do século XVI e durante o século XVII se percebe uma maior preocupação com a infância e com a educação das crianças, porém está mais relacionada ao comportamento e ao modelo de civilidade da época.

No Brasil, a história da infância percorre um longo caminho de desvalorização e de desrespeito.

Analisar a história da criança brasileira é dar de cara com um passado que se intui, mas que se prefere ignorar, cheio de anônimas tragédias que atravessaram a vida de milhares de meninos e meninas. O abandono de bebês, a venda de crianças escravas que eram separadas de seus pais, a vida em instituições que no melhor dos casos significavam mera sobrevivência, as violências cotidianas que não excluem os abusos sexuais, as doenças, queimaduras e fraturas que sofriram no trabalho escravo (PRIORE, 1999, p. 3)

As políticas destinadas à proteção da infância historicamente foram voltadas para a contenção, assentadas em concepções higienistas, e não destinadas para a efetiva proteção. A prática “*não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas pú-*

blicas”, (CUSTÓDIO, 2009, p. 22) com o controle estatal absoluto era a característica principal. O protagonismo do Poder Judiciário era muito evidenciado, especialmente a partir da prática de institucionalização de meninos e meninas “*pobres e destituídos das condições básicas de exercerem seus poderes políticos e terem uma vida digna, como deveria ser o direito de toda a criança*” (CUSTÓDIO, 2009, p. 22).

Apenas no final da década de 1970 a política de atendimento começa a perder força e cede lugar para a Doutrina da Situação Irregular, com a instituição do Código de Menores em 1979. No entanto, a nova doutrina não representou uma ruptura com o modelo anterior, porque continuava a se preocupar apenas com aquelas crianças e adolescentes que, a partir de uma visão estigmatizante, estariam em situação de vulnerabilidade social. No período, prevaleceu o protagonismo do Judiciário e da institucionalização de crianças e adolescentes pobres, além do controle absoluto para parte do Estado sobre as instituições.

É a partir da década de 1980 que a situação começa a ser alterada. Para Custódio (2009), o processo de transição da doutrina da Situação Irregular para a Teoria da Proteção Integral estabeleceu-se gradativamente a partir da consolidação das “*práticas e experiências ocorridas durante a década de oitenta, com ênfase no processo de elaboração da nova Constituição, que, posteriormente, seria o elemento constitutivo das bases do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil*” (CUSTÓDIO, 2009, p. 25).

A proteção integral se constitui na base teórica para o Direito da Criança e do Adolescente e está assentada em princípios, que devem ser compreendidos em toda a sua amplitude sobre o ordenamento jurídico. O Direito da Criança e do Adolescente, como sistema jurídico, exige uma leitura e uma interpretação dos textos legais a partir dos princípios que orientam esse sistema, incluindo a adoção de ações e estratégias que visem a garantia dos direitos fundamentais.

A partir de então, todas as normativas infraconstitucionais passaram a se adequar à previsão constitucional que estabeleceu a proteção integral e a prioridade absoluta, determinado, em seu art. 227, um sistema de tríplex proteção. Além da responsabilização compartilhada entre Estado, Sociedade e família, a teoria da Proteção Integral estabelece que o princípio da prioridade absoluta deve ser observado em todas as situações e deve servir de parâmetro para a adoção de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

De acordo com Lima (2001, p. 217)

O sentido e o alcance sócio-jurídico do Princípio da Prioridade Absoluta implica necessariamente o fato que crianças e adolescentes de-

verão estar sempre em primeiro lugar nas escalas de preocupações da família, da comunidade, do Poder Público e da sociedade em geral. Outra não pode ser a compreensão da ideia de responsabilidade compartilhada entre estes diversos segmentos e entes sociais, em face dos direitos fundamentais, das necessidades básicas e dos interesses infanto-juvenis que o Direito da Criança e do Adolescente contempla.

Veronese (2007) refere que por prioridade absoluta entende-se que crianças e adolescentes deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes e que as ações que envolvam o atendimento dessas prioridades não podem ser sobrepujado por outras ações. Segundo a autora, a “*vida, a saúde, o lar, a prevenção e o tratamento de doenças são mais importantes do que obras de concreto que ficam para demonstrar o poder dos governantes*” (VERONESE, 2007, p. 16).

Como decorrência da consagração da Teoria da Proteção Integral, verificou-se o desenvolvimento de política públicas voltadas para esta área, em ação conjunta com a sociedade, família e Estado, haja visto que a Teoria da Proteção Integral implica o reconhecimento da infância e da adolescência como prioridade imediata e absoluta, resguardando seus direitos fundamentais. Além disso, reconhece o princípio do melhor interesse da criança, cabendo à família garantir-lhe proteção. À sociedade incumbe o dever de intervir sempre que necessário e ser responsável para com as crianças e adolescentes. Nesse aspecto, o Ministério Público desempenha papel importante e se constitui em instrumento capaz de assegurar a efetiva garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (VERONESE, 2006).

Nesse viés, a erradicação ao trabalho infantil, em qualquer das suas formas, deve ser prioridade absoluta. Com o advento da proteção integral, de acordo com Reis (2015, p. 74) “*toda criança ou adolescente com idade inferior ao limite etário permitido pela Constituição Federal, que realiza atividade econômica ou não, estarão protegidos pelas disposições legais protetivas, incluindo-se o trabalho infantil nos meios de comunicação*”.

A adoção da proteção integral, em substituição às concepções da doutrina da situação da situação irregular, representou mais do que uma mudança de paradigma. A proteção integral, muito além de um conjunto de pressupostos fechados que se constituem em verdades absolutas, reuniu um “*conjunto de valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica que a elevou a um outro nível de base e fundamentos teóricos*” (CUSTÓDIO, 2008, p. 27-28).

Diante disso, Estado, sociedade e família tem o dever de assegurar a proteção integral, propiciando condições de formação plena das

crianças e adolescentes, com investimentos nas políticas educacionais, de saúde e de lazer. Da mesma forma, tem o dever de erradicar todas as formas de trabalho infantil, incluindo o trabalho artístico que, como veremos em seguida, é tão prejudicial ao desenvolvimento e à formação das crianças e adolescentes quanto qualquer outra forma de exploração do trabalho infantil.

3 O TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil é uma afronta aos princípios constitucionais que fundamentam o Estado Democrático, particularmente ao princípio da dignidade humana, e uma violação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. No entanto, e apesar dos instrumentos jurídico-protetivos que vedam o trabalho infantil, ele persiste.

O conceito de trabalho infantil é complexo e requer uma construção teórica multidisciplinar. A identificação precisa do conceito é fundamental para a compreensão da amplitude e dos desdobramentos da exploração do trabalho infantil. As definições imprecisas levam ao risco de redução do problema e da complexidade do mesmo, o que permite a perpetuação dessa forma de exploração do trabalho.

A vasta gama de representações sociais acerca do trabalho, bem como do limite temporal da infância, é motivada por diversos fatores culturais, sociais, políticos e econômicos e não se restringe a determinados períodos históricos específicos ou a determinadas regiões menos expostas aos processos de modernização (MADEIRA; MARTINS, NETO-MENDES, 2012).

Para fins de estabelecimento jurídico do trabalho infantil, adota-se o critério estabelecido no texto constitucional e que orienta todo o ordenamento jurídico. Considera-se trabalho infantil toda e qualquer atividade realizada por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, conforme regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 7º, inc. XXXIII da Constituição. Somente é permitido o trabalho aos que tem idade entre 14 e 16 anos na condição de aprendiz, respeitado o que disciplina a legislação específica sobre o tema, bem como o que estabelecem a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito internacional, destacam-se as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que, a partir da ratificação pelos Estados nacionais passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno, vinculando os mesmos. Essa vinculação alcança o âmbito normativo, bem como o executivo e implica na elaboração de programas e ações para atender aos dispositivos das referidas convenções.

O Brasil é signatário das Convenções n. 138 e n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam da idade mínima para admissão ao trabalho e emprego e das piores formas de trabalho infantil, respectivamente. A partir da ratificação das Convenções, os países signatários comprometem-se a adotar estratégias e ações voltadas ao atendimento do disposto pelas mesmas. Nesse caso, estabelecer limites etários mínimos para admissão ao trabalho e emprego e estabelecer as condições de realização do trabalho protegido, além de promover ações para o combate das piores formas de trabalho infantil.

Nessa perspectiva, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho se constituem em importantes instrumentos para a superação da aceitação e naturalização do trabalho infantil:

[...] as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) têm constituído um instrumento fundamental na medida em que, além de contribuírem para a desnaturalização do trabalho de crianças como forma de solidariedade intergeracional, tal como era entendido nas sociedades tradicionais, têm obrigado os Estados nacionais a tomarem posição e a intervirem activamente contra o recurso às crianças como força de trabalho. (MADEIRA; MARTINS; NETO-MENDES, 2012, p. 15)

Para a Organização Internacional do Trabalho, a preocupação com a erradicação do trabalho infantil e com a aceleração das ações de combate ao trabalho infantil justifica-se porque há um número significativo de jovens desempregados e outros tantos em situação de trabalho precário, com baixa remuneração, baixos índices de proteção social e seguridade, além de não usufruírem de outros atributos do trabalho decente.

No Brasil, várias normativas infraconstitucionais asseguram a proteção de crianças e adolescentes contra a exploração do trabalho infantil. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente no âmbito do trabalho em seus arts. 60 a 69. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto 5.452/1943) – em seu Capítulo IV, Título III, dispõe sobre as possibilidades e condições de trabalho a pessoas com idade inferior a 18 anos. O Decreto nº 6.481/2008, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil, elenca 93 atividades consideradas perigosas para pessoas com idade inferior a 18 anos. A Instrução Normativa nº 77/2009, da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego² dispõe

² A Medida Provisória 870, de 01.01.2019, reorganizou a estrutura administrativa do governo federal e extinguiu o Ministério do Trabalho.

sobre a atuação da inspeção do trabalho no combate ao trabalho infantil e na proteção do trabalhador adolescente.

Não há escassez de proteção legislativa. A carência está na falta de políticas de implementação das mesmas. Tal carência é decorrente da inobservância do princípio da proteção integral, consagrado pela Constituição Federal brasileira. E esse descaso com a proteção integral contribui para a continuidade da exploração do trabalho infantil e para a violação dos seus direitos fundamentais.

Considerando que as crianças e adolescentes encontram-se em processo especial de desenvolvimento, o trabalho precoce acarreta consequências que afetam diretamente seu desenvolvimento psicológico e físico, quando sujeitas a trabalhos que estão além das suas possibilidades estruturais, anulando a infância e comprometendo a fase adulta (VERONESE; CUSTÓDIO; 2007, p. 105-106). A não satisfação das necessidades da infância e adolescência provoca o amadurecimento precoce, alterando o equilíbrio psicológico da pessoa quando adulta.

As responsabilidades advindas do trabalho ocasionam a perda da característica do lúdico presente na infância, sendo aspecto primordial para o desenvolvimento saudável desta fase, que está diretamente ligada ao brincar (VERONESE; CUSTÓDIO; 2007, p. 110-111). Crianças que bloqueiam seus impulsos naturais passam a se auto reconhecerem como um trabalhador, um ser adulto, confundindo sua identidade, que está abafada pelas regras da atividade laboral (VERONESE; CUSTÓDIO; 2007, p. 111). Neste mesmo viés compreende Reis (2015, p. 94), quando afirma que “*brincar é de fundamental importância para o desenvolvimento social e cognitivo*”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inc. XXXIII veda, de forma expressa, o trabalho aos menores de dezesseis anos de idade, exceto na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos. O trabalho infantil artístico, incluindo o trabalho dos youtubers mirins, não atende ao requisito constitucional e, portanto, é proibido.

O trabalho artístico é um trabalho como qualquer outro e, como tal, deve ser tratado. Muitas vezes, a imprecisão acerca do trabalho infantil nos meios de comunicação acaba por contribuir para a continuidade da prática de exploração do trabalho, na medida em que o mesmo não é visto como uma forma de trabalho.

Por outro lado, nem sempre essa forma de trabalho é reconhecida como trabalho precoce e, por consequência, como uma violação de direitos. Muitas vezes, a aceitação decorre “*da condição social das crianças por pertencerem de forma dominante às classes sociais médias-altas*”.

e altas e o facto de estas atividades serem socialmente valorizadas” (MADEIRA; MARTINS, NETO-MENDES, 2012, p. 16).

É nítido o contraste no que concerne à aceitação social das diferentes formas de trabalho. Há, no censo comum, uma linha imaginária que divide as formas socialmente aceitas e as formas reprováveis de exploração econômica das crianças e adolescentes. Isso revela a necessidade de construção de um referencial teórico consistente e de um consenso acerca da nocividade do trabalho infantil e dos prejuízos decorrentes do mesmo para a vida presente e futura das crianças.

É preciso ressaltar que o trabalho infantil não se restringe ou é sinônimo de emprego. O trabalho infantil se configura “*sempre que a criança é dissociada das condições, necessidades e limites característicos da sua idade e do seu estágio de formação*” (ALMEIDA NETO, 2007, p. 12).

Mesmo não sendo remunerado, o trabalho exercido por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima para admissão ao emprego continua mantendo a condição de trabalho, pois não é a remuneração o fator determinante para a caracterização do trabalho infantil.

A utilização da terminologia trabalho infantil, pela Organização Internacional do Trabalho, parte do referencial que está associado não apenas às piores formas de exploração do trabalho, mas a realização de atividades econômicas:

Referimo-nos a crianças em atividade econômica quando as crianças se encontrem ocupadas em atividade econômica de qualquer natureza, pelo menos durante uma hora no período de referência. O termo atividade econômica inclui toda a produção comercial, bem como determinados tipos de produção não comercial (principalmente a produção de bens e serviços para uso próprio). Inclui todas as formas de trabalho em economias formais e informais, dentro ou fora do contexto familiar, o trabalho remunerado ou com fins lucrativos (em dinheiro ou em espécie, a tempo parcial ou inteiro) ou o trabalho doméstico realizado fora do próprio lar da criança, para uma entidade empregadora (com ou sem remuneração). (OIT, 2015, p. 28)

Portanto, não é a remuneração que define a situação de trabalho, mas sim a realização de uma atividade econômica, que poderá, ou não, ter finalidade lucrativa. A terminologia “crianças trabalhadoras” e “crianças em atividade econômica” são empregadas com o mesmo significado e denotam um conceito mais abrangente de trabalho infantil, na medida em que as crianças em situação de trabalho infantil constituem um subconjunto das crianças em atividades econômicas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2015).

Para Macedo e Aciole (2017, p. 8), constitui violação aos direitos humanos de crianças e adolescentes a exploração do trabalho infantil. Por serem detentoras de direitos, por serem humanas, têm dignidade e desta forma são sujeitos de direitos, e por sua condição de criança e adolescente exigem especial proteção e prioridade absoluta. Albuquerque (2003, p. 30) repudia o trabalho infantil por ser “*ofensivo ao desenvolvimento da criança, que nesta fase de vida, necessita de atividades relacionadas à educação, ao lazer, ao desenvolvimento como pessoa portadora de direitos, não como membro da sociedade produtiva do Estado*”.

Feitas essas considerações, cumpre definir o que é o trabalho infantil artístico. Destaca-se inicialmente que as imprecisões quanto a esse conceito, assim como a aceitação social, contribuem para a continuidade de sua prática.

Ocorre a incidência dessa atividade principalmente em programas de televisão e na publicidade. Nessa seara, é regra o incentivo e interesse dos pais que representa, seja pelas possibilidades econômicas que propicia. Por isso não tem sido rara a participação ou omissão dos pais em situações de trabalho artístico que caracterizam abuso e desrespeito. (MEDEIROS NETO; MARQUES, 2013, p. 14)

Importa destacar que nos meios de comunicação, e aqui se incluem os canais do youtube, o trabalho infantil adquire contornos bastante preocupantes, em razão da invisibilidade do mesmo, que é decorrência da aceitação social ou do não reconhecimento dessa atividade como sendo trabalho. Por outro lado, a falta de dados que indicam o número de crianças e de adolescentes que trabalham nessa atividade, implica na dificuldade de elaboração de estratégias de ação e de políticas públicas para o seu enfrentamento.

Apesar da proteção assegurada à crianças e adolescentes e a atribuição de responsabilidade à família, sociedade e estado pela garantia dos direitos fundamentais, a naturalização com que o trabalho infantil é tratado tanto pela sociedade quanto pelos poderes públicos, em muitos casos, contribui para a reprodução das práticas de exploração da mão de obra infantil e a naturalização dessa forma de trabalho. A aceitação e o consentimento social, assentados em mitos que perpetuam a violação dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, são fatores determinantes para a erradicação do trabalho infantil. Não se desconsidera, porém, os impactos que os fatores econômicos possuem para a conformação do cenário de exploração do trabalho infantil, no Brasil e no mundo.

A permissividade da sociedade e, até mesmo, a concepção fortemente arraigada no seio social de que o trabalho não representa nenhu-

ma ameaça ou violação de direito, precisa ser superada, sob pena de comprometimento dos direitos e garantias alcançados com a consagração da proteção integral.

O trabalho infantil artístico tem como causas fundantes os mitos que circundam o trabalho infantil, tais como trabalhar não mata ninguém, é melhor trabalhar do que roubar, é melhor trabalhar do que andar nas ruas, é desde cedo que se aprende a trabalhar, dentre outros. Tais crenças revelam a concepção de que o trabalho é condição essencial para a vida futura de crianças e de adolescentes, esquecendo-se das consequências da inserção precoce no mercado de trabalho.

No âmbito artístico, a permissividade é ainda maior. O glamour que geralmente está associado ao trabalho na indústria do entretenimento, afasta a ideia de trabalho e as consequências do mesmo, dentre elas o desgaste físico, o amadurecimento precoce, os déficits educacionais e os prejuízos sociais e familiares. Além do glamour, está a perspectiva do sucesso e da fama. Mais grave ainda é que as expectativas dos pais e responsáveis contribuem significativamente para a continuidade dessa prática, quando, na verdade e por determinação legal deveriam assegurar a proteção contra toda e qualquer forma de proteção, assegurando a vivência plena da infância e a efetivação dos direitos fundamentais.

Para Cavalcante (2011, p. 47), a tolerância para com o trabalho infantil artístico decorre de opções que são feitas a partir da ideia de sucesso e realização profissional:

Tais opções não sei feitas por acaso; não é a vida do cientista ou do artista plástico que é repetidamente exposta em revistas populares e na própria mídia televisiva, mas sim a vida deslumbrante, e bem remunerada da atriz, modelo, cantor ou jogador, que é tomada como único ideal de futuro bem-sucedido para crianças e adolescentes, bem como por seus pais.

A hipervalorização da mídia, acompanhada da exposição nos mais diversos meios de comunicação, é encarada de maneira positiva, pois valoriza as pessoas que auferem fama e sucesso. Em decorrência, aceita-se, e acredita-se, que o trabalho artístico de crianças e de adolescentes só pode trazer-lhes benefícios, propiciando a ascensão social, própria e da sua família (GODOY, 2009).

O apelo comercial, com a utilização de crianças e adolescentes protagonizando a venda de inúmeros produtos ou serviços; o deslumbramento dos pais ao verem seus filhos serem reconhecidos e terem inúmeros fãs e seguidores; a concepção de que a atividade nos meios de comunicação é lúdica; a falsa ideia de que produzir e postar vídeos nos canais

de youtube, assim como trabalhar em novelas, seriados e afins, não traz nenhum prejuízo porque é apenas um passatempo, são algumas das (falsas) premissas que sustentam e defendem o trabalho infantil artístico.

Ocorre que o trabalho nos meios de comunicação é um trabalho como outro qualquer. A tentativa de lhe conferir um caráter lúdico tem por objetivo desviar a atenção daquilo que de fato realmente é: uma situação de trabalho. Da mesma forma, alegar que o trabalho é educativo, ou pedagógico, está ainda mais distante da realidade. Os pressupostos da aprendizagem não são condizentes com as atividades desenvolvidas nos meios de comunicação, seja a publicidade, sejam os programas de entretenimento. É o caso dos youtubers mirins, que será analisado a seguir.

4 YOUTUBERS: BRINCADEIRA OU TRABALHO?

Paralelamente aos avanços da tecnologia e ao uso cada vez mais constante de tablets, smartphones e outros dispositivos, uma nova forma de trabalho infantil vem se configurando. Crianças e adolescentes gravam vídeos periódicos em seus canais no youtube e são remunerados pelos fabricantes dos produtos que anunciam em seus vídeos. A prática consiste na divulgação de produtos, como roupas, jogos, calçados, dentre outros. Para tanto, o youtuber desempacota o produto, relatando as características do mesmo e as vantagens de se ter um igual. Em algumas situações inclusive divulga um código que confere desconto para quem quiser adquirir um item igual.

Além disso, o Google também remunera de acordo com a audiência e a inserção dos anúncios publicitários.

Essa situação, além da superexposição e do incentivo ao consumo, configura o trabalho infantil. Crianças e adolescentes que trabalham em canais do Youtube demanda bastante tempo nessa atividade e conseqüentemente, reduzem o tempo de estudo, convivência familiar, esportes e lazer, por exemplo. Alguns youtubers possuem milhares de seguidores, e essa superexposição pode resultar em assédio, ameaças e bullying. Outro fator negativo é o excesso de cobrança por perfeição, que pode ter um efeito devastadora na sua autoestima. Do mesmo modo, a dificuldade em lidar com o fim da fama ou com a perda do anonimato³.

O trabalho requer dedicação e responsabilidade. Não é diferente com o trabalho artístico. Normalmente, por mais espontâneo que possa

³ FNPETI. **Os riscos do youtube para crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/noticia/1878-os-riscos-do-youtube-para-criancas-e-adolescentes.html>>. Acesso em 30 abr. 2019.

parecer um vídeo postado em um canal do youtube, a produção do mesmo requer preparação, que pode envolver um tempo considerável. O esforço para a produção não é visto por quem vê o produto final e, o trabalho artístico infantil requer ainda mais esforço, uma vez que quem o realiza é mais frágil (MACEDO; ACIOLE, 2017, p. 9).

E a preocupação se justifica. Cada vez mais crianças e adolescentes têm acesso e a utilizam com frequência. A pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, revelou dados muito interessantes: em 2016, cerca de oito em cada dez crianças e adolescentes com idades entre 9 e 17 anos são usuários de internet, o que corresponde a 24,3 milhões e representa 82% as crianças e adolescentes do país. Na faixa etária de 11 a 17 anos, 69% tiveram contato com conteúdos mercadológicos e 62% foram expostos a propagandas ou publicidade em redes sociais, sendo que mais de 40% tiveram contato com propaganda ou publicidade não apropriada para a sua idade (PESQUISA TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2018).

Outro dado relevante diz respeito às atividades que são desenvolvidas: enviar mensagens instantâneas (79%), assistir a vídeos *on-line* (77%), ouvir música na Internet (75%) e usar redes sociais (73%). O estudo aponta que no ano de 2017 40% das crianças e adolescentes conectados usaram a Internet para conversar com pessoas de outras cidades, países e culturas, 36% delas participaram de páginas ou grupos sobre assuntos de interesse, 28% buscaram informações sobre saúde e 22% sobre o que acontece na sua comunidade, 12% das crianças e adolescentes conectados conversaram na Internet sobre política ou problemas da cidade ou país e 4% participaram de campanhas ou protestos na rede (PESQUISA TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2018, p. 26).

Os indicadores apontam também para o crescimento no consumo de notícias on-line por crianças de 9 a 17 anos: 51% leram ou assistiram a notícias pela Internet; 76% utilizaram a internet para trabalhos escolares e 64% por curiosidade ou vontade própria (PESQUISA TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2018, p. 26).

A pesquisa também investigou os riscos a que crianças e adolescentes estão expostos na rede: 39% dos usuários de 9 a 17 anos declararam ter visto formas de discriminação na Internet no último ano. Em relação a conteúdos sensíveis, diferenças de gênero são observadas: a menção a conteúdo de discriminação é maior entre as meninas do que entre meninos, com 46% e 32%, respectivamente. Entre as principais formas de discriminação estão: cor ou raça (26%), aparência física (16%) e preferências sexuais (14%), além de temas como formas de emagrecer (PESQUISA TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2018, p. 26).

Por ser um tema relativamente novo, ainda restam algumas controvérsias acerca dos youtubers mirins e há poucos dados disponíveis. Mas algumas pesquisas têm sido feitas e os dados revelam um crescimento da atividade. Um estudo realizado em 2016, intitulado “Geração Youtube – um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças de 0 a 12 anos” revelou um aumento de 110 canais em 2015 para 230 em 2016. Nesse ano, 2016, os canais voltados para crianças e adolescentes alcançaram 50 bilhões de visualizações apenas no Brasil, enquanto no ano anterior foram 20 bilhões. Mas o dado mais revelador diz respeito ao incremento de 564% nos canais dos youtubers mirins⁴.

Outros números são significativos e preocupantes. Dentre os canais mapeados, 58 eram de jogos (como Minecraft, vlogs de games e entretenimento e gameplays); 35 canais eram destinados à programação de TV, desenhos e novela infantil; 35 canais eram de desenho e musicais infantis; 26 canais destinavam-se à propaganda de brinquedos, unboxing, vídeos de massinha e de brincadeiras; 61 canais eram de youtubers mirins; 14 de youtubers teens; e apenas 1 era educativo. A pesquisa também revelou que entre os 100 canais de maior audiência no Brasil, 48 deles abordavam conteúdo direcionado ou consumido por crianças de até 12 anos de idade (CORREA, 2016).

A dificuldade em mapear o número de crianças e de adolescentes danos de canais no youtube é grande, pois não há indicativos ou estatísticas. Até mesmo porque as políticas de privacidade das redes sociais estabelecem idades mínimas para criação de contas. No youtube a idade mínima é 18 anos.

Além da situação de trabalho infantil, há a questão da publicidade que, em alguns casos, sequer é apropriada à idade. Os youtubers trabalham e divulgam marcas e produtos. Por possuírem milhares de seguidores, acabam se transformando também em influenciadores. Com isso, o que divulgam os produtos que apresentam, que usam, vestem, consomem. Muitas marcas “doam” roupas, calçados e outros produtos para que os influenciadores digitais usem nos seus vídeos.

A prática mais comum é a categoria unboxing, que significa tirar da caixa, e é também a que mais cresce, alcançando 975% de expansão em apenas um ano.

⁴ CORREA, Luciana. **Geração Youtube** – um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças de 0 a 12 anos. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Media-Lab_Luciana_Correa_2016.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

[...] em 2017, a prática do unboxing ganhou visibilidade com a presença dos denominados youtubers mirins, ou “embaixadores” das marcas. A prática de abrir os brinquedos e fazer reviews ou avaliações de produtos vem ganhando espaço entre os youtubers mirins e se confunde com os demais conteúdos produzidos por crianças na plataforma, como novelinhas, brincadeiras e ações cotidianas. A mesma prática de abrir presentes, ou reviews de produtos, como os da categoria unboxing, já representa mais de 19 bilhões de views produzidos por youtubers mirins no YouTube Brasil (CORREA, 2018, p. 45).

A propaganda ou publicidade veiculada nos vídeos produzidos por crianças e adolescentes viola, além da vedação ao trabalho infantil, as normativas sobre publicidade. A Resolução n. 163/2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança dispõe sobre a abusividade⁵ do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica⁶ à criança e ao adolescente.

A preocupação é tamanha que em 2016 o Ministério Público Federal de Minas Gerais ingressou com Ação Civil Pública⁷ contra a União e contra a Google Brasil Internet Limitada, requerendo que a Google seja obrigada a disponibilizar aviso, na página inicial do youtube ou nos vídeos postados na plataforma, de que é proibido veicular merchandising ou propaganda, protagonizados ou destinados à crianças.

Para além da questão da publicidade, resta claro que se trata de trabalho infantil a atuação dos youtubers mirins e não de mera brincadeira ou atividade lúdica. Dentre os fundamentos da referida ação, o Ministério Público Federal alega que tem se tornado frequente a exibição de vídeos protagonizados por crianças de até 12 anos de idade, tanto para publicidade de produtos e serviços destinados ao mercado infantil. Alegam que

⁵ O art. 2º da Resolução 163/2014 dispõe: Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II – trilha sonora de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V – personagens ou apresentadores infantis; VI – desenho animado ou de animação; VII – bonecos ou similares; VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

⁶ O § 1º do art. 1º da Resolução 163/2014 define que: Por ‘comunicação mercadológica’ entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

⁷ Ação Civil Pública 54856-33.2016.4.01.3800, ajuizada na 10ª Vara Federal de Belo Horizonte, MG.

quando os vídeos alcançam grande número de visualizações, os youtubers mirins tornam-se personalidades e, com isso, acabam atraindo a atenção do mercado, que as faz atuar como promotoras de vendas.

Mais recentemente, em janeiro de 2019, o Ministério Público de São Paulo também ingressou com uma Ação Civil Pública contra a Google pedindo que fossem retirados do ar vídeos de youtubers mirins, por entender que os mesmos fazem propaganda velada para crianças, tendo em vista que as empresas enviaram brinquedos e outros produtos para que os youtubers fizessem vídeos mostrando os produtos e assim atuando como verdadeiros promotores de vendas. Na ação, foram citados sete canais de youtubers mirins que totalizam quase 14 milhões de seguidores, num total de 105 vídeos.⁸

Novamente resta claro a ocorrência de trabalho infantil. Para produzirem os vídeos e postarem em seus canais, as crianças recebem uma contrapartida: ou em espécie ou as próprias mercadorias que divulga. Uma notícia divulgada no final de 2018 dá a exata dimensão da atuação dos youtubers mirins e da situação de trabalho infantil a que estão expostos: o youtuber Ryan, de 7 anos, dono do canal Ryan ToysReview, ganhou US\$ 22 milhões em 2018. O canal foi criado por seus pais em março de 2015 e os vídeos já tiveram cerca de 26 bilhões de visualizações e ganharam 17,3 milhões de seguidores. Por ser criança, 15% do que ganha vai para uma conta poupança, que poderá acessar aos 18 anos. Além dele, suas irmãs gêmeas também participam de alguns vídeos. Num rápida análise, verifica-se que a atividade é vantajosa para toda a família. Todavia, pelo número de vídeos (quase todos os dias um vídeo é postado no canal) e pela superexposição que sofre, os prejuízos ao seu desenvolvimento e infância podem ser irreversíveis.

No Brasil, cresce de forma exponencial o número de canais de youtubers mirins. Basta uma simples pesquisa na internet e nos deparamos com números muito significativos, que movimentam muitos reais. Dentre os youtubers mais populares estão: Planeta das Gêmeas, com 9,5 milhões de inscritos, as gêmeas Larissa e Nicole alçaram o sucesso e já lançaram um livro, abriram uma loja online e uma loja física de moda infantil; Bela Bagunça, com de 8,3 milhões de inscritos e 1 bilhão e 700 milhões de visualizações; Juliana Baltar, de 11 anos, com 8 milhões de

⁸ Os canais citados na ação são: Julia Silva (25 vídeos), Felipe Calixto (24), Vida de Amy (dez), Canal Duda MH (dez) Manoela Antelo (nove), Gabriela Saraivah (quatro) e Marina Bombonato (23). O conteúdo dos vídeos mostra os protagonistas dos canais apresentando brinquedos de empresas como a Matel, além da rede de lanchonetes McDonald's, além do canal de TV a cabo Cartoon Network.

inscritos; Fran Nina e Bel para meninas, com 6,7 milhões de inscritos, onde mãe e filha atuam juntas; Isaac do Vine, de 8 anos, com 5,9 milhões de inscritos e 1,9 milhões de seguidores no Instagram, alçou a fama e já foi convidado para participar do programa “Vai que cola; Julia Silva, de 13 anos, com 4,2 milhões de seguidores; Crescendo com Luluca, de 9 anos e 4,3 milhões de inscritos; Canal da Lelê, de 10 anos, com mais de 4 milhões de inscritos e muitos outros.

Como se vê, o número de inscritos é expressivo, assim como os valores que são movimentados, pois o youtube paga em dólares de acordo com as visualizações do vídeo (os valores variam de US\$ 0,60 a US\$ 5 a cada 1.000 *views*). Além do pagamento feito diretamente pelo youtube, há o pagamento, em dinheiro ou produtos, feito diretamente pelas empresas.

A partir da simples análise dos dados acima, pode-se constatar que os youtubers mirins estão em situação de trabalho infantil, com o aval e o incentivo dos pais ou responsáveis, contrariando todos os dispositivos legais que asseguram a proteção integral às crianças e adolescentes.

5 CONCLUSÃO

Com a adoção da teoria da proteção integral, resultado de uma opção política e jurídica que resultou na concretização de um direito embasado na concepção de democracia, ocorreu o reordenamento jurídico, político e institucional com o estabelecimento de novas competências aos responsáveis pela consecução dos direitos das crianças e adolescentes.

A constituição de um ramo autônomo e especializado, não mais vinculado ao Direito de Família ou ao Direito Penal, trouxe inúmeras mudanças legislativas e sociais. O art. 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a partir daí o atendimento das necessidades e interesses das crianças e adolescente se dará com absoluta prioridade, vinculando família, Estado e sociedade na garantia desse direito.

Nessa perspectiva, o trabalho infantil é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, por violar os dispositivos legais e principiológicos que sustentam o direito da criança e do adolescente. A naturalização com que o mesmo é tratado tanto pela sociedade quanto pelos poderes públicos, contribui para a reprodução das práticas de exploração da mão de obra infantil. A aceitação e o consentimento social, assentados em mitos que perpetuam a violação dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes e que devem ser superados, são fatores determinantes para a erradicação do trabalho infantil.

O trabalho infantil é extremamente pernicioso e prejudicial, em qualquer das suas formas, pois subtrai parte da infância e compromete a formação integral de crianças e adolescentes. No que diz respeito aos youtubers mirins, a situação necessita ser avaliada e sopesada, à luz do princípio da proteção integral e dos preceitos contidos nos diplomas de proteção aos direitos humanos.

Os avanços tecnológicos e o acesso à internet contribuem para o aumento exponencial de crianças e adolescentes em situação de trabalho. Os indicadores apontam para um crescimento acelerado de crianças de até 12 anos de idade que são donas de canais no youtube, onde produzem e postam vídeos. Na grande maioria das vezes, os vídeos contêm inclusive publicidade infantil, que também é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Há, ainda, o fator remuneração, que está nitidamente presente. Os youtubers são remunerados pelo próprio youtube, de acordo com o número de visualizações dos vídeos. Os valores são calculados em dólares e podem representar uma renda muito significativa para a criança e para a sua família. Além disso, a remuneração também ocorre por parte das empresas que tem os seus produtos divulgados nos canais dos youtubers mirins. Muitas vezes, são oferecidos brinquedos, calçados, roupas ou outros produtos para que a criança faça a publicidade do mesmo. A prática mais comum é o unboxing, quando o produto é tirado da caixa e “espontaneamente” a criança vai falando das suas características.

Normalmente, os produtos apresentados pelos youtubers costumam ter um incremento nas vendas. Com isso, além da remuneração maior do youtube e também da Google, aumenta a remuneração por parte do fabricante do produto.

Essa situação evidencia o trabalho infantil, no qual a criança ou mesmo adolescente ocupa uma parte considerável do seu tempo para produzir os vídeos, escolher os produtos, reunir-se com os fornecedores, firmar contratos, dentre tantas outras atividades que caracterizam a exploração de uma atividade econômica, que é terminantemente vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho infantil, em qualquer das suas formas, apresenta consequências graves decorrentes da exposição precoce e do sucesso midiático, da extensa jornada e das condições de trabalho, da privação do convívio familiar, com colegas e amigos da mesma faixa etária, o que impõe uma série de limitações à infância e a adolescência.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho infantil e direitos humanos da criança**. Recife: UFPE, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

ALMEIDA NETO, H. de. **Trabalho infantil na terceira Revolução Industrial**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

ARIÈS, Phillippe. **História social da infância e da família**. Tradução de D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011.

CORREA, Luciana. **Geração Youtube** – um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças de 0 a 12 anos. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Media-Lab_Luciana_Correa_2016.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Influenciadores mirins no youtube Brasil e o impacto mercadológico. *In: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2017* [livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018, p. 41-48. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_kids_online_2017_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

_____. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação**. Florianópolis: UFSC, 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia*. (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FNPETI. **Os riscos do youtube para crianças e adolescentes**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/noticia/1878-os-riscos-do-youtube-para-criancas-e-adolescentes.html>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACEDO, Adriana Gomes Medeiros de; ACIOLE, Tereza Joziene Alves da Costa. **Trabalho infantil em atividades artísticas: direitos humanos violados?**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf43a9e6874c5afb>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MADEIRA, Rosa; MARTINS, António; NETO-MENDES, António. **Trabalho infantil: representações e consentimento social**. Lisboa: Legis, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Informe mundial sobre el trabajo infantil** – Allonar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes. Resumen Ejecutivo. 2015. v. 2.

PESQUISA SOBRE O USO DA INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: TIC kids online Brasil 2017 [livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_kids_online_2017_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 29 abril. 2019.

PRIORI, Mary Del. (Org.). **História das crianças no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____.; LUZ, Valdemar P. da. **Direito da criança e do adolescente**: v. 5; Valdemar P. Da Luz (Coord.). Florianópolis: AOB/SC, 2006.

_____.; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil**: a negação de ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis, SC: OAB/SC, 2007.

_____.; VIEIRA, Cleverton Elias. **Limites na educação** – sob a perspectiva da doutrina da proteção integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA MEDIAÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS FAMILIARES NO BRASIL

Fabiana Marion Spengler¹ / Márcio Dutra da Costa²

Sumário: 1. Introdução; 2. O conflito e seu tratamento; 3. A mediação digital; 4. A participação de crianças e adolescentes durante a mediação digital de conflitos familiares; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: O presente artigo possui como tema a participação de crianças e adolescentes durante o procedimento de mediação digital de conflitos de natureza familiar. O objetivo do artigo é investigar a possibilidade da participação de crianças e adolescentes durante tal espécie de mediação. O problema de pesquisa é: crianças e adolescentes podem participar da mediação digital de conflitos familiares? O

¹ Bolsista de Produtividade em Pesquisa (Pq2) do CNPq. Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa CAPES. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS. Docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC. Líder do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos", vinculado ao CNPq. Coordenadora e mediadora do projeto de extensão "A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos" financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do projeto de pesquisa "O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais" coordenado pela autora e financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS, Edital 02/2017 - PqG – Pesquisador Gaúcho. Autora de diversos livros e artigos científicos. E-mail: fabiana@unisc.br.

² Procurador do Trabalho. Doutorando em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Mestre pela UNISC. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP – Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-MS. Graduado em Odontologia e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS. Integrante do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos", vinculado ao CNPq. E-mail: marciodc@hotmail.com.

método de abordagem adotado é o dedutivo, e o método de procedimento utilizado é o monográfico. A hipótese principal responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo. A conclusão é a de que a referida participação é possível, contanto que o mediador observe uma série de cautelas decorrentes da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes. Conflitos familiares. Mediação digital. Métodos eletrônicos de tratamento de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

O conflito é um fenômeno frequente na sociedade e, uma vez constatada a sua ocorrência, deve receber um adequado tratamento, a fim de prevenir atos violentos.

Dentre as variadas espécies de conflito existentes, são comuns os de natureza familiar, tais como os casos de separação e divórcio de casais, os quais muitas vezes envolvem os interesses de crianças e adolescentes.

Um dos principais métodos de tratamento de conflitos familiares é a mediação, a qual, em decorrência do desenvolvimento da tecnologia na sociedade contemporânea, marcada pelo fenômeno da cibercultura, não é mais realizada apenas de forma presencial, podendo ser desenvolvida por meio eletrônico (a chamada “mediação digital”).

O instituto da mediação digital é relativamente recente, havendo ainda muitas dúvidas sobre o alcance e as limitações de tal método.

A partir desse contexto, a indagação que se pretende responder no presente artigo é: crianças e adolescentes podem participar da mediação digital de conflitos familiares? A hipótese principal responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo, desde que seja observada uma série de cautelas.

O objetivo desta pesquisa é o de investigar se é possível a participação de crianças e adolescentes durante a mediação digital de conflitos familiares. O método de abordagem é o dedutivo, o qual parte da relação entre argumentos gerais – denominados premissas – e argumentos particulares, até chegar à conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir da leitura de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

No desenvolvimento do artigo, o primeiro capítulo aborda aspectos gerais atinentes ao conflito, bem como a classificação dos métodos utilizados para o seu tratamento.

No segundo capítulo, estuda-se o instituto da mediação, em especial daquela que se desenvolve por meios eletrônicos (a chamada “mediação digital”), resultado da influência da cibercultura sobre o âmbito jurídico.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a participação de crianças e adolescentes durante a mediação digital de conflitos familiares, enfatizando-se as cautelas que devem ser adotadas durante o procedimento, ante a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento daqueles.

2 O CONFLITO E SEU TRATAMENTO

O substantivo “conflito” deriva etimologicamente do latim *con-flictus*, particípio passado do verbo *confligere*, o qual significa “bater junto, estar em desavença” (ORIGEM DA PALAVRA, 2019).

Na Sociologia, o conflito é assim definido:

*Il conflitto consiste nello scontro o nell'urto intenzionale tra due esseri o gruppi della stessa specie che manifestano un'intenzione ostile l'uno nei confronti dell'altro, generalmente a proposito di un diritto, e che per mantenere, affermare o ristabilire quel diritto cercano di infrangere la resistenza dell'altro, eventualmente con il ricorso alla violenza, la quale può in certi casi tendere all'annientamento fisico dell'altro*³ (FREUND, 1995, p. 156).

O conflito é uma forma social que permite efetuar elaborações evolutivas e retroativas no que diz respeito a instituições, estruturas e interações sociais, formando um espaço em que o confronto é um ato de reconhecimento e gerando, ao mesmo tempo, uma transformação das relações (SPENGLER, 2016, p. 114).

Não obstante o conflito seja uma divergência que fragmenta o equilíbrio e a harmonia regulares da sociedade, ele é um fenômeno inevitável e salutar, o qual possui a capacidade de evitar que aquela permaneça estática; por essa razão, não pode ser visto apenas como uma patologia social (SPENGLER, 2016, p. 111-112).

Constatada a presença de um conflito jurídico, exsurge a imposição de se efetuar o seu oportuno tratamento, sob pena de a agressividade poder converter-se em violência entre os contendores.

Não obstante a maioria dos doutrinadores empregue os vocábulos “solução” ou “resolução” de conflitos, prefere-se adotar o substantivo “tratamento”, mormente nas situações que envolvem relações familiares, em que é frequente haver interesses de crianças e adolescentes:

³ O conflito consiste no choque ou na colisão intencional entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam uma intenção hostil um ao outro, geralmente com relação a um direito, e que, para manter, afirmar ou restaurar esse direito, tentam romper a resistência do outro, eventualmente recorrendo à violência, que pode, em alguns casos, tender à aniquilação física do outro. (FREUND, 1995, p. 156, tradução nossa).

Muito se fala em solução (ou resolução) do conflito. Em realidade, porém, nem sempre é possível que ele seja resolvido (no sentido de ser extinto) por um ato isolado; muitas vezes o impasse tem fases e só é efetivamente superado após uma série de experiências vividas ao longo do tempo pelos envolvidos. Sobreleva aqui a já mencionada noção de “transformação do conflito”.

Ademais, em algumas circunstâncias os envolvidos sequer desejam encerrar totalmente a relação, mas apenas compor uma específica situação controvertida; como exemplo, considere o caso de uma relação contínua em que as partes querem (ou necessitam) manter o contrato por serem empresas parceiras. Em outras situações, ainda que quisessem, as partes não poderiam encerrar de vez seu vínculo por terem ligações permanentes (p. ex., por força de parentesco). (TARTUCE, 2018, p. 18).

Os métodos de tratamento de conflitos costumam ser classificados pela doutrina de duas formas: autocompositivos ou heterocompositivos, e adversariais ou não adversariais (ARLÉ, 2016, p. 134-144).

Se a decisão for tomada por um terceiro (como nos casos da arbitragem e da jurisdição), o método será heterocompositivo; se for tomada pelos próprios conflitantes (como na autotutela, na conciliação, na mediação e na negociação), será autocompositivo.

Caso haja enfrentamento das partes – como ocorre na arbitragem, na autotutela e na jurisdição, em que predomina a lógica do “ganha-perde” –, o método será adversarial; do contrário, se as partes almejarem um resultado satisfatório para todas (adotando a ideia do “ganha-ganha”), será não adversarial, como se dá na conciliação, na mediação e na negociação.

No próximo capítulo, abordar-se-á o instituto da mediação, enfatizando-se a sua realização por meios eletrônicos, a chamada “mediação digital”.

3 A MEDIAÇÃO DIGITAL

Dentre os métodos autocompositivos e não adversariais de tratamento de conflitos, destaca-se a mediação.

A etimologia do vocábulo “mediação” remonta aos termos “centro”, “meio”, “equilíbrio”, referindo-se a alguém que está entre duas partes, e não acima delas (SPENGLER, 2019, p. 53).

Warat (2004, p. 60) entende que a mediação possui um caráter transformador do conflito, porquanto a decisão não será tomada por um terceiro, mas pelas próprias partes, com o auxílio do mediador. Assim, a mediação “é um processo assistido não adversarial (o adversarial como concepção jurídica do conflito) de administração de conflitos” (WARAT, 2004, p. 62).

Recomenda-se a utilização da mediação para tratar conflitos que possuem uma especial complexidade, sendo considerado o método de maior eficácia nas situações em que o fator legal é secundário, ou seja, quando há outros elementos extralegais que podem influenciar na disputa (MUÑOZ, 2018, p. 75). É o típico caso dos conflitos familiares, em que a mediação visa a atribuir aos envolvidos autonomia e responsabilização por suas decisões, conduzindo-os à reflexão e aumentando o seu leque de opções (SPENGLER, 2019, p. 40).

O sentido da mediação e o papel do mediador são assim abordados pela doutrina:

La mediación es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial; o, dicho en otras palabras, es una institución orientada a suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo. El buen mediador no es, en realidad, un mero partidario de los acuerdos; no es alguien que cree que un mal acuerdo es mejor que un no-acuerdo. El papel del mediador consiste en ayudar a debatir de manera solvente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como forma de resolver el problema en el que dos o más sujetos se hallan involucrados. Un mediador fracasa no cuando las partes no alcanzan un acuerdo, sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada⁴. (REGLA, 2015, p. 105).

No Brasil, um importante marco para a mediação foi estabelecido em 29.11.2010, data em que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (conforme o art. 103-B, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988) – editou a Resolução 125, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

⁴ A mediação é uma instituição orientada para garantir que as partes protagonizem um bom debate negocial; ou, em outras palavras, é uma instituição orientada a suprir os déficits de racionalidade das partes que as impedem de debater corretamente as possibilidades de alcançar um acordo. O bom mediador não é, na verdade, um simples defensor dos acordos; não é alguém que acredita que um mau acordo é melhor que um não acordo. O papel do mediador é ajudar a discutir de forma solvente as possibilidades de alcançar um acordo como forma de resolver o problema em que dois ou mais sujeitos estão envolvidos. Um mediador fracassa não quando as partes não chegam a um acordo, mas quando não consegue fazer com que as partes debatam de maneira satisfatória as possibilidades de uma solução acordada. (REGLA, 2015, p. 105, tradução nossa).

Outros passos relevantes foram dados no ano de 2015. A Lei 13.105, de 16 de março, aprovou um novo Código de Processo Civil (em substituição ao antigo, instituído em 1973), cujo art. 2º, § 3º, dispõe que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.

No mesmo ano, em 26 de junho, foi aprovada a Lei 13.140, considerada o “Marco Legal da Mediação”, disciplinando a utilização desse método para o tratamento de controvérsias entre particulares e para a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O parágrafo único do art. 1º dessa lei define a mediação como “*a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”.

Por via de regra, a mediação é feita de forma presencial, comparecendo à sessão o mediador e as partes, denominadas “mediandas”. Todavia, não há como ignorar que vivemos em uma sociedade marcada pelo fenômeno da cibercultura, conceituada por Lévy (2000, p. 17) como o “*conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço*”.

Na revolução tecnológica que se processa na atualidade, a sociedade em rede modifica qualitativamente a experiência da humanidade, caracterizando uma nova era (CASTELLS, 2005, p. 573).

Na esteira dessa revolução, surgiram os métodos eletrônicos de tratamento de conflitos, conhecidos no idioma inglês pela sigla *ODR* (*online dispute resolution*). As primeiras experiências foram utilizadas para dirimir contendas entre consumidores e *sites* de comércio eletrônico (CONFORTI, 2014).

Os métodos eletrônicos de tratamento de conflitos têm como vantagens a flexibilidade, a confidencialidade, o baixo custo para os participantes (tanto de processo quanto de logística), a conveniência (pois não há a necessidade de deslocamento das partes), a velocidade, a criação de um senso de justiça para o cidadão comum, o aumento da reputação do negócio e a possibilidade de serem vinculativos e de se realizar uma pesquisa prévia (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016, p. 163-164).

Por outro lado, suas desvantagens envolvem a falta de conhecimento e de acesso à tecnologia por algumas pessoas, a ausência de contato físico entre as partes, algumas limitações relacionadas à capacidade de comunicação dos participantes, a possibilidade de o método não ser vinculante e o fato de ele não ser aplicável a todas as áreas (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016, p. 165-166).

A respeito especificamente da mediação digital, a doutrina pontua:

[...] parece lógico suponer que el recurso a la utilización de plataformas que incorporen una mayor pluralidad de herramientas TIC, que integren texto, imagen y audio en tiempo real, gestión documental multimedia, diferentes canales de comunicación de chat y mensajería electrónica, simultáneos o confidenciales, incluso software auxiliar inteligente, dentro de un entorno reservado y seguro que garantice la privacidad, integridad, confidencialidad, el secreto de los documentos y las comunicaciones y demás requisitos propios de la mediación, abrirá un mejor y mayor abanico de facilidades para garantizar la adecuada y efectiva comunicación entre los protagonistas del procedimiento. Los diferentes tiempos, fases y ritmos de cualquier mediación, aconsejaran la más idónea utilización de unas u otras herramientas tecnológicas adaptadas al ritmo y registros – más inmediatos e instantáneos o más reflexivos – que el procedimiento demande y que el mediador habrá de administrar (LÓPEZ, 2017, s.p.)⁵.

Antes de os considerar uma espécie de “fórmula mágica”, não se pode ignorar a prudente advertência feita pela doutrina: “[...] é raro que a comunicação por meio de redes de computadores substitua pura e simplesmente os encontros físicos: na maior parte do tempo, é um complemento ou um adicional” (LÉVY, 2000, p. 128).

No ordenamento jurídico brasileiro, o § 7º do art. 334 do CPC autoriza a realização de audiências de conciliação ou de mediação por meio eletrônico. Outrossim, o art. 46 da Lei 13.140/2015 permite a realização de mediação pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo.

Seguindo os avanços legislativos, o CNJ alterou a Resolução 125/2010 por meio da Emenda 2, de 08.03.2016. O art. 6º, X, daquele diploma incumbiu ao CNJ a missão de instituir um Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de con-

⁵ *[...] parece lógico supor que o recurso à utilização de plataformas que incorporem uma maior pluralidade de ferramentas de TIC, que integrem texto, imagem e áudio em tempo real, gestão documental multimídia, diferentes canais de comunicação de bate-papo e mensagens eletrônicas, simultâneos ou confidenciais, inclusive software auxiliar inteligente, dentro de um ambiente reservado e seguro que garanta a privacidade, integridade, confidencialidade, o sigilo dos documentos e das comunicações e demais requisitos próprios da mediação, abrirá um leque melhor e mais amplo de facilidades para garantir a adequada e efetiva comunicação entre os protagonistas do procedimento. Os diferentes tempos, fases e ritmos de qualquer mediação aconselham a mais idónea utilização de umas ou outras ferramentas tecnológicas adaptadas ao ritmo e registros – mais imediatos e instantâneos ou mais reflexivos – que o procedimento exige e que o mediador terá que administrar. (LÓPEZ, 2017, s.p., tradução nossa).*

flitos e, em caso de adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação nos processos em curso.

A fonte que inspirou a regulamentação do instituto no Brasil pode ser encontrada na Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21.05.2013, a qual dispõe sobre a resolução alternativa de litígios de consumo (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 242).

Em maio de 2016, o CNJ lançou ao público o seu Sistema de Mediação Digital, acessível no endereço eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Utilizando o *slogan* “A Justiça a um clique”, a plataforma virtual tem por objetivo “permitir acordos, celebrados de forma virtual, de partes do processo que estejam distantes fisicamente, como, por exemplo, entre consumidores e empresas” (FARIELLO, 2016). O foco desse sistema são os conflitos que ocorrem nas áreas consumerista e securitária, bem como as execuções fiscais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Spengler e Pinho (2018, p. 251) consideram que a mediação digital de conflitos é uma política judiciária de acesso à justiça no Brasil; todavia, o modo de implementação dessa política ainda é um fator gerador de incertezas.

Na área do Direito de Família, é possível utilizar a mediação digital para o tratamento de conflitos que envolvem interesses de crianças e adolescentes; entretanto, é necessário adotar algumas cautelas, conforme exposição a ser realizada no próximo capítulo.

4 A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE A MEDIAÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS FAMILIARES

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, adotou a Teoria da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, conforme o art. 227 (cujo *caput* foi alterado pela Emenda Constitucional 65, de 13.07.2010, a fim de inserir também o jovem como destinatário da “absoluta prioridade”).

Em 13.07.1990, foi sancionada a Lei 8.069 – mais conhecida como “Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)” -, inspirada pela supracitada teoria (conforme os arts. 1º, 3º, *caput*, e 100, parágrafo único, II).

No mesmo ano, em 21 de novembro, foi editado o Decreto 99.710, o qual promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas.

Digiácomo (2015, p. 5) registra que um passo decisivo para a incorporação dos mecanismos extrajudiciais de tratamento de conflitos à Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente foi dado pela Lei 13.010, de 26.06.2014, a qual introduziu no ECA o art. 70-A. O inc. IV

desse artigo dispõe que uma das ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e de difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes é “o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente”.

Para que possa haver a participação de crianças e adolescentes durante a mediação de conflitos familiares, há cuidados especiais que devem ser adotados durante o procedimento, devido à sua peculiar situação de indivíduos em fase de desenvolvimento.

Em primeiro lugar, a mediação, quando envolve crianças e adolescentes, deve sempre ser norteada pelo princípio do “superior interesse” daqueles, respeitando-se sua intimidade e sua “opinião informada” sobre a intervenção, além do seu consentimento, quando puderem exprimi-lo – a exemplo de o que ocorre nos casos de colocação em família substituída mediante guarda, tutela ou adoção, em que a criança ou adolescente, sempre que for possível, será previamente ouvida por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, segundo o art. 28, § 1º, do ECA (DIGIÁCOMO, 2015, p. 6).

Em segundo lugar, é fundamental que os pais e responsáveis recebam a devida orientação sobre o método, a fim de que haja maior adesão à mediação. Essa “preparação” deve ser destinada a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, estão envolvidos no litígio, tais como, por exemplo, os integrantes da “família extensa ou ampliada”, ou seja, aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, consoante o art. 25, parágrafo único, do ECA (DIGIÁCOMO, 2015, p. 6-7).

Como terceira medida, Digiácomo (2015, p. 13) entende que a mediação deve ser realizada por um programa ou serviço oficial, com o devido registro no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo antecedida por uma espécie de “diagnóstico” interdisciplinar da situação em que se encontra a criança ou o adolescente.

Há a necessidade de rigorosa observância do princípio da confidencialidade, um dos orientadores da mediação, conforme o art. 2º, VII, da Lei 13.140/2015 e o art. 1º, I, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (constante no Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ). Sua importância é assim ressaltada: “*Another key feature is the principle of confidentiality, which encourages parties’ honesty in expressing their arguments, assuring them that anything they say will not be published or used against them in a public judicial process*” (CORTÉS, 2011, p. 155)⁶.

⁶ Outra característica fundamental é o princípio da confidencialidade, que incentiva a honestidade das partes em expressar seus argumentos, assegurando-lhes que qualquer

Abordando questões atinentes à preservação da confidencialidade durante a mediação digital, Spengler e Pinho indagam:

[...] E se a conversa for gravada? E se estiver na sala mais uma pessoa, que não é acessível à câmera e por isso não avistada por todos os mediandos? E se a sala de mediação não possuir boa acústica e o som se propagar, quebrando o sigilo da sessão? Essas e outras dúvidas se instalam, inquietam e levam a novas interrogações, estas sim, até o momento, pela falta de experiência cotidiana, ainda sem respostas. (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 248-249)

Uma quinta cautela que deve ser adotada diz respeito ao princípio da imparcialidade, o qual também é um dos regentes da mediação (art. 2º, I, da Lei 13.140/2015, e art. 1º, IV, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais). Spengler e Pinho (2018, p. 249) pontuam que, como o conflito é consequência de uma desigualdade, a imparcialidade deve ser revista, de forma que o papel do mediador é “*o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes*”. Entretanto, o citado reforço “*não pode significar parcialidade, não pode soar como conluio ou favorecimento, sob pena de pôr a perder a confiança e a crença no trabalho do mediador*”.

Por fim, Digiácomo (2015, p. 15) ressalta que o mediador deve ser especialmente qualificado para trabalhar com crianças e adolescentes, devendo seu curso de formação lhe transmitir os fundamentos do Direito da Criança e do Adolescente (o qual não se limita ao ECA), assim como de sociologia, psicologia e serviço social, mantendo uma postura adequada diante da condição daquelas pessoas em desenvolvimento.

5 CONCLUSÃO

Quando há um conflito de natureza familiar, é comum existirem crianças e adolescentes envolvidos.

Dentre os métodos de tratamento de conflitos, a mediação é o mais recomendado para conflitos de tal natureza.

O desenvolvimento da tecnologia – uma das características da cibercultura – levou ao surgimento de métodos eletrônicos de tratamento de conflitos, destacando-se a mediação digital.

No presente estudo, conclui-se ser possível a participação de crianças e adolescentes durante o procedimento de mediação digital de conflitos familiares, contanto que haja a adoção das seguintes cautelas: a)

coisa que disserem não será publicada ou usada contra eles em um processo judicial público. (CORTÉS, 2011, p. 155, tradução nossa).

respeito ao princípio do superior interesse daqueles e de sua opinião informada sobre a intervenção, além do seu consentimento, quando puderem exprimi-lo; b) orientação e preparação dos pais e responsáveis, bem como de todos os envolvidos direta ou indiretamente no litígio; c) realização por meio de um programa ou serviço oficial, registrado no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo precedida por um “diagnóstico” interdisciplinar da situação em que se encontra a criança ou o adolescente; d) rigorosa observância do princípio da confidencialidade; e) adoção do princípio da imparcialidade; f) qualificação do mediador para trabalhar com crianças e adolescentes.

Sendo tomados esses cuidados – decorrentes da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes -, a mediação digital poderá contar com sua participação, contribuindo para o tratamento do conflito familiar da maneira menos traumática possível, em atenção ao princípio constitucional da proteção integral.

6 REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 269 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125, de 29.11.2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bu-sca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21.11.1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13.07.1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16.03.2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26.06.2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei 9.469, de 10.07.1997, e o Decreto 70.235, de 06.03.1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei 9.469, de 10.07.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). p. 698.

CONFORTI, Franco. **Electronic Mediation Handbook**. Tradução de Núria Esther Monzónis Carda. Alicante: Acuerdo Justo SC, 2014. Edição do Kindle.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ atualiza resolução 125 e cria cadastro de mediadores e mediação digital. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81753-cnj-atualiza-resolucao-125-e-cria-cadastro-de-mediadores-e-mediacao-digital>>. Acesso em: 26 maio 2019.

CORTÉS, Pablo. **Online dispute resolution for consumers in the European Union**. London: Routledge, 2011. Edição do Kindle.

DIGIÁCOMO, Murillo José. A mediação e o direito da criança e do adolescente no Brasil: construindo alternativas para a desjudicialização do atendimento. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, 2 abr. 2015. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/mediacao_e_o_direito_da_crianca_e_adolescente.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E. S.; MUHR, Diana. **Do conflito ao acordo na era digital**: meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC. 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016. p. 316.

FARIELLO, Luiza. CNJ lança sistema de mediação digital para solucionar conflitos da população. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 3 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82216-cnj-lanca-sistema-de-mediacao-digital-para-solucionar-conflitos-da-populacao>>. Acesso em: 26 maio 2019.

FREUND, Julien. **Il nemico, il conflitto**: materiali per una teoria del politico. Milano: Giuffrè, 1995. 312 p.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 264.

LÓPEZ, Andrés Vázquez. **Mediación en el ciberespacio**: emociones y comunicación en escenarios virtuales. Madrid: 2017. Edição do Kindle.

MUÑOZ, Pascual Ortuño. **Justicia sin jueces**: métodos alternativos a la justicia tradicional. Barcelona: Ariel, 2018. 365 p.

ORIGEM DA PALAVRA. Disponível em: <<https://origemdapalavra.com.br>>. Acesso em: 26 maio 2019.

REGLA, Josep Aguiló. **El arte de la mediación**: argumentación, negociación y mediación. Madrid: Trotta, 2015. p. 133.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação de conflitos**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. 272 p.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 2. M-V. 196 p.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 428.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 424.

III
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

LGPD E A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO¹ NA COLETA DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Vinícius Almada Mozetic² / Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresco³

¹ “*Manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada*” (art. 5º, inc. XII) da Lei 13.709/2018

² Professor e Pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade Exponencial FIE; Especialização e Preparação para a Magistratura pela ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Especialização em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialização em Gestão Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Mestrado em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS. Pós-Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS. Atualmente é professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina lecionando na graduação disciplinas de Direito Constitucional, Direito e Informática, Processo Civil I, II, e na pós-graduação junto ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNOESC a disciplina de Direito Cívico, Hermenêutica e Novas Tecnologias. Publicou diversos livros e artigos científicos. Professor-visitante da Charles University, Praga – República Tcheca. Professor-visitante da Palacky University, Olomouc – República Tcheca. Professor-visitante da People's Friendship University, Moscou – Rússia. Professor-visitante e integrante do grupo de pesquisa internacional - per l'actualització del dret de la persona i familiar – da Universitat Autònoma de Barcelona – UAB. Professor-visitante da Cardinal Stefan Wyszyński University, Varsóvia – Polónia. É líder do grupo de pesquisa Direito das Famílias, NTIC – Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e Segurança Social junto ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNOESC. É advogado. E-mail: moze-[adv@gmail.com](mailto:moze-adv@gmail.com).

³ Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2011) e especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário pela Universidade Anhangüera – Uniderp (2014). Atualmente é Advogada e Professora da

Sumário: 1. Introdução; 2. Serviços da sociedade da informação; 3. LGPD e o requisito de consentimento dos pais; 3.1. Serviços oferecidos diretamente às crianças; 4. Consentimento autorizado pelo titular da responsabilidade parental; 4.1. LGPD e um padrão de responsabilidade flexível?; 4.2. Dependência excessiva do consentimento (parental)?; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos todos os avanços e progressos, ocasionados pelas diversas formas de tecnologias criadas, causaram um grande impacto social na vida das crianças e adolescentes. As crianças estão ativamente conectadas. Estima-se que globalmente uma em cada três crianças utilizam a internet.⁴ Importante destacar que os impactos tecnológicos tornam-se cada mais um desafio ao Direito, o que exige um novo tipo de compreensão deste fenômeno.

Na atualidade as crianças não só gostam de utilizar a internet para a prática de jogos, mas também auto expressar e utilizar tais ferramentas para trabalhar e comunicar. Estas adesões têm seus desdobramentos e são dimensionadas de diversas formas, frutos da complexidade social e do rápido avanço das tecnologias, exigindo melhor compreensão dos fenômenos, também por parte do Direito.

A quantidade crescente de dados pessoais de crianças e adolescentes expostos na internet, é o motivo da presente reflexão, e o núcleo central das preocupações sobre os riscos de privacidade on-line, como exploração comercial e uso indevido de dados pessoais, perfil, roubo de identidade, perda de reputação e discriminação em relação aos menores de idade.

Absorver esses novos fenômenos e conflitos que advêm, inclusive, da lei geral de proteção de dados no Brasil é tarefa árdua. A aplicação a qualquer serviço que envolva o processamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, responsabilidades e o consentimento dos pais para os operadores de serviços ainda é pouco discutido e merece ampliação das discussões, ou seja, a imprescindibilidade da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que tem todos os seus direitos resguardados constitucionalmente também é aplicável aos serviços da sociedade da informação.

Universidade do Oeste de Santa Catarina. Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. E-mail: danielle.babaresco@unoesc.edu.br

⁴ LIVINGSTONE, Sonia. CARR, John and BYRNE, Jasmina. One in Three: Internet Governance and Children's Rights. (2015) Global Commission on Internet Governance Paper Series n.o. 22.

2 SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Há uma revolução tecnológica no Direito, centrada em torno da tecnologia da informação, a qual preocupa porque está mudando a base material da sociedade e da própria ciência jurídica em ritmo acelerado. Nesse sentido, uma sociedade do conhecimento e da informação⁵, surgida na metade da década de setenta⁶, abriu as portas a um tipo de sociedade caracterizada por um modo de ser comunicacional⁷, que se projeta em todas as atividades e áreas. Por tudo isso, a informação ocupa um lugar relevante e favorece o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação também relacionada às crianças e adolescentes e própria da ciência jurídica⁸. Será que se vive em uma época de mudança, ou uma mudança de época? Como caracterizar as profundas mudanças que acompanham a introdução acelerada na sociedade da inteligência artificial, por exemplo⁹, e as novas tecnologias de informação e a comunicação no Direito das crianças e adolescentes (TIC)? Trata-se de uma nova etapa da sociedade industrial, ou se está entrando em uma nova era? Crianças e adolescentes estão em uma perigosa travessia na *era da tecnologia*, em

⁵ Vid. CASTELLS, M. **La era de la información**: Economía, sociedad y cultura. México: Siglo XXI, 2000. v. 1: La sociedad red.

⁶ Quando na década de 1970, se constituiu um novo paradigma tecnológico organizado em torno da tecnologia da informação, sobretudo nos Estados Unidos, foi um segmento específico da sociedade, em interação com a economia global e geopolítica mundial, que se materializou uma nova forma de produzir, comunicar, gerir e viver. CASTELLS, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. v. 1: La sociedad red, p. 31.

⁷ [...] *As nossas sociedades estão cada vez mais estruturadas em torno de uma oposição bipolar entre a rede e eu*. CASTELLS, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. v. 1: La sociedad red, p. 29.

⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. Algumas reflexões sobre a informação jurídica de decisão. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier ... [et al.]. *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015. p. 119.

⁹ “Inteligencia Artificial es el conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. Los Sistemas Expertos, son derivaciones de la Inteligencia Artificial, se basan en una cualidad típica del ser humano, la experiencia, por lo que los Sistemas Expertos pueden ser definidos como aquellos programas informáticos que reproducen las actuaciones que ha previsto aquel que los diseña. Esto, aplicado el derecho, significa la creación de programas jurídicos que ante una situación jurídica van a dar una respuesta y una solución al problema de acuerdo a la ley”. LANCHO PEDRERA, F. Sistemas expertos en el derecho. **Anuario de la Facultad de Derecho, Cáceres**, n. 21, p. 629-636, 2003. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854374>>. Acesso em 16 out. 2015.

uma *era tecnocrônica, sociedade pós-industrial, era da sociedade da informação e era da sociedade do conhecimento*. Por esta razão, (FARIAS; ROSENVALD, 2014. p.36) entendem que:

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e despatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Por isso, as disposições gerais da LGPD no Brasil dispõem sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Artigo 1º LGPD). Nesse ponto, é imprescindível adentrarmos ao conceito de privacidade. Como uma noção cultural induzida no tempo e dependente de bases sociais, culturais e políticas (DONEDA, 2006), a privacidade progrediu para além da concepção utilizada por Warren e Brandeis (1890, p. 195) como “direito a ser deixado só”, então relacionada a uma lógica burguesa e proprietária, para inserir em seu conteúdo a autodeterminação informativa, entendida como o “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular” (RODOTÁ, 2008, p. 15)¹⁰.

3 LGPD E O REQUISITO DE CONSENTIMENTO DOS PAIS

Existe uma infinidade de serviços online e a disposição das pessoas e uma preocupação sobre quais os serviços on-line são oferecidos diretamente às crianças e de que modo o consentimento pode permanecer à revelia dos pais. De acordo com a Lei 13.709/2018, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) a ideia de consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.¹¹

¹⁰ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila e KORKMAZ. Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito Governança e Novas Tecnologias**, p. 68, 2019.

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 30 set. 2019.

No entanto, crianças estão menos conscientes dos riscos e consequências do compartilhamento de dados e de seus direitos e qualquer informação endereçada de maneira específica a uma criança ou adolescente deve ser adaptada para ser facilmente acessível e com transparência de informações. Para o estudioso Tim Wu (BURCH, 2018): *um dos maiores problemas é que o Facebook deu a impressão que era possível controlar a própria privacidade, definindo suas configurações de certas maneiras – no entanto, essas configurações não modificaram nada. (Tradução nossa).*

Em relação à privacidade e à proteção de dados de crianças e adolescentes, a questão é ainda mais polêmica. Os problemas advindos do uso abusivo dos dados pessoais, relacionados à assimetria informacional, são potencializados quando o sujeito está em uma situação de vulnerabilidade (DONEDA, ROSSINI, 2015, p. 38). O grande acúmulo de informações sobre o indivíduo (big data) é capaz de gerar processos como o *profiling*, isto é, a possibilidade de gerar perfis e, com isso, previsões de comportamento. Além da previsão, o conhecimento a fundo de cada indivíduo, de suas preferências e de seus dados sensíveis possibilita a manipulação de comportamentos, o que é bastante perigoso à democracia, e a criação de estereótipos, o que pode engessar o desenvolvimento social (RODOTÁ, 2008, p. 37). Ao se considerar as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, a bolha dos filtros presente na internet, advinda da extrema personalização do conteúdo por meio de algoritmos, pode ter efeitos geracionais nunca antes imaginados.¹²

Os serviços on-line, atualmente e na sua grande maioria, exige o consentimento dos pais ou responsáveis para processar os dados pessoais de uma criança com base no consentimento até uma certa idade¹³. No Brasil, o limite estabelecido segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente são pessoas com até 12 (doze) anos de idade incompletos¹⁴. Por esta razão, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, bem como a transferência de dados à terceiros só podem ocorrer com o con-

¹² NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila, Fernandes, Elora Raad, e KORKMAZ. Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios jurídicos de uma sociedade hiperconectada. Ciência Tecnologia e Inovação: Políticas e Leis, 2018. P. 287.

¹³ Isso se aplica a sites de redes sociais e plataformas para baixar músicas e comprar jogos online.

¹⁴ **Art. 2º** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

sentimento especial, ou seja, por pelo menos 01 (um) dos pais ou responsável legal.

Existe uma grande dificuldade, mesmo com toda a tecnologia à disposição, sobre a verificação deste consentimento e se ele está realmente em consonância com a lei. De acordo com a Lei 13.709/2018, o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse. Para corroborar (FACHIN, 1996, p. 98) define esse princípio como um “critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”, ou seja:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

O requisito de consentimento dos pais, ou seja, o art. 14.º da LGPD tem um âmbito material específico e é aplicável aos “serviços da sociedade da informação” oferecidos diretamente a uma criança ou adolescente no Brasil. Em comparação a Regulamentação Geral de Proteção de Dados na Europa, o significado no âmbito específico de aplicação do art. 8º, o RGPD¹⁵ utiliza a definição de um serviço da sociedade da informação contido na Diretiva (UE) 2015/1535, assim, esses serviços são tidos como “*qualquer serviço*” normalmente prestado para remuneração, à distância, por meios eletrônicos e a pedido individual de um destinatário dos serviços. Segundo (MACENAITE e KOSTA, 2017):

[...] o artigo 8 do GDPR não tem precedentes na Europa, sua implementação prática levanta muitas questões, como quais serviços o requisito se aplicará, como os serviços direcionados a crianças serão delineados e como o consentimento e a idade devem ser verificados. Estas questões deverão ser abordadas pelos legisladores nacionais.

A dependência do consentimento dos pais para processar os dados pessoais das crianças pode apresentar deficiências. Neste sentido, é possível que o consentimento não tenha validade e possa gerar implicações como informações ou dados incorretos tornando todo e qualquer processamento de dados nulos¹⁶.

3.1 Serviços Oferecidos Diretamente Às Crianças

Importante esclarecer que o requisito de consentimento parental de acordo com a Lei 13.709/2018, sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, muito embora a intenção “limitada” do legislador brasileiro de criar um regime de proteção específico para serviços de processamento dados pessoais das crianças e adolescentes, pois, em um único artigo.

Os serviços aos quais a proteção se aplica é uma questão complexa. Vários estudos na Europa¹⁷ e América do Norte¹⁸ relatam que a

¹⁵ Disponível em <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-gdpr/what-are-the-rules-about-an-iss-and-consent/>> Acesso em 21 nov. 2019.

¹⁶ Christopher Kuner, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation*. OXFORD, 2ª Ed. 2007. P. 211

¹⁷ Sonia Livingstone and others, ‘Risks and Safety on the Internet: The Perspective of European Children’ (LSE, EU Kids Online, London 2011

partir de uma ampla gama de sites que as crianças usam hoje em dia, a maioria dos sites como (YouTube, Facebook e Google) muitas vezes não são dirigidos para crianças e adolescentes (pelo menos não aqueles com menos de 12 anos). Muitos desses sites afirmam em seus termos de uso que seus serviços não se destinam a menores de idade, mesmo que em termos práticos exista um número substantivo de crianças e adolescentes como usuários ativos¹⁹. A Lei 13.709/2018, quando aborda acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes reflete uma nova realidade frente as novas tecnologias da informação e comunicação e por esta razão até que ponto o requisito de consentimento dos pais é verificável e seguro? Como a Lei 13.709/2018 é recente, a resposta a esta pergunta não é clara.

O problema que envolve os prestadores de serviços gerais é sobre a não obrigatoriedade sobre a investigação da idade de seus usuários ativos, mas em adquirir conhecimento passivo de crianças que usam o serviço criando obrigações jurídicas. Esse conhecimento passivo poderia ser adquirido, por exemplo, se o operador aprender que a pessoa é uma criança menor de 12 anos, ou mesmo como responder a um e-mail, ver a idade ou a nota em uma opção de feedback.

Então, seria possível considerar que os serviços como o Facebook, WhatsApp ou Instagram, estariam enquadrados no âmbito do art. 14 da Lei 13.709/2018? Considerando o uso geral do público infanto-juvenil é difícil imaginar que a LGPD não pudesse estender a proteção às crianças que utilizam tais serviços.

¹⁸ Valerie Steeves, 'Young Canadians in a Wired World, Phase III: Life Online' (MediaSmarts, Ottawa 2014).

¹⁹ Courtney K Blackwell and others, 'Children and the Internet: Developmental Implications of Web Site Preferences among 8-to 12-Year-Old Children' (2014) 58(1) Journal of Broadcasting & Electronic Media, 1 (data collected from 442 8- to 12-year-old US children to investigate their Internet content preferences indicated that YouTube (26%) and Facebook (18%) were the two most favoured websites in this age group). danah boyd and others, 'Why Parents Help Their Children Lie to Facebook about Age: Unintended Consequences of the 'Children's Online Privacy Protection Act' (2011) 16(11) First Monday (surveyed 1007 US parents or guardians with children ages 10-14 and found that 19% of 10-year-olds, 32% of 11-year-olds and 55% of 12-year-olds have a Facebook account). Sonia Livingstone and others, 'Risks and Safety on the Internet: The Perspective of European Children' (LSE, EU Kids Online, London 2011) (surveyed 25,142 9- to 16-year-olds in 25 EU countries and showed that 38% of 9- to 12-year-olds have their own profile on social network). Disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600834.2017.1321096?scroll=top&needAccess=true>> Acesso em 10 nov. 2019.

4 CONSENTIMENTO AUTORIZADO PELO TITULAR DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. A este respeito, surge uma questão: Poderia o círculo de titulares de responsabilidade parental incluir outros indivíduos que não os pais e representantes legais? Qual o peso e em que condições o mecanismo de autorização de consentimento será concedido pelo legislador pátrio no contexto da Lei 13.709/2018?

O art. 14.º merece interpretação e proteção extensiva plenamente aplicável, pois, limita crianças e adolescentes nas suas liberdades e oportunidades, ou seja, de encontro ao que preconiza o art. 3º do o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰:

A criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em alguns países existe certa flexibilidade, por exemplo, a lei irlandesa de proteção de dados permite que um avô, tio, tia, irmão ou irmã dos dados sujeitos consentir em seu nome, quando a doação de consentimento não é proibida por lei²¹. Seguindo esse entendimento, pode-se presumir que a autorização das escolas públicas e particulares no Brasil para coleta de dados se baseia no consentimento dos pais obtido pelas próprias escolas; é necessário um consentimento dos pais e responsáveis legais de maneira direta? Para compreender a LGPD a este respeito, a interpretação dos titulares do poder familiar deve estar alinhada com o direito de família²². Seguindo este entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente²³, que em seu art. 21 dispõe:

²⁰ Lei 8.069, de 13.07.1990.

²¹ Data Protection Act 1988 (updated 14 October 2014) (Article 2A states: (1) Personal data shall not be processed by a data controller unless [...] at least one of the following conditions is met: (a) the data subject has given his or her consent to the processing or, if the data subject, by reason of his or her physical or mental incapacity or age, is or is likely to be unable to appreciate the nature and effect of such consent, it is given by a parent or guardian or a grandparent, uncle, aunt, brother or sister of the data subject and the giving of such consent is not prohibited by law).

²² A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta priorida-

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Compreende (FACHIN apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2014, p. 36) a família, como “realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”, e por isso, “pais e responsáveis legal” têm deveres e direitos para da pessoa da criança (garantir abrigo, alimentos e roupas, representar legalmente. Os pais e responsáveis legais são as pessoas que têm o poder familiar, ou seja, direitos e obrigações quanto à pessoa e bens dos filhos e exercido, em igualdade de condições. Seguindo esta definição, o círculo de pessoas responsáveis para dar consentimento nos termos do art. 14 da LGPD é limitada a estes.

4.1 LGPD e um Padrão de Responsabilidade Flexível?

Em relação ao consentimento, para ser consumado, basta fazer esforços razoáveis para a sua verificação, em vez de necessariamente obtê-lo em todos os casos. Os termos "esforços razoáveis" fazem alusão ao fato de os controladores de dados não poderem garantir sempre o consentimento, já verificado, e como resultado finalístico da própria lei brasileira. Não está claro quanto esforço e prova em relação à obtenção de consentimento podem ser solicitados aos controladores em situações em que há dificuldade para adquirir o consentimento parental. E, quanto a perda do poder familiar? Quanto esforço para alcançar um pai/mãe ou um representante legal deve ser suficiente para demonstrar conformidade com a lei brasileira? A Lei 13.709/2018 aborda sobre o consentimento parental para as crianças, ou seja, até 12 anos, excluindo os adolescentes. O fato de a LGPD não se referir à verificação da idade não é surpreendente em si. Num primeiro momento, o tema da verificação de idade

de, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Disponível em <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_227_.asp> Acesso em 11 jul. 2019.

²³ Lei 8.069, de 13.07.1990

levanta uma temática importante: questões sensíveis e não resolvidas relacionadas com o anonimato on-line, liberdade de expressão e expressão, e privacidade de crianças e adultos *on-line*²⁴. A ideia de que todos os usuários de internet²⁵ em todos os sites pudessem ser convidados a fornecer sua idade (ou ainda se identificar) poderia não só levar ao aumento da coleta de dados pessoais, mas também pode ser visto como *desproporcional*. É importante ressaltar que a proteção do fluxo de dados, principalmente os de natureza sensível, deve abarcar não apenas aquelas informações destinadas do titular para fora, como usualmente costuma se conceber, mas igualmente as destinadas de fora para dentro, melhor dizendo, aquelas informações que o seu titular talvez queira exercer o direito de não saber (RODOTÁ, 2008)²⁶.

4.2 Dependência Excessiva do Consentimento (Parental)?

Muito embora a LGPD estabeleça o consentimento dos parental como um instrumento de proteção para crianças e (adolescentes) on-line, o consentimento para o processamento de dados pessoais não condiciona os indivíduos ao *próprio* controle sobre seus dados pessoais. Mesmo porque, ao tratar da competência para exercer pessoalmente os atos da vida civil pelo Código Civil Brasileiro:

[...] é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, cabendo aos pais decidirem por ela, no exercício do poder

²⁴ Berin Michael Szoka and Adam D Thierer, ‘COPPA 2.0: The New Battle Over Privacy, Age Verification, Online Safety & Free Speech’ Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper No. 16.11, May 21, 2009; Adam D Thierer, ‘Social Net– working and Age Verification: Many Hard Questions; No Easy Solutions’, Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper No. 14.5, March 2007. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600834.2017.1321096?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁵ A Galáxia Internet é um novo ambiente de comunicação. Como a comunicação é a essência da atividade humana, todos os domínios da vida social estão sendo modificados pelos usos disseminados da Internet, como estelivrodokumentou. Uma nova forma social, a sociedade de rede, está se construindo em torno do planeta, embora sob uma diversidade de formas e com consideráveis diferenças em suas consequências para a vida das pessoas. CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.

²⁶ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila e KORKMAZ. Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito Governança e Novas Tecnologias**, p. 69, 2019.

*familiar, usando o critério de “maior benefício” ou de “melhor interesse” que, por força da lei e pressuposto ético, é desempenhado pelos pais. Inaugura-se, assim, o bastante complexo campo das decisões por delegação, e o problema imediato que se apresenta é: até que ponto os pais têm o direito de decidirem por seus filhos?*²⁷ Buchanan e Brock definem “melhor interesse” como agindo de modo a promover ao máximo o bem do indivíduo²⁸ e Beauchamp e Childress²⁹ como aquele em que um substituto na tomada de decisões deve determinar a maior rede de benefícios entre as opções existentes, designando diferentes pesos a cada opção e descontando ou subtraindo os riscos ou custos inerentes. Em ambas as opiniões, requer-se que o substituto aja de modo a sempre escolher o que seja mais favorável à criança³⁰.

A LGPD estabelece um requisito geral para verificar o consentimento dos pais, tendo em conta a tecnologia disponível.³¹ Os mecanismos específicos de consentimento dos pais que podem ser utilizados pelos controladores e operadores de dados para estar em conformidade com a lei não são especificados. São os métodos de consentimento dos pais considerados aceitáveis à luz da tecnologia disponível para garantir quem é a pessoa que dá consentimento?

Além disso, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018) versa sobre o correto tratamento conferido aos dados pessoais que fornecemos a terceiros, pessoas naturais ou jurídicas, tanto em meio físico quanto em meio digital, com o intuito de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º da Lei 13.709/2018). Assim, dentre seus fundamentos, destacados no art. 2º da referida lei, constam expressamente: “o respeito à privacidade”, “a autodeterminação informativa”, “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”, bem como “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da

²⁷ Kipper DJ. Até que ponto os pais têm o direito de decidir por seus filhos. *J. pediatr.* 1997;73(2):67-74.

²⁸ Buchanan AE, Brock DW. *Deciding for others: the ethics of surrogate decision-making.* Nova York: Cambridge University Press; 1990. p. 234-7.

²⁹ Beauchamp TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics.** 5. ed. Nova York: Oxford; 2001. p. 93-126.

³⁰ KIPPER, Délio José. Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0040.pdf>> Acesso em 12 no. 2019.

³¹ Art. 14 § 5º da Lei 13.709/2018: *O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.*

imagem”. Isso significa que as operações de tratamento de dados pessoais abarcadas pela lei somente podem ser realizadas nas hipóteses previstas em lei. Uma delas ocorre quando existir “o fornecimento de consentimento pelo titular” (grifo nosso), conforme determinado em seus arts. 3º e 7º³². Ao que parece, o consentimento pode fornecer controle ilusório³³ e o acordo para o processamento de dados pessoais em situações de desequilíbrio de poderes não é entregue livremente³⁴. No entanto, a LGPD baseia-se na premissa de que as crianças podem ser protegidas através do consentimento parental. Para SAVIRIMUTHU³⁵, 2016:

[...] aviso e consentimento são efetivamente sem sentido, as crianças ficam com a situação de fazer trocas complexas e indesejáveis, recorrendo a técnicas de estenografia social ou aceitando que os custos da obscuridade são exclusão da participação nas comunidades. (Tradução nossa).

No que diz respeito à proteção integral CURY, GARRIDO e MARÇURA³⁶, 2002:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

O consentimento dos pais e responsáveis legais não significa necessariamente proteção dos dados pessoais para as crianças e (adoles-

³² Em algumas hipóteses, a lei dispõe sobre a dispensa da necessidade de obtenção de consentimento, tal como ocorre quando se estiver diante de “dados tornados manifestamente públicos pelo titular” (§ 4º, art. 7º, da Lei 13.709/2018). Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-jul-20/rossana-leques-igpd-preve-permissao-especifica-uso-dados>> Acesso em 11 nov. 2019.

³³ Disponível em <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1948550612455931>> Acesso em 18 out. 2019.

³⁴ Grupo de Trabalho sobre Proteção de Dados do Art. 29, 'Parecer 8/2001 sobre o Tratamento de Dados Pessoais no Contexto do Emprego WP 48', 13 de setembro de 2001. Disponível em < https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf> Acesso em 18 out. 2019.

³⁵ SAVIRIMUTHU, Joseph. “Networked Children, Commercial Profiling and the EU Data Protection Reform Agenda: In the Child’s Best Interests?” In I lusmen and H Stalford H (eds) *The EU as a Children’s Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions* (Columbia University Press, 2016), p. 234.

³⁶ CURY; GARRIDO; MARÇURA. op. cit., p. 21

centes). A eficácia da verificação do consentimento dos pais é questionável, pois, devido à formulação ambivalente e suave do art. 14º na LGPD, a verificação de idade depende da tecnologia disponível e dos esforços que são considerados “razoáveis”³⁷, ainda não especificados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação do art. 14 da LGPD constitui uma oportunidade para que o Brasil possa explorar os diferentes desafios e oportunidades na adoção de métodos inovadores de verificação de idade de crianças e adolescentes. Mas, a internet está criando novos e atormentadores malefícios para a privacidade, uma vez que deu às pessoas uma possibilidade sem precedentes de disponibilizar e disseminar informações. É preciso repensar a privacidade. A importância crescente dos direitos das crianças na elaboração de políticas de proteção em relação aos riscos para as crianças e as práticas de coleta de dados de crianças excessivas e complexas em linha impulsionaram o reconhecimento no Brasil de que os dados pessoais das crianças e “adolescentes” merecem uma legislação específica.

Devido à incapacidade de utilizar justificações e provas fundamentadas durante o processo e a falta contínua de diretrizes, o requisito de consentimento da LGPD já enfrenta desafios práticos relacionados à interpretação e implementação de novas tecnologias, bem como a exigência aplicável aos serviços da sociedade da informação oferecidos diretamente a uma criança ou adolescente. Uma exigência que possa dizer a respeito dos serviços online oferecidos diretamente às crianças e adolescentes e o estabelecimento para a real distinção entre os serviços aos quais a proteção deve ser aplicada.

A LGPD permite a autorização de consentimento por parte dos pais ou representantes legais, mas ainda não está claro se a referência à autorização de consentimento pode ser transferindo, por exemplo, quando da destituição do poder familiar. Para a efetividade da LGPD basta fazer esforços razoáveis para obter o consentimento verificável? Não parece, num primeiro momento, totalmente claro quanto ao esforço e prova em relação à obtenção de consentimento podem ser solicitados aos controladores, a fim de demonstrar suficientemente o cumprimento nem como os esforços razoáveis devem ser documentados e comprovados. Numa leitura mais aprofundada, a LGPD exige explicitamente a verificação da idade

³⁷ § 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

de crianças ou adolescentes, portanto, necessária a especificação sobre a relação entre consentimento e verificação de idade. E, as soluções para a verificação de idade proporcionadas e que se dizem “confiáveis”, ainda estão longe de se tornarem mecanismos efetivos de proteção aos direitos das crianças e adolescentes.

6 REFERÊNCIAS

- BEAUCHAMP TL, CHILDRESS JF. **Principles of biomedical ethics**. 5. ed. Nova York: Oxford; 2001.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. Algumas reflexões sobre a informação jurídica de decisão. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et al.* **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015. p. 119.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- _____. **Lei 8.069, de 13.07.1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]b. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>.
- BUCHANAN AE, BROCK DW. Deciding for others: the ethics of surrogate decision-making. Nova York: Cambridge University Press; 1990. BURCH, Sean. Facebook Is, Rotten, “Privacy Is Its, Kryptonite” Says Ex-FTC Advisor: Social network’s business model is at odds with protecting its users, according to one expert. 2018. Disponível em: <<https://www.thewrap.com/facebook-privacy-kryptonite-ftc/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- CASTELLS, Manuel. **La era de la información: Economía, sociedad y cultura**. México: Siglo XXI, 2000. v. 1: La sociedad red.
- _____. **A Galáxia Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.
- _____. **La era de la información**: economía, sociedad y cultura. Madrid: Alianza Editorial, 1999. v. 1: La sociedad red, p. 31.
- CURY; GARRIDO; MARÇURA. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-20/rossana-leques-lgpd-preve-permissao-especifica-uso-dados>> .
- Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-gdpr/what-are-the-rules-about-an-iss-and-consent/>> .
- Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1948550612455931>>.
- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> .
- FACHIN apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. Grupo de Trabalho sobre Proteção de Dados do Art. 29, ‘Parecer 8/2001 sobre o Tratamento de Dados Pessoais no Contexto do Emprego WP

48', 13.09.2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf>.

KIPPER, Délio José. **Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0040.pdf>>.

KUNER, Christopher. **European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation**. OXFORD. 2. ed. 2007.

LANCHO PEDRERA, F. Sistemas expertos en el derecho. **Anuario de la Facultad de Derecho, Cáceres**, n. 21, p. 629-636, 2003. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854374>>. Acesso em 16 out. 2015.

LIVINGSTONE, Sonia and others. **Risks and Safety on the Internet: The Perspective of European Children**. (LSE, EU Kids Online, London 2011

LIVINGSTONE, Sonia. CARR, John and BYRNE, Jasmina. **One in Three: Internet Governance and Children's Rights**. (2015) Global Commission on Internet Governance Paper Series No. 22

MACENAITE, Milda. KOSTA, Eleni. **Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?** Pages 146-197 | Published online: 10 May 2017. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1321096>>. Acesso em 15 set. 2019.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila e KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A normatividade dos dados sensíveis na lei geral de proteção de dados: ampliação conceitual e proteção da pessoa humana. **Revista de Direito Governança e Novas Tecnologias**, 2019.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila, Fernandes, Elora Raad, e KORKMAZ. Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios jurídicos de uma sociedade hiperconectada. **Ciência Tecnologia e Inovação: Políticas e Leis**, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAVIRIMUTHU, Joseph. "Networked Children, Commercial Profiling and the EU Data Protection Reform Agenda: In the Child's Best Interests?" In I Jusmen and H Stalford H (eds) *The EU as a Children's Rights Actor: Law, Policy and Structural Dimensions*. Columbia University Press, 2016.

STEEVES, Valerie. **Young Canadians in a Wired World, Phase III: Life Online**. Media Smarts, Ottawa 2014.

SZOKA, Berin Michael and THIERER Adam D. 'COPPA 2.0: The New Battle Over Privacy, Age Verification, Online Safety & Free. BLACKWELL, Courtney K and others, "Children and the Internet: Developmental Implications of WebSite Preferences among 8- to 12-Year-Old Children". 2014. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600834.2017.1321096?scroll=top&needAccess=true>>

THIERER, Adam D. Social Net- working and Age Verification: Many Hard Questions; No Easy Solutions, Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper No. 14.5, March 2007. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600834.2017.1321096?scroll=top&needAccess=true>>

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.

CONSENTIMIENTO DEL MENOR, PROTECCIÓN DE DATOS Y REDES SOCIALES

*Luis Martínez Vázquez de Castro*¹

Sumario: 1. Las redes sociales; 2. El consentimiento del menor; 3. La privacidad de las redes sociales en relación a los menores;

1 LAS REDES SOCIALES²

Como dice Lorente, los menores de edad-los hoy llamados nativos digitales³-crecen inmersos en las llamadas Nuevas Tecnologías, de las que son, muchas veces, dependientes. Afirma textualmente: “Y es que, sin perjuicio del papel fundamental que Internet y los diversos dispositivos tecnológicos representan ya a nivel educativo, en el entorno escolar, también son indispensables para la “socialización” del menor, pues le facilitan las relaciones con sus iguales a través de redes sociales

¹ Estudié en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, de 1975 a 1980. Leí la tesis en esa Facultad, en 1982, sobre la cláusula compromisoria. De 1982 a 1988 estuve en la UNED. En 1988 pasé a la Universidad de Valencia, como Profesor Titular de Derecho Civil. En 1992 obtuve la Cátedra de Derecho Civil en la Universidad Jaime I de Castellón, donde estoy desde entonces. He publicado 9 monografías, abarcando todos los campos del Derecho Civil, aunque con especial incidencia en el Derecho de Familia. De la misma manera he sido Director de diversas tesis doctorales y he ocupado cargos de responsabilidad en mi Universidad. Asimismo soy miembro de diversas Asociaciones nacionales e internacionales. También, durante una temporada, he sido Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Castellón.

² LORENTE LÓPEZ, M.C., Los derechos al honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la propia Imagen del menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 215 ss.

³ Son personas que no han conocido ni conciben un mundo sin internet y sin telefonía móvil y que, a los que hemos nacido antes de 1995, nos miran como si fuéramos seres de otro planeta.

o de microblogging (Facebook, Twitter, Tuenti...) y de servicios de mensajería instantánea (Whatsapp, Telegram, Snapchat...)”.

La red social *on line* se contrapone a la red social real. Esta es una estructura social formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común. Aquella es una estructura social compuesta por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de Internet, de tal manera que las mismas generen un perfil con sus datos personales⁴.

En las redes sociales el usuario asume un doble papel, de consumidor y responsable. La red social está diseñada para motivar al usuario para que comparta información personal de sí mismo y de sus relaciones, cosa que hace de forma masiva. Es evidente que en el caso del menor, los datos que comparte (información de sí mismo, real, irreal, imágenes..) pueden comprometer su anonimato y, por tanto, su derecho a la protección de datos.

La red social, para un menor, es hoy parte indispensable de su desarrollo personal, al formar parte de comunidades virtuales. Y ha sustituido a las relaciones reales en muchos casos. Los menores hacen relaciones con otras personas *on line*, compartiendo comentarios, imágenes, videos o música. Y, a la vez, la red social puede ser fuente de perjuicios para ellos. Esto es debido a que el menor, que ha nacido con la tecnología plenamente arraigada, tiene otro concepto de privacidad, por lo que suele compartir información de manera habitual, colocándose en una posición vulnerable. Ello se debe a que, muchas veces, los menores no son conscientes de que una vez hecho público un contenido en la Red,

⁴ Dice GIL ANTON, A.M., El derecho a la propia imagen del menor en Internet, Dykinson, Madrid, 2013, p. 76.:”Podemos definir de una forma genérica, una red social *on line* como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión de unos usuarios con otros y su interacción. De esta forma, se crea el fenómeno más relevante que es el de las vinculaciones entre usuarios miembros de las redes. Estas se miden en grados, donde el primer grado sería los contactos directos, el segundo grado el contacto de los contactos y así sucesivamente, de tal manera que a mayor número de usuarios mayor número de vinculaciones, y por tanto incremento de la red. Y sobre este fenómeno se crea la teoría de los 6 grados de separación, es decir, que el número de enlaces crece exponencialmente con el número de enlaces de la cadena. Además, otro hecho reseñable es que el acceso a las redes sociales se viene incrementando con la aparición de nuevas herramientas y dispositivos de acceso a Internet, como los Smartphone, que permiten la conexión en cualquier momento y lugar, fenómeno este que además acrecienta aún más los posibles riesgos a la privacidad”.

es prácticamente imposible frenar su acceso y difusión; y tampoco de que facilitar sus datos personales en contextos y a personas inadecuadas puede comprometer la seguridad de los mismos.

¿En cuál de las redes se mueve habitualmente el menor de edad?. Son las que Lorente denomina “Redes sociales de comunicación o por filiación”. Estas se generan de forma espontánea en los grupos y su presencia imprime un clima de camaradería e identificación. En estas redes sociales los usuarios pueden publicar sus fotografías, videos, reflexiones, afirmaciones y preferencias de todo tipo. Desde sus películas favoritas hasta la religión que profesan o la orientación política. Es el caso paradigmático de *Facebook*⁵. Son plataformas en las que el usuario se puede dar de alta en el servicio libremente, o través de invitación y encontrar conocidos o invitarles a formar parte de su comunidad⁶. Si se profundiza un poco más en la dinámica de las redes sociales se observa como desde el primer momento en el que uno se registra ya se ve obligado a facilitar información personal, por ejemplo, el nombre, apellidos, número de teléfono o correo electrónico, fecha de nacimiento, sexo y, por supuesto, una contraseña. Además, la mayoría de las redes sociales cuentan con una sección denominada “perfil” en la que sugieren que se aporte otro tipo de datos personales, como el lugar de estudio o de trabajo, aficiones, datos de contacto, familiares, situación sentimental, etc., que muchas veces se dan sin pensar en las consecuencias reales que ello puede suponer.

Es evidente también los riesgos que para el menor suponen las redes sociales. Lorente ha delimitado los peligros que implican su participación en las mismas.

⁵ Otras redes son las siguientes. En primer lugar nos encontramos con las redes sociales especializadas o por conocimiento. Son aquellas que responden a intereses propios de la organización pero con un alto grado de interés personal, se generan para agregar valor a los procesos, mejorarlos o crearlos. En otras palabras, se centran en un eje temático con la finalidad de unir a colectivos con los mismos intereses. También están las redes sociales profesionales o por contexto, las cuales tienen un tipo de público más especializado, cuyo modelo de financiación está basado en la venta de servicios Premium y en la realización de campañas de publicidad personalizada.

⁶ Hace años la red social más utilizada por los menores era Tuenti, que se creó en el año 2006 por un grupo de cinco jóvenes, todos menores de 23 años, en Madrid. Su intención era crear una red social diferente que estuviera compuesta únicamente por conocidos y que no indexara datos personales de los usuarios en los motores de búsqueda. Así, se podría afirmar que Tuenti era una de las redes sociales más seguras y que contaba con una política de privacidad estricta y rigurosa. Hoy en día, Tuenti ha pasado a un segundo plano como red social estableciéndose ahora como un operador de telefonía, dejando paso a otras redes sociales como *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *Instagram*, etc.

Registro en la red social: divulgación no espontánea de datos.

Cuando el menor pretende darse de alta en la red social, se verá obligado a proporcionar una ingente cantidad de datos de todo tipo. Es lo que esta autora denomina “divulgación no espontánea de datos” porque, aunque se supone que los proporciona de forma voluntaria, de alguna manera se ve obligado a ello con el fin de acceder a la red virtual de que se trate. Afirma textualmente: “ Resulta incuestionable que esta captación de datos repercute directamente en la privacidad del individuo, pues las RSV (Redes Sociales Virtuales) disponen de potentes herramientas de procesamiento y análisis de los datos facilitados por los usuarios. De hecho, en algunas redes, los perfiles de los usuarios aparecerán indexados en determinados buscadores de forma automática. Además, las políticas de privacidad suelen ser poco claras, no especificando el uso que puede hacerse de los datos, y la identificación del responsable del tratamiento es a menudo imprecisa. Por si fuera poco, las opciones de seguridad predeterminadas suelen ser las menos protectoras para la privacidad”.

Desarrollo de la actividad como usuario de la red social.

Afirma Lorente que, en esta segunda etapa, es donde se concentran los mayores riesgos para los menores. Hay una serie de factores que propician esta circunstancia, como son:

La falta de conocimiento sobre las buenas prácticas en materia de privacidad. Los menores piensan, erróneamente, que su participación en estas plataformas es segura y que está exenta de todo riesgo. Esto se debe, fundamentalmente, a una falta de concienciación y educación en el correcto uso de Internet en general y de las redes sociales en particular.

El uso inadecuado de la imagen y los datos de los usuarios por terceros. Manifiesta Lorente que no es posible olvidar el hecho de que la principal actividad que se realiza a través de las redes sociales, como *Facebook*, consiste en la exposición de imágenes y comentarios a través de “un muro”(social wall).

La instrumentalización de la identidad. Ello en dos sentidos. En primer lugar creando el menor su propia identidad digital, a veces ficticia, que no tiene nada que ver con la identidad real. En segundo lugar, estas plataformas permiten también suplantar la identidad de un usuario de manera sencilla, es decir, adoptar una identidad virtual ficticia a partir de la identidad real de un tercero. El principal riesgo de la suplantación de identidad son los daños irreparables a la privacidad del usuario suplantado.

La descontextualización de la información, como señala Lorente, dado que los datos de los menores que aparecen publicados, normalmente en un contexto de un grupo cerrado de amigos, pueden quedar a disposición de la comunidad entera.

Baja del servicio.

Manifiesta Lorente: “Por último, debemos señalar que las redes sociales suponen un riesgo para la privacidad del individuo, incluso cuando este solicite la baja, dado que no podrá garantizarse la efectiva supresión de sus datos. Esto es, una persona puede eliminar su perfil en una determinada red social, pero quedarán sus imágenes, y probablemente sus comentarios, en las de otros usuarios con los que se haya relacionado virtualmente”⁷.

2 EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR

En principio, la protección de los datos personales de los menores en las redes sociales gira en torno a dos pivotes. En primer lugar, aparece la propia regulación del consentimiento del menor en las leyes de protección de datos. En segundo lugar, nos encontramos con la política de privacidad de los menores en las redes sociales.

A su vez, el problema del consentimiento del menor presenta dos facetas: lo que podríamos denominar estrictamente como se configura esa prestación del consentimiento (capacidad y forma de prestarlo) y , quizás lo más importante, como el responsable del fichero o tratamiento se asegura de la realidad de esa prestación del consentimiento, del menor y de los representantes legales.

¿Qué dicen las leyes de protección de datos sobre el consentimiento del menor?

La anterior normativa era la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

El art. 13 Reglamento establecía que podría procederse al tratamiento de los datos de los mayores de 14 años con su consentimiento, exceptuando aquellos casos en los que la ley exigiera para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o

⁷ Sin contar con que las realidades *on line* pueden confundir al menor, haciéndole pensar que la comunicación se confunde con el mero contacto virtual, o le hace progresivamente perder el contacto con la realidad concreta, obstaculizando el desarrollo de relaciones interpersonales auténticas. La red social puede crear una realidad paralela y dar lugar a una especie de “migración digital”, es decir, el distanciamiento de la familia, de los valores culturales y religiosos, que puede llevar a menores y mayores a un mundo de soledad y autoinvención, hasta experimentar así una falta de raíces aunque permanezcan físicamente en el mismo lugar.

tutela. Si se tratase de menores de 14 años se requeriría el consentimiento de los padres o tutores.

Es interesante el hecho que en el art. 13 se prohibiera que el menor proporcionase datos referidos a su familia, tales como aquellos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos sin el consentimiento de los titulares de esos datos.

Por último, era también relevante que fuese el responsable del fichero o tratamiento a quien correspondiere asegurarse que el consentimiento se prestará de forma válida, garantizando la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.

Con ello, la anterior normativa exigía una edad concreta a partir de la cual el menor tendría capacidad suficiente para consentir la utilización de los datos personales, lo cual nos llevaba a preguntarnos cuáles eran las diferencias entre este precepto y el art. 162 Código Civil o la ley de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Ahora bien, este precepto demostró, desde el primer momento, su ineficacia. Un niño que quisiera formar parte de cualquier red social solo tendría que rellenar un formulario con sus datos, y el consentimiento para el tratamiento de los mismos lo prestaría marcando una casilla, sin tan siquiera leer el pliego de condiciones. Por supuesto, el límite de la edad podía evitarse proporcionando un año de nacimiento falso.

¿Y el actual Reglamento Europeo de Protección de Datos?⁸

En su Considerando 32 afirma 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” y, asimismo, “*el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento*”⁹.

⁸ 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).

⁹ Sobre el consentimiento interesa el dictamen del Grupo de Trabajo del art. 29 sobre protección de datos. Este Grupo de Trabajo se creó de conformidad con el art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad. Sus funciones se describen en el art. 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE. Adoptó unas directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 el 28 de Noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de Abril de 2018.

El Considerando 38 decía 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 (...).

El Considerando 42 establece 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”.

A su vez, el Considerando 58 señalaba que

(...) El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. (...) 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 (...).

El Considerando 75 afirmaba que “(...) Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos (...) en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños (...)”.

El art. 4 se dedica a las definiciones. El nº 11 habla del consentimiento del interesado, entendido 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 los datos personales que le conciernen.

El art. 6, al referirse a la licitud del tratamiento, señala que es necesario que el interesado diese su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.

El art. 7, apartado 1, del citado Reglamento, indica claramente la obligación explícita del responsable del tratamiento de demostrar el consentimiento del interesado. De conformidad con el art. 7, apartado 1, le corresponde al responsable de demostrar dicho consentimiento.

¿Qué sucede cuando el interesado es mayor de 18 años, menor emancipado o menor mayor de 14 años, como sucede en el caso español?

Del Reglamento se desprende que los responsables del tratamiento tienen libertad para desarrollar métodos que permitan cumplir esta disposición adaptados a sus operaciones diarias. Al mismo tiempo, la obligación de demostrar que un responsable del tratamiento ha obtenido un consentimiento válido, no debe en sí misma provocar un tratamiento adicional de datos excesivos. Esto significa, según el informe del Grupo de Trabajo del art. 29¹⁰, que los responsables deberían tener datos suficientes para mostrar un enlace al tratamiento (para mostrar que se obtuvo el consentimiento), pero no deberían recopilar más información de la necesaria.

Corresponde al responsable demostrar que obtuvo el consentimiento válido del interesado. El Reglamento no prescribe como debe hacerse esto exactamente. No obstante, el responsable debe poder demostrar que, en un caso concreto, un interesado ha dado su consentimiento. La obligación de demostrar el consentimiento existirá mientras dure la actividad de tratamiento de los datos en cuestión.

En el caso del menor que supera la edad legal, el tema no es fácil y desde luego el Reglamento no da indicaciones. Como dice el Grupo de Trabajo del art. 29¹¹, lo único que se espera es que los responsables adopten todas las medidas necesarias para verificar que el usuario supera la edad del consentimiento digital y que estas medidas deben ser proporcionadas a la naturaleza y riesgos de las actividades de tratamiento.

El tema es más sencillo si el usuario declara no haber alcanzado la edad necesaria para alcanzar ese consentimiento. Entonces el responsable podrá aceptar dicha declaración sin más comprobaciones. Pero entonces deberá obtener la autorización de los padres y verificar que la persona que presta el consentimiento es el titular de la patria potestad o tutela.

¹⁰ GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29, *Informe sobre directrices del consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, p. 23.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

Por su parte, del art. 8 del Reglamento, relativo a las condiciones aplicables al consentimiento del menor en relación con los servicios de la sociedad de información, se deducía lo siguiente, a saber:

– En relación con la oferta directa a menores de servicios de la sociedad de información, con carácter general, el tratamiento de los datos personales se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si era 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 menor, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

– Ahora bien, los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años, dejando así un amplio margen a los Estados miembros de la Unión Europea para la determinación final de la misma y que oscila, por tanto, entre los 13 y los 16 años.

– 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 menor, teniendo en cuenta la tecnología disponible, sin que se hable en este caso de la obligación de verificación de la edad efectiva del menor de edad.

¿Qué posibles métodos y/o sistemas de verificación de la concurrencia del consentimiento de los padres podemos utilizar, en el caso español, cuando se trata de un menor de 14 años?¹² El Reglamento Europeo de Protección de Datos no establece criterio, recomendación o pauta alguna sobre los mecanismos, procedimientos o métodos más adecuados para tal fin. Pero, en este sentido, la normativa norteamericana de protección de datos en línea del derecho a la privacidad de los menores (*COPPA*)¹³ ha sido pionera aportando ciertos criterios de verificación del consentimiento paterno sugerentes para el caso europeo y español.

Así las cosas, la *COPPA* norteamericana fija el límite de edad para el válido consentimiento en orden al tratamiento *on line* de los propios datos personales en los 13 años. Asimismo, tras su última revisión, que entró en vigor el 1 de julio de 2013, se plantean las siguientes cuestiones adicionales:

¹² Sobre este tema, cfr. BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, nº 14, 2017, p. 7. Todo este punto de la verificación lo tomamos de ella.

¹³ *Children's Online Privacy Protection Act 1998*. Cfr. esta URL: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/childrens-online-privacy-protection-rule-not-just-kids-sites>>. (consultado el 21/05/2019).

–Se amplió la lista de información personal que no se puede recabar sin información previa de los respectivos representantes legales del menor o, simplemente, que no se puede tratar sin que medie el debido consentimiento paterno en relación a: 1) la geolocalización, 2) los identificadores persistentes como direcciones *IP*, identificadores de dispositivos móviles, etc. (usados para reconocer a los usuarios a través del tiempo y de los distintos sitios *Web* o servicios *on line* por los que transitan o visitan y, así, crear perfiles especialmente de interés desde el punto de vista publicitario y de marketing (publicidad comportamental) y, 3) la información personal contenida en fotografías, videos y archivos de audio relativas a la imagen o voz de los menores.

– Se propusieron cambios para mejorar los sistemas de información previa a cargo de los desarrolladores, prestadores y demás operadores en línea a los representantes legales de los menores acerca del tratamiento previsto de sus datos personales, debiendo ser una información más concisa, clara y oportuna.

– Se incluyeron nuevos mecanismos de verificación del consentimiento paterno: escaneo de formularios del consentimiento debidamente firmados; sistemas de videoconferencia; uso de identificadores personales emitidos por el gobierno; sistemas de pago electrónico que ofrezcan ciertas garantías de identificación fidedigna; así como sistemas de doble verificación mediante el uso de correos o mensajes, particularmente electrónicos.

– Se establecieron nuevas obligaciones a cargo de los operadores y prestadores de servicios en línea en torno a la adopción de medidas razonables para asegurar que la información personal de los menores únicamente se comunica o transmite a aquellos prestadores de servicios y terceros que son capaces de mantener la confidencialidad y garantizar la seguridad de sus datos personales y, además, confirman que lo harán.

La apuesta por sistemas de puerto seguro (*Safe Harbor*), propiciando mecanismos de autorregulación y requiriendo a operadores y prestadores de servicios que se adhieran a estos y realicen las pertinentes auditorías de control en el cumplimiento de las obligaciones que formal y voluntariamente asuman.

¿En qué consiste el mecanismo de verificación consensual contenido en la *COPPA*?¹⁴.

¹⁴ Seguimos a BRITO IZQUIERDO, N. “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, op. cit., p. 8.

Los criterios de verificación consensual propuestos en la *COPPA* norteamericana son meramente orientativos y no tienen un carácter exhaustivo, pudiendo el responsable que corresponda proponer a la *Federal Trade Commission (FTC)* nuevos criterios o métodos a través de los pertinentes sistemas de autorregulación que se fomentan a estos efectos, pudiendo ser objeto de aprobación por la *FTC* en cada caso.

A estos efectos, la *COPPA* plantea los siguientes criterios de verificación consensual:

-Proporcionar un formulario de consentimiento para ser firmado por los representantes legales y devuelto a través de correo electrónico, fax o escáner electrónico (el método de “imprimir y enviar” o “print-and-send consent form”).

-Requerir al representante legal, en conexión con una transacción monetaria, el uso de una tarjeta de crédito, tarjeta de débito u otro sistema de pago en línea que proporcione notificación de cada transacción al titular de la cuenta principal.

-Hacer que el representante legal llame a un número telefónico gratuito con personal capacitado o que este se conecte con personal capacitado a través de videoconferencia.

-Comprobar la identidad de los padres mediante la comprobación de una forma de identificación emitida por el gobierno en relación con las bases de datos de dicha información, siempre y cuando elimine rápidamente la identificación de los padres después de completar la verificación.

-Después de un tiempo razonable, enviar otro mensaje a través de la información de contacto en línea de los padres para confirmar el consentimiento. En este mensaje de confirmación, debe incluir toda la información original contenida en el aviso directo, informar al representante legal que puede revocar el consentimiento, e informarle cómo hacerlo.

-Implantar un sistema de “Email plus” o de doble verificación lo que permite solicitar (en el aviso directo enviado a la dirección de contacto en línea de los representantes legales) que estos indiquen su consentimiento en un mensaje de retorno. A estos efectos, se puede solicitar en su mensaje inicial al representante que este incluya un número de teléfono o fax o dirección de correo en el mensaje de respuesta, para que pueda seguir con una llamada telefónica, un fax o una carta de confirmación al mismo.

Dice Brito que, con independencia de lo anterior, parece que lo más recomendable y seguro para el responsable del tratamiento es que

este prevea diversos medios de control tanto *a priori*, como *a posteriori* en este ámbito. Señala esta autora, a título de ejemplo, atendiendo a la normativa europea y española aplicable, los siguientes¹⁵:

1. Propuesta de sistemas de verificación del consentimiento paterno de tipo apriorístico.

A estos efectos se distingue entre un sistema principal o preferencial y sistemas alternativos en caso de no resultar aplicable el citado sistema preferencial:

a) Sistema principal: Uso preferencial del sistema de e-DNI o DNI electrónico para realizar la identificación, el registro y la verificación del consentimiento otorgado por los representantes legales.

b) Sistemas alternativos (o complementarios al principal o preferencial, según los casos) dispuestos “a priori”: En su defecto, en caso de que los/las representantes legales de los/las menores no cuenten con dichos dispositivos de identificación electrónica, alternativamente, se podrá utilizar, de forma cumulativa o no, los siguientes sistemas de verificación “a priori” del consentimiento válidamente otorgado por dichos representantes:

– sistema de aceptación y verificación de una tarjeta de crédito, en conexión con una específica transacción, al preverse una pasarela para el pago seguro de las suscripciones (o renovaciones) que se realicen a través del Portal por dichos representantes legales. Dicha verificación podrá realizarse de forma directa o mediante terceros de confianza del responsable.

– sistema “print-and-send consent form” inspirado en el previsto por la FTC. Este procedimiento consiste en firmar un formulario específico para el tratamiento de datos personales, con acompañamiento de copia relativa al DNI o pasaporte del/ de la representante legal, así como copia del Libro de Familia o documento equivalente. Dicha copia podría ser aportada como fotocopia, de forma escaneada o como un mero archivo fotográfico (por ejemplo fotografía captada con un móvil u otro dispositivo válido). En todo caso, la fotocopia, copia o archivos asociados al DNI, pasaporte, Libro de Familia o documentos equivalentes deberán ser claros y legibles.

– sistema de “Email plus” o de doble verificación lo que permite solicitar (en el aviso directo enviado a la dirección de contacto en línea de los representantes legales) que estos indiquen su consentimiento en un mensaje de retorno. A estos efectos, se puede solicitar en su mensaje inicial al representante que este incluya un

¹⁵ BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos” op. cit., p. 8.

número de teléfono o fax o dirección de correo en el mensaje de respuesta, para que pueda seguir con una llamada telefónica, un fax o una carta de confirmación al mismo.

– Con carácter aleatorio y/o ante incidencias, se podrá articular un sistema de llamadas telefónicas de verificación de identidad o de seguridad (incluyendo sistemas de videoconferencia o similar que permita conservar la pertinente prueba de identificación/verificación contra la imagen/foto/voz que corresponda) con los representantes legales por personal del responsable de tratamiento entrenado o capacitado al efecto, propio o externo, que formularía, por ejemplo, un catálogo de preguntas de seguridad preestablecido y que podrá incluir la grabación de voz/imagen a efectos probatorios.

– Sistemas de gestión de verificación del consentimiento válidamente otorgado por los/las representantes legales a través de terceros de confianza con los que el responsable pudiera colaborar en el marco de los proyectos o servicios que desarrolle de cara a los menores de edad (p.ej. colegios y otras entidades educativas en caso de tratarse de proyectos o servicios en línea de tipo educativo). Estas relaciones de colaboración se documentará conforme a la vigente normativa.

2. Propuesta de sistemas de verificación del consentimiento paterno formulados a posteriori.

En este ámbito se plantea la posibilidad adicional y complementaria de realizar controles comprobatorios a posteriori y, en cualquier momento, para acreditar, en casos sospechosos, así como de forma aleatoria (para mayor control en el marco del proyecto o servicio que corresponda), que el consentimiento informado se ha prestado de forma debida por el respectivo representante legal, requiriendo en estos supuestos:

– La firma, digital o manuscrita, de documento específico con posterioridad que permita ratificar el consentimiento informado realizado, con aportación de copia del DNI o pasaporte del firmante, en su caso, para verificar que la firma manuscrita del documento coincide con la del DNI o pasaporte aportado, así como copia del Libro de Familia o documento equivalente (Sistema “print-and-send consent form”). Se deberá articular un plazo máximo de recepción de esta información y/o documentación, pudiendo dar de baja o suspender las cuentas de que se trate en el caso concreto.

– Con carácter aleatorio y/o ante incidencias, se podrá articular un sistema de llamadas telefónicas de verificación de identidad o de seguridad (incluyendo sistemas de videoconferencia o similar que permita conservar la pertinente prueba de identificación/verificación contra la imagen/foto/voz que corresponda) con los representantes legales por personal del responsable de tratamiento entrenado o capacitado al efecto, propio o externo, que formularía, por ejemplo, un catálogo preguntas de seguridad preestablecido y que podría incluir la grabación de voz/imagen a efectos probatorios”.

Junto al consentimiento se halla íntimamente ligado el principio de transparencia¹⁶, que exige aportar más información a los interesados con anterioridad a la recogida de sus datos personales y que, además, toda la información y comunicación relativa al tratamiento de datos de carácter personal sea accesible, y que se emplee para ello un lenguaje sencillo y claro. Lo mismo se establece con los menores al exigirse que dicha información les sea fácil de entender¹⁷.

Otra novedad del Reglamento es la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, también conocida como *PIAS (Privacy impact assessment)*. Esta nueva figura supone que cuando se prevea como probable que un tratamiento de datos de carácter personal, en especial mediante nuevas tecnologías, pueda suponer un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable de ese tratamiento deberá llevar a cabo una evaluación de su impacto en la protección de datos personales.

La nueva ley de protección de datos¹⁸, en su artículo 7, hace referencia al consentimiento de los menores de edad. Alguna diferencia presenta respecto al Reglamento cuando afirma que el tratamiento de datos de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de 14 años¹⁹. Añade 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

¹⁶ Al principio de transparencia se refiere el art. 5.1,a) del Reglamento Europeo de Protección de Datos.

¹⁷ Ello está también en relación con uno de los principios que en materia de protección de datos debe respetarse en todo caso: el principio de información. Dice PIÑAR MAÑAS que “si el derecho a la protección de datos atribuye al titular el derecho a saber dónde están tales datos, es necesario que quien los trate informe al titular de los mismos (...). Por ello las cláusulas de privacidad, los requisitos de información son extraordinariamente importantes. Es necesario saber qué se hará con los datos, dónde van a parar, a quién, en su caso, se van a ceder, quién tiene acceso a los mismos. Pues si no se facilita esa información, el control sobre los propios datos desaparece”. Cfr. PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de los datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), *Redes Sociales y Privacidad del Menor. Social Networks and Children Privacy*, Fundación Solventia-Reus, Madrid, 2011, p.76.

¹⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

¹⁹ Interesa destacar que la edad para que el menor pueda consentir no interfiere con las normas del Derecho contractual español relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un menor. Por tanto, ni el Reglamento ni la nueva Ley de Protección de Datos abordan la cuestión de si un menor puede suscribir, por ejemplo, un contrato en línea.

contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Y termina diciendo el art. 7, en su número 3, que el tratamiento de los datos de los menores de 14 años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela²⁰.

Lo anterior tiene que completarse con el art. 84 de la nueva ley de protección de datos que, bajo el título de la “Protección de los menores en Internet”, dice que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales han de procurar que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de la personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

Dos preguntas nos sugieren el art. 7 y el art. 84. En primer lugar, el consentimiento del menor en la ley de protección de datos es diferente del mismo consentimiento en la ley de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y en el art. 162 del Código Civil. Y eso que estamos hablando de un derecho de la personalidad, porque el derecho a la protección de datos es, al menos, primo hermano del derecho a la intimidad. ¿Por qué entonces ese diferente tratamiento del consentimiento del menor?. En segundo lugar, ¿qué relación tiene el art. 84 con el deber de los padres de protección de los derechos del menor?.

Paso a ver el primer punto. La Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, en su art. 3.1, dice que cuando el titular del derecho es un menor, el consentimiento deberá ser prestado por él mismo si sus condiciones de madurez lo permiten. Con lo que se observa la diferencia con la nueva ley de protección de datos, que establece una edad rígida,

²⁰ El problema está servido: ¿qué sucede si el menor mayor de 14 años no tiene condiciones de madurez suficiente en el sentido del Código Civil o de la ley de protección del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen?. Teóricamente, nada podríamos objetar, aunque, a continuación, algo vamos a ver sobre esta cuestión. ¿Se podría, entonces, aplicar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, concretamente su art.4.3? Como señala GRIMALT SERVERA, es cierto que el eco de los medios de comunicación justifica esta regla, pero que es lícito preguntarse si en el concepto de medio de comunicación, a los efectos de este precepto, se incluye internet. No creo, desde luego, que el concepto “red social” se incluya en el concepto “medio de comunicación” del art. 4.3 (Cfr. GRIMALT SERVERA, P., “Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada”, en CUENA CASAS,M./ANGUITA VILLANUEVA, L.A./ORTEGA DOMENECH, J. (coords.) Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2013, pp.187-188).

sin hablar para nada de “condiciones de madurez”. ¿Qué sucede si no se dan esas condiciones de madurez?. Que el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si el Ministerio Fiscal se opusiera en el plazo de ocho días, resolverá el Juez (art. 3.2).

Lo mismo sucede con el art. 162.2 del Código Civil. Este precepto establece algunas excepciones a la representación legal de los padres. Entre ellas destaca la del número 1, por el que se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, puede realizar por sí mismo²¹.

Con anterioridad a la reforma, el artículo estaba formulado de manera más extensa, quedando excluidos de la representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por tanto, se puede decir que la excepción estaba prevista con mayor amplitud, permitiéndose también “otros actos”, no solo los de los derechos de la personalidad.

La mayoría de la doctrina, haciendo una interpretación correctora del mismo, se basaba en este precepto para comentar que consagra una importante ampliación de la capacidad de obrar del menor, en estrecha dependencia con su capacidad natural de conocer y querer. La conclusión era que el menor dotado de capacidad natural podía, por sí solo, realizar los actos relativos a los derechos de la personalidad, siempre que tuviera madurez suficiente. Luego, por sí solo podría realizar los actos relacionados con el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, ¿a pesar de lo que diga la nueva ley de protección de datos?

Es cierto que en ocasiones la propia normativa establece una determinada edad en relación con determinados actos relativos a los derechos de la personalidad, atendiendo a la propia protección del menor. Sin embargo, no veo por qué para ejercitar el derecho de intimidad basta el criterio de la madurez, y, en cambio, ante el derecho a la autodeterminación informativa, que, como ya he dicho, es primo hermano de aquel e incluso podría ser considerado-en positivo-una manifestación de ese derecho, se requiere una edad determinada para ejercitarlo.

²¹ Este precepto fue objeto de reforma por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añadiendo un inciso que posibilitará la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en los que el menor tenga madurez suficiente”.

Una posible coordinación entre el art. 162 del Código Civil, la ley de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y el art. 7 de la nueva ley de protección de datos de 2018 viene proporcionada por Nieto, que me parece interesante, aunque no estoy del todo de acuerdo²². Más o menos su argumentación sería la siguiente.

Del art. 3.1 de la LO 1/1982 y del art. 162.2 CC. se desprende un criterio distinto del establecido en el art. 7 de la nueva ley de protección de datos, que es el de la madurez del menor. Es decir, se puede hablar de dos criterios distintos que se barajan al unísono: el criterio cronológico puro (o de la edad fija) y el criterio de la madurez. La principal ventaja del criterio cronológico es la seguridad jurídica que aporta a los sujetos intervinientes en protección de datos, y la ventaja que aporta el criterio de la madurez es el respeto a los derechos del menor y la propia tendencia del ordenamiento de proteger a los menores de acuerdo con el principio de interés superior del menor y el principio de libre desarrollo de la personalidad (“capacidad natural”). El establecimiento de una edad fija no garantiza que el menor fuera a disponer por ese solo hecho de la madurez para consentir el tratamiento de sus datos personales. Y dado que el criterio de la madurez supone una mejor protección al menor habría que aplicarlo con preferencia.

¿Cómo conjugar entonces los tres preceptos, según este autor?. Por vía de presunción, es decir, presumiendo que el menor, mayor de 14 años, tiene madurez suficiente para otorgar el consentimiento para la protección de datos, presunción *iuris tantum*, de forma que el criterio relevante no debería ser la edad mínima de 14 años, sino que debería ser la madurez.

La conclusión sería entonces la siguiente. Podríamos presumir que, cuando se trate de un menor de 14 años, el consentimiento, en principio lo deberán prestar los representantes legales, excepto que se pruebe que el menor tiene madurez suficiente. Si supera dicha edad, el menor podría prestar ese consentimiento sin problemas, salvo que se probase que no reunía las condiciones de madurez suficientes.

Siendo interesante esta interpretación, probablemente la interpretación más correcta iría en la línea de mantener la edad fija, tal como establece la legislación europea y española en la actualidad y como sostuvo la AEPD en su informe 2000/0000, sobre *Consentimiento otorgado por menores de edad*, en el que llegó a la conclusión de que los mayores de 14 años disponían de las condiciones de madurez precisas

²² NIETO MANIBARDO, E., “La prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales de los menores de edad en las redes sociales”, Fodertics 6.0. Los nuevos retos del Derecho ante la era digital, Comares, Granada, 2017, p. 69 ss.

para consentir, por sí mismos, el tratamiento de datos. Y termina señalando que cuando se trate de menores a dicha edad, habría que aplicar el art. 162.2 CC y, por consiguiente las condiciones de madurez.

Si pasamos a la segunda pregunta, ¿es lícito pasar del “procurar” del art. 84, que no sugiere ninguna prohibición, al “deber de velar por el hijo”, que implica tomar decisiones por el hijo, en beneficio de este, respecto al uso de internet? Parece que sí, como subraya la doctrina, en general, que afirma la legitimación de los padres para tomar decisiones respecto de actos estrechamente ligados con derechos de la personalidad (intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos...etc.) actuando en ejercicio de su deber de velar por sus hijos.

Respecto del uso de las redes sociales, no tengo duda que la obligación de los progenitores de velar sobre sus hijos menores no emancipados debe permitir controlar el uso que hace el menor de internet, en la línea de lo establecido en el art. 162 Código Civil, que establece la posibilidad que tienen los padres de intervenir en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

A la vez, este deber debe ser respetuoso con el derecho a la protección de los datos que tiene el menor. Encontrar el justo equilibrio es un tema de prudencia de los padres²³. Como principio general, el control ha de ser restrictivo dado que el derecho a la protección de datos está en íntima conexión con el principio de libre desarrollo de la personalidad del menor, aunque cierto control parental de los equipos informáticos y el establecimiento de filtros adecuados podrían ser oportunos. Aquí también jugaría el concepto “condiciones de madurez” del menor. Por tanto, puede controlar el uso de internet en función de la capacidad natural del menor a partir de los 14 años . Lo que no puede es impedir el acceso de ese menor a internet alegando miedo. Vigilar con prudencia, sí. Impedir sin más, no. Porque, hoy en día, no se puede aislar al menor de la red social.

Respecto a los menores emancipados, poco hay que decir debido a que el art. 323 Código Civil les trata como mayores de edad, con la salvedad de las conocidas excepciones de este precepto. Algún matiz habría que hacer en relación con el art. 319 Código Civil, debido a que cuando los padres revocan el consentimiento, ese menor emancipado dejaría de ser tal.

²³ GRIMALT SERVERA, P., “Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada”, op. cit., p. 190. Este autor habla de las diversas circunstancias que han de ser tomadas en consideración para justificar el deber de vigilancia de los padres.

También hay que resaltar que los principios que rigen en materia de protección de datos deben respetarse en cualquier caso cuando se trate de menores. Ya me he referido al principio de información y transparencia.

Otro de estos principios es el de calidad del dato, en el sentido de que los datos deben ser adecuados, pertinentes, no excesivos. Que respondan a la situación actual del afectado. Señala Piñar²⁴ que este principio tiene una vitalidad tan intensa como compleja en el ámbito de las redes sociales, porque en ellas la mayoría de los datos son incorporados por los propios usuarios, pero a menudo se manejan también datos de terceros. El principio de calidad del dato exige que los datos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.1,c) del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Y como manifiesta Piñar²⁵, “lo cierto es que en las redes sociales no siempre es fácil saber cuándo el dato es excesivo, partiendo de la base, paradójicamente, de que en innumerables ocasiones los datos que se manejan son considerados socialmente excesivos, pero no para quien los maneja o “baja” a la Red”.

Otro principio es el de finalidad. Ello quiere decir que los datos se recaban con una finalidad determinada, explícita y legítima. Lo cual, como señala Piñar Mañas²⁶, es especialmente importante en el ámbito de las redes sociales ya que “los datos que se tratan en las redes sociales están ahí no para que cualquiera los pueda manejar, tratar, utilizar, sino porque alguien, voluntariamente, ha decidido incorporarse en una red social para tener relación con terceros. De modo que esa finalidad se tiene que respetar, y otros terceros, ajenos, no pueden capturar esa información y utilizarla para lo que consideren oportuno, sino solo para esa finalidad determinada, explícita, legítima”. A este principio se refiere el art. 5.1, b) del Reglamento, que establece que los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines.

El principio de seguridad es, lógicamente, esencial, de tal manera que siempre se asegure que el titular de los datos mantenga el

²⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de los datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, op. cit., p. 77.

²⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de los datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, op. cit., pág. 77.

²⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de los datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, op.cit., p. 77.

control sobre ellos. Por tanto, el tratamiento de los mismos se ha de llevar a cabo implantando las medidas de seguridad que sean necesarias. Si no se adopta tales medidas, los datos pueden perderse y con ellos el control. A este principio hace referencia el art. 5.1, f) del Reglamento que manifiesta que los datos serán tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada a los mismos, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas, siendo el responsable del tratamiento del cumplimiento de este principio.

3.3 La Privacidad²⁷ de Las Redes Sociales en Relación a Los Menores.

Ya se ha comentado que una de las características de los menores, los llamados “nativos digitales”, es que viven en las redes sociales. Sin exagerar, viven dentro de las mismas, donde pasan el tiempo compartiendo novedades y vivencias personales. Saben los unos respecto de los otros, qué hacen minuto a minuto, no cuenta si es de noche o de día. Y ello se extiende a los “amigos de los amigos” y a los “amigos de los amigos de los amigos”. Y así sucesivamente. El concepto de privacidad se hace enormemente laxo²⁸, sin que los menores sean realmente conscientes del riesgo que pueden sufrir y, sin que, en la

²⁷ Aunque privacidad e intimidad no son exactamente lo mismo, en sentido amplio los hacemos equiparables. Cfr. OROZCO GONZALEZ, M., “Redes sociales e intimidad: “El país de las maravillas 2.0””, en ANARTE BORRALLO, E./ MORENO MORENO, F./ GARCIA RUIZ, C. (coords.), Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad, Iustel, Madrid, 2015, p. 180. Esta autora señala que el concepto “privacidad” está ligado con el de intimidad, pero no siempre coinciden en su contenido, ya que el ámbito de lo privado incluye lo íntimo, pero no siempre ocurre así en sentido contrario.

²⁸ A lo mejor hay que dar un paso más y reconocer que ya no hay privacidad ni intimidad en las redes sociales. Dicho con otras palabras: el vivir en la red social supone la renuncia por el interesado al derecho a la intimidad. Cfr. PORCAR PARRA, S., La protección de la privacidad de los menores en Internet, repositori. uji.es., p. 26: “Cualquier persona que navega por Internet, sin saberlo, va dejando un rastro que los hace fácilmente identificables para terceras personas con tan solo introducir un nombre en un buscador, pero si, además, lo que se utiliza son redes sociales como las que hay a día de hoy (*Instagram, Facebook, Twitter*...) los riesgos son aún mayores, ya que la propia dinámica de estas redes sociales consiste en la creación de un perfil con toda clase de datos personales. Este aspecto es el que más preocupa en relación con los menores, puesto que son menos conscientes de los riesgos que supone facilitar tanta información personal y por ello se disponen a crear perfiles con todo tipo de datos personales reales que les coloca en una situación de total vulnerabilidad”.

práctica, los proveedores de servicios se tomen en serio la protección del menor. Ni siquiera son capaces de controlar el acceso o alta en la red a los menores ni el flujo de datos entre unos y otros. Claro que no toda la culpa la tienen ellos. Como decía un menor, si me cierran una cuenta por no tener la edad permitida, “abro otra cuenta con otra identificación”. En cualquier caso, en la defensa de la privacidad de los menores, hay que tener en cuenta, en primer lugar a estos y sus padres, en una labor de concienciación de lo que es la red social, en lo positivo y en lo negativo y, de algún modo, obligar a las plataformas y proveedores de servicios de las distintas redes sociales a establecer sistemas más seguros para salvaguardar la privacidad de los menores, fijando herramientas de control por los padres y tutores, a restringir al máximo el número de acceso de los “amigos de amigos”²⁹.

¿Qué mecanismos de protección de la privacidad en las redes sociales existen actualmente?

En primer lugar hay que referirse al Reglamento Europeo de Protección de Datos.

El Considerando 14 del Reglamento declara que la protección que en él se establece se aplicará a las personas físicas siempre en relación con el tratamiento de sus datos personales y no al tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas.

Asimismo, en el Considerando 38 se hace especial mención a la protección de los niños, estableciendo literalmente 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 sus datos”.

Uno de los problemas que se venían dando, señala Porcar³⁰, era el hecho de encontrar entre los Estados miembros significativas diferencias entre los niveles de protección que, junto al auge de las tecnologías de la información y la comunicación (*TIC*), que facilitan una comunicación instantánea y transfronteriza, han hecho necesaria una actualización profunda del marco legislativo para poder hacer frente a dichos problemas. El Reglamento tiene como objetivo superar la fragmentación normativa existente y modernizar los principios de privacidad en la Unión Europea.

²⁹ Cfr. GIL ANTON, A.M., El derecho a la propia imagen del menor en Internet , *op. cit.*, p. 201-207.

³⁰ PORCAR PARRA, S. La protección de la privacidad de los menores en Internet, *op. cit.*, p. 32.

Dentro de esa actualización del marco legislativo, señala Porcar³¹, uno de los aspectos más relevantes ha sido ampliar el ámbito de aplicación de las normas que regulan la protección de datos. Ahora el Reglamento Europeo de Protección de Datos no solo se aplica en los Estados miembros sino que se amplía a los responsables/empresas que no se encuentran en el territorio de la Unión pero que ofrecen algún tipo de servicio o producto dentro de ella. Esto se debe a que, tal y como establece el Considerando 116 del Reglamento, “cuando los datos personales circulan a través de las fronteras hacia el exterior de la unión se puede poner en mayor riesgo la capacidad de las personas físicas para ejercer los derechos de protección de datos, en particular con el fin de protegerse contra la utilización o comunicación ilícitas de dicha información”.

Afirma Porcar³² que una de las novedades más interesantes del Reglamento es establecer la protección de datos desde el diseño y por defecto³³. Desde el diseño supone que cuando se pretenda sacar un nuevo servicio o producto se debe, previamente, analizar los riesgos que pueda suponer para la privacidad de los interesados y tomar medidas de antemano.

Por otro lado, la protección de datos por defecto implica que el responsable del servicio o producto proteja de manera predeterminada los datos personales de los interesados, sin que estos tengan que hacerlo. Pone un caso esta autora: “Así, por ejemplo, si se atiende a la red social de *Instagram*, se observa como esta aplicación dispone de una serie de mecanismos de protección de la privacidad como sería el poner la cuenta como privada, no permitir que todos los usuarios puedan ver tus fotos y comentarios, etc. Bien, pues en este caso, establecer la privacidad por defecto supondría que al crearte una cuenta se accediese con toda esta seguridad establecida, y que fuese decisión del usuario si quiere limitar esa seguridad o incluso eliminarla”, lo cual evidentemente, en el caso de los menores, los padres tendrían algo que decir cuando se trata de redes sociales.

Se introduce también en el art. 33 del Reglamento la obligación de informar a la autoridad de control, en nuestro caso, a la Agencia Española de Protección de Datos, de los fallos de seguridad que pudieran darse y que supongan un riesgo para las personas físicas sin dilación indebida y, a ser posible, en un plazo máximo de 72 horas. Lo mismo se establece en el art. 34 del Reglamento para informar a los interesados.

³¹ *Ibidem*, p. 33.

³² *Idem*.

³³ Art. 25 del Reglamento relativo a la “Protección de datos desde el diseño y por defecto”.

Es importante también el *Data Protection Officer (DPO)*, regulado en el Reglamento. El Delegado de Protección de Datos es, pues, otra de las novedades introducidas por el Reglamento.

Si se atiende a la normativa europea esta figura ya aparecía en la Directiva 95/46/CE³⁴ en el apartado 2 de su artículo 18 “...responsable del tratamiento designe, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeto, a un encargado de protección de los datos personales que tenga por cometido...”.

El Reglamento dota de una especial importancia a la figura del Delegado de Protección de Datos, al asignarle una sección propia, la sección 3 del Reglamento compuesta por tres extensos artículos y en uno de ellos ha establecido una serie de supuestos concretos en los que dicha figura será obligatoria en todo caso, que son los siguientes³⁵:

Cuando el tratamiento de datos personales sea llevado a cabo por una autoridad u organismo público, a excepción de los tribunales de justicia que actúen en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Cuando la actividad principal de una entidad, institución u organismo sea la realización de operaciones de tratamiento de datos personales a gran escala.

Cuando estas entidades, instituciones u organismos tengan como actividad principal el tratamiento a gran escala de datos personales especialmente protegidos que se encuentran regulados en el art. 9 del Reglamento, así como a los datos relativos a condenas e infracciones penales recogidos en el art. 10 del Reglamento.

En cuanto al cometido del Delegado de Protección de Datos, el Reglamento establece en su artículo 39 una serie de funciones propias que son:

Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de los datos personales de las obligaciones que les incumben en virtud del Reglamento y otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento, en otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del

³⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de Octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

³⁵ Casos establecidos en el art. 37 del Reglamento relativo a la “designación del delegado de protección de datos”.

tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento y las auditorías correspondientes.

Ofrecer el asesoramiento que se le pida acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su realización.

Cooperar con la autoridad de control.

Actuar como punto de contacto de la autoridad de control para las cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos personales incluida la consulta previa, y consultar en su caso, sobre cualquier otro asunto.

Se ve, por tanto, que estamos ante una figura importante y necesaria³⁶.

¿Cuál es el papel de los proveedores de servicios en la privacidad? Ya sabemos que los mismos o *ISP (Internet service provider)* son empresas y organizaciones que proporcionan a sus clientes el acceso a Internet y a otros servicios relacionados, normalmente a cambio de pagar una cuota. A día de hoy, la mayoría de las empresas telefónicas que conocemos como Movistar, Vodafone, Orange, Yoigo, etc., funcionan también como proveedores de acceso a Internet.

Estas empresas adoptan medidas en materia de privacidad, es decir, qué mecanismos pone cada uno de los Servicios para que sus usuarios configuren la privacidad de su perfil. Paradigmático es el caso de *Facebook*.

Facebook es una red social fundada en el año 2004 en la Universidad de Harvard y, a día de hoy, es de las más utilizadas³⁷. Para poder utilizar *Facebook* hay que crearse un perfil y la foto y el nombre que se establezcan siempre serán públicos, por eso es aconsejable no poner el nombre real. Asimismo, *Facebook* permite configurar distintos niveles de privacidad según las preferencias de cada persona. De forma predeterminada, esta red social configura la privacidad de los perfiles de manera que solo pueden ver las cosas personales de cada uno las personas que se tienen como amigos, pero no obstante todos pueden ponerse en contacto con esa persona y buscarle a través de la red social. Otra cuestión importante de *Facebook* es que cuenta con una casilla, marcada

³⁶ El Delegado de Protección de Datos aparece en los arts. 34 a 37 de la nueva Ley de Protección de Datos, donde se precisa lo dispuesto en el Reglamento europeo..

³⁷ PORCAR PARRA, S., La protección de la privacidad de los menores en Internet, *op. cit.*, p. 41.

por defecto, que permite que los motores de búsqueda fuera de *Facebook* indexen el perfil, de manera que cualquiera puede encontrar a una persona con tan solo poner el nombre de la misma en el buscador.

Ciertamente, señala Porcar³⁸, los distintos proveedores de servicios cada vez abogan más por establecer mecanismos de protección de la privacidad de sus usuarios, pero aún así, se echa en falta una configuración de los perfiles que sea más restrictiva por defecto, es decir, que tenga establecido de forma predeterminada el mayor nivel de privacidad del que disponga la aplicación. Afirmar esta autora: “Este hecho resultaría muy útil para los menores que utilizan estas aplicaciones y redes sociales, ya que son menos conscientes de los riesgos que éstas suponen y por lo tanto son menos propensos a cambiar la configuración respecto a su privacidad por sí mismos. Además se aconseja a todos los usuarios en general la lectura de las condiciones de uso y las políticas de privacidad de las distintas aplicaciones, para conocer de antemano a qué se exponen y que tipo de tratamiento de la información hace la aplicación”.

Por último, y no menos importante, se ha de educar a los menores en el uso de Internet y de las redes sociales. Desde esta perspectiva, tiene importancia el art. 83 de la nueva Ley de protección de datos donde se nos dice que el sistema educativo tendrá que garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un 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.

³⁸ *Ibidem*, p.43.

EL FENÓMENO SHARENTING: INTROMISIONES ILEGÍTIMAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN LAS REDES SOCIALES POR SUS RESPONSABLES PARENTALES

Dra. Maria Planas ballvé¹

Sumario: 1. Introducción; 2. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; 2.1. Aproximación de los derechos de la personalidad; 2.2. Concepto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; 3. El ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad por parte de menores de edad; 3.1. Protección del nasciturus; 3.2. Capacidad de obrar progresiva; 3.3. La edad; 3.4. Reconocimiento de la autonomía; 4. Sistemas de protección; 4.1. El papel de los responsables parentales; 4.2. Intervención del Ministerio Fiscal; 5. Internet y las redes sociales; 5.1. Estado de la cuestión; 5.2. Privacidad e Internet; 5.3. La huella digital; 5.4. El consentimiento en las redes sociales; 5.5. Conductas lesivas y riesgos; a) Suplantación de identidad y bulling; b) Digital kidnapping; c) Reputación digital; 6. El interés superior del menor de edad; 7. Reclamación de la intromisión ilegítima; 7.1. Legitimación activa; 7.2. Acciones; 8.

¹ Una vez finalizados mis estudios universitarios de Derecho, Administración y Dirección de Empresas y el Máster de Integración Europea me doctoré en Derecho Privado en la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente soy profesora asociada de la Universidad Autónoma de Barcelona y profesora colaboradora de la Universidad Abierta de Cataluña. También participo en comités de evaluación de titulaciones oficiales con la Agencia de Calidad de Cataluña. Mi labor docente la compagino con el ejercicio de la abogacía y con la investigación con la publicación de diversos artículos de investigación en revistas tales como la Revista de Derecho Civil o Revista Jurídica de Catalunya.

Estado de la cuestión en sede de derecho comparado; 8.1. La protección digital del menor de edad en el estado de California; 8.2. La doctrina Europea: el derecho al olvido y a un futuro abierto; 8.3. El art. 226-1 Code pénal de Francia; 9. Propuesta de guía de buenas prácticas; 10. Conclusiones y reflexiones finales; 11. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Actualmente estamos viviendo una Revolución Tecnológica que ha creado un entorno digital donde los menores de edad se pueden encontrar indefensos en relación a sus derechos de la personalidad, concretamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y de los datos personales². En efecto, cuando alguien busca en el buscador *Google* su nombre es posible que encuentre información y fotografías suyas de años atrás que no quiere que sean públicas. Muchas veces estas imágenes fueron subidas a las redes sociales por los responsables parentales sin el consentimiento de su titular, en ese momento menor de edad. Es muy probable que los hijos no estén de acuerdo con esas publicaciones o que incluso lleguen a sentir vergüenza de su imagen en Internet³.

El uso de nuestra intimidad e imagen en las redes sociales es cada vez más común. Los usuarios de estas plataformas con su actividad virtual configuran su identidad digital. Ahora bien, muchas veces en esta intimidad que es compartida en las redes sociales se incluye la imagen, los datos personales o la intimidad de menores de edad⁴. Sin ser plenamente conscientes, se está creando y definiendo la identidad digital

² Vid. LAMBEA RUEDA, A., “Entorno digital, robótica y menores de edad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, 2018, p.184 y ss. Sobre la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad, GIL ANTON, A.M., *¿Privacidad del Menor en Internet? <<Me gusta>> ¡¡¡todas las imágenes de <<mis amigos>> a mi alcance con su simple <<click>>!!!*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p.45, establece que “el derecho a la intimidad, al ser un derecho de la personalidad, puede ser vulnerado con mayor facilidad en la medida que avanzan los medios tecnológicos”.

³ GAËLLE, O., KAREN, V., “Sharenting: Parental adoration or public humiliation? A focus group study on adolescents experiences with sharenting against the background of their own impression management”, *Children and Youth Services Review*, 2019, p4. Son claros el respecto: “*adolescents are oftentimes embarrassed about the content their parents share on social media*”.

⁴ STEINBERG, S.B., “Sharenting: Children’s privacy in the age of social media”, 66 *Emory Law Journal*, 839 (2017), p.849, i DI BARI, C., “L’infanzia rappresentata dai genitori nei *social network*: riflessioni pedagogiche sullo *sharenting*”, *Studi sulla Formazione*: 20, 2017-2, p. 265, sostiene que en Estados Unidos, el 92% de los menores de dos años tienen presencia en redes sociales.

de los menores de edad sin su consentimiento. Como veremos, esta práctica comporta una intromisión ilegítima a su derecho a la intimidad personal y familiar y de la propia imagen⁵. Por ello, consideramos que es preciso que los ciudadanos hagan un uso saludable de Internet.

Podemos definir *sharenting* como la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores de edad. En inglés “*sharing representations of one’s parenting or children online*”. Cuando las familias comparten en sus perfiles personales detalles de la vida de sus hijos se crea un conflicto entre el derecho a la intimidad de los padres y de los hijos menores de edad. Los menores de edad no tienen control sobre la información de su persona que comparten sus progenitores y/o responsables parentales⁶. Si esta actividad no se controla y los menores de edad siguen sufriendo estas intromisiones ilegítimas es muy probable que este fenómeno evolucione hacia el que algunos autores llaman *oversharenting*⁷.

Así pues, con la publicación en los perfiles de imágenes, vídeos, etc., de los hijos menores de edad se está llevando a cabo un determinado ejercicio del derecho a la intimidad de sus hijos. Como se sabe, este derecho es el derecho a mantener una esfera privada constituida por aquellas manifestaciones de la propia vida que uno no quiere que sean conocidas. Este derecho se encuentra reconocido en el art.18 CE y regulado en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen⁸.

⁵ Vid SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario Derecho Civil*, T.LXXI, 2018, fasc. 2, p.419, que pone de manifiesto que el uso de la información digital puede ocasionar “*que se vulneren los derechos fundamentales de las personas, especialmente los derechos a la personalidad, a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen*”. En el mismo sentido, LAMBEA RUEDA, A., “Entorno digital...”, p.185, está atento sobre este fenómeno e indica “*es importante ser conscientes de las consecuencias de la huella digital, y cómo se va conformando nuestra identidad y biografía digital*”, además, destaca que entre los problemas actuales que inciden en el ámbito de la protección de menores la protección de la privacidad y de los datos personales. También TINTORÉ GARRIGA, M.P., “Sharenting y responsabilidad parental”, Monográfico: menores y redes sociales, *Revista la Ley Derecho de Familia*, nº 14, 2017, pp.43 y ss.

⁶ BLUM-ROSS, A., LIVINGSTONE, S., ““Sharenting,” parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular Communication*, 2017, v. 15 n. 2, p. 110.

⁷ Vid YISEUL CHOI, G., LEWALLEN, J., ““Say Instagram, Kids!”: Examining Sharenting and Children’s Digital Representations on Instagram”, *Howard Journal of Communications*, 29:2, 2018, p.145, que son conscientes de esta problemática y afirman que *oversharenting* es el término utilizado para conceptualizar “*the phenomena of sharing too much information about one’s children online*”.

⁸ BOE núm.155,14/05/1982.

El objetivo de este trabajo de investigación es encontrar respuesta a como se puede proteger a los menores de edad respecto de sus responsables parentales por las intromisiones ilegítimas a su intimidad y propia imagen con su actividad en redes sociales⁹.

2 EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA PROPIA IMAGEN

2.1 Aproximación de Los Derechos de La Personalidad

Son derechos de la personalidad el conjunto de derechos inherentes y esenciales a la persona sobre las sus calidades morales y físicas. Tal y como sostiene EGEA FERNANDEZ son “*el conjunto de derechos con los que se trata de proteger la integridad y la inviolabilidad de la persona*”¹⁰. Constituyen la manifestación inadiestrable de la personalidad del individuo. La persona es la base del derecho civil. Atendiendo a su naturaleza, este derecho sólo lo puede ejercer su titular con lo que, en consecuencia, no forman parte del ámbito de la representación legal.

Los derechos de la personalidad, pueden ser, a su vez, derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución (arts. 14 a 29 CE) lo que implica que se les aplique una regulación específica más garantista: disfrutan de reserva de ley para la regulación de su contenido esencial en Ley Orgánica (art. 53.1 CE), es posible instar el procedimiento preferente y sumario ante los jueces y tribunales ordinarios y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁹ De acuerdo con Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy for children”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 42, 2011, p.759, la mayoría de estudios se centran en la responsabilidad de los prestadores de servicios y no en los responsables parentales: “*most of the research on children’s privacy focuses on third party threats. Little work has been done on children’s privacy at home and in their relationship with their parents, that is, privacy from their parents*”. Priego Fernandez, V., “La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red”, Jorda Capitan E. i VV.AA (Coor.), *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, El Derecho, Madrid, 2012, p.48, sostiene que “*el tratamiento de la intimidad o la vida privada en internet es adentrarse en un terreno de contradiccions y posiciones enfrentadas*”.

¹⁰ Egea Fernandez, J., “Article 211-5: Minoria de edad”, Egea Fernandez, J., Ferrer Riba, J. (Dir.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: La persona física i las institucions de protecciónn de la persona*, Atelier Llibres Jurídics, Barcelona, 2017, p. 86.

Los caracteres de los derechos de la personalidad son los siguientes¹¹:

- *Se trata de derechos innatos, inherentes a la persona, que se adquieren junto con la personalidad al nacimiento, y mientras existe la persona no puede ser privada de ellos.*
- *Son derechos absolutos oponibles erga omnes, en el sentido que todo el mundo debe respetarlos.*
- *De contenido extrapatrimonial, con lo que su vulneración podrá comportar que se imponga al infractor el deber de pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados.*
- *Son personalísimos, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables e inembargables*¹².

De su carácter personalísimo deriva el hecho que estos solo puedan ser ejercitados por su titular y que, como veremos, sus representantes legales deberán llevar a cabo un papel de acompañamiento, siempre y cuando no se disponga de capacidad natural o, dicho en otras palabras, el nivel de madurez y de entendimiento del acto de los mismos lo requiera.

Las personas menores de edad se encuentran precisamente en un momento en el que la su personalidad está en pleno proceso de desarrollo y por esto se consideran especialmente vulnerables. Las intromisiones de sus derechos que puedan sufrir serán mucho más graves que las que puedan sufrir las personas mayores de edad o con plena capacidad de obrar. Es por esto que se encuentran hiperprotegidas y que el ordenamiento jurídico debe ser especialmente garantista para que sea efectiva esta protección¹³.

¹¹ Vid. Ysas Solanes, M., “Derechos en la esfera moral”, Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.2, Civitas, Pamplona 2013, p. 836 y ss; Garcia Rubio, M.P., “Los derechos de la personalidad”, Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.2, Civitas, Pamplona 2013, p.614 y ss.

¹² La LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia, lo prevé expresamente para estos derechos en su art.1.3: “*El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.*”.

¹³ De Lama Ayma, A., *Los derechos de la personalidad de los menores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 120 y ss; Gaëlle, O., Karen, V., “Sharenting: Parental adoration...”, p.4.

2.2 Concepto del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen

El derecho al honor, la intimidad y la imagen propia se encuentran reconocidos como derechos fundamentales en el art. 18.1 CE (“*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”) y regulados en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia y en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia¹⁴. También debemos tener en cuenta que estos derechos están vinculados al art. 10 CE sobre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (“*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”) y el art. 39 CE, sobre la protección de la familia.

Por un lado, el honor se puede conceptualizar como la estimación de la persona en y para la sociedad. Lo que se protege con el mismo es la reputación personal que los otros tienen de la persona. También se incluye el prestigio profesional¹⁵.

Por el otro, la intimidad personal y familiar se puede definir como el derecho a mantener una esfera privada formada por las manifestaciones de la propia vida que el titular no quiere que sean conocidas¹⁶. Es aquel espacio interior donde solo tienen acceso la propia persona y las personas que aquella autoriza¹⁷.

¹⁴ BOE 15, de 17.01.1996.

¹⁵ De acuerdo con Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p.43, “*el honor está vinculado con el propio pensamiento que una persona tiene sobre sí misma*”.

¹⁶ En la STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999,134), el Tribunal afirma que lo que garantiza el art. 18.1 CE “*es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vendando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada*”. Vid. también las STC 187/1999, de 25 de octubre (RTC 1999,187), STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000,115), STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002,83), y STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004,196).

¹⁷ Vid. Gete-Alonso Calera, M.C., “*Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana*”, Sole Resina J., Almada Mozetic, V., (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 276: “*la privacidad en las comunicaciones on line, se hall, por ejemplo en aquellos en los que se establece la exclusividad entre dos personas (el correo electrónico o mensajería privada entre usuarios de redes sociales)*”.

En tercer lugar, el derecho a la imagen propia, que supone una manifestación del derecho a la intimidad, constituye el derecho a determinar la información gráfica formada a partir de los rasgos físicos personales que pueden tener difusión y el derecho a tener la opción de impedir la publicación o reproducción de la imagen o de los caracteres esenciales en cualquier medio, con independencia de la finalidad perseguida¹⁸.

Se constata, por tanto, que existe un fundamento constitucional para la obligación de protección y asistencia del menor de edad en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Estos derechos tienen un doble contenido: el negativo y el positivo. Así, el aspecto negativo implica que no se trata de un carácter absoluto porque su nivel de protección dependerá del comportamiento de la persona: no es lo mismo una persona que es muy cauta con su vida privada y no hace exposiciones públicas de la misma; que una persona que vive constantemente exponiendo públicamente su faceta privada. En cambio, el aspecto positivo implica el control del mismo por su titular, es decir, el propio titular es el que decide lo que forma parte de su esfera privada y la dota de protección.

3 EL EJERCICIO DE ACTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POR PARTE DE MENORES DE EDAD

Los titulares de los derechos de la personalidad son las personas físicas, sean o no menores de edad. Es decir, es irrelevante la capacidad de obrar de los mismos. Esto es así de acuerdo con las siguientes premisas. En primer lugar, la capacidad jurídica de la persona física se adquiere con su nacimiento. También porque uno de los rasgos característicos de los derechos de la personalidad es que se trata de derechos innatos, inherentes a la persona. Se ha reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico en la LO 1/1996, en la Carta Europea de Derechos de los Niños.

En sede de derecho civil español, es en el art. 162.2. 1er CC donde se prevé que se exceptúa de la representación legal “*los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo*”. Este precepto fue objeto de

¹⁸ Según Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p. 69, “*el derecho a la propia imagen se encuentra delimitado por la voluntad de su titular, que es a quien corresponde decidir si se permite o no la captación y difusión de la imagen*”.

reforma en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁹, donde se introdujo la posibilidad de intervenir de los responsables parentales en virtud de sus deberes de cura y asistencia en los casos en los que el menor no tuviera madurez suficiente.

En derecho civil catalán, la norma establecida en el art. 211-5.a) CCC²⁰, establece que el menor de edad puede hacer por sí mismo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a los derechos de la personalidad²¹. Este criterio se puede encontrar idénticamente reproducido en el art. 222-47.2.a) CCC, para la tutela²², y en el art. 236-18.2.a) CCC para la potestad parental²³. La LDOIA, en su art. 17.1, también reconoce la capacidad del menor al incorporarlo como un principio general que integra su estatuto jurídico, cuando establece que, a excepción que la ley limite el ejercicio, los menores y los adolescentes pueden defender y ejercitar por sí mismos sus derechos.

De estas normas se desprende que el menor de edad deberá ser el que presta su consentimiento por sí mismo, concretamente al caso que nos ocupa, sobre la actividad virtual en Internet. Además, este consentimiento deberá ser expreso (art. 2 LO 1/1982). Ahora bien, en la práctica, se constata que los responsables parentales llevan a cabo el ejercicio del derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos menores edad sin su consentimiento, cometiendo una intromisión ilegítima de sus derechos²⁴.

¹⁹ BOE, 29.07.2015.

²⁰ Ammerman Yebra, J., “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis (extraordinario), jul. 2018, p.262, no está de acuerdo: “*nos parece una limitación innecesaria que no solo contraviene el espíritu de la propia LO 1/1996, que pretende dotar de mayor autonomía al menor, sino también del propio art. 3 LO 1/1982, que nada dice sobre la posibilidad de los responsables parentales, limitándola a los casos en que el menor carezca de capacidad natural*”.

²¹ Vid. Parra Lucan, M.A., Arenas García, R., “Minoría de edad”, Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.1, Civitas, Pamplona 2013, p.597.

²² Este precepto nos dice que se exceptúa la representación legal del tutor en “*els actes relatius als drets de la personalitat*”.

²³ Se excluye de la representación legal del ejercicio de la potestad “*els actes relatius als drets de la personalitat*”.

²⁴ Ysas Solanes, M., “Derechos...”, p. 837, sostiene que al expresar el consentimiento a la intromisión “*no implica la absoluta abdicación de los derechos, sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran*”.

Se trata de uno de los actos en los que se permite intervenir al menor ya que su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la su personalidad²⁵.

El art. 4.3. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁶, define intromisión legítima en los siguientes términos: “*Se 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 su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*”.

Para que una intromisión de estos derechos sea considerada legítima es preciso el consentimiento expreso de su titular, aquí el menor de edad. Tal y como sostenía DIAZ-PICAZO, las intromisiones legítimas no son *numerus clausus*, con lo que hemos de entender que los menores se encuentran *hiperprotegidos* y por ello, si es necesario, el Ministerio Fiscal y Entidades Públicas de Protección de Menores deberán actuar (art. 4.4 LO 1/1996). Esta hiperprotección será mayor conforme menos años tenga el menor de edad²⁷.

En la misma línea, se ha establecido en el Reglamento 679/2016, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y de la libre circulación de estos, en

²⁵ Entre los actos que afectan a la situación jurídica personal, además de los actos relativos a los derechos de la personalidad, también se permite intervenir al menor de edad por sí mismo en la emancipación y habilitación de edad a partir de los 16 años (art. 317 CC); vecindad civil y nacionalidad (arts. 14.3,15.1,20 y 21 CC); consentimientos para el internamiento y para modificarlo, consentimientos en el ámbito de las intervenciones clínicas y tratamientos médicos (Ley 21/2000, de 29 de noviembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica); consentimientos sobre la donación de células, tejidos u órganos (Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE. Nº. 314, de 31 de diciembre); ejercicio del derecho de asociación y de asociaciones juveniles (arts. 2.1 LODA y 7.2 LOPJM).

²⁶ LO 1/1996. BOE nº 15, de 17/01/1996, en adelante LEC.

²⁷ Vid. Priego Fernandez, V., “La protección jurídica...”, p.40. También Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p.86: “*se limita a ejemplificar algunos de ellos, por lo que no estamos ante un numerus clausus*”; p.100: “*sector de la población que requiere una mayor protección*”. En el mismo sentido, Sziron M., Hildt, E., “Digital Media, the Right to an Open Future, and Children 0-5”, *Frontiers in Psychology*, 2018, Vol. 9, p.2, afirman “*the younger the child, the higher the degree of protection required.*”

adelante, RGPD, que esta hiperprotección se debe a la su menor consciencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos²⁸.

En efecto, el consentimiento, que debe ser expreso, es el elemento legitimador de la intromisión a su intimidad y de ahí su importancia²⁹.

3.1 Protección del *Nasciturus*

Muchas veces el fenómeno *sharenting* comienza antes del nacimiento del hijo cuando los padres comparten en redes sociales datos y/o imágenes del feto. Cada vez son más populares las ecografías 3D o 4D y cada vez más frecuente que se exhiban en los perfiles de padres.

Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 29 CC, el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que, con posterioridad, nazca con los requisitos establecidos en el art. 30 CC (nacer con vida y que se haya producido el entero desprendimiento del seno materno). El concebido es considerado “*hijo*” respecto de sus progenitores. Cuando el legislador nos hace referencia a “*efectos que le sean favorables*” debemos entender que la protección del mismo debe ser amplia y que comprende todos los aspectos de la persona del concebido, en especial los bienes de la personalidad³⁰.

De acuerdo con la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa, el ser humano en gestación es titular de sus datos personales y, si los datos identifican al feto (por ejemplo, ecografías), solo este puede ser tenido por su sujeto portador y afectado como lo sería de haber nacido³¹.

²⁸ Vid. exposición de motivos nº 38 donde se establece “*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.*”

²⁹ Sobre esto, Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestaciones de l’autonomía...”, p. 275, nos dice que “*la falta de consentimiento solo puede suplirse, para hacer legítima a la intromisión, por la autorización judicial que, tampoco, siempre podrá decidir en todo*”.

³⁰ Vid. Corripio Gil Delgado, M.R. “El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido»”, *Revista Derecho Civil*, vol. V, núm.4 (octubre-diciembre, 2018), Estudios, p. 161.

³¹ Recomendación nº R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos.

Además, de acuerdo con el art. 6.1.2ª LEC, se otorga capacidad para ser parte en el proceso “*al concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*”, por los que comparecerán “*las personas que legítimamente les representarían si ya hubieran nacido*”. Por ello, el *nasciturus* podría interponer, para protegerse de la intromisión ilegítima, la acción de cese (art. 9.2.a) y b) LO 1/1982), la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.a) y b) LO 1/1982), así como a la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del Código Civil.

Podría afirmarse que como no tiene personalidad jurídica, esta se adquiere con el nacimiento, no puede ser titular de derechos, entre ellos los de la personalidad. Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en la Exposición de motivos de la LO 1/1982 “*aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el derecho*”. Por ello podemos defender que, como con la muerte de la persona, antes del nacimiento el *nasciturus* también debe ser protegido.

3.2 Capacidad de Obrar Progresiva

Como se sabe, las personas menores de edad tienen personalidad jurídica desde el nacimiento (art. 30 CC) y con ello capacidad jurídica y capacidad de obrar. Es erróneo afirmar que el menor de edad no tiene capacidad obrar, puesto que la tiene. Esta es limitada. La capacidad de obrar, que tiene como presupuesto la capacidad natural, es la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones. Por su parte, la capacidad natural, considerada como la capacidad de tomar conciencia de la trascendencia jurídica de los actos jurídicos, los autoriza a actuar autónomamente de sus padres o tutores en el ámbito concreto de sus actos³².

Cuando decimos que dependerá de la madurez, que equivale a la capacidad natural, nos referimos a la capacidad cognitiva, intelectual y volitiva de la persona en general y del menor de edad. La problemática se encuentra en la dificultad de determinar en la práctica cuándo el menor cumple con las condiciones de madurez necesarias para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, siendo preciso una valoración ad hoc de la misma.

³² Vaquer Aloy, A., “Els drets de la personalitat”, Vaquer Aloy, A., (Coord.), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2013, p.247: “*el consentiment evita que la intromissió en aquests drets es pugui considerar il·legítima*”. También Vid Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l’autonomia...”, p.272.

El art. 2 LO 1/1982 nos dice que cuando las personas menores de edad no puedan actuar por sí mismas, porque no tienen la capacidad natural o, dicho en otros términos, madurez suficiente, lo harán sus representantes legales: los padres o, en su caso, los tutores legales. Ahora bien, estos deberán tener en cuenta la opinión y/o deseos de sus hijos menores de edad. Los menores deberán ser escuchados e informados de acuerdo con su capacidad natural y, en todo caso, a partir de los 12 años³³.

3.3 La Edad

El ordenamiento jurídico no nos define quien es el menor de edad si no que establece un sistema en el que llegada una edad (18 años) se presupone que la persona física tiene plena capacidad de obrar (art. 351 CC: “*La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos*”). Así, serán menores de edad los que no son mayores de 18 años (art. 12 CE).

Por un lado, el ordenamiento jurídico fija unas edades concretas en las que se podrán llevar a cabo determinados actos: a los 14 años se podrá otorgar testamento (art. 663 CC), a partir de los 12 años se podrá consentir la adopción (art. 177 CC) o a partir de los 16 años se podrá solicitar la propia emancipación (art. 317 CC)³⁴.

Por el otro, la normativa internacional diferencia entre el niño (persona menor de 12 años) y el adolescente (persona entre 12 y 18 años)³⁵.

Ahora bien, en algunos casos, no solo se tiene en cuenta la edad, sino la madurez de la persona, esto es la capacidad natural. La persona menor de edad tiene limitada su capacidad de obrar y en consecuencia se encuentra sometida a los sistemas de guarda (patria potestad, tutela o curatela, según el caso), lo que no se traduce en que no tenga autonomía.

Se considera que el criterio de la edad de la persona no ha de ser el único elemento para determinar si puede o no llevar a cabo el acto jurídico, sino al contrario. Es la madurez o capacidad natural y ello es debido a que estos actos suponen una manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Ahora bien, será difícil valorar si se tiene o no ese nivel de madurez suficiente que le permita ser conecedor, que comprenda la trascendencia de sus actos³⁶.

³³ Vid. Egea Fernandez, J., “Article 211-5: Minoria...”, p. 85.

³⁴ Vid. Parra Lucan, M.A., Arenas Garcia, R., “Minoria...”, p.580.

³⁵ Vid Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l'autonomia...”, p.272 y ss.

³⁶ Sobre la edad, Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p.93: “*existe una tendencia (...) que aboga precisamente no por el criterio de la edad cronológica, sino*

3.4 Reconocimiento de la Autonomía

Cuando decimos que los menores de edad adoptan un papel activo nos estamos refiriendo al reconocimiento de su autonomía. En otras palabras, participan en los asuntos que les afecten. La protección del menor de edad pasa por darles este papel activo, por reconocerles su autonomía.

Autonomía, en sede de menores de edad, significa que estos individuos tienen libertad para gobernar sus propios actos. Ellos son los que toman la decisión sobre la realización del acto jurídico³⁷. Aquí nos referimos al ejercicio de su derecho a la intimidad o a la propia imagen, como manifestación de su personalidad. El menor de edad tiene que poder decidir si crea o no su huella digital por medio de las redes sociales y no sus padres. Y, si cabe, también deberá escoger como la crea, cual es el contenido de la misma. Tiene que tener derecho a vetar que determinada información sobre su persona sea pública. Debe ser él mismo el que la construye³⁸.

4 SISTEMAS DE PROTECCIÓN

Los derechos de las personas menores de edad deben ser protegidos por los responsables parentales (4.1.) de los mismos y por el Ministerio Fiscal (4.2.).

4.1 El Papel de los Responsables Parentales

Los responsables parentales en el ejercicio de la potestad parental deben velar para que los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad sean respetados y no sufran intromisión ilegítima alguna³⁹. Esto no quiere decir que podrán actuar en su nombre, sino lo contrario, como hemos dicho, los actos relativos a esta tipología de

por la autodeterminación informativa del menor, precisamente basada en los criterios de la madurez suficiente, lo cual puede ser un criterio válido en principio, pero difícil de determinar”.

³⁷ Vid. Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l’autonomia del menor en la normativa catalana”, *InDrert*, 1/2005, p.11.

³⁸ De acuerdo con De Lama Ayma, A., *Los derechos de la personalidad...*, p.114, “*experimentar con la propia imagen forma parte del aprendizaje vital y de la evolución del ser humano*”.

³⁹ Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy...”, p. 761: “*the primary role and responsibility of parents is to protect their children*”

derechos serán llevados a cabo por sí mismos, siempre que su capacidad natural les permita. Así, de entrada, como regla general, se excluye la representación. Decimos de entrada porque podrá ser que no se disponga de esta capacidad natural supuesto en el que si que se requerirá de tal representación.

Siempre que sea posible, el papel de los responsables parentales debe ser el de asistencia⁴⁰. Por un lado, los menores son los titulares de estos derechos y siempre que la capacidad natural los permita ellos son los que llevarán a cabo su ejercicio; y, por el otro, de acuerdo con el principio del interés superior del menor de edad, en la medida que sea viable estos deberán tener un papel activo⁴¹.

El contenido personal de la función parental incluye el deber de cuidar y el deber de educar (art. 141 CC: “*Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*”)⁴². Estos deberes justifican el papel que los padres deben tener: vigilancia y control de las actividades del menor en el ámbito digital. Nótese que decimos actividades del menor y no de sus responsables parentales con lo que serán los menores los que deberán crear por sí mismos, con su actividad en redes, su huella la digital.

No se incluirá en este ejercicio, por tanto, la configuración de la huella digital de los menores de edad por sus padres o, dicho en otras palabras, el *sharenting*.

4.2 Intervención del Ministerio Fiscal

El art. 4.4 de la LO 1/1996, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, preceptúa que corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones para garantizar el respeto y la protección de estos derechos y “podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.”⁴³

⁴⁰ En este sentido, Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy...”, p. 762, sostiene que “*since children are immature, they are in need of adult guidance*”.

⁴¹ Vid. Ysas Solanes, M., “Derechos...”, p.851: “*el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten (...) se excluye la representación legal de los padres aquellos actos relativos a derechos de la personalidad*”.

⁴² Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l’autonomia...”, p. 283 y ss..

⁴³ Tal y como explica De Lama Ayma, A., *Los derechos de la personalidad...*, p.170, “*aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo la intromisión en su derecho a la imagen, cuando dicha intromisión sea contraria a*

En la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad o propia imagen de los menores se establece:

Los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad o por sus sustitutos y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y el Ministerio Fiscal).

Algún sector de la doctrina propone modificar la norma porque la comunicación de los padres del consentimiento de sus hijos al Ministerio Fiscal no es eficaz ni el método más adecuado⁴⁴.

5 INTERNET Y LAS REDES SOCIALES

5.1 Estado de la Cuestión

Cuando los responsables parentales deciden compartir en las redes sociales información personal sobre sus hijos menores, intencionadamente o no, pueden estar cometiendo una violación de su derecho a la intimidad y propia imagen. Así lo ha establecido la jurisprudencia. A modo de ejemplo podemos hacer referencia a la STS de 14 de julio de 2014⁴⁵ en la que se consideró intromisión ilegítima de estos derechos cuando se publican fotografías a través de direcciones de internet. Normalmente esta actividad se lleva a cabo sin el consentimiento de los menores, ya sea porque tienen una edad demasiado corta para poder expresarla o porque los padres no son conscientes de que se lo deberían consultar. Es posible que cuando los niños y/o adolescentes tengan capacidad natural suficiente para comprender la trascendencia de

su personalidad o a sus derechos fundamentales deberá intervenir el Ministerio Fiscal aunque el menor pueda presta válidamente su consentimiento por tener madurez suficiente, debiendo el Ministerio Fiscal actuar a posteriori para proteger el interés del menor”.

⁴⁴ Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l’autonomia...”, p.278.

⁴⁵ RJ 2014/4529.

estos actos no estén de acuerdo con la huella digital que ha estado creada sin su consentimiento por sus padres⁴⁶.

La actual generación de personas menores de edad es la que más presencia tienen en Internet y en consecuencia los que sufren más intromisiones ilegítimas de sus derechos a la intimidad personal y familiar y la propia imagen⁴⁷.

5.2 Privacidad e Internet

Los menores de edad, para el correcto y libre desarrollo de su personalidad necesitan privacidad y que sean ellos mismos los que decidan cómo actuar públicamente. Es en la minoría cuando la personalidad sufre su mayor desarrollo lo que implica que el ordenamiento jurídico debe establecer un sistema de hiperprotección⁴⁸.

Podemos clasificar tres niveles de protección. El nivel de protección más alto es aquel en el que no se publican imágenes de los menores ni se incluyen elementos en las mismas que puedan identificarlos. Se esperará a que los mismos tengan capacidad natural para que veten o no ese contenido. Es frecuente que los usuarios utilicen emoticonos tapando las caras de los menores con lo que no se les puede identificar o que se publiquen imágenes de espalda, o una parte del cuerpo (manos, pies) con lo que no se identifica al menor⁴⁹. De esta

⁴⁶ En efecto, tal y como establece Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p.99 “cada persona define qué parcelas de su existencia desea compartir y cuales prefiere salvaguardar”. Gaëlle, O., Karen, V., “Sharenting: Parental adoration...”, p.4, destacan la importancia de que sea el propio adolescente el que diseña su huella digital “*through sharenting, parents thus shape the digital identity of their children even before they become active in the online world themselves. This online representation might contradict with the way adolescents strive to represent themselves*”.

⁴⁷ Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy...”, p.760: “*the literature suggest that today’s children are the most watched over generation in memory and that the monitoring of children is seen as a central characteristic of modern childhood*”.

⁴⁸ Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy...”, p. 772, lo afirma en los siguientes términos: “*children need physical privacy in order to develop their individuality and their self-reliance, as well as for the sake of their creativity and other attributes important to personal development*”.

⁴⁹ Algunos de los *influencers* de Instagram que utilizan esta técnica de protección de la intimidad e imagen de los menores de edad son el futbolista @marcbartra y su esposa @melissajimenez (6.300.000 y 650.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019), la actriz @elenafuriase (396.000 seguidores en abril 2019), el torero @cayetanorivera y @evagonzalezoficial (398.000 y 1.100.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019).

forma no estamos cometiendo una intromisión ilegítima sobre su derecho a la intimidad personal y familiar ni la propia imagen.

Un segundo nivel de protección es el que los padres configuren sus cuentas de las redes sociales como privadas. Esta configuración no garantiza que no se cometa una intromisión ilegítima porque dependerá de lo cautelosos que sean los responsables parentales a la hora de seleccionar sus *amistades*. Así, por ejemplo, no será lo mismo que un usuario tenga un perfil privado con 50 amistades de las cuales una parte importante es familia y amigos que conoce personalmente, a otro que, aun teniendo una cuenta privada, tiene 2.500 amistades. En este caso es mucho más difícil de controlar, saber que uso harán de la imagen de su hijo menor de edad. a m nirin els comptes de les seves xarxes socials com a privades. Per a m ni Además, se debe tener en cuenta que cuando se publica una imagen, post y/o información en redes sociales existe la posibilidad de filtrar entre las amistades quien puede tener acceso.

En *Instagram*, por ejemplo, cuando se publican *historias* (contenido que si no lo configuras como destacado es publicado durante solo 24 horas en el muro) se pueden configurar para que solo sea visible entre la lista de “*Mejores amigos*” (los usuarios la configuran entre sus amistades).

En *Facebook*, en las historias temporales y en las publicaciones del muro, se puede publicar el contenido seleccionando como audiencia del mismo listas de “*Amigos*”, “*Amigos, excepto...*”, “*Amigos concretos*”, “*Familia*” o “*Mejores amigos*”.

En la aplicación de chat *watsup* se permite que la imagen de perfil (que podría estar compuesta por la imagen de los hijos menores de edad) sea visible solo entre los contactos que han estado previamente guardados en nuestra agenda de contactos. Con esta medida contralamos que solo nuestros contactos tienen acceso a la imagen. *Watsup* también permite publicar historias. Así, sobre las “*historias*” la aplicación permite configurar la privacidad del usuario a tres niveles “*Mis contactos*”, “*Mis contactos, excepto...*” y “*Solo compartir con...*”.

El nivel de protección mínimo es aquel en que no se configura la privacidad de las cuentas de las redes con lo que cualquier usuario de la red social en cuestión tiene acceso a las publicaciones. Es lo que se conoce como cuenta pública. Es en estos casos cuando la intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen será más grave porque no se está llevando a cabo ningún control por parte del titular de la cuenta, aquí el responsable parental, sobre quien tiene acceso a la imagen y a los datos del menor de edad.

5.3 La Huella Digital

La huella digital puede conceptualizarse como el conjunto de información sobre la persona creada voluntariamente a través de la actividad virtual: páginas web, correo electrónico, post en blogs, imágenes subidas en redes sociales, entre otras. Tal y como indica SOLÉ RESINA es el “*rastro que se deja en internet*”⁵⁰.

Esta huella se irá formando a partir de la información contenida en internet sobre la persona. Debe ser creada voluntariamente y en el caso de los menores de edad esta voluntariedad puede no estar garantizada porque ha estado formada a través de intromisiones ilegítimas llevadas a cabo por terceras personas, en muchos casos, por los responsables parentales que, en lugar de llevar a cabo el papel de protección que el ordenamiento jurídico les ha encomendado, han hecho *sharenting* o *oversharenting*. ¿Son conscientes los responsables parentales que, con su actividad en redes se está ocasionando una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad? (en todo caso, como hemos dicho, la intención del daño en la intromisión es irrelevante) ¿Saben, que están creando una huella digital sin que conste la voluntariedad del titular del derecho, esto es del menor?⁵¹

En muchos casos los responsables parentales no tienen el conocimiento ni la información suficiente para saber que su actividad digital está ocasionando una intromisión ilegítima de un derecho fundamental. Es muy probable que, si se dispusiera de esta información, concienciación, educación, etc., los padres llevarían a cabo una actividad en redes sociales más responsable con el derecho a la intimidad personal y propia imagen de los menores de edad⁵².

⁵⁰ Solé Resina, J., “Las voluntades...”, p.419, añade que “*la huella en la red global proporciona una información sobre la persona, que en cantidad y calidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera internet era mucho más difícil de obtener y recopilar*”. En el mismo sentido, Ammerman Yebra, J., “El régimen de prestación...”, p.254, cuando alude al fenómeno *sharenting*, explica que se está creando una “*identidad digital de los menores (...) Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores*”. También Sziron M., Hildt, E., “Digital Media...”, p.1, “*there is now the awareness that children 0-5 are increasingly users of digital media themselves, which may lead to creating a digital footprint without knowing it*”.

⁵¹ Vid Gaëlle, O., Karen, V., “Sharenting: Parental adoration...”, p.8: “*While parents share photos and information about their children online in order to boost their self-presentation as a parent, they also shape the digital identity of their children*”.

⁵² Steinberg, S.B., “Sharenting: Children’s privacy...”, p.847, “*Most parents act with good intentions when they share personal information and photos of their children online. (...) But parents often share without being fully informed of the consequences*

5.4 El Consentimiento en las Redes Sociales

La importancia del consentimiento del menor de edad en las redes sociales radica por el hecho que este es el elemento legitimador de la intromisión al derecho fundamental⁵³. Debemos tener en cuenta, caso por caso, la capacidad natural del menor, esto es la posibilidad de entendimiento y comprensión de la trascendencia del acto. De acuerdo con GETE-ALONSO CALERA remitirnos a la capacidad natural nos permite afirmar que el menor de edad a partir de los 12/14 años deberá ser el que presta el consentimiento a la intromisión de su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Es decir, deberá consentir o no que sus padres publiquen en sus perfiles su imagen o videos, pudiendo, por tanto, vetarlas⁵⁴.

Hasta ahora, en el Estado Español, la edad a partir de la cual se puede prestar el consentimiento para tener una cuenta en redes sociales es a los 14 años. Sin embargo, con la nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal se establece que será a los 13 años.

La problemática es más grave en los casos en los que los menores de edad tienen una edad menor ya que en estos supuestos es difícil darles un papel activo porque carecen de capacidad natural y muchas veces son los responsables parentales los que deberían de asistirlos y los que precisamente cometen esta intromisión ilegítima⁵⁵. Ahora bien, como hemos dicho, si su nivel de madurez y de comprensión de la trascendencia del acto les permite entender, se deberá de consultar al menor sobre el contenido de su persona en la publicación y si este considera que no debe ser público, podrá incluso vetar esa publicación⁵⁶.

of their online disclosures and many are unaware of the long-term consequences of their posts”.

⁵³ Vid. Gil Anton, A.M., *¿Privacidad del Menor...*, p.69: “*el consentimiento del sujeto es determinante, (...) y respecto de los menores e incapacitados, la prohibición de captación y reproducción es absoluta y sin excepciones*”. En el mismo sentido, Gete-Alonso Calera, M.C., “*Manifestacions de l’autonomia...*”, p.277: “*para legitimar la intromisión, la persona debe prestar su consentimiento expreso*”.

⁵⁴ Gete-Alonso Calera, M.C., “*Manifestacions de l’autonomia...*”, p.278.

⁵⁵ Ponen de manifiesto esta problemática Sziron M., Hildt, E., “*Digital Media...*”, p.2, y sostienen que “*Young children, ages 0-5, are not able to make autonomous decisions, and lack awareness of and ability to control possible negative consequences of their online activity and privacy.*”

⁵⁶ Gaëlle, O., Karen, V., “*Sharenting: Parental adoration...*”, p.18, destacan la importancia de la opinión, en su caso de los adolescentes: “*deleting these pictures immediately is very important according to theses adolescents, in order to limit the potential impact of it*”.

5.5 Conductas Lesivas y Riesgos

A continuación, se hará referencia a una serie de conductas que son especialmente lesivas y que implican graves riesgos, más a allá de la intromisión ilegítima del derecho a la personalidad.

a) Suplantación de identidad y bulling

Cuando los responsables parentales, aunque no sean conscientes⁵⁷, publican información o detalles sobre los menores de edad, por ejemplo, el lugar, el nombre completo, la edad o fotografías, se está facilitando que terceras personas puedan robar su identidad. Por ello, los padres, además de estar cometiendo una intromisión ilegítima, se deberían plantear que las imágenes que cuelgan en sus perfiles pueden ser copiadas y/o reproducidas. Alguno de los “*amigos*” que ha tenido acceso a las mismas las puede compartir y/o colgarla en alguna web no deseada, dejándose de tener el control sobre las mismas.

Corremos el peligro de la viralización a través “*de memes*”. Así, por ejemplo, en determinados momentos circulan a través de los grupos de *watsup* imágenes y/o vídeos de carácter burlesco sobre menores de edad. Para nosotros puede ser una broma o un momento divertido. Sin embargo, nos debemos plantear si ese efecto dominó de transmisión de esa imagen consta con el consentimiento del menor e incluso si sus responsables parentales al compartir esas imágenes creían que era posible que se produjera este efecto viral, perdiéndose por completo el control de las imágenes y de su uso y multiplicándose la huella digital del menor de edad.

b) Digital kidnapping

En ocasiones, cuando los padres publican en redes sociales imágenes sobre sus hijos, estas son compartidas por terceras personas sin el consentimiento del menor ni del responsable parental. Se trata, en definitiva, de la difusión no consentida de fotografías por terceros⁵⁸.

⁵⁷ De acuerdo con Steinberg, S.B., “Sharenting: Children’s privacy...”, p.850: “*some parents are lulled into a false sense of security that the data they share about their children will not be seen beyond a select audience*”.

⁵⁸ En el trabajo de Steinberg, S.B., “Sharenting: Children’s privacy...”, p. 854 y ss., se ejemplifica: “*after posting a Picture of her two daughters, Ashley found it was share by another Facebook page that seemed to share many pictures of little girls*”.

Algunos *influencers* que publican repetidamente imágenes sobre sus hijos indican expresamente en sus perfiles que no se utilicen las fotos de sus hijos sin su consentimiento. Ahora bien, para controlar efectivamente que no se difunda su imagen es recomendable configurar las cuentas como “privadas” y controlar las “amistades” de las mismas y, en su caso, vetar al acceso de determinadas personas. No consideramos suficiente esta referencia expresa y aun constando con el consentimiento del responsable parental la intromisión ilegítima se habría producido.

c) **Reputación digital**

Todas las conductas lesivas anteriormente referenciadas pueden influenciar negativamente en la reputación digital de los menores de edad. De acuerdo con el Derecho a un futuro abierto (*Child's Right to an Open Future*) deberán ser ellos mismos, cuando tengan autonomía y capacidad para comprender sus actos, los que configuren su huella y reputación digital.

Hay casos en los que los padres crean cuentas en las redes sociales en nombre de sus hijos, muchas veces desde su nacimiento. Los responsables parentales actúan como administradores de las mismas y diseñan un perfil del menor, frecuentemente compartidas con los hermanos (nacidos o no)⁵⁹. También se dan casos en los que se crean cuentas de menores de edad que sufren alguna discapacidad, como el síndrome de Down⁶⁰. Ante estas prácticas podemos encontrarnos en supuestos de *oversharenting*. No solo se comparten sus imágenes y datos personales, sino que se crea un perfil que afectará a la reputación digital y a su huella digital.

⁵⁹ Algunos ejemplos de menores influencers que disponen de cuentas propias en Instagram: @minicavalliers, 9.490 seguidores en abril 2019, cuenta de Constanza (2 años) y Miranda Bruno (aún no ha nacido – *nasciturus*); @eldiariodenaturaydelmar, 84.800 seguidores en abril 2019, cuenta de Natura (2 años) y DelMar Furio (2 meses); @mysweetvalerie, 35.100 seguidores en abril 2019, cuenta de Valeria Pérez (3 años) en su perfil se redirecciona vídeo de su nacimiento en el canal Youtube.

⁶⁰ Algunos ejemplos de menores de edad con Síndrome de Down influencers que disponen de cuentas propias en Instagram: @bosco_star, 3 años de edad y 9.100 seguidores en mayo 2019; @pepitamola, 4 años y 240.000 seguidores en mayo 2019. Los *hashtag* “t21”, “t21rocks” o “t21baby” tienen 376.000, 36.300 y 5300 fotografías respectivamente, en mayo 2019.

6 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

De acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas y el art. 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor el interés superior del menor es el principio que se deberá tener en cuenta a la hora de elaborar, aplicar e interpretar las leyes. En el caso que nos ocupa, deberemos plantearnos como afectan las publicaciones de menores en redes sociales al interés superior del menor de edad.⁶¹

El interés superior del menor es un principio de concepto jurídico indeterminado en el sentido que el mismo no se puede precisar genéricamente, sino que será caso por caso que cuando se concretará su alcance⁶². El Tribunal Supremo ha establecido, además, con su jurisprudencia⁶³, que se trata de un principio de orden público.

Si tenemos en cuenta el fenómeno del *sharenting* notaremos que, de acuerdo con este principio, con el objeto de proteger el derecho a la intimidad de los menores de edad, se debería de prever alguna norma jurídica que garantice expresamente este interés y/o diseñar políticas públicas en esta dirección⁶⁴.

Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, se prevé expresamente en la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la infancia y la adolescencia⁶⁵ en su art. 72 que “*los padres deberán tener*

⁶¹ Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l'autonomia...”, p.3: “*a partir del moment en que se'l pren com a subjecte no només passiu sinó actiu, la qual cosa es tradueix en l'admissió d'autonomia, per donar-li entrada i participació en els assumptes que l'afecten*”. En el mateix sentit, Vid. Egea Fernandez, J., “Article 211-5...”, p. 85: “*concebem las personas menores de edad com a subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi medi personal i social*”. También Parra Lucan, M.A., Arenas García, R., “Minoría...”, p.594, “*la protección del menor solo se puede conseguir considerándole como un sujeto active, lo que se traduce en un reconocimiento cada vez mayor de su autonomía*”.

⁶² Vid. Parra Lucan, M.A., Arenas García, R., “Minoría...”, p.587.

⁶³ STS 31 de mayo de 2011 y de 25 de abril de 2011.

⁶⁴ En Italia, por ejemplo, tal y como establece, Di Bari, C., “L'infanzia rappresentata...”, p. 266, la policía italiana invita a los responsables parentales a reflexionar sobre los riesgos de la exposición de la imagen de sus hijos en redes sociales: “*Questo pericolo è stato recentemente sottolineato in ambito italiano anche dalla polizia postale, la quale ha invitato gli adulti e in particolare i genitori a riflettere sul fatto che a finire potenzialmente nelle mani sbagliate potrebbero essere non soltanto le immagini inserite sui social network senza restrizioni, e quindi visibili a qualsiasi utente, ma anche quelle diffuse in gruppi privati o anche quelle pubblicate impostando con cura i parametri relativi alla privacy del proprio portfolio*”.

⁶⁵ BOE 19 de agosto 2008, nº 200.

un especial cuidado en cuanto al uso de internet por parte de los menores, en relación con las páginas de contenido dañino”.

Por su parte, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia⁶⁶, abasta la legislación catalana sobre esta materia. El interés superior del niño y del adolescente es uno de sus principios rectores con lo que, de acuerdo con su art. 3, sobre la responsabilidad ciudadana y pública, existe la obligación de garantizar el respecto efectivo de este principio rector, con lo que las normas y las políticas públicas deberán garantizarlo.

7 RESARCIMIENTO POR EL DAÑO CAUSADO CON LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

La producción del daño derivado de la intromisión ilegítima mediante la publicación en redes sociales de su imagen permitirá al afectado (en el caso que nos ocupa el menor de edad) ejercer varias acciones para su resarcimiento. En particular, el afectado puede acudir a la prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para el cese y la compensación del daño por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del Código Civil⁶⁷.

Debemos tener en cuenta que no se requiere en la intromisión ilegítima una intención especial de querer perjudicar (*animus injuriandi*). La voluntad o no de causar el daño es irrelevante y de hecho en muchos casos los padres desconocen que con sus publicaciones las están causando⁶⁸.

7.1 Legitimación Activa

La legitimación para reclamar corresponde al hijo cuando adquiera la mayoría de edad, al Ministerio Fiscal y, cuando la intromisión se haya llevado por solo uno de los titulares de la patria potestad, al otro progenitor en su representación.

⁶⁶ DOGC núm. 5641, 2/6/2010. Vid. Garriga Gorina, M., “Nota a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l’adolescència”, *InDret*, 3/2010.

⁶⁷ Sobre las garantías civiles de los derechos de la personalidad vid. Garcia Rubio, M.P., “Los derechos...”, p.624 y ss.

⁶⁸ STS 7.3.2006.

A tenor del art. 7 LEC relativo a la comparecencia en juicio y representación “*solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”. Y, en el caso que nos ocupa, en tanto que son menores de edad con la capacidad de obrar limitada, “*mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley*”.

7.2 Acciones

Entendemos que se podrían interponer las acciones de la LO 1/1982 y la de responsabilidad civil extracontractual del 1902 CC.

La acción de cese y la acción de indemnización por daños y perjuicios se encuentra regulada en el art. 9.2.a) y b) LO 1/1982, en los siguientes términos: “*La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados*”.

Por un lado, la acción de cese (art. 9.2.a) y b) LO 1/1982) deberá conllevar que se eliminen las publicaciones con datos y/o imágenes de los menores de edad. Se deberán borrar las mismas. El problema puede ser mayor si no se ha llevado a cabo un exhaustivo control de las mismas, por ejemplo porque la cuenta es pública y terceros han utilizado esas imágenes. De ahí la importancia de la prevención y de controlar *a priori* los datos que compartimos.

Por el otro, respecto a la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.a) y b) LO 1/1982) se deberá valorar el daño moral, en este caso entendido en la posibilidad de que uno mismo no pueda desarrollar libremente su personalidad y que, contra su voluntad, se hayan hecho públicos datos de su vida privada. En el caso de que como consecuencia de estas intromisiones ilegítimas los responsables parentales hayan obtenido una ganancia por su explotación comercial, este beneficio se deberá tener también en cuenta. Esto será especialmente relevante en los casos en los que los sean padres *influencers* (esto es perfiles con muchos seguidores)⁶⁹

⁶⁹ Por ejemplo, en EUA, con el fenómeno *Daddy Of Five* se llegó a retirar la patria potestad. Estos padres publicaban en su canal de Youtube vídeos y fotografías de sus

En tercer lugar, es oponible la responsabilidad extracontractual por culpa del 1902 CC, en virtud del cual existe la obligación de reparar el daño (intromisión derecho a la intimidad y propia imagen) causado a terceras personas (menores de edad). Esta institución jurídica se encabe en el sistema del derecho de daños: quien causa un daño debe repararlo.

Ante los casos más graves nos podríamos llegar a cuestionar si estas intromisiones ilegítimas de un derecho fundamental pueden ser susceptibles de suspender o privar la *patria potestad*.

Téngase en cuenta, además, que estas acciones caducan a los cuatro años desde que el legitimado (aquí el menor de edad) pudo ejercitarlas (art. 9.5 LO 1/1982). ¿Cuándo debemos considerar que las pudo ejercitar? Parece acertado considerar que el plazo de caducidad comenzaría a correr desde que el menor de edad tiene capacidad natural para consentir estas intromisiones.

8 ESTADO DE LA CUESTIÓN EN SEDE DE DERECHO COMPARADO

8.1 La Protección Digital del Menor de Edad en el Estado de California

Los EUA han sido los pioneros en la regulación del derecho a la privacidad de las personas menores de edad a Internet. En 1998 se publicó la *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)* en la que se estableció, entre otras medidas, que se debía incluir información sobre la política de privacidad de las webs.

En EUA, como a regla general, los menores de 13 años requieren el consentimiento de sus padres o representantes legales para que puedan tener un perfil propio en redes sociales. Respecto a los padres, se calcula que el 83% de los mismos tiene un papel activo sobre su actividad parental en las redes sociales: hace *sharenting*. Esta actividad parental comporta, en muchos casos, una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos⁷⁰.

hijos con una actitud muy burlesca y gran parte del contenido fue viralizado. En este caso se les llegó a acusar de maltrato infantil.

⁷⁰ Gaëlle, O., Karen, V., “Sharenting: Parental adoration...”, p.3: “*several of them admit that they sometimes share inappropriate things, which might have some consequences for their children*”.

Por su parte, California es el Estado de EUA que se conoce popularmente como el líder de la protección de la privacidad digital⁷¹. En efecto, la Ley de privacidad de los menores de edad permite, expresamente que las personas menores de edad puedan eliminar posts de las redes sociales⁷².

8.2 La Doctrina Europea: El Derecho al Olvido y a un Futuro Abierto

En sede Europea, el derecho al olvido implica la posibilidad de las personas, en este estudio, menores de edad, de eliminar los datos personales a Internet⁷³. Estos datos personales han sido proporcionados por los responsables parentales, y de ahí que este fenómeno sea conocido como *sharenting*. Algunos autores afirman que los menores de edad tienen el derecho a un futuro abierto (*Child's Right to an Open Future*) en el sentido que cuando tengan capacidad natural para comprender las consecuencias de su presencia en el mundo virtual deben tener la posibilidad de escoger cuál y como debe ser su huella digital. En definitiva, son ellos por sí mismos y no sus responsables parentales los que la deben configurar⁷⁴.

8.3 L'art. 226-1 Code Pénal de Francia

En tercer lugar, debemos hacer referencia a este Estado porque es en Francia donde aparece por primera vez el concepto de interés superior del menor de edad. Es por ello que no nos debe sorprender que en sea precisamente en este Estado donde se regule expresamente la responsabilidad civil y penal de los responsables parentales por la intromisión ilegítima del derecho a la imagen y a la intimidación de sus hijos menores de edad.

⁷¹ Vid., Steinberg, S.B., "Sharenting: Children's privacy...", p.863: "*One state offers additional protections to children to protect their privacy in the online context: California*".

⁷² Cal.Business & Profession Code, Chapter 22.1 Privacy Rights for California Minors in the Digital World [22580 – 22582].

⁷³ Sziron M., Hildt, E., "Digital Media...", p.2.

⁷⁴ En este sentido, SZIRON M., HILDT, E., "Digital Media...", p.1, sostiene "*the child's right to an open future is a set of autonomy rights-in trust. Children cannot exert these rights yet, but these rights can be violated before the child acquires the capability to act autonomously*".

Así, el Código Penal francés permite a los menores de edad demandar a sus padres por publicar fotografías en Internet⁷⁵. En efecto, el art. 226-1 *Code pénal* dispone que puede ser sancionado con 45.000 euros y con una pena de un año de prisión por la publicación de imágenes sin su consentimiento: “*Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui: 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé.*”

9 PROPUESTA DE GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

A continuación se propone una guía de buenas prácticas que deberían tener en cuenta los responsables parentales y que tiene por objetivo proteger el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los hijos menores de edad en las redes sociales:

- a) Familiarizarse y conocer las normas de privacidad de las diferentes redes sociales para poder saber el impacto que tienen las publicaciones. Tener en cuenta que muchas veces las opciones de privacidad permiten bloquear perfiles determinados que nos puede interesar que no tengan acceso a nuestro contenido⁷⁶.
- b) Activar un sistema de alerta como *GoogleAlert* que nos permita saber y controlar cuando se publica en alguna página web información sobre nuestro hijo menor de edad. También se deberían de activar las notificaciones de las aplicaciones en nuestros dispositivos para controlar los comentarios y saber lo que se está mencionando en redes sobre ellos.

⁷⁵ Vid., Chazan, D., “French parents “could be jailed” for posting children’s photos online”, *The Telegraph*, Retrieved March, 1, 2016; Blum-Ross, A., Livingstone, S., ““Sharenting,” parent blogging...”, p.110.

⁷⁶ Steinberg, S.B., “Sharenting: Children’s privacy...”, p.867, propone “*educate parents about their use of social media consistent with the recognized need to protect children’s privacy*”.

- c) Cuando se comparte información sobre datos personales de los menores de edad es también recomendable hacerlo de forma anónima para respetar su privacidad y evitar que quede dañada su reputación digital. En la misma línea, y por motivos de seguridad, se debe evitar dar la localización del niño o la niña.
- d) Es importante que las cuentas de las redes sociales sean privadas. Esta configuración permite tener un mayor control sobre quien tiene acceso a esa información y/o imagen y administrar nuestro público⁷⁷.
- e) Tener la máxima cautela a la hora de compartir información sobre las personas menores de edad. Existe la posibilidad, cuando se comparten imágenes y datos, de filtrar entre un grupo concreto de usuarios. De esta forma las publicaciones solo se mostrarán entre grupo escogido, configurado, por ejemplo, por miembros de la familia.
- f) En la medida que el menor de edad tenga madurez suficiente para comprender los actos consultarle sobre los mismos, darle la oportunidad de vetar la publicación sobre su imagen si lo estima conveniente⁷⁸.
- g) Evitar compartir imágenes de los menores de edad desnudos o semidesnudos. A veces son frecuentes las imágenes y videos de bebés a la hora del baño.
- h) Preguntarse sobre los efectos que puede tener a medio y largo plazo en el libre desarrollo de la su personalidad estas intromisiones ilegítimas. Es importante que sean ellos

⁷⁷ SAP Lugo (Sección 1ª) 57/2017, de 15 de febrero, JUR 2017, 82242: *“falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se hubiera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo, como ya hemos dicho”*.

⁷⁸ DI BARI, C., “L’infanzia rappresentata...”, p. 268, considera que los menores de edad mayores de 5 años ya tienen un desarrollo de su personalidad que les permite decidir sobre la publicación de su imagen en redes sociales. SZIRON M., HILDT, E., “Digital Media...”, p.1 y ss. centra su estudio en los menores de 0-5 años por ser en esta franja de edad especialmente vulnerables y según él a partir de los 5 años ya pueden ser conscientes.

mismos los que, con el libre ejercicio de este derecho fundamental, construyan a su arbitrio su huella digital.

- i) Por parte de las administraciones públicas diseñar campañas de concienciación y/o de salud pública. Concretamente se deberían llevar a cabo las siguientes políticas. Por un lado, proponer una guía de buenas prácticas para responsables parentales. Por el otro, siguiendo el modelo implantado en el Reino Unido⁷⁹, establecer un programa curricular obligatorio en los planes docentes de la enseñanza obligatoria (educación primaria y educación secundaria obligatoria) sobre un buen ejercicio y la responsabilidad del uso de los datos y la imagen en las redes sociales.

10 CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Para terminar el presente trabajo se exponen a continuación una serie de conclusiones y reflexiones finales sobre el fenómeno *sharenting*:

1. Se demuestra que los menores de edad se encuentran sobreexpuestos en las redes sociales en consecuencia de la conducta de los responsables parentales.
2. Se constata que, en sede de derechos de la personalidad, los menores de edad son los que deben llevar a cabo por sí mismos su ejercicio siempre que dispongan de capacidad natural.
3. Cuando los responsables parentales, sin el consentimiento de sus hijos menores de edad, publican datos o fotografías de estos están cometiendo una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Es precisamente este consentimiento el elemento legitimador de esta intromisión y de ahí su importancia.
4. Es posible que en los próximos tiempos el fenómeno *sharenting* evolucione hacia lo que algunos estudiosos están comenzando a conceptualizar como a *oversharenting* debido a la sobreexposición de los menores en redes sociales y a la creación por parte de los padres de cuentas/perfiles a su nombre desde sus nacimientos.

⁷⁹ Vid. Sziron M., Hildt, E., “Digital Media...”, p.2. En efecto el Reino Unido ha diseñado el *UK Children Commissioners* que se imparte obligatoriamente en los colegios a los menores de edad entre 4 y 14 años.

5. Se propone diseñar políticas de educación y de consciencia sobre la publicación de imágenes y datos de los menores de edad y de sus consecuencias. Se debe procurar hacer un uso saludable de Internet.
6. Los menores de edad cuando adquieran la capacidad natural y, en su caso, el Ministerio fiscal, podrán interponer una acción de cesación de la intromisión ilegítima, una acción de indemnización por daños y perjuicios y/o de responsabilidad extracontractual.
7. En sede de derecho comparado, EUA y Francia son estados que están llevando a cabo políticas de protección de estos derechos a los menores de edad. Nos podríamos plantear si pueden ser modelos a seguir o que nos puedan ayudar a diseñar nuestras propias líneas de actuación.

11. REFERENCIAS

Ammerman Yebra, J. El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis (extraordinario), jul. 2018, p. 262.

Blum-Ross, A., Livingstone, S., ““Sharenting,” parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular Communication*, 2017, v. 15 n. 2, p. 110.

Cal.Business & Profession Code, Chapter 22.1 Privacy Rights for California Minors in the Digital World, p. 22580-22582.

Chazan, D., “French parents “could be jailed” for posting children’s photos online”, *The Telegraph*, Retrieved March, 1, 2016.

Corripio Gil Delgado, M.R. “El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido»”, *Revista Derecho Civil*, vol. V, núm.4, octubre-diciembre, 2018, Estudios, p. 161.

De Lama Ayma, A., *Los derechos de la personalidad de los menores de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Di Bari, C., “L’infanzia rappresentata dai genitori nei *social network*: riflessioni pedagogiche sullo *sharenting*”, *Studi sulla Formazione*: 20, 2017-2, p. 265.

Egea Fernandez, J., “Article 211-5: Minoria de edad”, en Egea Fernandez, J., Ferrer Riba, J. (Dir.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: La persona física i las institucions de proteccióm de la persona*, Atelier Llibres Jurídics, Barcelona, 2017, p. 86.

Gaëlle, O., Karen, V., “Sharenting: Parental adoration or public humiliation? A focus group study on adolescents experiences with sharenting against the background of their own impression management”, *Children and Youth Services Review*, 2019, p. 4.

García Rubio, M.P. “Los derechos de la personalidad”. En Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.2, Civitas, Pamplona 2013, p. 614 y ss.

Gete-Alonso Calera, M.C., “Manifestacions de l’autonomia del menor en la normativa catalana”, Sole Resina J., Almada Mozetic, V., (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescència)*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 276.

Lambea Rueda, A., “Entorno digital, robótica y menores de edad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, 2018, p.184 y ss.

Parra Lucan, M.A., Arenas Garcia, R., “Minoría de edad”. En Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.1, Civitas, Pamplona 2013, p. 597.

Priego Fernandez, V., “La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red”. En Jorda Capitan E. i VV.AA (Coor.), *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, El Derecho, Madrid, 2012, p. 48.

Shmueli, B., Blecher-Prigat, A., “Privacy for children”, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 42, 2011, p. 759.

Solé Resina, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario Derecho Civil*, T.LXXI, 2018, fasc. 2.

Steinberg, S.B., “Sharenting: Children’s privacy in the age of social media”, 66 *Emory Law Journal*, 839 (2017), p. 849.

Sziron M., Hildt, E., “Digital Media, the Right to an Open Future, and Children 0-5”, *Frontiers in Psychology*, 2018, Vol. 9, p. 2.

Tintoré Garriga, M.P., “Sharenting y responsabilidad parental”, Monográfico: menores y redes sociales, *Revista la Ley Derecho de Familia*, nº 14, 2017.

Vaquer Aloy, A., “Els drets de la personalitat”. En Vaquer Aloy, A., (Coord.), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 247.

Yiseul Choi, G., Lewallen, J., ““Say Instagram, Kids!”: Examining Sharenting and Children’s Digital Representations on Instagram”, *Howard Journal of Communications*, 29:2, 2018, p. 145.

Ysas Solanes, M., “Derechos en la esfera moral”. En Gete-Alonso Calera, M.C. (Dir.), Sole Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.2, Civitas, Pamplona 2013, p. 836 y ss.

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES DEL MENOR DE EDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

María Cristina Lorente López¹

Sumario: 1. Introducción; 2. El derecho fundamental a la protección de datos; 3. El consentimiento del menor; 4. La protección de datos de los menores en Internet; 5. Reconocimiento de otros derechos digitales; 6. Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Hace unos meses entró en vigor la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que adapta el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que

¹ Acreditada como Profesora Ayudante Doctora por la Agencia Andaluza del Conocimiento (AAC). Licenciada en Derecho (UCAM), Máster Universitario en Abogacía y Práctica Jurídica (UCAM). Doctora en Derecho (Universidad Jaime I). Actualmente es Profesora en la Universidad Isabel I. Anteriormente, ha sido ponente en el Máster de Acceso a la Abogacía (UCAM) y ha colaborado con la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Autora de una monografía, cinco capítulos y diversos artículos científicos. Las líneas de investigación en las que ha trabajado abordan temáticas como la tutela de los derechos fundamentales del menor, los derechos de autor, la “ciber-creación” de contenidos, la prueba genética en los procesos civiles, el tratamiento y cesión de datos sanitarios, el sistema para la para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación, o la reciente LJV, entre otros. Abogada en ejercicio (ICAMUR) y mediadora inscrita en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y da cumplimiento al mandato constitucional del art. 18.4, en virtud del cual, *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Entre las principales novedades de la nueva norma, cabe destacar la inclusión de la expresa protección jurídica del menor, algo que no contenían sus predecesoras (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de desarrollo), y que resulta absolutamente necesario en pleno siglo XXI, cuando el auge de las nuevas tecnologías ha propiciado la existencia de una realidad social virtual paralela a la realidad sociedad tradicional a través de la cual los individuos, particularmente niños y adolescentes, satisfacen sus necesidades de entretenimiento, diversión, comunicación, información, e incluso de formación². Tal y como refleja el último informe de UNICEF (2017), uno de cada tres usuarios de Internet en todo el mundo es menor de dieciocho años. De otro lado, según los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (INE, 2017), la proporción de uso de tecnologías de información por la población infantil (de 10 a 15 años) es, en general, muy elevada. Así, el uso de ordenador entre los menores está muy extendido (92,4%), y más aún el uso de Internet (95,1%). Por su parte, la disposición de teléfono móvil se incrementa significativamente a partir de los 10 años, hasta alcanzar el 94,0% en la población de 15 años.

Dada la importancia de estas cifras, parece oportuno realizar un estudio detallado de la nueva normativa, que aborde las diversas garantías sobre los derechos digitales del menor, como son: el derecho a la protección de datos, el novedoso derecho de acceso universal a Internet, o el polémico derecho al olvido, entre otros. Para ello, se tomarán como referencia los planteamientos de la doctrina más autorizada en la materia, la normativa vigente, así como la reciente jurisprudencia de los tribunales españoles.

2 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

En el ámbito de la normativa que estamos analizando, si hay un derecho que merece especial atención ese es el denominado “derecho a la

² De hecho, ya se habla de una educación 3.0, vinculada a la web 3.0.

intimidad informática”, a la “autodeterminación informativa” o, simplemente, “derecho fundamental a la protección de datos personales”³.

Antes de adentrarnos en su contenido debemos definir tres conceptos en materia de protección de datos que son imprescindibles para sustentar ulteriores cuestiones prácticas, a saber: el dato personal, el tratamiento y el interesado. Según el art. 4 del Reglamento europeo de protección de datos, se considerará dato personal toda información sobre una persona física identificada o identificable (tales como números de teléfono, direcciones de correo electrónico, nombres de usuario en redes sociales, etc.). El mismo precepto se refiere al tratamiento como cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción⁴.

El concepto de interesado no aparece de forma expresa en el Reglamento. Tras un análisis exegético del articulado puede concluirse que el afectado o interesado es la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.

Pues bien, con estos antecedentes, podemos afirmar que el derecho fundamental a la protección de datos, es derecho que alcanza a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o

³ Al respecto: Aparicio Salom, J. (2009). *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Navarra: Aranzadi; Garriga Domínguez, A. (2004). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson; Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M. (2006). *Introducción a la protección de datos*. Madrid: Dykinson; García-Berrio Hernández, T. (2003). *Informática y libertades: la protección de datos personales y su regulación en Francia y España*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia; Herrán Ortíz, A. (2002). *El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid: Dykinson.

⁴ El Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» adoptado el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/ CE (GT29), dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: “El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal...”.

empleo por terceros pueda afectar a otros derechos⁵. Dicho de otro modo, el derecho fundamental de protección de datos es aquel que ostenta todo individuo (con independencia de su edad) para controlar, disponer y decidir sobre sus datos personales⁶.

Cabe señalar que en España, fue la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 5º) la que por vez primera habla del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo, diferenciándolo del derecho a la intimidad: “*Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley*”. De ahí que se hable de un derecho fundamental de creación jurisprudencial (Hidalgo Cerezo, 2017)⁷.

Evidentemente, desde aquella resolución, el contenido de este derecho ha evolucionado. Así lo demuestra la nueva normativa de protección de datos, cuando se refiere de forma expresa a la protección de datos de los menores y, concretamente, en Internet. El art. 92 de la Ley dispone 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”.

Este precepto ha de ser puesto en relación con la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que legitima a los centros docentes a recabar los datos personales de su alumnado que sean necesarios para el ejercicio de su función educativa. Dichos datos podrán hacer referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al

⁵ Tal y como vaticinaban los constituyentes de 1978, los avances tecnológicos han tenido un gran impacto en la sociedad, y por ende, en el ejercicio de los derechos fundamentales.

⁶ El origen de este concepto se encuentra en los argumentos de Warren y Brandeis (1890) quienes identifican la autodeterminación informativa con el derecho del individuo a determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser conocidos por otros.

⁷ En el mismo sentido: sentencia AN de 11 de febrero de 2004, sentencia TS núm. 673/2004, de 13 de julio, o sentencia TS de 23 de marzo de 2011, entre otras.

desarrollo y resultados de su escolarización, así como a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos.

Para concluir, debemos recordar que el superior interés del menor o *favor minoris*, además de un concepto jurídico indeterminado, es uno de los principios inspiradores del derecho civil de familia⁸, así como de todas las normas relativas a los menores de edad⁹, encontrando sanción expresa en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece la primacía en todo caso a las necesidades de los menores cuando concurren con otros intereses igualmente legítimos.

3 EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR

El tema del consentimiento goza de gran importancia, tanto desde el punto de vista de la normativa civil sobre la tutela de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, como en el ámbito de la protección de datos¹⁰.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se refiere específicamente al consentimiento de los menores de edad estableciendo dos reglas: en primer lugar, el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (art. 3.1). En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (art. 3.2).

⁸ Para O'Callaghan (1996) "No se trata de un principio nuevo, ni de una idea original, ni de una novedad legislativa, sino de un principio consagrado de antiguo, presente en los códigos del siglo pasado, que se halla en nuestro Código Civil".

⁹ Sirvan como ejemplo diversas normas autonómicas: La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia (art. 4), la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana (art. 3), la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía (art. 3.1), o la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña (art. 5).

¹⁰ Para Díez-Picazo y Gullón (2012), el consentimiento es "...una voluntad libre y convenientemente manifestada, que puede tener por finalidad simplemente justificar la intromisión o que puede formar parte de un negocio jurídico de carácter oneroso, cuyo objeto sea concretamente la autorización" (p. 348).

La nueva normativa de protección de datos, tanto la Ley como el Reglamento comunitario, se refiere de forma expresa al consentimiento del menor de edad por lo que respecta al tratamiento de sus datos personales¹¹. La ausencia de consentimiento tendrá la consideración de infracción grave ex art. 73 de la Ley.

El art. 7 de la Ley mantiene la edad de catorce años para que el niño pueda prestar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales. Ese límite parece coherente, toda vez que la normativa civil establece esa misma edad, por ejemplo, para otorgar testamento (art. 663.1 CC).

En el mismo sentido, el art. 8 del Reglamento comunitario regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información. Así, determina la edad mínima de 15 años para la prestación del consentimiento, y establece un límite de 13 para las leyes de los estados miembros.

El reconocimiento de una edad mínima para prestar el consentimiento en el ámbito de la protección de datos es digno de elogio. En el ámbito civil, la cuestión no es tan clara. Recordemos que el art. 162.1 CC exceptúa de la representación legal de los padres sobre los hijos menores “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”.

El tema de la madurez genera serias dudas en la práctica. Son raras las ocasiones en las que el propio menor decide emprender acciones legales por intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, y cuando lo hace, se encuentra próximo a la mayoría de edad¹².

Para finalizar, el considerando 38 del Reglamento europeo de protección de datos, 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*”.

¹¹ El art. 13 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, ya regulaba el “consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad”.

¹² Sirva como ejemplo la sentencia de la AP Baleares núm. 109/2013, de 19 marzo, sobre el derecho a la propia imagen de una menor de edad pero próxima a alcanzar la mayoría, que tenía suficiente madurez para prestar su consentimiento en un ámbito de su esfera personal.

4 LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN INTERNET

Con respecto a la protección de los menores en Internet, debemos señalar que el art. 84 garantiza la tutela de los derechos de los menores en la Red de dos formas: a través de la protección que les brindan sus padres, tutores o representantes legales, y mediante la intervención del Ministerio Fiscal, cuando proceda.

a) *Garantía de los derechos del art. 10.1 CE*

El art. 84.1 de la nueva Ley de Protección de Datos establece que “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”.

Uno de los rasgos principales de esta nueva era de la información y de las telecomunicaciones es la generalizada pretensión de que los niños sean libres en el desarrollo de su personalidad¹³. En aras de esa pretendida autodeterminación se les va dotando de mayor independencia a edades más tempranas¹⁴, ello sin perjuicio del efectivo control que los padres han de ejercer sobre sus hijos, garantizando su correcto desarrollo.

El problema es que, en la práctica, la tutela de los derechos de los menores viene casi siempre vinculada a procedimientos de separación o divorcio precedentes¹⁵. Parece esa motivación alejarse del *favor minoris* que debe inspirar la actuación de los progenitores

Al respecto, resulta clarificador el auto de la AP de Asturias núm. 31/2019, de 13 marzo (FJ 5º), que trae causa de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, iniciado por la madre de una menor de 13 años, que mostraba su disconformidad con el hecho de no tener ningún

¹³ Lo cual contrasta con un habitual discurso protector de la infancia y adolescencia.

¹⁴ Recordemos que uno de los principios que inspiran la normativa sobre protección de menores es el reconocimiento de la “capacidad de obrar evolutiva del menor de edad”, legalmente establecido en el art. 162.1 CC. Según Lasarte (2012), “en virtud de esta capacidad de obrar evolutiva, el menor de edad puede llevar a cabo los actos y celebrar los contratos que le estén permitidos conforme a los usos sociales y a sus condiciones de madurez” (pp. 182-183).

¹⁵ Al respecto, reviste especial interés el trabajo de la profesora García Herrera (2018) relativo al consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet, en especial, cuando los representantes legales estén divorciados o separados.

tipo de control y acceso al teléfono móvil que el padre había facilitado a la niña, y con el acceso que a través del mismo esta venía haciendo a *Instagram* y otras redes sociales con el consentimiento del otro progenitor, además de manifestar su oposición a la publicación de fotos de la niña por parte del padre en redes sociales. Pues bien, a juicio de la Sala, en este caso, la hija de los interesados cuenta con 13 años, edad en la que es común disponer de un teléfono móvil u otros dispositivos que permiten acceder a Internet, y aunque su acceso a las redes sociales debe ser restringido y controlado por sus padres, toda vez que la menor no ha cumplido la edad legalmente establecida para prestar el consentimiento, no debería impedirse que así fuera, siempre bajo una adecuada supervisión de ambos que evite que dicha difusión pueda hacerse de forma generalizada con acceso por personas no autorizadas y que los datos que se difundan, en particular las imágenes de la niña, sean inadecuadas por revelar actitudes o comportamientos impropios de su edad.

b) La protección de los menores en supuestos de sobreexposición filial

El art. 84.2 dispone que “la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Este precepto ampara al menor frente al creciente fenómeno del *sharentig* (sobreexposición de los hijos o sobreexposición filial), esto es, el uso habitual de las redes sociales para compartir noticias, imágenes, etc. de los propios hijos.

Tanto desde la perspectiva de la protección del derecho a la propia imagen como de la de protección de datos de carácter personal se requiere el consentimiento del titular del derecho para excluir la intromisión ilegítima o el tratamiento no autorizado de los datos.

Aunque en España aún no conocemos ningún supuesto en el que un menor haya llevado a sus padres ante los tribunales por sobreexposición filial¹⁶, sí son numerosos las demandas entre

¹⁶ Recientemente, el Tribunal de Roma (Sección 1ª Civil) ha dictado una orden contra una madre que expuso excesivamente la vida de su hija de 16 años a través de las redes. El juez ordenó la eliminación de fotos y videos, prohibió otras publicaciones, e impuso una compensación para la menor por valor de diez mil euros.

progenitores solicitando bien la cesación, bien la indemnización por daños ocasionados al menor por hechos de esta índole¹⁷. A continuación analizaremos algunos ejemplos.

La sentencia de la AP de Tenerife núm. 356/2018, de 6 julio, con origen en un procedimiento de familia establece que, ante la objeción de la madre, claramente explicitada en el procedimiento, el padre habrá de abstenerse de afectar al derecho a la intimidad de su hija y deberá dejar de publicar fotos de la menor a través de las redes sociales o por cualquier otro medio de comunicación.

En el mismo sentido resuelve la sentencia de la AP de Barcelona núm. 970/2018, de 24 octubre, sobre modificación de medidas en un procedimiento contencioso. Tal y como relata la resolución, el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores (salvo cuando alguno de ellos hubiera sido privado de su ejercicio). En consecuencia, los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto un progenitor como otro en el caso de acceder a redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren, y que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia podría tener su repercusión en las decisiones a adoptar sobre la guarda de los menores.

En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad resulta tan delicado y de tanta transcendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

5 RECONOCIMIENTO DE OTROS DERECHOS DIGITALES

El título X de la nueva Ley de Protección de datos, relativo a los derechos digitales, comienza garantizando la plena eficacia de los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y

¹⁷ Recordemos que la legitimación para reclamar corresponde al hijo cuando adquiera madurez suficiente o la mayoría de edad, al Ministerio Fiscal y, cuando la intromisión se haya llevado a cabo solo por uno de los titulares de la patria potestad, el otro progenitor en su representación.

Convenios Internacionales en que España sea parte, también en Internet. A continuación analizaremos algunos derechos que esta norma reconoce de forma expresa.

a) *Derecho de acceso universal a Internet*

Hace años, algunos autores barajaron la posibilidad de que el acceso a Internet fuera considerado un derecho fundamental¹⁸. Este planteamiento tuvo entonces corta trayectoria. En palabras de Vinton Gray Cerf (2012), uno de los padres de Internet, “*la Red es solo una herramienta tecnológica que habilita la posibilidad de que se ejerciten otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información*” (...) “*Los derechos no deberían ser otorgados a las herramientas, sino a los fines que estas nos permiten alcanzar*”.

En la actualidad el acceso a Internet se ha convertido en un elemento indispensable para el desarrollo económico y social, y en una herramienta esencial para garantizar la democracia y la difusión del conocimiento, lo que ha llevado a su reconocimiento como derecho digital *ex art. 81 de la Ley*¹⁹.

Dicho precepto establece que “*todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica*”. Aunque se realice mención expresa a los menores de edad, resulta evidente que quedan incluidos en el ámbito de aplicación de este precepto. No obstante, se echa en falta una referencia expresa, al igual que la que se realiza a las personas mayores en el apartado cuarto.

b) *Derecho a la educación digital*

El art. 83 de la Ley dispone que “*El sistema educativo la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y,*

¹⁸ Esta idea surge en 2001, a raíz de que la ONU declarase el acceso a Internet como un derecho humano. Al respecto, véase: Orza Linares, R. (2013). “Derechos fundamentales e Internet: Nuevos problemas, nuevos retos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 18.

¹⁹ Cabe puntualizar que de este modo, España se une a otros países de su entorno que ya han reconocido el derecho a Internet. En 2009, el Consejo Constitucional de Francia dictaminó que el acceso a la Red era una un derecho constitucional básico. En 2013, La Corte Federal de Karlsruhe (Alemania) decretó que Internet es esencial. En 2015, Italia se convirtió en el primer país europeo en aprobar una declaración de derechos en Internet.

particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales”. Como vemos, este artículo está garantizando la educación 3.0, esto es, aquella que integra la tecnología en el aprendizaje. Además, el principio general de tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, vuelve a inspirar un precepto.

c) *Derechos ARCO*

La nueva Ley Orgánica de Protección de datos, como su predecesora, incluye de forma expresa una serie de derechos que corresponden a todos los afectados o interesados, a saber: el derecho de acceso, de rectificación, de cancelación y oposición sobre los datos. A grandes rasgos, el contenido de los derechos ARCO es el siguiente:

- *Derecho de acceso.* El derecho de acceso permite al ciudadano conocer y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento. Tal y como establece el art. 13 de la Ley, este derecho se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del Reglamento comunitario.
- *Derecho de rectificación.* Este derecho se caracteriza porque permite corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantizar la certeza de la información objeto de tratamiento. Según el art. 14 de la Ley, “al ejercer el derecho de rectificación reconocido en el artículo 16 del Reglamento comunitario, el afectado deberá indicar en su solicitud a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse”. Además, “deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento”.
- *Derecho de cancelación.* El derecho de cancelación permite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en el art. 32 de la Ley.
- *Derecho de oposición.* El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo. Dispone el art. 18 de la Ley que “el derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento comunitario”.

Como sabemos, estos derechos han de ejercitarse de forma directa y personalísima ante el responsable del fichero que trata los datos.

Por lo que respecta a los menores de edad, el art. 12.6 de la Ley establece que “en cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles”.

Conviene recordar que, por lo general, la representación legal es entendida como un medio para completar la capacidad de obrar de determinadas personas, concretamente, como la facultad otorgada por Ley a una persona para que actúe en el tráfico jurídico en nombre y por cuenta de otra. Cuando se trata de menores, la representación legal puede ser desempeñada por un defensor judicial nombrado *ad hoc*, un tutor o curador, la correspondiente institución autonómica en caso de desamparo, o el Ministerio Fiscal. Ahora bien, en circunstancias normales, el menor se encontrará sometido a la patria potestad de sus padres, y por tanto, serán estos quienes tengan atribuida la representación legal (básica) de sus hijos, tal y como establece el art. 154 CC.

d) *Derecho de rectificación en Internet*

Una de las novedades a destacar de la ley de protección de datos vigente, es la regulación del derecho de rectificación en Internet. En el art.85 la nueva norma proclama “el derecho de todos a la libertad de expresión en Internet”. Aunque este precepto parece estar dotando de gran amplitud al art. 20.4 CE, lo cierto es que únicamente está trasladando los mecanismos de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, a la realidad en línea.

Así, dispone en el apartado segundo que “los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz”.

En conclusión, la nueva ley de protección de datos garantiza la libertad de expresión en Internet, con los mismos límites que encontraría en los medios sociales tradicionales, posibilitando el ejercicio del derecho de rectificación en entornos virtuales.

e) *Derecho al testamento digital*

La inmersión en las nuevas tecnologías ha provocado que los individuos, en el momento de su fallecimiento dejen un “patrimonio digital” integrado por la información que hayan remitido por correo electrónico, redes sociales, webs, archivos adquiridos, ficheros subidos a

la nube, saldos en cuentas de Pay-Pal, bitcoins, etc. Ello ha ocasionado que recientemente se hable de voluntades o testamento digital²⁰.

El art. 96.1 de la Ley que regula el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, establece que cuando se trate de menores de edad, las facultades podrán ejercerse por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

f) *Derecho a la transparencia y a la seguridad en las comunicaciones*

El Reglamento europeo de protección de datos, en su considerando 58, dispone 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”. Se amplía el contenido de este derecho en el art. 12.1 del mismo cuerpo legal.

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el art. 80 de la Ley, que garantiza la neutralidad en Internet. Sin hacer mención específica a los menores de edad, dicho precepto determina que los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos.

Por lo que respecta a la seguridad digital, queda garantizada por el art. 82 de la Ley, cuando establece que los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet.

g) *Derecho al olvido en Internet y redes sociales*

El derecho al olvido es el derecho a eliminar información que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que ha perdido relevancia para seguir siendo informada. En los últimos tiempos, hemos sido conocedores de incontables resoluciones que se pronunciaban sobre este particular (por todas, sentencia del TJUE, de 13 de mayo de 2014).

La nueva Ley de protección de datos, por fin reconoce este derecho de forma expresa, facilitando su ejercicio. En primer lugar, el art. 93 de la Ley determina que “toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se

²⁰ Cabe mencionar que Cataluña fue pionera en esta materia promulgando la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, cuyos arts. 6, 8, 10, 11 y la Disposición Final Primera, han sido recientemente declarados inconstitucionales y nulos, por sentencia TC núm. 7/2019, de 17 de enero.

obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información”.

Es destacable el hecho de que los motores de búsqueda han de eliminar la lista de resultados que se obtengan tras la búsqueda efectuada a partir de nombre. Ello no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

En segundo lugar, el art. 94 establece el derecho de toda persona a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Cuando hubieran sido facilitados por terceros, podrá pedir su supresión cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo.

En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud.

En el mismo sentido, el Reglamento comunitario establece en su considerando 65 el derecho al olvido es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en Internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. Recordemos que con el uso que el menor hace de redes sociales, *microblogging*, servicios de mensajería instantánea, el menor va elaborando su biografía digital.

h) Derecho a indemnización

El art. 19 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, contemplaba lo que Zunón Villalobos (2013) denominaba “garantía civil de la privacidad”, esto es, una indemnización por el daño ocasionado por el encargado o responsable del tratamiento. Históricamente, la proximidad entre los derechos a la intimidad y a la privacidad ha originado cierta confusión en los tribunales que, en ocasiones, venían aplicando los criterios de la LO 1/1982 (art. 9.3) y de la LOPD (art. 19) de forma indistinta, cuando la tutela que ofrecía una y otra norma no era la misma.

Mientras que según la LO 1/1982, las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 18.1 CE) se configuran como sendos ilícitos civiles generadores de daños indemnizables que los perjudicados podrán reclamar por sí mismos, en la anterior LOPD, las conductas de peligro para la privacidad se configuraban como infracciones administrativas, sancionables de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos.

Por lo tanto, mientras que la indemnización contemplada en el art. 9.3 LO 1/1982 entraba en juego cuando se consumaba la lesión del derecho fundamental, el resarcimiento por el daño ocasionado que contenía la LOPD de 1999 se anticipaba a un momento anterior, cuando existía un riesgo o peligro abstracto para la privacidad.

La nueva Ley de protección de datos ha eliminado cualquier mención a este derecho, que actualmente aparece regulado en el art. 82 del Reglamento comunitario. En cualquier caso, el contenido del precepto es similar al de la norma que lo precede. Por lo tanto, habrá que estar a futuros pronunciamientos judiciales para comprobar si aún se sigue produciendo tal confusión.

6 CONCLUSIONES

I. Vivimos en la Sociedad Red, hoy en día casi todos los individuos están interconectados a través de Internet, redes sociales, de *microblogging*, servicios de mensajería instantánea, etc. Los menores de edad, nativos digitales, toman esta realidad con absoluta naturalidad, y en muchas ocasiones, afrontan los peligros que presentan estos nuevos escenarios virtuales con mayor solvencia que los adultos. Ahora bien, a pesar de la notable destreza que ostentan niños y adolescentes, es preciso procurarles una protección específica en la Red. No debemos olvidar que, a pesar de todo, por su edad, son individuos especialmente vulnerables.

II. Tal y como reflejan las cifras numerosas estadísticas, los menores tienen una representación mayoritaria en entornos virtuales. De ahí que requieran una protección específica que ahora viene expresamente reconocida por la legislación española y comunitaria.

III. El derecho a la protección de datos, como derecho fundamental de origen jurisprudencial, viene siendo reconocido desde hace décadas. Es digno de elogio que la nueva ley de protección de datos haya adaptado este derecho a la realidad social, comprendiendo de forma específica el derecho a la protección de datos del menor de edad, y concretamente en Internet.

IV. Como hizo su predecesora, la nueva ley de protección de datos establece una edad mínima para la prestación del consentimiento,

concretamente 14 años. Es loable que se fije una edad determinada, toda vez que en el ámbito civil aún hay que acudir al cuestionado criterio de la madurez.

V. Con respecto a la protección de los menores en Internet, reviste particular interés que frente a la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, se haya previsto la intervención del Ministerio Fiscal. Aunque aún no hay una regulación concreta, el art. 84.2 de la Ley parece amparar a los menores frente al creciente fenómeno del “sharenting”.

VI. El reconocimiento del acceso a Internet como derecho (aunque no fundamental), ha acabado con una polémica que ha contado con una larga trayectoria, adaptándose a la normativa de países vecinos, como Italia.

VII. La inclusión del derecho de rectificación en Internet se adapta a la realidad de nuestros días. Hoy en día, los medios de comunicación en línea van desplazando a los medios de comunicación tradicional. La nueva ley de protección de datos garantiza la libertad de expresión en Internet, posibilitando el ejercicio del derecho de rectificación en entornos virtuales.

VIII. La supresión del art. 19 LOPD ha ocasionado que la “garantía civil de la privacidad” se vea amparada única y exclusivamente por la normativa comunitaria. Como se ha dicho, habrá que estar a futuros pronunciamientos judiciales para comprobar si aún se sigue produciendo confusión entre la normativa de protección de datos y la normativa civil a la hora de indemnizar el daño moral ocasionado por el tratamiento de datos.

7 REFERENCIAS

- Aparicio Salom, J. (2009). *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Navarra: Aranzadi.
- García-Berrio Hernández, T. (2003). *Informática y libertades: la protección de datos personales y su regulación en Francia y España*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Garriga Domínguez, A. (2004). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Herrán Ortíz, A. (2002). *El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid: Dykinson.
- Orza Linares, R. (2013). “Derechos fundamentales e Internet: Nuevos problemas, nuevos retos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 18.
- Rebollo Delgado, L., Serrano Pérez, M. (2006). *Introducción a la protección de datos*. Madrid: Dykinson.

IV
FAMÍLIA, ESCOLA E INCLUSÃO SOCIAL

LA ERA DIGITAL COMO UNA OPORTUNIDAD PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

*Esther Susin Carrasco*¹

¹ Abogada en ejercicio desde 1998 – Colegio de la Abogacía de Sabadell

1. Formación Académica: Estudios superiores: Licenciada en Derecho (UNED) 1995. Diplomada en Lenguas: inglés, francés y alemán. Estudios de iniciación a la carrera diplomática en 1990 Universidad de Perpignan. Estudios de derecho comunitario en 1992 Kings College of London. Tratado de Maastricht. Estudios de Post Grado en la Universidad Autónoma de Barcelona: Máster en Derecho Internacional de Familia, curso 2009-2011. Estudios de Post Grado en la Universidad Autónoma de Barcelona: Máster en Integración Europea. Tesina: El Convenio de La Haya de 1980 Sustracción Internacional de menores, artículos 13 a y 13 b, en relación al artículo 11 del Reglamento (CE) 2201/2003. Curso 2011-2012. Cursos de formación en Derecho Europeo de Familia en la Escuela de derecho Europeo de Trier (Alemania). Derecho de Familia. (2006, 2010, 2012, 2013, 2014, 2015). Cursos de formación en igualdad en la Escuela de derecho Europeo de Trier, (2017). TRACHILD, Formación para asesores que representan a niños, niñas y adolescentes en asunto penales, civiles y administrativos. Consejo General de la Abogacía Española, Madrid 30 octubre 2017.

2. Publicaciones: Editorial LEX NOVA, número 60 año 2013. El Convenio de La Haya de 1980 artículos 13 ay 13 b, en relación al artículo 11 del Reglamento (CE) 2201/2003, (interés del menor). Boletín Inf@ncia, número 82 del mes de diciembre de 2014. Dret del Infant a ser escoltat a França.;Family Law Update, núm. 10, volumen 1, International Bar Association. Article: Shared custody and Child support in the Spanish Civil Code, december 2017; Revista de Derecho V/LEX, NÚM. 166 marzo 2018. El artículo 11 del Reglamento (ce) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Revista de Derecho de Familia Thomson Reuters (Aranzadi), NÚM. 78 Enero Marzo 2018, p. 357-369. El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado en el derecho de familia alemán; Libro. Análisis a nivel internacional del Derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia. Cláusula estándar: Edad

Sumario: 1. La era digital. la infancia y adolescencia en línea. una oportunidad más que un riesgo; 2. Libertad de expresión y seguridad derechos fundamentales de la persona. pilares de la era digital; 3. Privacidad y seguridad en línea. marco jurídico español; 4. La unión europea y la conexión en línea; 5. Nuevos retos para la educación; 6. Referencias.

1 LA ERA DIGITAL. LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN LÍNEA. UNA OPORTUNIDAD MÁS QUE UN RIESGO

La libertad y seguridad derechos humanos de la persona y pilares de la era digital son extensibles a la infancia y la adolescencia. Ambos derechos deben estar garantizados a la infancia y la adolescencia en un mundo inmerso en la tecnología digital.

Lo expresa así la Organización de Naciones Unidas: “La tecnología digital ya ha cambiado el mundo y, a medida que aumenta el número de niños y jóvenes que se conectan en línea en todos los países, está cambiando cada vez más su infancia”. No obstante, el acceso no está garantizado por igual a todos. Así en África los jóvenes son los menos conectados. Alrededor del 60% no están en línea, en comparación con solo el 4% en Europa, según informe de UNICEF de 2017.

Es evidente que si consideramos la era digital como una innovación para el acceso a recursos de los niños y niñas, no es menos cierto que deben cuidarse todos los aspectos de dicho acceso a internet.

En la actualidad y desde hace más de una década se reflexiona sobre el impacto que la tecnología digital ha causado en los niños, niñas y adolescentes y de cómo ha cambiado las vidas y las oportunidades de la infancia y de la adolescencia, el futuro aún es incierto. Las informaciones sobre el impacto que tienen las nuevas tecnologías en la infancia y en los jóvenes es objeto de controversia y discrepancias. Es evidente que afecta al ámbito de la libertad de expresión y también de la seguridad de nuestros jóvenes. Para que las personas actúen con libertad y seguridad deben al mismo tiempo estar debidamente informadas, esto con mayor motivo aún en el ámbito de las nuevas tecnologías.

y capacidad. Obstáculos para su participación Thomson Reuters. Aranzadi (2018); Libro. Derechos Fundamentales de los Menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y en la adolescencia), Coordinadores Judith Solé Resina, Vinicius Almada Mocetic, UAB – Editorial Dyckinson S.L.(2018); Family Law Update, núm. 11, volumen 1, International Bar Association. Article: Modification in Spain of child arrangement orders based on the principle of the child’s best interest, december 2018.

Si los recursos que aportan las nuevas tecnologías se aprovechan de la manera correcta y son accesibles a escala universal, la tecnología digital puede cambiar la situación de los niños, niñas y adolescentes que han quedado atrás –ya sea debido a la pobreza, la raza, el origen étnico, el género, la discapacidad, el desplazamiento o el aislamiento geográfico – al conectarlos a numerosas oportunidades, pero a menos que se amplíe el acceso, la tecnología digital puede crear nuevas brechas que impidan que los niños, niñas y adolescentes alcancen todo su potencial. Y si no actuamos ahora para mantenernos al ritmo de los cambios, los riesgos en línea pueden llevar a la infancia y juventud segmentos de población más vulnerables a que sean más susceptibles a la explotación, el abuso y hasta la trata, así como a otro tipo de amenazas menos evidentes para su bienestar. Así lo afirma contundentemente el informe de Unicef² que “aboga en favor de una acción más rápida, de inversiones específicas y de una mayor cooperación para proteger a los niños de los daños que pueden sufrir en un mundo más conectado, al tiempo que exhorta a que se aprovechen las oportunidades de la era digital para beneficiar a la niñez y adolescencia”.

El informe elaborado por la Organización de Naciones Unidas, “El Estado Mundial de la Infancia 2017, niños en un mundo digital”, ha mostrado que la conexión en línea a la vez que permite a la infancia y adolescencia explorar un mundo como nunca antes, también ha facilitado a los acosadores, agresores sexuales, traficantes y abusadores la tarea de encontrarlos. Sin embargo, en Kuala Lumpur, se llevó a cabo una investigación por un medio de (“Un depredador en mi teléfono”), que ayudó a liderar un movimiento para la promulgación de la primera ley nacional de Malasia contra la captación de niños por internet con fines sexuales. Por tanto, este dato nos muestra que la importancia radica en los instrumentos que se pongan al alcance para promover, proteger y garantizar una seguridad en línea.

Desde la perspectiva positiva de conexión en línea, este informe ha visibilizado que en países como Camerún el hecho que una escuela pública haya podido tener acceso a internet gracias a un proyecto público “Conecta mi escuela” ha supuesto para estos niños y niñas la obtención de tabletas con las que pueden acceder mejor a los contenidos de sus clases, y en concreto a la explicación de su maestro³.

² Estado Mundial de la Infancia. Niños en un mundo digital: <www.unicef.org/SOWC2017>. Consultado el 15 de junio de 2019.

³ <www.unicef.org/SOWC2017>, “Para cada niño un puente digital”.

En este momento, los niños, niñas y jóvenes no conectados se están perdiendo recursos educativos y acceso a la información general, así como a las oportunidades para aprender aptitudes digitales, explorar amistades y establecer nuevas formas de autoexpresión. En consecuencia parece que aún tomando como base el aspecto negativo de la conexión en línea, en cualquier caso sirve para adoptar políticas legislativas que promuevan y garanticen una mayor seguridad en línea.

En consecuencia, debe abordarse los retos de la nueva era digital no solo reflexionando sobre sus repercusiones negativas, sino al contrario es más beneficioso prestar atención y abordar la temática desde una visión positiva y de oportunidad para los jóvenes. David Buckingham⁴ señala dos grandes tendencias a la hora de acometer esta cuestión: “Por un lado existen una serie de autores que inciden fundamentalmente en los riesgos que las nuevas tecnologías plantean, pero también es cierto que existe un amplio sector que incide en las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías”, (Kormas, Critselis, Janikian, Kafetzis, & Tsitsika, 2011⁵; Secades-Villa, et al., 2014).

Sin embargo, y a pesar del sector que hace hincapié en los riesgos del uso de internet⁶, de momento solo se puede hablar de un “uso problemático”⁷, más lo cierto, sin lugar a dudas, es que Internet se está convirtiendo en una herramienta imprescindible⁸. Más que una

⁴ Buckingham, David (2002), “Crecer en la era de los medios electrónicos”, Madrid, Morata.

⁵ Kormas, G., Critselis, E., Janikian, M., Kafetzis, D., & Tsitsika, A (2011). Risk factors and psychosocial characteristics of potential problematic and problematic internet use among adolescents/: Across-sectional study. *BMC Public Health*, 11; Secades-Villa, R., Calafat, A., Hernández-Hermida, J. R., Juan, M. Duch, M., Skärstrand, E., ... Talic, S. (2014). Duration of Internet use and adverse psychosocial effects among European adolescents. *Adicciones*, 26, 247–253.

⁶ Sánchez-Teruel, D. & Robles-Bello, M. A. (2016). Riesgos y potencialidades de la era digital para la infancia y la adolescencia. *Revista Educación y Humanismo*, 18(31), 186-204. <http://dx.doi.org/10.17081/eduhum.18.31.1374>

⁷ Sin embargo, la falta de reconocimiento de esta categoría en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5) elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y la ausencia de criterios diagnósticos universalmente aceptados hace que buena parte de los investigadores se decanten por el término «uso problemático» (Ceyhan, Ceyhan, & Gürcan, 2007; Pulido-Rull, Escoto-de la Rosa, & Gutiérrez-Valdovinos, 2011; Rial, Gómez, Isorna, Araujo, & Varela, 2015; Thatcher & Goolam, 2005), desarrollando instrumentos específicos para su evaluación.

⁸ Albero, M. (2002). Adolescentes e Internet: Mitos y realidades de la sociedad de la información. *Revista de estudios de comunicación*, 3, 55-62. Amorós, P., Buxarrais, M. R. & Casas, F. (2002); *La influencia de les tecnologies de la informació i*

posibilidad de comunicación transversal, se está convirtiendo en una necesidad debido al periodo de globalización que hoy se vive⁹.

Para que la nueva era digital sea una oportunidad/ventaja para la infancia y la adolescencia es imperativo que se dé el escenario adecuado para que la libertad de expresión y la seguridad estén legítimamente garantizadas.

2 LIBERTAD DE EXPRESION Y SEGURIDAD DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. PILARES DE LA ERA DIGITAL

Desde nuestra tierna infancia se nos ha dicho que la libertad es el bien más preciado que tenemos. El preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos¹⁰ ya establece la libertad junto con la justicia como uno de los pilares del reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables “de todos los miembros de la familia humana”.

comunicació en la vida dels nois de 12 a 16 anys. Barcelona: Institut d'Infància Mon Urbá. Observatorio de la Infancia y la Familia; Bueti, C., Cantarino de Frías, M. J., Carr, J., Carstensen, D., De Paoli, C., Laiho, M. & Richardson, J. (2009). *Protección de la infancia en línea: Directrices para los niños.* Ginebra (Suiza): Unión Internacional de Telecomunicaciones; Cervera, L. (2009). *Lo que hacen tus hijos en Internet.* Barcelona: Integral; Craft, A. (2012). Childhood in a digital age: creative challenges for educational futures. *London Review of Education*, 10, 173-190; Davis, K. (2012). Friendship 2.0: Adolescents' experiences of belonging and self-disclosure online. *Journal of Adolescence*. In Press; Feixa, C. (2003). Generación @. La adolescencia en la era digital. *Cuadernos de Pedagogía*, 320, 52-55; García de Torres, E., Ruiz, S., Martínez, S. & Lavilla, M. J. (2008). El uso de los nuevos medios por la audiencia infantil y juvenil: tendencias en la investigación. En F. Sabés & J. J. Verón (Eds.), *Internet como sinónimo de convergencia mediática y tecnológica* (pp.61-73). Zaragoza: Asociación de la Prensa de Aragón.

⁹ "Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression", *Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)*, Vol. 19, No. 3, 2011; Barrio Andrés, Moisés: "El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones", en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

¹⁰ Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217^a (III): “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La Constitución Española de 1978¹¹ reconoce y protege que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el artículo 20 ofrece el marco legal para garantizar el efectivo cumplimiento de su protección. En referencia a los niños, niñas y adolescentes, el marco legal que lo regula se completa con la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas¹², la Ley Orgánica de protección jurídica del Menor y la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹³, entre otras normas que, sin regular de forma específica derechos del menor, matizan y dan contenido a este derecho.

De igual modo el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos¹⁴ dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. El artículo 10 determina que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”.

Cuando el artículo 12 citado hace referencia al término “nadie” y el artículo 19 hace referencia “a todo individuo” implícitamente se refiere también a la infancia y la adolescencia es por ello que debe

¹¹ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Artículo 20: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

¹² La Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

¹³ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015. Entrada en vigor 12 de agosto de 2015.

¹⁴ Declaración Universal de derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

hacerse hincapié en llevar a cabo políticas que haciendo incidencia en la protección de los jóvenes en la red les permita obtener las máximas oportunidades posibles. Yendo un paso más allá, la Constitución Española, en el apartado cuarto de su artículo 39 establece que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Por tanto, basándonos en los principios de libertad de expresión y seguridad que tienen rango constitucional¹⁵ podemos afirmar que el acceso a internet tiene la categoría de derecho fundamental, y como tal debe protegerse.

Sin embargo el derecho de acceso a internet no está recogido como tal en nuestra Constitución española de 1978¹⁶. En opinión de Tamara Álvarez¹⁷, “*se ha de reflexionar sobre valores y principios constitucionales que se aplican a la realidad social española desde el ámbito digital y modificar el texto de la Constitución, sea revisando algunos o incorporando otros nuevos para corregir las disfunciones normativas surgidas en las últimas décadas como consecuencia de la irrupción de las tecnologías de la información y de la comunicación*”.

¹⁵ Sobre el tema en la doctrina italiana se puede consultar: FROSSINI Tommaso Edoardo. *Il diritto costituzionale di accesso a internet*. En Studio in Onori di Franco Modugno. Ed. Scientifica, Nápoles, 2011. NANNIPIERI Lorenzo. *Profili costituzionali dell'accesso ad internet*. En www.gruppodipisa.it PASSAGLIA Paolo. *Diritto di accesso a internet e Giustizia Costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*. En www.giurcost.org ID. *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*. PISA Roberto. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?* En <http://www.treccani.it/>. En España: Barrio Andrés Moisés, “*Fundamentos del Derecho de Internet*” (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017).

¹⁶ El preámbulo de la ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ya intuye esta necesidad: “Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea

¹⁷ Álvarez Robles, Tamara, “El derecho de acceso a Internet en el constitucionalismo español”, **Directores de la Tesis:** Esther Seijas Villadangos (dir. tes.), Miguel Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019.

Por el contrario, la Asamblea General de las Naciones Unidas sí que ha declarado el acceso a Internet como un derecho humano por ser una herramienta que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto. "La única y cambiante naturaleza de Internet no solo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto". La Asamblea General de las Naciones Unidas exaltó este derecho cuando declaró el acceso a internet como un derecho humano. Las palabras de La Rue¹⁸ fueron "*los gobiernos deben esforzarse para hacer internet ampliamente disponible, accesible y costeable para todos. (...) Asegurar el acceso universal de internet debe ser una prioridad de todos los estados*".

No obstante, 5 años más tarde la situación no parece ser la esperada y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha aprobado una resolución para la "*promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet*"¹⁹. El documento dispone que el acceso a internet sea considerado, de ahora en adelante, un derecho básico de todos los seres humanos.

El texto recoge que "*los mismos derechos que tienen las personas offline deben ser protegidos online*", en especial la libertad de expresión, defendida en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹⁸ El 3 de junio de 2011 Frank La Rue -relator especial de la ONU sobre la libertad de expresión- declaró: "La única y cambiante naturaleza de Internet no solo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto".

¹⁹ Adoptó la resolución A/HRC/20/L.13 del 29 de junio de 2012 sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet. La relevancia de este documento radica en que reconoce en lenguaje de derechos humanos una serie de derechos de acceso y empleo del internet para todas las personas. Adicionalmente, se exhorta a los Estados para que promuevan y faciliten el acceso a internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países.

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945). Artículo 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Políticos²¹. Así, la Organización de Naciones Unidas (ONU) anima a los países a proveer a sus ciudadanos de acceso a la red y condena el bloqueo del acceso o la censura. Sin embargo, 17 países²² con un largo historial de censuras en la red votaron en contra. A pesar de ello, fueron 70 los países que confirmaron su compromiso para “*tratar los problemas de seguridad en internet, de conformidad con sus obligaciones de proteger la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos en línea*”.

3 PRIVACIDAD Y SEGURIDAD EN LÍNEA. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

Tomando en consideración lo manifestado en el anterior epígrafe es fundamental que el derecho de acceso a Internet este debidamente regulado. No podemos manifestar que la era digital es una oportunidad para los niños, niñas y adolescentes, sino se ha configurado el marco legal adecuado que va más allá del territorio de un Estado, sino que podemos considerar que tiene carácter supranacional ya que permite la conexión en línea a nivel mundial.

En el marco jurídico español supone la observancia de una pluralidad normativa derivada del carácter transversal de la red. La necesidad de que la libertad y seguridad de la infancia y adolescencia esté garantizada y tenga un impacto positivo en el acceso de niños, niñas y jóvenes en el mundo digital es un deber/obligación de los Estados.

Por un lado es necesario contar con los conocimientos o formación en tecnología para el acceso en línea y de otro lado se requiere información sobre los contenidos y a la normativa existente en el campo de las telecomunicaciones. Como bien expone Álvarez Robles “*La necesidad de un Derecho Constitucional del siglo XXI que responda a las realidades sociales eficiente y eficazmente*”.

²¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²² Repartidos por los cinco continentes, y escudándose en la lucha contra el terrorismo o la defensa de distintas causas morales y religiosas, 17 naciones decidieron darle la espalda a la libertad de expresión. Cuba, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Sudáfrica, República Democrática del Congo, Kenia, Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Rusia, China, India, Bangladesh, Vietnam, Indonesia, Burundi y Qatar se han presentado ante el mundo oficialmente como los censores de la Red.

El uso de Internet debe incluir una legislación nacional específica que a su vez debe basarse en los estándares internacionales que proporcionan los marcos internacionales de privacidad que a su vez debe cumplir con los requisitos de un Estado de Derecho, el respeto por los Derechos Humanos Fundamentales y el apoyo de las instituciones. La infancia y los jóvenes²³ siendo un colectivo caracterizado por su vulnerabilidad deben tener un marco jurídico específico que ofrezca las garantías necesarias para que el uso de internet proteja debidamente sus derechos de forma transversal y a nivel supranacional. En la Constitución Española únicamente el artículo 18.4²⁴ hace referencia a la limitación de la ley del uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía como la intimidad personal y el honor. Sin embargo, este marco es obsoleto y es necesaria una reforma.

La necesidad de promover y garantizar políticas de privacidad y configuración que a su vez puedan encontrarse fácilmente en todos los servicios, es necesaria a nivel nacional y el estado debe ser su máximo garante. La gestión y configuración de la privacidad debe ser completa y estar actualizada para permitir su uso. El legislador debe abordar la protección de la personalidad virtual ya que toda persona tiene derecho a una.

En términos generales, se presume que la infancia y adolescencia no tiene una conciencia desarrollada de los riesgos, garantías o impactos que puede tener poner en circulación sus datos personales y, en consecuencia, los tratamientos que los responsables podrían hacer con ellos.

Ley de Protección de datos Personales y Garantías de los Derechos digitales (en adelante la “LOPD– GDD”)²⁵ pretende ser un

²³ Según el Instituto Nacional de Estadística en una nota de prensa emitida el 5/10/2017 el 95,1% de los menores de edad españoles son usuarios de internet.

²⁴ Artículo 18.4 de la Constitución Española 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

²⁵ BOE nº 294 de fecha 6 de diciembre de 2018. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: Artículo 81. “Derecho de acceso universal a Internet.1. Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.2. Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población.3. El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.4. El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores.5. La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los

derecho por el que todos y todas (implícitamente se incluye a la infancia y adolescencia) puedan ejercer y disfrutar de sus derechos a la libertad de expresión, de opinión y otros derechos humanos fundamentales que pueden llevarse a cabo con el mero acceso a internet. Es por ello, que la legislación contempla medidas concretas que favorecen los derechos de los niños, niñas y jóvenes frente a cualquier entidad que maneje sus datos.

Para el efectivo cumplimiento de las garantías contempladas en la Ley debemos reforzar el sistema educativo haciendo que se garantice la plena inserción de los alumnos en la era y medios digitales, de una forma segura y respetuosa con los derechos fundamentales, con la intimidad personal y familiar, con los valores constitucionales y con la protección de datos. Con ello se pretende conseguir un uso de los medios digitales sin riesgos derivados de la inadecuada utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante “TIC”).

Los artículos 84 y 92 de la LOPD-GDD introducen el refuerzo a la protección de la que venimos hablando. El título X de este proyecto de ley orgánica da un lugar importante a la protección de menores en internet. El artículo 84²⁶ (Protección de los menores en internet) no se configura como un derecho sino como una obligación que determina el papel de los padres, tutores o curadores de los menores a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. Además, habilita al ministerio fiscal a intervenir cuando del tratamiento de los datos de los menores pueda resultar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales.

El artículo 92²⁷ realiza una ponderación del interés que pueden presentar centros educativos, personas jurídicas o personas físicas frente

entornos rurales.6. El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales”.

²⁶ Artículo 84. Protección de los menores en Internet.1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

²⁷ Artículo 92. Protección de datos de los menores en Internet. Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y

al interés superior del menor y de sus derechos fundamentales a la hora de desarrollar y difundir públicamente actividades en las que estos menores participen. En su segundo apartado, hace hincapié en el consentimiento como manera de legitimar el tratamiento cuando se trate de publicación de datos personales de menores a través de redes sociales o servicios equivalentes.

Con el firme propósito de la protección digital de los niños, niñas y adolescentes es relevante el artículo 83²⁸ (Derecho a la educación digital). Este artículo obliga a garantizar que el sistema educativo asegure la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y su aprendizaje de un uso seguro y respetuoso de los medios digitales 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 cumplir con dicha obligación: 1. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades

sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica. 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

²⁸ Artículo 83. Derecho a la educación digital. 1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un 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. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales. Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, 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. 2. El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior. 3. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet. 4. 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 el de protección de datos.

educativas especiales; Además, se introduce una obligación directa a todas las *Administraciones educativas* a fin de que estas incluyan en el 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; Incorpora la obligación de formar adecuadamente al profesorado en competencias digitales y para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos. Esa obligación afecta igualmente a la enseñanza universitaria, “*en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado*”, que deberán garantizar “*la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet*”. Obliga a las Administraciones Públicas a incluir en sus temarios formación específica sobre los derechos digitales y en particular el de protección de datos.

4 LA UNIÓN EUROPEA Y LA CONEXIÓN EN LÍNEA

La preocupación por la salvaguarda y protección de niños, niñas y adolescentes en relación con los medios audiovisuales ha sido una constante comunitaria desde la década de los ochenta. Al mismo tiempo que se desarrollaban las políticas materia de liberalización y creación de un mercado común de las telecomunicaciones aparecían acciones relacionadas con la protección de consumidores y usuarios, especialmente niños y jóvenes (*cf.* Martínez Otero, 2012). En el *Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de radiodifusión*, especialmente por satélite y por cable (1984)²⁹, base de la Directiva Televisión sin fronteras, encontramos ya algunas claves de lo que serán los futuros desarrollos de la política sobre protección en relación a los medios.

Más tarde, el Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información,

²⁹ «Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no incluyan programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. Esta disposición se extenderá asimismo a los programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que dichos menores en el campo de difusión no ven ni escuchan normalmente dichas emisiones. Los Estados miembros velarán asimismo para que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad (art. 22)». 89/552/CEE de 3.10.1989.

de 1996³⁰, constituye un análisis amplio y global sobre la protección jurídica de los menores y la dignidad humana, contra la divulgación de contenidos ofensivos y perjudiciales para su desarrollo. El Libro Verde, además, sitúa la protección de la dignidad humana y de los menores como «bienes de gran interés público» (p. 1), tratando de equilibrar los derechos de libertad de expresión y de respeto a la vida privada con la protección de la infancia y la dignidad humana.

Según García-Gutiérrez³¹,

en el documento se identifican dos tipos de problemas con los contenidos. Por un lado, aquellos contenidos ilícitos, prohibidos en el conjunto de la sociedad (sea cual sea la edad de los potenciales destinatarios y sea cual sea el soporte) por considerarlos insoportables tanto para la persona como para el conjunto de la sociedad, ya que atentan contra los cimientos de la misma. También se encuentran aquellos contenidos que incitan al odio o a la violencia frente a personas o grupos de personas por razón de su raza, nacionalidad, color de piel, sexo o religión. Por otro lado estarían los contenidos nocivos, que, si bien son autorizados para adultos, se entiende que afectan al desarrollo físico o mental de los menores.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³² cuyo artículo séptimo prevé que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones», también contiene disposiciones que promueven y garantizan la protección de la libertad y la conexión en línea.

A principios de 2017³³, más de cuatro quintas partes (84 %) de todos los particulares en la EU-28 de entre 16 y 74 años utilizaron internet (al menos una vez en los tres meses previos a la fecha de la encuesta). Al menos nueve de cada diez particulares en Dinamarca, Luxemburgo, Suecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Finlandia y Alemania utilizaron internet durante los tres meses previos a la encuesta.

³⁰ Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información. COM (96)483 final, de 16.10.1996.

³¹ Juan García Gutiérrez, “El modelo europeo de protección a la infancia en internet. del cuidado a la responsabilidad, Ediciones Universidad de Salamanca, p.123, 2015.

³² La Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París, mediante Resolución de 10 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración de Derechos Humanos sin ningún voto en contra pero con ocho abstenciones. Su texto se puede consultar en <http://www.un.org/es/documents/udhr/.13> Proclamación Solemne publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, de 18 de diciembre de 2000. Su texto se puede consultar en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

³³ Eurostat Statistic Explained. Datos extraídos en marzo de 2018.

En comparación, algo más de dos tercios de todas las personas de edades comprendidas entre los 16 y los 74 años utilizaron internet en Italia (71 %), Grecia (70 %) y Croacia (67 %), porcentaje que cayó al 64 % en Rumanía y al 63 % en Bulgaria.

El desarrollo y posterior entrada en vigor del Reglamento Europeo³⁴ sobre Protección de datos tiene por objeto actualizar la ya obsoleta Directiva 95/46/CE³⁵ en materia de protección de datos de carácter personal y dotar de seguridad jurídica a cuestiones tan generalizadas como son el cloud computing o las Redes Sociales, que es de aplicación directiva en los estados miembros de la Unión Europea para que resulte eficaz su aplicación, destacando las novedades a incorporar en materia de protección de menores. Se pretende con este instrumento jurídico una mayor protección de los niños, niñas y adolescentes en lo que respecta al uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En primer lugar el Considerando que exige una protección específica de los datos personales de los menores especialmente en lo que se refiere al uso de datos de carácter personal 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”. En la misma línea de protección específica se centra el Considerando 58, poniendo el acento en la transparencia y en la necesidad de informar, especialmente a los menores, de una manera fácilmente accesible y fácil de entender, concretando que, en el caso de los niños «cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender».

En segundo lugar, y no menos importante entramos en el apartado sobre protección de datos, el artículo 8 dispone “Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información”, y cuyo primer apartado determina: “Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta

³⁴ 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). Entrada en vigor el 25 de mayo de 2018.

³⁵ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, número 281, de 23 de noviembre de 1995.

directa 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 es menor de esa franja de edad para que sea lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad no tutela del niño, y solo en la medida que se autorizó.

En cualquier caso el propio Reglamento de Protección de Datos³⁶ establece que “*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años*”. El legislador europeo es consciente de la necesidad de proteger a los menores de los peligros de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y de todas las herramientas y aplicaciones en que se concretan. En este mismo sentido, y tratando de dar solución a situaciones en las que el menor haya proporcionado datos de carácter personal sin ser consciente del impacto que esa información subida a Internet podía causarle en un futuro, incluye el artículo 17, en concreto en su primer apartado, lo que muchos consideran un nuevo derecho “el derecho a la supresión y al olvido”. En concreto, el primer apartado del citado artículo diecisiete afirma que “*El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, la cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando (...) f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1*” o, dicho de otra manera, cuando los datos hayan sido obtenidos de los menores consecuencia de la prestación de un servicio de la sociedad de la información.

Asimismo, el Reglamento Europeo³⁷ sobre protección de datos incorpora otra serie de novedades que, si bien no están destinadas específicamente a los menores de edad, sí que van a suponer un cambio para ellos. Entre estas, queremos destacar la «privacidad por defecto» y la «privacidad desde el diseño» y es que en el Reglamento Europeo de Protección de Datos se establece la necesidad de que todas las aplicaciones y herramientas TIC tengan configurada por defecto y desde el diseño sin que el usuario tenga que modificar aspecto alguno de la política de privacidad ni de las condiciones de uso, a favor de la privacidad del usuario, la herramienta en cuestión.

³⁶ 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). Fecha de entrada en vigor en todos los Estados miembros el 25 de mayo de 2018.

³⁷ El Reglamento Europeo desde su entrada en vigor el 25 de mayo de 2018, tiene efecto directo en nuestro marco jurídico y es de cumplimiento obligatorio en su totalidad.

De todo ello se desprende, el deseo, la preocupación y el ánimo del legislador europeo³⁸ 30 de dotar de la suficiente seguridad jurídica a realidades que hace 20 años —cuando se aprobó la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos, ya referida— eran impensables y que, hoy en día, son una realidad generalizada tanto para adultos como para menores, con todo lo que ello conlleva.

Recientemente, el 5 de febrero de 2019³⁹, día de internet seguro, la Comisión Europea ha anunciado mejorar la coordinación y cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea y abordar propuestas concretas como la creación de un nuevo grupo de expertos para abordar el tema de un internet más seguro para la infancia y adolescencia. Con ello se pretende determinar acciones concretas para proteger a los niños, niñas y jóvenes cuando estén usando internet. Este grupo además de abordar los daños que puede suponer un mal uso de los TIC, también aporta herramientas que estimulen el empoderamiento de la infancia y adolescencia cuando utilizan las nuevas tecnologías en la educación.

5 NUEVOS RETOS PARA LA EDUCACIÓN

Con este escenario de fondo y tomando como premisa que los niños, niñas y jóvenes han nacido y han crecido inmersos en las nuevas tecnologías, no cabe duda que el docente del siglo XXI debe dominar los avances tecnológicos e incorporarlos en sus prácticas pedagógicas de forma que estas sean la conexión en el proceso de la enseñanza⁴⁰ para potenciar habilidades y capacidades de los estudiantes. Así lo expresa Vygotsky⁴¹, “Los alumnos aprenden mejor en colaboración con sus pares, profesores, padres y otros cuando se encuentran involucrados de forma

³⁸ De gran interés resulta conocer el Informe llevado a cabo por la Unión Europea en julio del presente año que bajo el título «Ciberbullying among young people» ofrece una visión y análisis detallado de todas las cuestiones de interés en la materia: definiciones, estadísticas, cifras, medidas legislativas adoptadas en el seno de la UE en este sentido y acciones adoptadas, entre otras. Disponible <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU\(2016\)571367_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU(2016)571367_EN.pdf)>. Visitado el 12 de octubre de 2019.

³⁹ European Commission, (2011) Report / Study21. Safer Internet Forum 2011 – Every European Child Digital Safely – Emerging Challenges and Youth Engagement.

⁴⁰ Litwin, E. “Tecnologías Educativas en tiempos de internet”. Madrid, Amorrortu (2005).

⁴¹ Vygotsky, Lev “El Desarrollo de los Procesos Psicológicos Superiores”, *Editorial Planeta* (2012).

activa en tareas significativas e interesantes”. Ello es una obligación de los educadores y un derecho de la niñez y la juventud.

Como bien afirma Valentín Martínez-Otero Pérez⁴², “la Red ofrece múltiples posibilidades a la hora de universalizar aprendizajes y romper barreras informativas y comunicativas. Padres y educadores debemos ser conscientes de cuáles son las pautas básicas de utilización de Internet porque no todo es positivo en el uso de Internet como herramienta de aprendizaje y comunicación”. Según Rosler⁴³ “las diversas clases de experiencia conducen a diversas estructura cerebrales”, lo que nos lleva a la afirmación que los cerebros modernos han cambiado tanto físicamente que se pueden considerar diferentes a los de nuestros ancestros, lo que según Rosler “hace que se les llame Generación digital o Nativos digitales⁴⁴, incluyendo a los que no nacen en esta era pero tienen algún contacto con los TIC, a la que se insertan en la medida que lo necesitan, los Inmigrantes Digitales”. Como bien dice Caldevilla Domínguez⁴⁵, “Supone una necesidad imperiosa hoy en día adherirse a esta corriente digital, en especial a sus conocimientos “analógicos”, convirtiéndose así sus neófitos en inmigrantes digitales (aquellos que han emigrado del analógico al digital dado que no pertenecen a este país imaginario de ‘nativos digitales’)”.

Todo ello supone un auténtico reto ya que los docentes en su mayoría están encuadrados en la categoría de docentes inmigrantes que utilizan métodos propios de otra época al enseñar a una población que habla perfectamente una nueva lengua, recibe información de una manera realmente rápida (prefieren gráficos antes que el texto y funciona mejor cuando se trabaja en red.

⁴² Martínez-Otero Pérez, Valentín, “Revista Padres y Maestros / Journal of Parents and Teachers, nº 318, p.18-20, 2018.

⁴³ Rosler, L. “Debemos enseñar de forma diferente a los nativos digitales para no desaprovechar sus capacidades cognitivas”, Retrieve, Asociación Educar (2016).

⁴⁴ El término "nativos digitales" fue acuñado por Marc Prensky en el ensayo “Digital Natives, Digital Immigrants”, publicado en 2001. Prensky (2001a, 2001b) utiliza los términos nativo digital e inmigrante digital para distinguir entre aquellos quienes han crecido familiarizados con múltiples tecnologías y aquellos quienes nacieron antes de que el nuevo mundo digital comenzara. Según el autor, los estudiantes de hoy son todos "nativos" del lenguaje digital de los ordenadores, videojuegos e Internet (Prensky, 2001a: 1). El principal argumento de Prensky es que este nuevo grupo de estudiantes quienes han accedido a las universidades son esencialmente diferentes que sus profesores, debido al uso constante y frecuente de las tecnologías.

⁴⁵ Caldevilla Domínguez, D. (2011). Los retos de la era de las TICs: nativos digitales contra inmigrantes. *Comunicación y Medios*, (23), Pág. 23 – 36.

Según Mario González⁴⁶, “Estos recursos tecnológicos no solo han modificado la forma de interactuar, sino que han provocado un cambio cultural, haciendo que los estudiantes tengan que vivir con sus celulares en todo momento”. Ahora, si bien es cierto, los nacientes en la era digital tienen muchas habilidades en el manejo de las nuevas herramientas tecnológicas, entre las acciones más relevantes que realizan mencionan: el ingresar fotos, videos e información a la web, pero una gran mayoría no sabe realmente como utilizar adecuada y correctamente las redes sociales, sobre todo cuando no se es cauto con dicha información, haciendo público lo que no debe ser, comprometiendo la privacidad y exponiéndose a consecuencias riesgosas y/o comprometedoras.

La información deviene un pilar fundamental para la defensa de los derechos fundamentales como la seguridad y libertad de expresión. La incorporación de los TIC al quehacer diario de la infancia y adolescencia debe traducirse en promover y fomentar un ambiente educativo que conduzca a una identidad digital responsable que respetando los derechos fundamentales a la seguridad y libertad los reconozca y promueva garantizando una forma de comunicación respetuosa y adecuada a los fines.

Cuanto antecede, nos muestra el cambio que los adultos deben realizar en esta era de la comunicación digital. Los profesores deben aceptar los nuevos retos que ofrece la sociedad de la información forjando políticas enfocadas a un cambio de escenario/paradigma educativo que conduzca a la transformación de la práctica docente hacia el aprendizaje de una nueva forma de interactuar, para evitar la creación de brechas entre ambas generaciones, por el hecho de que como inmigrantes, no se posea la habilidad para utilizar las tecnologías con propiedad y se adapte al ambiente de forma también diferente, en vez de volverse reacios y temerosos a lo desconocido.

Por cuanto antecede es indiscutible que la era digital no solamente ha revolucionado nuestra forma de comunicarnos y de relacionarnos con nuestro entorno, sino que ha permitido generar nuevas formas de conocimiento, de buscar información. De hecho, la introducción de dispositivos informáticos, plataformas virtuales y conexión instantánea a Internet han permitido una revolución en la metodología de la enseñanza, que requiere de un cambio tanto en el papel del profesor como en el del alumno.

⁴⁶ De Jesús González Cano, Mario, “La era digital un gran desafío en la escuela”, El Blog de Educación y TIC (2018).

Los ejes de intervención deben ser:

1. Dotar de recursos TIC tanto a los alumnos como al profesorado: portátiles, pizarras digitales, etc. También, debe garantizarse la conectividad e interconectividad tanto dentro como fuera del aula, fomentando así el acceso a una red de Internet Seguro para toda la comunidad docente.
2. Promover la formación del profesorado tanto en los aspectos tecnológicos como en los aspectos metodológicos y sociales, fomentando la integración de los recursos TIC a su práctica docente.
3. Fomentar el desarrollo y creación de contenidos digitales, así como facilitar el acceso a nuevos materiales digitales educativos para difusión y uso en el aula.
4. Educar en valores y con la responsabilidad de dar un uso didáctico a las herramientas tecnológicas, tanto en el aula como en el entorno familiar del alumno.
5. Este último eje es de vital importancia para que los pilares de la conexión en línea como la libertad de expresión y la libertad sean asumidos por nuestros jóvenes y el acceso a internet sea seguro y ofrezca las ventajas y oportunidades necesarias en la nueva era digital.

Como bien dice Tobón Jaramillo⁴⁷, “ante este retador panorama, el uso de la internet en las prácticas educativas se plantea como alternativa para facilitar procesos de interacción/comunicación, a través de los cuales sea posible construir un conocimiento más acorde con la realidad y con las múltiples formas de interpretarla, recrearla y transformarla, con miras a la solución de los problemas de una cotidianidad cambiante, pues la perspectiva particular del maestro ya no es suficiente; es indispensable acudir a múltiples miradas y explicaciones sobre un mismo fenómeno, en diferentes contextos”.

Esa mirada positiva es la que debe predominar junto con las medidas adecuadas en el ámbito jurídico que como hemos visto en los epígrafes precedentes ofrezcan un escenario seguro y que proporcione las garantías necesarias para respetar la privacidad y la libertad de expresión y estimular la educación en las TIC⁴⁸ con un nuevo horizontes que abre infinitas posibilidades.

⁴⁷ TOBÓN JARAMILLO, Yilén (2015). La nueva era digital en la educación. En: Ventana Informática No. 32 (ene-jun). Manizales (Colombia): Facultad de Ciencias e Ingeniería, Universidad de Manizales. p. 29-45.

⁴⁸ CASTELLANOS, Martha Patricia (2013). Transformación de la Educación desde las TIC [en línea]. En: Ruta Maestra, No. 5. Buenos Aires (Argentina): Fundación

6 REFERENCIAS

"Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression", *Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)*, Vol. 19, No. 3, 2011.

Albero, M. (2002). Adolescentes e Internet: Mitos y realidades de la sociedad de la información. *Revista de estudios de comunicación*, 3, 55-62.

Álvarez Robles, Tamara, "El derecho de acceso a Internet en el constitucionalismo español", **Directores de la Tesis:** Esther Seijas Villadangos (dir. tes.), Miguel Díaz y García Conlledo, Universidad de León, 2019.

Amorós, P., Buxarrais, M. R. & Casas, F. (2002); *La influencia de les tecnologies de la informació i comunicació en la vida dels nois de 12 a 16 anys*. Barcelona: Institut d'Infància Mon Urbá. Observatorio de la Infancia y la Familia.

Barrio Andrés, Moisés: "El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones", en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Buckingham, David (2002), "Crecer en la era de los medios electrónicos", Madrid, Morata.

Bueti, C., Cantarino de Frías, M. J., Carr, J., Carstensen, D., De Paoli, C., Laiho, M. & Richardson, J. (2009). *Protección de la infancia en línea: Directrices para los niños*. Ginebra (Suiza): Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Caldevilla Domínguez, D. (2011). Los retos de la era de las TICs: nativos digitales contra inmigrantes. *Comunicación y Medios*, (23), Pág. 23 – 36.

CASTELLANOS, Martha Patricia (2013). Transformación de la Educación desde las TIC [en línea]. En: *Ruta Maestra*, No. 5. Buenos Aires (Argentina): Fundación Santillana. p. 43-47.

Cervera, L. (2009). *Lo que hacen tus hijos en Internet*. Barcelona: Integral.

Ceyhan, Ceyhan, & Gürçan, 2007; Pulido-Rull, Escoto-de la Rosa, & Gutiérrez-Valdovinos, 2011.

Craft, A. (2012). Childhood in a digital age: creative challenges for educational futures. *London Review of Education*, 10, 173-190.

Santillana. p. 43-47; GIMENO SACRISTÁN, José & PÉREZ GÓMEZ, Ángel (1998). *Comprender y transformar la enseñanza*. 7 ed. Madrid (España): Morata. 398 p; LANDOW, George P. (1995). *Hipertexto. La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología*. Barcelona (España): Paidós. 284 p; MARQUÈS GRAELLS, Pere (2012). Impacto de las TIC en la educación: Funciones y Limitaciones [en línea]. En: *3C TIC, Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC*, No. 3 (ene). Alicante (España): 3Ciencias. p. 1-15; MARTÍN, Elena (2007). El impacto de las TIC en el aprendizaje [en línea]. Publicado en: *Las TIC: del aula a la agenda política*. Ponencias del Seminario internacional "Cómo las TIC transforman las escuelas". Unicef Argentina – IPE-Unesco, Sede Regional Buenos Aires (Argentina). p. 55-70; RODRÍGUEZ ILLERA, José Luis (2004). Las alfabetizaciones digitales [en línea]. En: *Bordón: Revista de pedagogía*, Vol. 56, No. 3-4. Madrid (España): Sociedad española de pedagogía. p. 431-441.

- Davis, K. (2012). Friendship 2.0: Adolescents' experiences of belonging and self-disclosure online. *Journal of Adolescence*. In Press.
- De Jesús González Cano, Mario, "La era digital un gran desafío en la escuela", El Blog de Educación y TIC (2018).
- Estado Mundial de la Infancia. Niños en un mundo digital: <www.unicef.org/SOWC2017>. Consultado el 15 de junio de 2019.
- European Commission, (2011) Report / Study21. Safer Internet Forum 2011 – Every European Child Digital Safely – Emerging Challenges and Youth Engagement.
- Feixa, C. (2003). Generación @. La adolescencia en la era digital. *Cuadernos de Pedagogía*, 320, 52-55.
- FROSSINI Tommaso Edoardo. *Il diritto costituzionale di accesso a internet*. En Studio in Onori di Franco Modugno. Ed. Scientifica, Nápoles, 2011.
- García de Torres, E., Ruiz, S., Martínez, S. & Lavilla, M. J. (2008). El uso de los nuevos medios por la audiencia infantil y juvenil: tendencias en la investigación. En F. Sabés & Juan García Gutiérrez, "El modelo europeo de protección a la infancia en internet. del cuidado a la responsabilidad, Ediciones Universidad de Salamanca, 2015.
- GIMENO SACRISTÁN, José & PÉREZ GÓMEZ, Ángel (1998). Comprender y transformar la enseñanza. 7 ed. Madrid (España): Morata. 398 p.
- J. J. Verón (Eds.), *Internet como sinónimo de convergencia mediática y tecnológica* (pp.61-73). Zaragoza: Asociación de la Prensa de Aragón.
- Kormas, G., Critselis, E., Janikian, M., Kafetzis, D., & Tsitsika, A.(2011). Risk factors and psychosocial characteristics of potential problematic and problematic internet use among adolescents/: Across-sectional study. *BMC Public Health*, 11.
- LANDOW, George P. (1995). Hipertexto. La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología. Barcelona (España): Paidós. 284 p.
- Litwin, E. "Tecnologías Educativas en tiempos de internet". Madrid, Amorrortu (2005).
- MARQUÈS GRAELLS, Pere (2012). Impacto de las TIC en la educación: Funciones y Limitaciones [en línea]. En: 3C TIC, Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC, No. 3 (ene). Alicante (España): 3Ciencias. p. 1-15.
- MARTÍN, Elena (2007). El impacto de las TIC en el aprendizaje [en línea]. Publicado en: Las TIC: del aula a la agenda política. Ponencias del Seminario internacional "Cómo las TIC transforman las escuelas". Unicef Argentina – IPE-Unesco, Sede Regional Buenos Aires (Argentina). p. 55-70
- Martínez-Otero Pérez, Valentin, "Revista Padres y Maestros / Journal of Parents and Teachers, nº 318, p.18-20 , 2018.
- NANNIPIERI Lorenzo. *Profili costituzionali dell'accesso ad internet*. En www.gruppodipisa.it. Consultado el 15 de junio de 2019.
- PASSAGLIA Paolo. *Diritto di accesso a internet e Giustizia Costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*. En <www.giurcost.org> ID. *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*.
- PISA Roberto. *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?* En <http://www.treccani.it/> . En España: Barrio Andrés Moisés, "Fundamentos del Derecho de Internet" (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017).
- Rial, Gómez, Isorna, Araujo, & Varela, 2015; Thatcher & Goolam, 2005.

RODRÍGUEZ ILLERA, José Luis (2004). Las alfabetizaciones digitales [en línea]. En: Bordón: Revista de pedagogía, v. 56, No. 3-4. Madrid (España): Sociedad española de pedagogía, p. 431-441.

Rosler, L. “Debemos enseñar de forma diferente a los nativos digitales para no desaprovechar sus capacidades cognitivas”, Retrieve, Asociación Educar (2016).

Sánchez-Teruel, D. & Robles-Bello, M. A. (2016). Riesgos y potencialidades de la era digital para la infancia y la adolescencia. *Revista Educación y Humanismo*, 18(31), 186-204. <<http://dx.doi.org/10.17081/eduhum.18.31.1374>>.

Secades-Villa, R., Calafat, A., Hernández-Hermida, J. R., Juan, M., Duch, M., Skärstrand, E., ... Talic, S. (2014). Duration of Internet use and adverse psychosocial effects among European adolescents. *Adicciones*, 26, 247-253.

TOBÓN JARAMILLO, Yilén (2015). La nueva era digital en la educación. En: Ventana Informática No. 32 (ene-jun). Manizales (Colombia): Facultad de Ciencias e Ingeniería, Universidad de Manizales. p. 29-45.

Unión Europea. Cyberbullying among young people. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU\(2016\)571367_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571367/IPOL_STU(2016)571367_EN.pdf). Consultado el 2 de junio de 2019.

Vygotsky, Lev “El Desarrollo de los Procesos Psicológicos Superiores”, *Editorial Planeta* (2012).

AMBIENTES DIGITAIS E ESCOLAS INDÍGENAS: TRAJETÓRIAS DE INCLUSÃO¹

Wenczenovicz, Thaís Janaina²

Sumário: 1. Introdução; 2. Comunidades indígenas no Brasil: apontamentos sócio-históricos; 3. Tecnologias e processo educativo em terras indígenas; 4. Educação indígena em contextos sócio-jurídicos; 4.1. Escola indígena e tecnologias digitais; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: a adoção de tecnologias na educação foi reconhecida pelo Governo Federal com a criação do Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo) através da Portaria nº 522 (BRASIL,

¹ Esse trabalho dá continuidade à pesquisa iniciada em 2013, a qual tem como escopo as Comunidades Nativas no Brasil. A pesquisa já possui diversas publicações na forma de artigos e capítulos de livro e está inserida no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina/PPGD. Artigos e Capítulos de Livro Publicados: **La Morfologia dei Diritti Umani Fondamentali e i Problemi del Multiculturalismo**. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionealisti, v.4, p. 1-18, 2013.; **A Tutela da Posse e da Propriedade nas Terras Tradicionalmente Ocupadas por Índios**. Constitucionalismo Contemporâneo: Garantindo a Cidadania, Concretizando a Democracia. 1ed.Curitiba: Multideia, 2014, v.II, p. 659-684.; **Tradições Indígenas e Transferência Compulsória Frente à Dignidade Humana**: Série Direitos Fundamentais Cíveis – Tomo II. 1ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, v.2, p. 133-153.; **O acesso dos povos indígenas ao sistema educacional brasileiro: um política de inclusão ainda inconclusa**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v.39, p. 238, 2015; **Poder y violencia en las comunidades indígenas brasileñas**. IUS ET VERITAS, v. 1, p. 64-73, 2017. **Saúde Indígena: reflexões contemporâneas**. Cadernos Ibero-americanos de direito Sanitário, v. 7, p. 63-82, 2018.

² Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná– UNIOESTE. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê *Internacional Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) – UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

1997). *O estudo busca analisar o processo de implantação de ambientes digitais nas escolas em Terras Indígenas no Brasil em face ao processo de inclusão digital a partir do ano de 2000. O estudo ampara-se em referenciais teóricos com destaque à análise da inclusão digital como processo de inclusão social numa perspectiva de emancipação humana. Utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo. Pode-se inferir em conclusão preliminar que as comunidades indígenas reconhecem a importância da inclusão digital para superação dos processos de exclusão social desde que não interfiram em mudanças de identidade cultural.*

Palavras-chave: ambientes digitais; Brasil; escolas indígenas; inclusão.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento das tecnologias nas mais diversas partes do mundo houve a inserção das mesmas nas Comunidades Indígenas. Fruto de políticas públicas governamentais as tecnologias foram vagarosamente adentrando nos mais variados espaços de convivência e entretenimento junto as populações indígenas brasileiras.

Os primeiros computadores acessíveis aos indígenas revelaram um desconhecimento sobre seu uso, logo as TICs através de sistemas de redes, provocaram estranhamento e exclusão, já que estas ferramentas implicam uma conexão-vinculação. A realidade indígena em geral é cercada de inclusões e exclusões junto as políticas públicas inclusivas e reparatórias no contexto educacional.

O distanciamento das tecnologias em Terras Indígenas abrandou em parte em razão dos programas de inclusão digital. Dentre os programas implantados em terras indígenas no Brasil destacam-se o Programa Sociedade de Informação/Decreto 3.294-1999, Telecentros Comunitários, Fundo de serviços de Telecomunicações/FUST, Programa Inclusão Digital Indígena, dentre outros. Do ano 2000 aos dias atuais são várias as iniciativas e espaços aos quais desenvolvem ações de inclusão em face às tecnologias aos indígenas.

O devido estudo divide-se em três partes. A primeira aborda questões sobre as Comunidades Indígenas no Brasil. A segunda sobre o processo de inclusão digital no processo educativo e a terceira e última parte apresenta algumas experiências desenvolvidas no processo de capacitação e formação com o uso de tecnologias em Terras Indígenas. Utiliza-se enquanto procedimento metodológico o bibliográfico investigativo e o uso de dados e estatísticas disponibilizados pelo Ministério da Educação e Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC/Brasil.

2 COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL: APONTAMENTOS SÓCIO-HISTÓRICOS

Com o advento do processo de ocupação e povoamento das terras brasileiras pelos colonizadores europeus foi consolidado um processo ágil de unificação cultural e conseqüentemente a perda de identidades por parte das comunidades nativas. Assolados pela perda dos territórios, riquezas naturais e enfermidades os indígenas foram em busca da sobrevivência abdicando de sua cotidianidade e culturas originárias.

A expansão colonial iniciada no século XVI, com as grandes navegações e o “descobrimento” das Américas – posteriormente incrementada com o neocolonialismo do final do século XIX, que promoveu a repartição da África e Ásia –, é vista, nessa abordagem, como condição *sine qua non* para a existência e a manutenção do capitalismo industrial. Por outro lado, a extinção do colonialismo histórico-político nas Américas, com a construção de nações independentes no século XIX, bem como na África e Ásia, por intermédio da descolonização em meados do século XX, não foi condição necessária e suficiente para a emancipação político-econômica e cultural dos países periféricos. Assim, a acumulação primitiva colonial, longe de ser uma pré-condição do desenvolvimento capitalista, foi um elemento indispensável da sua dinâmica interna e posterior continuidade (CORONIL, 2000).

A implantação do ideário de colonialismo restringiu numericamente os povos indígenas em poucas décadas. Estes foram assolados por etnocídios, epistemicídios e genocídios aos quais resultaram em extermínio de comunidades inteiras em diversas regiões. Acresce-se ao processo questões relacionadas ao processo de colonialidade do poder³ e do saber frente a muitas categorias sociais, dentre elas os indígenas. Lander (2006, p. 250) destaca que:

Ao fazer abstração da natureza dos recursos, espaço e territórios, o desenvolvimento histórico da sociedade moderna e do capitalismo aparece como um processo interno, autogerado, da sociedade europeia, que posteriormente se expande para as regiões atrasadas. Nessa construção eurocêntrica desaparece do campo de visão o colonialismo como dimensão constitutiva destas experiências históricas.

³ Sobre o conceito de colonialidade do poder, ver Aníbal Quijano (1992)

Nesse contexto recriam-se identidades, categorias e classes sociais no pretense processo de universalização de pactos econômicos e sociais assentados na racionalidade-modernidade.⁴ Quijano corrobora

A formação de relações sociais fundadas nessa ideia produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos com espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, consequentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população. Com o tempo, os colonizadores codificaram como cor os traços fenotípicos dos colonizados e a assumiram como a característica emblemática da categoria racial. Essa codificação foi inicialmente estabelecida, provavelmente, na área britânico-americana. Os negros eram ali não apenas os explorados mais importantes, já que a parte principal da economia dependia de seu trabalho. Eram sobretudo, a raça colonizada mais importante, já que os índios não formavam parte dessa sociedade colonial. (QUIJANO, 2005, p. 117)

3 TECNOLOGIAS E PROCESSO EDUCATIVO EM TERRAS INDÍGENAS

De acordo com o censo populacional de 2010 coordenado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/IBGE⁵ existem em todas as regiões do Brasil comunidades indígenas, com uma população que chega a 900 mil pessoas. Destas, 62% vivem nas chamadas Terras Indígenas, já demarcadas ou em vias de demarcação.

O número de Comunidades Indígenas é significativo e coloca o Estado brasileiro com inúmeras responsabilidades e dentre elas garantir às comunidades o acesso à informação e aos mecanismos de produção dessa informação para que possam vivenciar contatos externos as Terras Indígenas e relações de ressignificação social aos não-índios. Sabe-se que

⁴ Sobre o processo de produção de novas identidades histórico-geoculturais ver em: Edmundo O’Gorman (1954), José Rabasa(1993), Enrique Dussel (1995), V. Y. Mudimbe (1988), Charles Tilly (1990), Edward Said (1979) e Fernando Coronil (1996).

⁵ Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>.

algumas políticas inclusivas e sociais no campo da informatização já foram criadas, como é o caso do Programa Sociedade de Informação. Iniciado em 1999, o modelo brasileiro de inclusão digital, criado em 2004, bem como os Programas Casa Brasil, Cultura Viva e o GESAC buscaram mesmo que de forma tímida oferecer ferramentas de acesso à tecnologia as comunidades indígenas. Todos eles articulam e/ou articularam diferentes órgãos do governo, mas não ofereceram ou oferecem programas próprios para os indígenas, por isso a importância desse trabalho em particular, que prioriza a inclusão dos povos originários no universo digital.

A inclusão digital em geral é vista como uma forma de combater a exclusão digital, nas suas mais diversas formas ou graus. Segundo Costa (2004, p. 5), a inclusão digital é vista por muitos como um importante meio de integração das classes menos favorecidas, sendo um fator de auxílio para a inclusão social das mesmas.

Por outro lado, Lévy afirma que as tecnologias e a economia não são, contudo, os principais fatores de exclusão:

Acesso para todos sim! Mas não se deve entender por isso um acesso ao equipamento, a simples conexão técnica que, em pouco tempo, estará de toda forma muito barata (...). Devemos antes entender um acesso de todos aos processos de inteligência coletiva, quer dizer, ao ciberespaço como sistema aberto de auto-cartografia dinâmica do real, de expressão das singularidades, de elaboração dos problemas, de confecção do laço social pela aprendizagem recíproca, e de livre navegação nos saberes. A perspectiva aqui traçada não incita de forma alguma a deixar o território para perder-se no 'virtual', nem a que um deles 'imite' o outro, mas antes a utilizar o virtual para habitar ainda melhor o território para tornar-se seu cidadão por inteiro.” (LÉVY, 1999, p. 196)

Já Bernardo Sorj (2003, p.14) assinala que embora aceitemos que as novas tecnologias não sejam uma panaceia para os problemas da desigualdade elas constituem hoje uma das condições fundamentais de integração na vida social, acrescido ao processo de possibilidade de combate à exclusão digital e quando articulada com outras políticas colaboram com o processo de minimização de outras desigualdades sociais.

Para Rondelli (2003), o processo de inclusão digital esta relacionado à aprendizagem necessária ao individuo para circular e interagir no mundo das mídias digitais, como consumidor e como produtor de seus conteúdos e processos. Assim, estabelece-se uma relação intrínseca entre acesso/uso. É a partir do uso que os indivíduos fazem das informações que se podem distinguir níveis ou tipos de inclusão digital.

Dentre as ações de inclusão digital no Brasil destaca-se o programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac). Este é um programa do Governo Federal, coordenado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações – MCTIC, que oferece gratuitamente conexão à internet em banda larga – por via terrestre e satélite, com o objetivo de promover a inclusão digital em todo o território brasileiro.

O Gesac é direcionado, prioritariamente, para comunidades em estado de vulnerabilidade social, em todo o Brasil, que não têm outro meio de serem inseridas no mundo das tecnologias da informação e comunicação.⁶ Segundo informações obtidas junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (2018), o programa conta com mais de cinco pontos de presença em funcionamento, instalados em: I. Instituições públicas; II. Entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, por meio das quais seja possível promover ou ampliar o processo de inclusão digital; III. Instituições públicas de ensino, saúde, segurança e unidades de serviço público localizadas em áreas remotas, de fronteira ou de interesse estratégico.

Outro espaço dedicado ao processo de inclusão digital são os Telecentros. Este é um ponto de inclusão digital – PID, sem fins lucrativos, de acesso público e gratuito, com computadores conectados à internet, disponíveis para diversos usos. O objetivo do telecentro é promover o desenvolvimento social e econômico das comunidades atendidas, reduzindo a exclusão social e criando oportunidades de inclusão digital aos cidadãos. Os telecentros podem oferecer diversos cursos ou atividades conforme necessidade da comunidade local, além de funcionarem como espaço de integração, cultura e lazer. Os telecentros foram instalados por meio de parcerias entre ministérios, prefeituras e entidades da sociedade civil. Nas Terras Indígenas esses espaços costumemente estão alocados junto as Escolas.

A implantação de telecentros em Terras Indígenas e comunidades quilombolas faz parte do Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades do Governo Federal e inicialmente é instalado com uma estrutura mínima para posteriormente em avaliação ao impacto e uso do espaço pode ou não ser ampliado. Geralmente os telecentros recebem um kit contendo dez monitores com suas respectivas Cpus e mesas, acrescidos do capital humano: dois ou mais monitores capacitados por meio de curso de curta duração provenientes da própria comunidade. O trabalho dos monitores é remunerado pelo governo federal. É comum

⁶ Este serviço é gratuito para o cidadão.

em vários Estados ocorrer a parceria entre as Universidades e a Comunidade Indígena a qual se beneficia com o aporte técnico ou colaboração do trabalho voluntário de estagiários ligados a Projetos de Extensão.

O fato dos telecentros compartilharem os espaços com as Escolas justifica-se por ser este um espaço de convergência entre as mais diversas faixas etárias de pessoas que circulam no espaço escolar. As escolas aproximam a comunidade não apenas para efetivar o processo de ensino-aprendizagem, mas como elo de união coletivo.

Quanto ao local de funcionamento das escolas indígenas, o Censo Escolar de 2005, aferiu que dos 2.323 estabelecimentos de educação escolar indígena, apenas 1.528 funcionam em prédio escolar próprio, o que representa 65,78%. As demais escolas, correspondente a 34,22% do total, funcionam precariamente em 533 galpões, 135 na casa do professor, 36 em templos ou igrejas, 14 em outras escolas e 237 em outros locais não especificados. O percentual de escolas em funcionamento, que não possuem prédio próprio, é muito alto e revela a precariedade das condições em que o ensino é oferecido nas aldeias. (MEC, 2005)

As dificuldades existentes nas escolas indígenas também demonstra uma situação de precariedade em termos da possibilidade de desenvolvimento de atividades diversificadas do ponto de vista pedagógico e, por consequência de adesão aos programas de inclusão digital.

Grande parte das escolas indígenas brasileiras apresentam fragilidade em sua estrutura física. Muitas têm apenas uma sala de aula. De acordo com o Censo Escolar Indígena (2005)⁷, apenas 23 escolas registram a existência de laboratórios de informática, 3 escolas têm laboratório de ciências, 55 contam com quadra de esporte e apenas 85 contam com biblioteca. O uso de equipamentos de informática e de educação à distância também é restrito. (CENSO ESCOLAR, 2005, MEC/INEP)

⁷ O Censo Escolar Indígena foi realizado em 1999 e o Ministério da Educação publicou-o em 2001. Trata-se do primeiro e único levantamento estatístico de caráter nacional sobre as escolas indígenas, que permitiu pela primeira vez conhecer as características das escolas localizadas em terras indígenas, coletando informações gerais sobre escolas, professores e estudantes indígenas em todo o país. A partir deste levantamento foi possível obter panorama da situação da educação escolar indígena no Brasil. A partir daí o INEP/MEC responsável pelo levantamento de dados e indicadores da educação no Brasil, incluiu duas perguntas no censo escolar, que é realizado anualmente em todas as escolas do Brasil, sejam elas públicas ou privadas. Perguntava-se se a escola era indígena. Com base no Censo Escolar de 1999 sobre as escolas indígenas o MEC produziu a publicação “Dados estatísticos sobre educação escolar indígena no Brasil” e neste compêndio pode-se obter dados mais apurados da educação indígena no país.

Em análise aos dados é possível observar que somente 307 escolas têm aparelho de televisão, 238 contam com vídeo cassete e 177 têm antena parabólica. Isto significa que somente 7,62% das escolas indígenas têm condições de se beneficiar das tecnologias da educação à distância, como por exemplo, assistir aos programas da TV Escola. A situação é ainda mais precária em termos de equipamentos de informática: 126 escolas têm computador, 96 contam com impressora, e apenas 22 escolas possuem acesso à internet. Em termos percentuais, apenas 5,42% das escolas indígenas do país possuem computador e menos de 1% delas contam com a possibilidade de se conectarem a rede mundial de computadores. (CENSO ESCOLAR, 2005, MEC/INEP)

Esses números revelam que a inclusão das escolas indígenas nos sistemas de ensino em face à tecnologia está inconclusa. O conjunto desses indicadores é preocupante, pois evidencia que as escolas indígenas permanecem alijadas nos processos de investimentos em sua estrutura física e apoio pedagógico, como categoria própria, nos sistemas de ensino do país. Garantir condições dignas de funcionamento aos estabelecimentos de educação escolar nas Terras Indígenas corresponde uma tarefa anterior a ‘tecnologização’ das mesmas.

4 EDUCAÇÃO INDÍGENA EM CONTEXTOS SÓCIO-JURÍDICOS

O início do século XXI está marcado, no cenário das políticas de educação do Brasil, pela intensificação dos debates acerca do acesso diferenciado de grupos vulnerabilizados. Em segundo plano, e em consequência da efetiva implementação das ações afirmativas, tem se colocado um agregado de questões de ordem variada, de acordo com o grupo-alvo dessas iniciativas, que tem sido enfeixado em torno da palavra permanência.

No Brasil, os povos indígenas têm reconhecidos juridicamente suas formas próprias de organização cultural e social, seus valores artísticos, simbólicos, tradições, e processos de constituição de saberes e transmissão cultural para as gerações futuras⁸. A extensão desses direitos no campo educacional gerou a possibilidade de os povos nativos se apropriarem da instituição escolar, atribuindo-lhe identidade e função peculiares.

⁸ Na Constituição Federal de 1988, os direitos dos indígenas estão expressos em capítulo específico (Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VIII, Dos Índios) com preceitos que asseguram o respeito à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições.

Insta destacar, que os povos indígenas têm direito a uma educação escolar diferenciada e intercultural (Decreto 6.861)⁹, bem como multi-lingue e comunitária. Seguindo o que diz a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a coordenação nacional das políticas de Educação Escolar Indígena é de competência do Ministério da Educação (Decreto 26, de 1991), cabendo aos Estados e municípios a execução para a garantia desse direito dos povos indígenas.

A escola, espaço que também possui um histórico de aculturação e assimilação, bem como imposição de valores, passa a ser reivindicada pelas comunidades indígenas como espaço de construção de relações inter-societárias baseadas na interculturalidade e na autonomia política.

Por isso, a ideia de hibridismo que autores como Hall (2004) e Silva (2000) trazem em suas produções teóricas é fundamental para problematizar o contexto de grandes transformações sociais que se vive na atualidade – lugar onde aparece com mais frequência este sujeito amalgamado, mesclado, multicultural, denominado de híbrido ou pós-moderno.

O direito a educação escolar indígena – caracterizada pela afirmação das identidades étnicas, pela recuperação das memórias históricas, pelo reconhecimento das matrizes linguísticas e conhecimentos dos povos indígenas e pela revitalizada associação entre escola/sociedade/identidade, em conformidade aos projetos societários definidos autonomamente por cada povo indígena – se deu através de sua trajetória histórica em direção à democratização das relações sociais no país.

A educação indígena brasileira, inicialmente foi marcada pela oralidade. Os ensinamentos eram transmitidos de pais para filhos com o reconhecimento dos saberes e vivências coletivas. Esses se utilizavam das práticas cotidianas através do uso da arte, lendas, mitos e ritos de passagem de caráter religioso e público para que a transmissão do conhecimento, a socialibilidade e integração ao grupo se efetivasse.

Com a chegada do colonizador, todo esse sistema se viu na contingência de mudança, introduzindo o ensino por professores, com disciplinas compartimentalizadas e de pouca vinculação com a realidade e sua herança cultural. No período Colonial (séc. XVI ao XIX), praticamente, a educação que se ofertou aos nativos se resumiu ao catecismo religioso. Alguns foram preparados em ofícios artísticos, mecânicos e técnicas agropastoris. Nesse período, buscou-se a abolição da diversidade linguística em favor de uma unidade lusófona.

Por vários séculos a educação escolar no Brasil foi moldada pelo ideário religioso/confessional. Neste processo, muitos elementos culturais e práticas educativas originais se perderam e ou modificaram. Desde

⁹ Disponível em: <<http://mobile.cnte.org.br:8080/legislacao-externo/rest/lei/86/pdf>>.

o início se patentearam diferenças culturais aparentemente intransponíveis, e a adequação do sistema educativo ocidental à transmissão do pensamento e da cultura nativa tem sido desde então objeto de perene controvérsia e fonte de conflito. (FLECK, 2009, p. 109-118)

Nesse contexto, os governos buscaram criar espaços em Ministérios e Secretarias com vistas a minimizar os conflitos com os indígenas e dentre eles pode-se citar o SPI. Criado em 1910 o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) de propôs garantir a posse de algumas terras tradicionais aos seus ocupantes, proteção contra invasões, bem como reconheceu a importância de suas culturas originais e suas instituições. Entretanto, sua atuação foi de pouca repercussão.

Com a exígua atuação do SPI, em 1967, surge a Fundação Nacional do Índio (Funai). Essa também não encontrou condições fáceis de trabalho, erguendo-se sobre os escombros do SPI, administrando um contexto de perene falta de recursos humanos e financeiros teve por muito tempo como objetivo central assimilar os povos à cultura brasileira. Embora essa linha de pensamento já não fosse um consenso, serviu de base do *Estatuto do Índio*, lei que entrou em vigor em 1973. (LIMA, 2009, p. 21-30)

O Estatuto do Índio seguiu o mesmo conceito do Código Civil Brasileiro de 1916 e considerava os povos indígenas como "relativamente capazes", sendo tutelados por um órgão estatal. Atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio a tutela estatal. Em seu primeiro artigo, a lei estabelece que seu objetivo é "integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva".

A Constituição de 1988 dá um novo tratamento aos povos indígenas: reconhece sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), assegurando o direito de permanecerem como índios e explicita como direito originário (que antecede a criação do estado) o usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a constituição, cabe ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do estado passa, então, da tutela de pessoas para a tutela de direitos.

Diante desta mudança, tornou-se necessária a revisão do Estatuto do Índio. Neste sentido, foram apresentados na Câmara Federal três projetos de lei: um de autoria do Poder Executivo e outros dois de autoria de organizações não governamentais. A partir de 1992, criou-se, na câmara, uma comissão especial para examinar o assunto. Em junho de 1994, esta comissão aprovou um substitutivo que disciplina o Estatuto das Sociedades Indígenas. Entretanto, antes de seguir para o Senado, em dezembro do mesmo ano, após as eleições presidenciais, parlamentares

entraram com um recurso para que o projeto fosse submetido ao plenário da Câmara. Desde então, encontra-se paralisado. A revisão do Estatuto do Índio é uma das principais demandas dos povos indígenas hoje no Brasil, ao lado da demarcação das suas terras.

A necessária ruptura com o paradigma assimilacionista, como apontado ocorre apenas com a promulgação da Constituição de 1988, que pela primeira vez implementa formalmente no país uma nova proposta de relacionamento entre o Estado e seus cidadãos indígenas. Através da União das Nações Indígenas (UNI), associada à Constituição de 1988, a qual declarou "todos são iguais perante a Lei, sem distinções de qualquer natureza" se admitiu o princípio da igualdade, acrescido ao ideário do multiculturalismo. Nesse ínterim, houve o reconhecimento de vários direitos indígenas, incluindo o direito à posse da terra habitada tradicionalmente e à preservação intacta de suas culturas no ambiente natural. Entretanto, o Estatuto e a Constituição entraram em conflito em aspectos doutrinários e se tornaram polêmicos em várias questões. Acresce-se a isso que o regime de tutela, à qual os nativos estão formalmente sujeitos pelo Estado, como definido no Estatuto está em conflito com aquele expresso no Código Civil. Existe disputa sobre o que quer dizer "terras tradicionais", sobre o significado de etnia, e a controvérsia permanece acesa em torno de vários outros conceitos fundamentais.

Dentre as transformações desse período, o surgimento da FUNAI em face à substituição do SPI, toma novos contextos. A FUNAI passa a ser o órgão responsável para atuar com a temática indígena no país e tem como uma de suas principais finalidades proteger e promover os direitos dos povos indígenas (conforme o Decreto 7056/2009).

Esta ideia de proteção dos povos indígenas é um elemento de continuidade que se percebe entre o SPI e a FUNAI, pois conserva a concepção de que os indígenas precisam de um tutor para se desenvolver, alguém que administre parte das questões essenciais de suas vidas. Em outras palavras, a visão paternalista do indígena como relativamente incapaz. Em alguma medida, essa postura adotada pela FUNAI na década de 1970 ainda permanece arraigada nos seus agentes e em parte dos povos indígenas: "*Daí a ideia da FUNAI como pai e mãe, ainda muito presente entre vários povos indígenas do Brasil*" (BANIWA, 2006, p. 35), que de certo modo, influencia até hoje a maneira como os povos indígenas se relacionam com os órgãos do Estado.

No contexto de surgimento da FUNAI ainda predominava a ideia de que era necessário promover a assimilação dos povos indígenas à "sociedade nacional". De fato, o paradigma assimilacionista não era uma particularidade do Brasil ou da América Latina, e um dos melhores exemplos

disso é a Convenção 107 de 1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os povos indígenas, ratificada pelo Brasil em 1966.

Na Convenção, assegura-se a proteção dos povos indígenas no preâmbulo com destaque ao fato de alguns povos não se encontrarem “integrados na comunidade nacional” e por consequência não obterem acesso aos mesmos direitos e às mesmas vantagens que o restante da população. Logo, a solução encontrada para esse problema seria realizar a “[...] *integração progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho*” (Convenção n. 107, OIT, 1957).

Diversos outros dispositivos legais em anos recentes contemplaram interesses indígenas em áreas como assistência social, apoio à produção e regularização fundiária, educação, meio ambiente e saúde.

4.1 Escola Indígena e Tecnologias Digitais

A presença da escola nas comunidades indígenas é um dos motivos que levaram a instituição escolar congregar muitos movimentos afirmativos junto às comunidades nativas em todo o Brasil. Nesse diálogo adentram as tecnologias, já que um dos desafios é equipar essas tecnologias efetivamente de forma a atender aos interesses dos aprendizes e da grande comunidade de ensino e aprendizagem.

Em acordo ao estudo organizado pelo Iede (Interdisciplinaridade e Evidências no Debate Educacional), constata-se que o Brasil tem a segunda pior conectividade nas escolas entre os países que participaram do levantamento, que usou como base os dados do Pisa (Programa Internacional de Avaliação de Alunos) de 2015.¹⁰ Segundo o estudo, 28,3% dos estudantes brasileiros afirmaram ter acesso a computadores conectados à internet nas escolas. O Brasil fica à frente apenas da República Dominicana, com uma porcentagem de 28,1%. A média de conexão dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é de 55,9%.¹¹

¹⁰ O Pisa baseia-se em questionários aplicados a estudantes brasileiro com uma diversidade de questões sobre a estrutura da escola e do ensino. Entre os alunos avaliados, 20,19% responderam que a escola possui o equipamento, mas eles não o utilizam. Outros 28,69% afirmaram usar o computador e 26,48% responderam que a escola não tem o equipamento.

¹¹ Outro elemento citado é a velocidade da conexão. Essa não é a mais adequada já que em 25% das escolas, localizadas em zonas rurais e terras indígenas, há dificuldades de acesso.

Nesse contexto pode-se citar a Unesco como um organismo impulsionador do desenvolvimento da tecnologias no contexto escolar. Essa afirma que as TIC podem contribuir com o acesso universal da educação, a equidade na educação, a qualidade de ensino e aprendizagem, o desenvolvimento profissional de professores, bem como melhorar a gestão, a governança e a administração educacional ao fornecer a mistura certa e organizada de políticas, tecnologias e capacidades. Dentre seus projetos, pode-se citar:

- Capacitação e aconselhamento de políticas públicas para o uso de tecnologias na educação, particularmente nos domínios emergentes como a aprendizagem móvel.
- Garantia de que professores tenham as habilidades necessárias para usar as TIC em todos os aspectos da prática de sua profissão por meio de ferramentas como o Marco Político de Padrões de Competência em TIC para Professores.
- Apoio do uso e desenvolvimento de recursos e softwares educacionais plurilíngues, que sejam disponíveis para uso e reuso como resultado de licenças abertas (recursos educacionais abertos – REA; software livre e aberto [*free and open source software* – FOSS]).
- Promoção de ITC para educação inclusiva, que inclua pessoas com deficiências e proporcione a igualdade de gênero.
- Coleta de dados estatísticos e desenvolvimento de indicadores sobre o uso de TIC na educação.
- Provisão de apoio à políticas públicas que garantem que o potencial de ITC seja aplicado efetivamente por todo o sistema educacional. O Instituto de Tecnologias de Informação para a Educação (UNESCO Institute for Information Technologies in Education – IITE), com sede em Moscou, se especializa em intercâmbio de informações, pesquisa e treinamento sobre a integração das TIC em educação. (UNESCO, 2017)

Em acordo aos “Dados estatísticos sobre educação escolar indígena no Brasil” (2005), estão em atuação nas escolas indígenas 8.431 docentes. A Coordenação Geral de Educação Escolar Indígena da SECAD/MEC estima que 90% desses professores sejam indígenas e tenham pouca ou nenhuma formação para atuar com as tecnologias digitais no ambiente escolar. Desses docentes, 54,55% são contratados pelos Estados, 44,45% pelos municípios e 1% estão vinculados às escolas municipais. A maior parte deles, 72,01%, estão concentrados no ensino funda-

mental, de 1º ao 9º ano. Uma outra parcela significativa destes professores, cerca de 14,60%, atua na pré-escola e em creches. Há uma grande heterogeneidade no grau de escolaridade desses professores, situação que já fora detectada no Censo Escolar Indígena em 1999.

Outro dado relevante apresentado no Censo de 2005 corresponde à formação básica dos professores. Consta que 9,95% dos professores em atuação nas escolas indígenas não concluíram o ensino fundamental; 12,05% têm o ensino fundamental completo; 64,83% têm o ensino médio e 13,17% têm ensino superior. Esses percentuais revelam que tem havido um processo constante de melhoria na qualificação dos professores em atuação nas escolas indígenas no país.

5 CONCLUSÃO

Discute-se a educação escolar indígena com profundidade nas últimas décadas no Brasil. Promulgada em 1988, a Constituição Cidadã reconheceu os direitos culturais dos povos, garantindo o direito à diferença ou a ressignificação da mesma, ou seja, de ser e estar indígena nos diversos espaços e temporalidades. Durante séculos, tentou-se uniformizar a educação a partir de um currículo imposto e restritivo, que visava ‘modernizar’ as comunidades indígenas, fazendo-o abdicar de sua tradição artística, língua, crenças e padrões culturais em uma escola que não fazia circular saberes, mas assimilá-los.

A tecnologia por meio dos ambientes digitais adentraram nas Comunidades indígenas com maior presença a partir do ano de 2000. Inúmeros são os desafios considerando que os espaços tecnologicizados estão geralmente nos espaços escolares e, estes também padecem em suas estruturas físicas e materiais. Há demandas em praticamente todas as Terras Indígenas, entretanto as necessidades da Escola em alguns momentos são tantas que os projetos paralelos acabam não entrando nas pautas de prioridade.

A significativa quantidade e a facilidade de acesso às tecnologias digitais na atualidade permitem que o aprendizado ocorra em qualquer tempo e lugar e de múltiplas formas, mas esses recursos ainda estão fora do alcance de uma grande parcela da população mundial, especialmente nos países em desenvolvimento e, de forma incisiva também possui entaves para que a implantação, desenvolvimento e uso das tecnologias consolide-se nas comunidades indígenas brasileiras.

Diversas escolas localizadas em Terras Indígenas possuem laboratório de informática, porém em desuso por falta do capital humano

(monitores e técnicos) ou por estarem com equipamentos ultrapassados/sucateados. A necessidade de renovação dos equipamentos nas escolas, também revelaram as fragilidades que dificultam o avanço da tecnologia digital devido a não formação de alguns professores e gestores. A velocidade da conexão também não é a mais adequada na maioria das escolas localizadas em zonas rurais pelo fato de não haver malha de fibra ótica próxima encarecendo o custo para expansão da rede.

Outro elemento importante em se tratando de inclusão e tecnologias em Terras Indígenas, é a necessidade de se reconhecer que a discussão do tema passa pela forma como a tecnologia está inserida na coletividade, o modo de utilizar a tecnologia como ferramenta de ensino e, principalmente, como as tecnologias digitais podem contribuir para que a comunidade escolar passe a empreender, a partir das trocas do conhecimento.

O estudo também conclui que as ações de inclusão e as políticas públicas, de uma maneira geral, preveem a distribuição do equipamento, mas não preveem a constituição do pertencimento, do conhecimento coletivo, das formas as quais as artes, cultura e aspectos da cotidianidade podem ser impulsionadas com o uso das tecnologias.

6 REFERENCIAS

BANIWA, G. S. L. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: MEC/Secad; Museu Nacional/UFRJ, 2006.

CORONIL, Fernando. Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgar. (Org). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales**, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

FLECK, Eliane Cristina Deckmann. A educação jesuítica nos Sete Povos das Missões (séculos 17–18). In: **Ministério da Educação do Brasil. Revista Em Aberto**, 2009.

HALL, Solar Indígena. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

LANDER, Edgardo. Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). **La teoría marxista hoy**: problemas y perspectivas, Buenos Aires: CLACSO, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, (Coleção TRANS), 1999.

LIMA, Luciana Alves de. **Direito Socioambiental – Proteção da diversidade biológica e cultural dos povos Indígenas**. Faculdade de Direito de Curitiba, 2009.

SILVA, T. T. da (Org.). **Identidade e diferença. A perspectiva dos estudos culturais**. 1ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

SORJ, Bernardo. **Brasil@povo.com**: a luta contra a desigualdade na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; UNESCO, 2003.

FONTES ELETRÔNICAS

BRASIL. **Plano Nacional de Educação – 2014/2024**. Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/uploads/reference/file/439/documento-referencia.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. **Censo escolar da educação Básica 2018**. Brasília: Inep/MEC – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2018. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/documents/186968/484154/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

COSTA, Leonardo. Inclusão digital uma alternativa para o social? Análise de projetos realizados em Salvador. *In: Encontro Latino-americano de economia aplicada, Economia Política de Informação, Comunicação e Cultural*, 5., 9-11, nov. 2005. Bahia: Anais. Salvador: Faculdade da Bahia, 2005. 1 C-ROM.

IBGE. **Dados estatísticos século XX**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/indicadores>>. Acesso em: 02 fev. 2019>.

INEP/MEC. **Notas Estatísticas Censo escolar (2016)**. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar>. Acesso em 21 fev. 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. *In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf>. Acesso em: 15 mar.2019.

RONDELLI, Elizabeth. **Quatro passos para inclusão digital**. I-coletiva. [S.l. S.n.], 2003. Disponível em: <<https://www.comunicacao.pro.br/setepontos/5/4passos.htm>>. Acesso em: 29. mar. 2019.

UNESCO. **Tabelas e dados estatísticos**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/indicadores>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. **Tecnologias e Educação**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/p/brasil/communication-and-information>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

CONSIDERACIONES SOBRE UN USO ÉTI- CO Y CÍVICO DE LAS REDES SOCIALES POR PARTE DE LOS MENORES

Joan Lluís Pérez Francesch¹

¹ Doctor en Derecho. Catedrático acreditado de Derecho Constitucional. Dirige el grupo de estudio y de investigación LSTE (Libertad, Seguridad y transformaciones del Estado) y el Observatorio de la Convivencia y el Civismo de Cataluña (UAB). Actualmente es director del ICPS (Instituto de Ciencias Políticas y Sociales). Es director académico del Instituto de Derecho Español (Universidad de Tbilisi, en Georgia). Es miembro del Instituto de Estudios Europeos de la UAB. Fundador de CEDHICO (Centro de Estudios para el desarrollo humano y comunitario) y vicepresidente del Instituto Emmanuel Mounier Cataluña.

Es coautor de varios manuales y de diversos materiales de derecho público. También es autor de monografías y estudios de temas de su especialidad académica, destacando las relativas al Gobierno y la dirección política. Ha sido profesor visitante del Instituto Universitario Europeo de Florencia, y de la Universidad del Norte (Colombia) y miembro de comités científicos de doctorado en Italia (Bari y Salento). Ha participado en diversos proyectos de investigación financiados con fondos públicos: derechos fundamentales y Unión Europea; el indulto como acto del gobierno; Administración de Justicia y Estado autonómico; red temática de pensamiento y filosofía en Cataluña; no discriminación y persona; los partidos de ámbito no estatal en el sistema político español; Libertad, seguridad y transformaciones del Estado; El tiempo de los derechos; nueva configuración de la persona física, historia de la corrupción en España, Consolider-El tiempo de los derechos, etc. y ha participado en los proyectos europeos Integra y Capex.

Ha publicado los libros "El terrorismo global" (UOC, 2009), "Civismo y libertad" (2009), "En defensa del Estado de Derecho" (2016), "Democracia o cleptocracia" (2016), entre otros. Ha formado parte del "Plan Nacional de Valores para una nueva cultura cívica", como coordinador del ámbito de seguridad (Generalidad de Cataluña, 2010-2015). Ha desarrollado estudios sobre la regulación de la convivencia en las sociedades pluralistas (civismo y convivencia en el ámbito local, la responsabilidad social de la persona). Coordina la red interuniversitaria de estudio de las transformaciones constitucionales del Estado.

Sumario: I. Un discurso complementario: conductas lícitas y conductas cívicas; II. Promover y garantizar la ciberseguridad como política pública, así como garantizar los derechos de las personas en el mundo digital; III. Un discurso positivo sobre Internet y las redes sociales; IV. Idea final

I UN DISCURSO COMPLEMENTARIO: CONDUCTAS LÍCITAS Y CONDUCTAS CÍVICAS

En las líneas siguientes planteo la necesidad de reivindicar unas actitudes cívicas en el uso de las redes sociales, aspecto que va más allá de las exigencias jurídicas. En efecto, la lógica de las “buenas prácticas” parte de unos requerimientos éticos de la persona, en los que la autorresponsabilidad y la consciencia de las propias acciones son indispensables para la implantación de una sociedad articulada, vertebrada, estructurada y no una sociedad que se mueve en exigencias mínimas, en el hecho de mirar a otra parte cuando no se cumplen determinados estándares, más próxima a la picaresca que a los principios de la responsabilidad social de la persona.

Por otro lado, entiendo que hay que construir un discurso positivo, a partir de las premisas anteriores, que tiene su plasmación en esas actitudes cívicas y en el buen uso particular y colectivo de esas redes sociales. Finalmente, los aspectos anteriores han de recibir un tratamiento especialmente cuidadoso en el caso de los menores de edad, siempre protegidos a partir del denominado “interés superior del menor”²

La “red social” es un concepto sociológico antiguo, que hace referencia al hecho de coser las personas en un entramado que les da sentido y que las comunica. No se había inventado internet y ya se hablaba de redes sociales. Ahora bien, las redes sociales virtuales nos han vuelto a poner de relieve la importancia de la comunidad, con unos vínculos interpersonales más sólidos que los meramente societarios³, con todos los aspectos positivos y negativos que esto pueda significar. Ser miembro de una red social aporta una capacidad comunicativa específica,

² Las consideraciones de este apartado son continuación de las realizadas en el artículo: PÉREZ FRANCESCH, J.L. “Red y ética. Reflexiones para un uso ético-cívico de las redes sociales”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.51. marzo 2014, pp.51-68.

³ Véase las perspectivas de MOUNIER, E (original 1936) *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus Madrid, 1965. Véase un resumen del pensamiento de este autor en <<http://www.alcoberro.info/V1/mounier.htm>>. Consultado el 25 mayo 2019. TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

una concepción de pertenencia de ligámenes en ocasiones muy estrechos, una participación de tipo comunitario.

Me parece importante destacar la importancia del "saber estar" en el mundo, también en el mundo virtual, en un rol, un papel, en el marco de una lógica de las relaciones interpersonales, incluso de la amistad y de los lazos de afectividad. Este "saber estar" conlleva lanzar mensajes, ser espectador, incluso promocionar o expandir ideas ajenas, lo que como es obvio ni en las redes sociales ni en el mundo real se puede hacer de cualquier manera. Supone moverse con criterio en un espacio público donde se desarrolla una parte importante de la vida social de la persona.

Como en todo, se puede hacer un abuso, o un mal uso de las redes sociales, sin responsabilidad, con frivolidad o incluso con mala fe. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay una suplantación de la personalidad, se crean perfiles falsos, se promocionan páginas delictivas de diverso signo, desde pornografía infantil a estafas. La confianza en las relaciones humanas es determinante y en nuestro objeto de reflexión aún más. Por lo tanto, hay que saber qué estamos haciendo, estar atentos, no fiarse, como tampoco es recomendable hacerlo en la calle. ¿Si en el mundo "real" no nos relacionamos con desconocidos porque lo tenemos que hacer en el "virtual", y en especial en las redes sociales? Los malhechores saben que la facilidad del contacto virtual se puede aprovechar para sus intereses. Y el deseo de compartir o la necesidad de salir de la soledad pueden tener consecuencias catastróficas en las redes sociales si no se hace con prudencia y con responsabilidad, en especial en el caso de los niños y adolescentes⁴. Hay que tener cuidado de todo lo que se hace, porque el anonimato no existe en internet. Las cosas no son como parecen. Entonces hay que recomendar que no se suba a internet y dentro de la comunidad virtual de una red social aún menos, informaciones sensibles o privadas sobre uno mismo, tales como datos personales, aspectos íntimos, ni fiarse ingenuamente de lo que se ve en una pantalla, porque puede ser una auténtica trampa. Hay que tener un cuidado especial de todo lo que hacemos, incluso aún más que en la calle, porque todo lo que hacemos deja huella, puede ser accesible, y no siempre se es consciente de las posibilidades prácticamente ilimitadas de la tecnología⁵.

⁴ GORDO, Ángel, GARCIA, Albert; RIVERA, Javier de y DÍAZ, Celia. *Jóvenes en la encrucijada digital. Itinerarios de socialización y desigualdad en los entornos digitales*, Morata, Madrid, 2018.

⁵ DE RIVERA, Javier. "Privacidad y nuevo orden mundial". *Revista Ajoblanco*, n. 2 Noviembre 2017.

Muchas de las preocupaciones que podemos tener para orientar la gestión de las redes sociales hacia un “buen uso” tienen un contenido jurídico, dado que se trata de aspectos tan importantes como la identidad digital de las personas y sus consecuencias, el uso de un espacio común global, la ponderación entre derechos (privacidad, libertad de expresión) o limitaciones de acuerdo con normas y regulaciones transnacionales. Los atentados a la privacidad o al honor por ejemplo, son muy similares en el mundo real: las técnicas de los "hackers" que se entrometen en los ordenadores de los demás comportan inmisiones inaceptables de la privacidad, la inteligencia artificial hace uso de datos personales y no personales, la ciberdelincuencia afecta sin duda al patrimonio de las personas, entre otros.

A mi juicio, necesitamos *desarrollar un código de buenas prácticas en el uso de las redes sociales*, más allá de las regulaciones jurídicas y de la aplicación de los términos y condiciones de uso que marcan las empresas privadas que gestionan estas redes sociales, *a modo de comportamiento cívico*. Habría que tener claro lo que se puede hacer y lo que no es recomendable, por razones jurídicas, pero también deontológicas, éticas y cívicas. En definitiva, por salud democrática. Internet parecía un paradigma democrático pero podría dejar de serlo en poco tiempo si se establecen medios de pago para determinados lugares web y se jerarquizan económicamente contenidos. Por otro lado, como veremos después muchas plataformas tienen unos criterios para poderse incorporar cualquier persona y hacer un uso mínimamente cívico, de acuerdo con unos principios de funcionamiento, aunque quizás más preocupadas por su propia reputación, que por los usuarios.

Hay conductas que tienen obviamente una sanción jurídica, como el acoso o la violación de los derechos de los menores. Pero lo que yo llamo *uso cívico* va más allá. De hecho se trataría de no molestar a los demás como principio general y de aprovechar los aspectos positivos de las redes sociales en términos de creación de comunidad, de responsabilidad comunitaria, de respeto, de buena educación. El civismo debería ser el conjunto de buenas prácticas aceptadas por la comunidad de los usuarios, con sanciones como es lógico en caso de incumplimiento, pero sobre todo con la voluntad de consolidar unas buenas prácticas desde la educación y la responsabilidad. El problema es que no hay una gobernanza mundial de internet, a pesar de ser un fenómeno global. Ni unos tribunales internacionales que asuman la resolución de los conflictos. Ni unas prácticas idénticas en muchos aspectos del comportamiento humano en los diversos rincones y culturas del planeta, en el mundo real y en el virtual.

Este civismo debería incluir la prohibición de la "mala administración"⁶, intentando evitar así que quien vulnere los derechos de las personas sean los poderes públicos, auténtico despropósito, mediante espionajes, prohibiciones de derechos por razones políticas, u otras conductas excesivas, en términos jurídicos. Esta "mala administración" también se da cuando se implanta la administración electrónica sin los mecanismos tecnológicos preparados para un funcionamiento aceptable, los portales no funcionan correctamente, se ignoran las demandas ciudadanas bajo el criterio tecnológico y los poderes públicos actúan sin sentido de servicio público y de respeto a las personas usuarias, al amparo de una tiranía tecnológica⁷. Y como ocurre siempre, en el caso de los menores, la especial protección que merecen y el *interés superior del menor* que consagra el derecho deben tenerse siempre en cuenta.

Por otra parte, desde la perspectiva de la seguridad, las personas usuarias deben asumir un papel muy activo en la gestión de su seguridad en las redes, ya que las fuerzas de seguridad del Estado, no pueden hacer la monitorización de los millones de actividades que se producen diariamente para prevenir posibles ilícitos penales, administrativos o civiles, y menos aún mirar que se cumplan las buenas prácticas. Más allá de los recursos que pueda proporcionar la inteligencia artificial, la única manera efectiva de conseguir una utilización segura de las redes sociales

⁶ Con el *big data* más bien se va a lo contrario, al peligro de una sociedad del control por parte de la Administración o de las grandes corporaciones. Sobre la "mala administración" entendemos prácticas que no tienen en cuenta ni el interés general ni los derechos de las personas, afectando a la calidad del servicio público que se debe prestar. En ocasiones la actuación administrativa puede ser muy legal pero general molestias enormes a la ciudadanía. Estos se plantean entonces cómo pueden reaccionar contra las decisiones arbitrarias, indiferentes, e incluso estúpidas de los responsables de los poderes públicos.

⁷ La implantación de la Administración electrónica se ha realizado sin tener en cuenta los condicionamientos sociológicos de la misma. Véase, GARCÍA GONZALEZ, María. *"e-Administración: realidad encontrada tras la aplicación de un método descriptivo de gestión de procesos administrativos en entidades locales españolas"*, Dykinson, Madrid, 2018. Es sintomático el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, que modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto la disposición final séptima de la misma, que establecía que el 2 de octubre de 2018 tenían que entrar en vigor las previsiones de la citada Ley relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y, el archivo único electrónico. Se entiende que tienen que pulirse algunos aspectos técnicos y de procedimiento, por lo que son necesarias modificaciones para garantizar la interoperabilidad. Por consiguiente se decide el aplazamiento en su implementación.

y de los recursos que ofrece Internet es potenciar la educación de los ciudadanos, y esto se llevará a cabo mediante programas de concienciación de los riesgos y de las amenazas existentes, con el fin de establecer medidas de autoprotección, y para prevenir cualquier suceso no deseado.

Hoy se constata un crecimiento en la percepción de los riesgos que conllevan las redes sociales, o de ciertas actividades en Internet (p. ej. el comercio electrónico); pero nos encontramos aún con una gran falta de concienciación. Esto es especialmente grave en relación a los menores, ya que en muchas ocasiones hay una *brecha generacional* y una *brecha digital* entre padres e hijos, que hace que estos últimos no tengan la imprescindible supervisión en la navegación⁸. E incluso puede pasar al revés, en ocasiones son los padres los que no saben del todo qué hacen los hijos.

Por otra parte, la idea genérica que la seguridad es responsabilidad principalmente de los cuerpos de policía es absolutamente errónea, y por tanto, muchos ciudadanos adoptan una actitud pasiva o poco reactiva a la hora de tomar las medidas de protección necesarias, en este y otros campos. Entendemos que la ciudadanía debe adoptar un papel activo en su autoprotección en el mundo virtual, debe comprender que por las características del medio no puede delegar sin más las tareas preventivas a los cuerpos de seguridad, como tampoco tiene sentido hacerlo en el mundo físico⁹. Finalmente, hay que recordar que es imprescindible que las compañías proveedoras de los servicios de internet y en concreto las que gestionan las redes sociales se impliquen al máximo para hacer posible un uso cívico y evidentemente respetuoso con la legalidad y con los derechos de las personas. Todo ello me parece una obviedad. Volveremos más tarde, con algunos ejemplos.

⁸ La *brecha digital* no es solo por razones de edad, sino también de género. Un ejemplo de esa preocupación en ROBLES, José Manuel y MOLINA, Oscar. “La brecha digital: ¿una consecuencia más de las desigualdades sociales? El caso de Andalucía”, *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n. 13. Enero-junio. Pp. 81-99.

⁹ Un ejemplo: <<https://www.feda.es/actualidad/noticias/item/10030-consejos-y-medida-s-de-seguridad-en-la-utilizacion-de-internet>>. Consultado el 25 mayo 2019.

II PROMOVER Y GARANTIZAR LA CIBERSEGURIDAD COMO POLÍTICA PÚBLICA, ASÍ COMO GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN EL MUNDO DIGITAL.

En España, tenemos diversas entidades públicas y privadas que desarrollan una gran labor de concienciación del uso cívico y legal de internet y las redes sociales. Así INCIBE¹⁰ la Agencia Española de Protección de Datos¹¹, la Autoridad Catalana de Protección de Datos¹² o la Agencia Vasca de Protección de Datos¹³, así como otras organizaciones de diferente signo *Pantallas Amigas*¹⁴, *la Asociación Profesional Española de Privacidad*¹⁵, o IQUA¹⁶, que llevan a cabo una tarea fundamental de concienciación de los usuarios en lo relativo a la protección de datos personales, el respeto a la privacidad, así como a la responsabilidad social corporativa de los proveedores de servicios.

En Catalunya destaca la labor del CESICAT (Centro de Seguridad de la Información de Catalunya). En su Informe de prospectivas de ciberseguretat2019¹⁷ describe todo tipo de amenazas a la seguridad informática. También elabora informes sobre buenas prácticas, que es lo que más nos interesa aquí. En su programa “Internet segura” da instrucciones a los menores sobre este extremo¹⁸, en una lógica de

¹⁰ <<https://www.incibe.es/>>. Consultado el 01 mayo 2019. Su ámbito de acción es más bien la empresa.

¹¹ <<https://www.aepd.es/>> Consultado el 01 mayo 2019.

¹² <https://apdcat.gencat.cat/ca/inici> Consultado el 01 mayo 2019. Se nos informa de la siguiente actividad “Más de 1.300 estudiantes participaron en los talleres que la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) organizó en su stand del Yomo Barcelona, el evento del Mobile World Congress sobre ciencia y tecnología dirigido a los jóvenes. El Yomo tuvo lugar en La Farga de L’Hospitalet, desde el 26 de febrero hasta el 2 de marzo de 2019”, a parte de otras como pautas para la protección de datos para centros educativos, según se desprende del siguiente documento: <https://apdcat.gencat.cat/web/.content/04-actualitat/menors-i-joves/documents/GUIA-ESCOLES-2018-PAUTESv2.pdf> adaptado al nuevo Reglamento europeo de protección de datos personales (REPD).

¹³ <<http://www.avpd.euskadi.eus/s04-5213/es/>>. Consultado el 17 mayo 2019.

¹⁴ <<https://www.pantallasamigas.net/>>. Consultado el 04 mayo 2019.

¹⁵ <<https://www.a pep.es/quienes-somos/?v=04c19fa1e772>>. Consultado el 01 mayo 2019.

¹⁶ <<https://www.iqua.net/category/tiendas/tecnologia/>>. Consultado el 15 mayo 2019.

¹⁷ <<https://ciberseguretat.gencat.cat/web/.content/PDF/Prospectives-de-seguretat-2019.pdf>>. Consultado el 01 mayo 2019.

¹⁸ <<https://internetsegura.cat/>> Consultado el 20 mayo 2019.

concienciación y de sensibilización. El Programa se alinea con los objetivos de la Estrategia para un Internet mejor para niños y niñas de la Comisión Europea a través del programa Safer, orientado a menores y jóvenes, pero abierto a la ciudadanía en general¹⁹.

En 2018 el gobierno central reactivó el *Observatorio de Convivencia Escolar*²⁰, para diagnosticar ciberamenazas. Se empezó a tramitar la Ley Orgánica de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²¹, que decayó con la disolución de las Cortes Generales para las elecciones anticipadas de abril 2019 y que deseamos que fructifique en la nueva legislatura. Dicho proyecto de ley tiene en cuenta los riesgos del ciberespacio para los menores, aparte de reformar el Código Penal, reproduciendo estándares del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia y la adolescencia. La Unión Europea ha impulsado últimamente reformas importantes, para uniformizar legislaciones estatales, como el RGPD²² o la Directiva NIS²³.

Los menores son víctimas de ciberacosos, manipulación y malos tratos en el mundo digital²⁴, que la nueva ley pretende erradicar,

¹⁹ <<https://ciberseguretat.gencat.cat/ca/funcio-i-serveis/conscienciacio/>>. Consultado el 16 mayo 2019.

²⁰ <<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=27&subs=282&cod=2619&page=>>. Consultado el 15 mayo 2019.

²¹ <https://www.mscls.gob.es/normativa/audiencia/docs/LO_proteccion_integral_violencia_menores.pdf>. Consultado el 27 mayo 2019.

²² 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).

²³ <<https://www.boe.es/doue/2016/194/L00001-00030.pdf>>. Consultado el 15 mayo 2019. DIRECTIVA (UE) 2016/1148 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. El Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información transpone la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. El real decreto-ley se aplicará a las entidades que presten servicios esenciales para la comunidad y dependan de las redes y sistemas de información para el desarrollo de su actividad, así como a los proveedores de determinados servicios digitales. Se trata de aplicar la Estrategia de Ciberseguridad Nacional.

²⁴ MARTINEZ-FERRER, Belén y MORENO RUIZ, David, “Dependencia de las redes sociales virtuales y violencia escolar en adolescentes”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology INFAD Revista de Psicología*, Nº1 – Monográfico 1, 2017. pp. 105-114. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, “Factores

mediante una protección más sistemática y con más garantías. La exposición de motivos del proyecto de ley orgánica antes citado afirma de forma contundente: ²⁵ "Esta ley tiene por objeto el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos fundamentales garantizando el libre desarrollo de su personalidad en un entorno libre de violencia. Así, la ley supera las medidas de protección frente a la violencia sobre la persona menor de edad entendidas como acción administrativa con una aproximación basada en el respeto a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se concibe en todo momento como titulares de derechos subjetivos", en línea con las concepciones del interés superior del menor como desarrollo de una personalidad activa, como titulares de derechos que se han de poder realizar en la práctica.

La legislación mencionada va más allá de la ciberseguridad para adentrarse en los derechos digitales de todas las personas, como ciudadanos. Esta es la lógica que incorpora el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD²⁶), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)²⁷ cuando se establece en el art. 79 de esta última que "Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de internet contribuirán a garantizar su aplicación ". Es importante añadir que la misma ley en su art. 82 nos habla de que "Los usuarios tienen derechos a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de internet: Los proveedores de servicios de internet informarán a los usuarios de sus derechos". Y el art. 83 nos introduce en uno de los aspectos más

de riesgo y factores de protección en la adicción a las nuevas tecnologías y redes sociales en jóvenes y adolescentes", *Revista Española de Drogodependencias*, n.37 (4) 2012, p. 435-447. ECHEBURÚA, Enrique y DE CORRAL, Paz, "Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto", *ADICCIONES*, 2010, v. 22, n. 2, p. 91-96.

²⁵ <https://www.msbs.gob.es/normativa/audiencia/docs/LO_proteccion_integral_violencia_menores.pdf>. Consultado el 15 mayo 2019.

²⁶ El RGPD, si bien es de aplicación directa a los Estados miembros, <<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>>. Consultado el 17 mayo 2019, ha permitido un desarrollo más detallado y ampliado por medio de la LOPDGDD

²⁷ <<https://boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>>. Consultado el 27 mayo 2019.

relevantes en relación a nuestro objeto de estudio: el derecho a la educación digital, en los siguientes términos:

Artículo 83. Derecho a la educación digital.

1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un 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. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, 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.

2. El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.

3. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.

4. 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 el de protección de datos.

Por su parte, el art. 84. se refiere a la protección de los menores en Internet.

1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de

protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

No hace mucho, el Consejo de Seguridad Nacional, ha aprobado la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, por medio de la Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, y entre sus objetivos se plantea la ciberseguridad de ciudadanos y empresas. En la misma línea la Estrategia Europea de Ciberseguridad, de 2013. La preocupación por la seguridad informática la podemos observar con el Real Decreto-Ley 12/2018, de 1 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, trasposición de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión²⁸.

Toda la normativa anterior está destinada a mejorar la garantía de la seguridad informática, en un momento en el que la sociedad se ha hecho digital, y cualquier actividad por poco relevante que nos parezca se encuentra sometida a posibles amenazas y abusos. Así, hoy en día hay que atender a la seguridad y en consecuencia a las buenas prácticas en temas todos muy sensibles y difíciles, en ámbitos como las redes sociales, el “big data”, la geolocalización, el “internet de las cosas”, o la inteligencia artificial²⁹, entre muchos otros aspectos, o lo que es lo mismo tener en cuenta la educación, la concienciación, la respuesta de los poderes públicos, y en última instancia la ética en el mundo tecnológico³⁰. En este último aspecto destacan hoy con fuerza las “fake news” y las campañas de desinformación, desde mentiras que circulan libremente, ataques al honor de las personas e incluso en otra dimensión lo se ha llamado “guerras híbridas”, en las que la propaganda, la generación de confusión o desánimo colectivo es un instrumento esencial. En el mundo digital donde campa a sus anchas la idea de postverdad y el relativismo ético que la acompaña, hay que diferenciar aún más que antes entre hechos y opiniones. Los primeros deben ser verídicos, y las segundas respetuosas con los derechos de las personas. Aparte, está la calidad de los mensajes, y la vulgaridad de lo que se dice, aunque sea verdad. Hoy parece que lo importante es seguir un relato, y los hechos son al gusto del consumidor. Por consiguiente, el mundo digital puede

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016L1148>. Consultado el 27 mayo 2019. Véase nota 22.

²⁹ RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y Administración pública*, Libros de la Catarata, Madrid, 2019.

³⁰ LATORRE, José I. *Ética para máquinas*. Ariel, Barcelona. 2019.

suponer graves amenazas a la libertad y a la seguridad de las personas. Más a los menores, por lo que hay que estar atentos especialmente a ellos, por razones jurídicas, políticas y éticas. Especialmente la educación digital ha de tener gran protagonismo y una cultura cívica, al servicio de una concepción de la persona como titular de derechos digitales³¹. Estos son los derechos humanos en el entorno digital.

Por otro lado, la privacidad, en sentido clásico, era concebida como un santuario que protegía la persona. Pero hoy se da algo diferente, porque consentimos fácilmente para mostrar aspectos de todo tipo de nuestra vida, también los más privados e incluso íntimos. Debemos ser conscientes de que los límites que ponemos es muy bajo en demasiadas ocasiones, tanto en las redes sociales como en internet en general. Diego Guerrero Fuertes³², ha puesto de manifiesto como la navegación puede ser algo seguro y placentero, siempre que se haga con cuidado y responsabilidad. Dar datos financieros, aceptar cookies sin pensar, navegar por sitios inseguros, responder a la geolocalización, no vigilar las vulnerabilidades del hardware, cortafuegos y antivirus, contactar con extraños, en especial en el caso de menores, son ejemplos que tienen sus peligros y no nos ayuda a hacer de la vida digital un mundo seguro y habitable.

Las redes sociales son un importante producto de nuestra sociedad de masas, y por tanto un ámbito adecuado para ejercer determinados liderazgos (comerciales, políticos, ideológicos, etc.). Son también un peligroso campo de experimentación donde el hombre-masa³³ se puede adentrar para ser manipulado, pidiéndole información de todo tipo, y ser objeto de fechorías o actuaciones denigrantes. Las relaciones humanas dentro de la red no se dan solo a nivel horizontal -entre los miembros- sino en relación a los creadores o propietarios del servicio, los cuales aprueban unas condiciones de uso que suponen un auténtico

³¹ El Colegio de Abogados de Barcelona presenta la ‘Carta de Barcelona por los derechos de la Ciudadanía en la Era digital’: <https://www.abogacia.es/2019/02/21/el-icab-presenta-la-carta-de-barcelona-por-los-derechos-de-la-ciudadania-en-la-era-digital-apoyada-por-universidades-y-entidades-de-la-sociedad-civil/> (Consultado el 20 mayo 2019). Véase el documento en <http://digitalrightsbarcelona.org/> (Consultado el 25 mayo 2019)

³² GUERRERO FUERTES, *Time en la Red*, Ra-Ma, Madrid 2010; *Facebook. Guía Rápida* (Star Book, Madrid, 2011)

³³ Sigue siendo de actualidad la reflexión orteguiana de hace casi un siglo, sobre las conductas “seguidistas” del hombre-masa, y el liderazgo de las élites, Más si tenemos en cuenta la titularidad privada de las redes sociales. Cfr. ORTEGA Y GASET, José. *La rebelión de las masas*, Austral, Madrid, 1939.

contrato de adhesión. En todo caso, hay que recordar que los propietarios de las redes sociales son empresas privadas, que se guían por los principios del mercado y que como tantos ámbitos de internet es difícil de controlar, dada la no territorialidad de las actuaciones. Sin embargo, las condiciones de uso establecen siempre las cláusulas contractuales de sumisión jurisdiccional a los tribunales competentes, normalmente de la nacionalidad de la sociedad gestora³⁴.

III UN DISCURSO POSITIVO SOBRE INTERNET Y LAS REDES SOCIALES

De todo lo que estamos comentando se deriva la necesidad de hacer un uso ético y responsable de las redes sociales, además de atender a las consecuencias legales de los propios actos. En términos de civismo, no podemos caer en la vertiente negativa, dado que las redes sociales permiten una nueva forma de comunicarse y de relacionarse muy interesante, y hoy en día ya ineludible. No hay duda de que provocan una integración de las personas en una comunidad (aunque sea para compartir fotos, por ejemplo), y además de forma muy sencilla y asequible. El hecho de la “gratuidad” aún hace más rápido y simple la incorporación a la red, lo que no debería hacer suponer que tenemos un control absoluto de los contenidos, sino más bien al contrario, ya que la información que proporcionamos es precisamente la materia prima del “negocio” de las redes sociales. Y también deberíamos ser conscientes de que en principio cualquier persona, incluso la más anónima, nos podría observar.

Es fácil atentar contra el honor de las personas en las redes sociales, si tenemos en cuenta que el propio instrumento nos facilita una actitud proactiva y por tanto una predisposición para decir cosas. ¿Habría que ser conscientes de que en ocasiones es mejor callar? La identificación de los usuarios, que deberían estar obligados legalmente a darse de alta mediante datos reales, nos debería hacer reflexionar sobre la capacidad potencialmente lesionadora de lo que podemos decir de los demás. También el derecho a la intimidad puede ser fácilmente vulnerable, si ponemos informaciones sobre personas que luego pueden ser reenviadas a terceros, y de forma especial deberíamos ser respetuosos con la imagen

³⁴ La jurisdicción española, se ha ido afirmando, p. ej. <<https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/06/01/592fe6f5268e3e655e8b4573.html>>. Consultado el 25 Mayo 2019. Caso Món Orxata, vs. Faceboock, por las consecuencias al honor y a la identidad digital, así como a la “*damnatio memoriae*” (2017).

de los otros, como puede ocurrir si colgamos fotos con amigos. El caso aún es más grave si salen menores.

Las redes sociales deben garantizar al máximo no solo la seguridad sino el pleno desarrollo de los derechos de las personas, y ayudar a aumentar la confianza en las TIC'S. Hay que hacer pedagogía en positivo, sin miedos, reconociendo que como en todos los ámbitos de la vida se puede hacer un mal uso y que entonces habrá que aplicar la ley con toda la contundencia. Pero a mi juicio debemos reconocer que las redes sociales son un buen instrumento de ayuda a las personas, y así lo ha entendido la policía, los bomberos, protección civil, los servicios sociales de los ayuntamientos, etc. que las utilizan. También es un gran bazar de información: el seguimiento de las redes te permite estar informado de la actualidad, en un proceso de retroalimentación entre actores públicos y privados de gran trascendencia social. Por otro lado, permite un reencuentro con personas, y una socialización masiva si así se desea, incluso localizando personas en tiempo real según las últimas aplicaciones. El uso a los ámbitos educativo, comercial, político, etc. conforma uno de los fenómenos sociológicos más trascendentales de nuestros días.

En el contexto de la argumentación positiva, hay que recomendar que los usuarios lean las condiciones de uso de las redes, y en especial la política de privacidad, y que una vez dentro hagan un uso seguro y responsable, sin exponerse a actuaciones abusivas ni lesivas de los derechos de terceros. Uno de los aspectos que más relevancia tiene es el control parental de los menores, como nos ilustra el ejemplo de la web <https://www.sipbench.eu/>³⁵, un proyecto a iniciativa de la Comisión Europea.

Veamos algunos elementos de las *condiciones de uso* de diferentes redes sociales, en especial aquello que afecta a los menores, que me parecen relevantes:

Youtube³⁶. Normas de la comunidad:

“A continuación, encontrarás algunas reglas de sentido común que te ayudarán a evitar los problemas. No te las tomes a la ligera ni intentes buscar lagunas. Simplemente, intenta comprenderlas y respeta la intención con la que se crearon.

³⁵ <<https://www.sipbench.eu/index.cfm/lang.3/secid.9/secid2.0>>. Consultado el 20 mayo 2019.

³⁶ <<https://www.youtube.com/intl/es/yt/about/policies/#community-guidelines>>. Consultado el 20 mayo 2019.

Seguridad de los menores³⁷

Descubre cómo protegemos a los menores en el ecosistema de YouTube. Ten en cuenta que colaboramos estrechamente con las autoridades policiales y que informaremos de cualquier tipo de contenido que implique situaciones de riesgo para los menores. Más información

Seguridad infantil en YouTube

En YouTube, no está permitido el contenido que ponga en peligro el bienestar emocional y físico de los menores. Se entiende por menor una persona que no haya alcanzado la mayoría de edad (18 años en la mayoría de los países).

Si encuentras contenido que infrinja esta política, denúncialo. Además, si consideras que un menor corre peligro, debes ponerte en contacto con el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de las leyes en tu zona para informar de la situación de inmediato.

Para hacerlo, sigue las instrucciones para denunciar el contenido que infringe las normas de la comunidad. Si has encontrado varios vídeos, comentarios o un canal entero que quieras denunciar, accede a nuestra herramienta de denuncia, desde donde podrás enviar una reclamación más detallada.

¿Cómo te afecta esto?

Si publicas contenido

No está permitido publicar en la plataforma contenido que encaje en alguna de estas descripciones:

- **Sexualización de menores:** no se permite el contenido sexualmente explícito en el que se muestre a menores o en el que se les explote sexualmente. Denunciamos el contenido que incluye imágenes de abuso sexual infantil al Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados de Estados Unidos, que colabora con organismos públicos de todo el mundo encargados de velar por el cumplimiento de las leyes.
- **Actos peligrosos o dañinos que implican a menores:** no publiques vídeos en los que aparezcan menores participando en actividades peligrosas o se les anime a hacerlo. No los expongas nunca a situaciones arriesgadas en las que se puedan lesionar, como bromas, retos o actividades de riesgo.
- **Vídeos que causen daño emocional a menores:** no admitimos el contenido que pueda infligir daño emocional a menores, ya sea porque participen en el vídeo o a la hora de verlo. Por ejemplo, vídeos donde se simula el maltrato por parte de los padres o se utiliza la violencia contra los menores, se los coacciona o se los expone a temas para adultos.

³⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=es> Consultado el 20 mayo 2019.

- **Contenido familiar engañoso:** en esta categoría se recogen los vídeos que confunden a los usuarios haciéndoles creer que están dirigidos a familias, pero incluyen temas sexuales, violentos, obscenos u otro tipo de contenido adulto que no es adecuado para los espectadores más jóvenes.
- **Ciberacoso y acoso que involucre a menores:** en YouTube, están prohibidos los vídeos en los que se incite al abuso o a la humillación de personas, se revele información personal (como direcciones de correo electrónico o números de cuentas bancarias), se grabe a alguien sin su consentimiento, se acose sexualmente o se aliente a otros a cometer actos de intimidación o acoso.

Contenido con restricción de edad

Si tu contenido incluye alguno de los elementos que se describen a continuación, es posible que le apliquemos una restricción de edad:

- **Actos dañinos o peligrosos que los menores pueden imitar:** se trata de un contenido donde se muestra a adultos participando en actividades peligrosas que los menores puedan emular fácilmente. Nota: Es posible que no apliquemos una restricción de edad si en el mismo vídeo se advierte que los menores no deben realizar dichas actividades peligrosas sin la supervisión profesional de un adulto.
- **Contenido familiar con temas para adultos:** es decir, vídeos pensados para espectadores adultos que podrían confundirse fácilmente con contenido familiar, como es el caso de los dibujos animados que tratan temas de carácter adulto (como la violencia, el sexo, o la muerte). Si tu contenido está destinado a una audiencia adulta, puedes aplicarle una restricción de edad por tu cuenta en el momento de subirlo.
- **Lenguaje vulgar:** hay palabras o expresiones determinadas que no son adecuadas para los espectadores más jóvenes. Si en tus vídeos utilizas un lenguaje explícitamente sexual o muchas palabras malsonantes, es posible que les apliquemos una restricción de edad.

Esta política se aplica a los vídeos, las descripciones, los comentarios, las emisiones en directo y a cualquier otro producto o función de YouTube. Ten en cuenta que esta lista no es exhaustiva....

“Tenemos una política de tolerancia cero con respecto al comportamiento abusivo en YouTube. Si consideramos que en el contenido que han denunciado los usuarios aparecen menores en peligro, colaboraremos con las fuerzas y cuerpos de seguridad para que lleven a cabo las investigaciones correspondientes.”

Para darse de alta sin necesidad de los padres un niño debe tener 14 años como mínimo. Aun así, en algunos casos se podría necesitar la participación de un adulto para ver determinado contenido o realizar una acción concreta.

FACEBOOK³⁸

“...informamos a los menores acerca de lo que conlleva publicar contenido de forma pública. También evitamos que la información confidencial, como los datos de contacto de los menores, el colegio donde estudian y su fecha de nacimiento, aparezca en las búsquedas de todos los usuarios. Además, tomamos las medidas necesarias para recordar a los menores que solo deben aceptar solicitudes de amistad de personas que conozcan.

Dada la importancia que tiene plantearse si compartir la ubicación o no antes de hacerlo, especialmente en el caso de los menores, la opción de compartir la ubicación está desactivada para ellos de manera predeterminada. Cuando un adulto o un menor activa la opción de compartir la ubicación, incluimos un aviso permanente con el fin de recordarles que están compartiendo su ubicación.

Facebook requiere que los usuarios tengan una edad mínima de 13 años para crear una cuenta (en algunas jurisdicciones, el límite de edad puede ser superior). La creación de una cuenta con información falsa constituye una infracción de nuestras condiciones. Eso incluye las cuentas registradas en nombre de un menor de 13 años.

*Para cumplir la legislación en Corea del Sur y en **España**, requerimos que los usuarios residentes en estos países tengan una edad mínima de **14 años** para crear una cuenta.*

Si eres padre o madre o tutor legal, puedes solicitar información de la cuenta de tu hijo antes de que la eliminemos. Ten en cuenta que estás solicitando datos de la cuenta de tu hijo, así que te pediremos que nos proporciones una copia de una declaración certificada en la que consten tus derechos como padre o madre o tutor legal junto con tu reporte.

Se puede reportar una cuenta de un menor de 13 (o 14 en el caso de Corea del Sur o España) a través de un formulario. Cuando descubrimos la existencia de una cuenta de un menor de 13 años, la eliminamos de inmediato junto con toda la información asociada”.

WHATSAPP³⁹

“Si resides en un país del Espacio Económico Europeo (incluida la Unión Europea) o en cualquier otro país o territorio que forme parte de él (denominados en conjunto Región europea), debes tener al menos 16 años de edad (o más, si así lo requiere la legislación de tu país) para registrarte y utilizar WhatsApp. Si resides en un país que no pertenece a la Región europea, debes tener al menos 13 años de edad (o más, si así lo requiere la legislación de tu país) para registrarte y utilizar WhatsApp.

³⁸ <<https://www.facebook.com/safety>>. Consultado el 27 mayo 2019.

³⁹ <<https://faq.whatsapp.com/es/21197244/?category=5245250>>. Consultado el 27 mayo 2019.

Para reportar la cuenta de un menor se hace a través de un correo electrónico incluyendo una serie de datos: evidencia de propiedad de la línea telefónica, evidencia de la fecha de nacimiento del menor, información adicional útil...

En el caso de las personas menores de edad que tienen capacidad limitada para celebrar un contrato válido, es posible que no podamos tratar sus datos personales basándonos en una necesidad contractual. No obstante, cuando esas personas usan nuestros Servicios, es nuestro interés legítimo:

- *Proporcionar, mejorar, personalizar y respaldar nuestros Servicios*
- *Fomentar la seguridad y la protección*

Para este tratamiento de datos, nos basamos en los siguientes intereses legítimos:

- *Crear, proporcionar, respaldar y mantener funciones y Servicios que permitan a las personas menores de edad expresarse, comunicarse ...*
- *Mantener la seguridad de nuestra plataforma y nuestra red, verificar cuentas y actividad, luchar contra conductas perjudiciales.*

Recursos adicionales: Si recibes información que indica un abuso o explotación de un niño, contacta al Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (NCMEC, por sus siglas en inglés)”

INSTAGRAM⁴⁰

Puedo acceder a la cuenta de mi hijo?

Entendemos tu preocupación por el uso que hace tu hijo de nuestra aplicación, pero lamentablemente no podemos proporcionarte acceso a su cuenta ni tomar ninguna medida aunque nos lo solicites. La legislación en materia de privacidad nos impide conceder acceso sin autorización a nadie que no sea el titular de la cuenta. Ten en cuenta que, puesto que todos los usuarios de 13 años en adelante se consideran titulares autorizados, están incluidos en el ámbito de esta política.

No puedes eliminar la cuenta de tu hijo a menos que tenga menos de 13 años (14 años en Corea del Sur o España); en tal caso se hará a través de un formulario.

¿Por qué se ha eliminado una foto de mi hijo?

Somos conscientes de que muchos padres usan Instagram para tomar fotos de sus hijos y compartirlas, y se lo agradecemos. Sin embargo, puede que las imágenes que muestran desnudos se eliminen debido a que incumplen nuestras Normas comunitarias.”

⁴⁰ <<https://www.facebook.com/help/instagram/242592952606350?helpref=related&ref=related>>. Consultado el 27 mayo 2019.

Extracto de las normas comunitarias: “Mostramos tolerancia cero con aquellas personas que comparten contenido sexual relacionado con menores o que amenazan con publicar imágenes íntimas de otros usuarios”.

TWITTER⁴¹

En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de Periscope, para hacer uso de los Servicios.

Política de privacidad en relación con los niños: nuestros servicios no están destinados a menores de 13 años. Si adviertes que tu hijo/a nos ha facilitado datos personales sin tu consentimiento, ponte en contacto con nosotros a través de nuestro formulario de privacidad. Para obtener más información sobre la política de Twitter relativa a los menores de edad, consulta nuestra Política de privacidad.

Explotación sexual infantil: obtén más información sobre nuestra política relativa a la explotación sexual infantil y envía tu denuncia aquí.

En todas las redes sociales anteriores hay una preocupación por los menores, fijando la edad para darse de alta, protegiendo a los menores de edad frente a abusos, y reaccionando ante medidas como acoso, fotos de desnudos, etc. El consentimiento es el gran problema, puesto que es difícil cerciorarse de la edad de acceso, como demuestra la práctica.

Junto a la protección jurídica, los menores han de recibir una educación digital (en casos podríamos hablar de alfabetización digital) y como en todas las edades llevar a cabo una actitud cívica y responsable. En este orden de cosas nos detendremos un momento en algunas propuestas que me parecen relevantes en lo tocante a la educación digital.

*En primer lugar es de destacar el documento “**La educación digital de tus hijos e hijas, guía para la familia**”⁴² ubicado en la lógica de la ciudad educadora, y en el rol de los padres que han de superar en su caso la brecha digital. En la introducción se afirma: “El objetivo principal de esta guía es orientar a las familias en la educación digital de sus hijos e hijas sin perder de vista que la aplicación de la lógica y del sentido común es imprescindible a la hora de inculcar hábitos saludables y seguros en Internet” (...) Desde los primeros años de vida de un niño hasta que es un adolescente, este documento pretende contribuir a la integración de las realidades digitales en la vida de las personas que aún no son adultos. Son los adultos, pues, quienes los*

⁴¹ <<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-report-violation#specific-violations>>. <<https://twitter.com/es/tos>>. Consultado el 12 mayo 2019.

⁴² <<http://ajuntament.barcelona.cat/familia/ca/content/l-educaci-digital-dels-infants-una-guia>>. También en <<https://agora.xtec.cat/iesmontgri/wp-content/uploads/usu613/2014/09/2015-Guia-digital.pdf>>. Consultado el 25 mayo 2019.

acompañarán cuando juegan con una tableta ya muy pequeños, cuando utilizan Internet para hacer los deberes, cuando se abren un perfil en una red social, cuando dicen que quieren tener un móvil con Internet 3G, cuando juegan a un juego en red con desconocidos e incluso cuando reciben, por ejemplo, una imagen pornográfica por WhatsApp (...) para concluir afirmando: “Habrá que ponerse a la altura de los más jóvenes en cuanto a aptitudes y habilidades digitales. Esto nos sitúa claramente en un escenario nuevo: conocer la tecnología -y los tecnicismos y la jerga que va generándose será un requisito imprescindible para poder asociar y vincular a valores y consejos. Rodeados de cada vez más redes y tecnologías, visibles e invisibles, palpables e inalámbricas, el reto de las familias será aprender a dar educación digital, que no es más que un conjunto de pautas, consejos y valores pedagógicos orientados a hacer un buen uso -seguro, respetuoso, edificante, responsable, sensato,- de las tecnologías de la información y la comunicación.

*Destacamos también otros documentos como “Pautas de protección de datos para los centros educativos”⁴³, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, centrado en un buen uso de la protección de datos en las escuelas y en el correcto cumplimiento del Reglamento Europeo de Protección de Datos; el “Manual de estilo para médicos y estudiantes de medicina, Sobre el buen uso de las redes sociales”, editado por la Organización Médica Colegial⁴⁴ que persigue aplicar la deontología profesional al ámbito de las redes sociales; el CESICAT (Centre de Seguretat de la Informació de Catalunya), el cual, a parte de la información sobre ciberseguridad también ha desarrollado líneas de trabajo de concienciación⁴⁵ por medio del programa **Internet Segura**⁴⁶ como hemos comentado anteriormente, en el que se presta una especial atención a la educación digital de los menores⁴⁷. Destacaremos el convenio con la Direcció General de Atenció a la Infància y a la Adolescència (DGAIA) para contribuir a la formación del servicio antibullying “116 111 Infància Respon”⁴⁸, la adhesión a la campanya global “Stop.Think. Connect”⁴⁹ con la finalidad de compartir contenidos y materiales audiovisuales para el fomento de*

⁴³ <<https://apdcat.gencat.cat/web/.content/04-actualitat/menors-i-joves/documents/GUIA-PAUTAS-DE-PROTECCION-DE-DATOS-PARA-CENTROS-EDUCATIVOS.pdf>>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁴ <<https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/Manual%20Redes%20Sociales%200MC.pdf>>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁵ <<https://ciberseguretat.gencat.cat/ca/funcio-i-serveis/conscienciacio/>>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁶ <<https://internetsegura.cat/>>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁷ <<https://internetsegura.cat/nova-tauleta-a-casa/>> Consultado el 25 mayo 2019.

<<https://internetsegura.cat/educacio-en-comportaments-a-la-xarxa/>>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁸ <http://jovecat.gencat.cat/ca/temes/conviure-inclusio_social/plantar_cara_a_la_violencia/telefon-bullying/>. Consultado el 25 mayo 2019.

⁴⁹ <<https://internetsegura.cat/acord-stop-think-connect/>>. Consultado el 25 mayo 2019.

la sensibilización y concienciación en ciberseguridad de la ciudadanía y la participación en actividades organizadas per “Insafe i Inhope”⁵⁰ y en el proyecto “Better Internet for Kids”⁵¹.

IV IDEA Final

Frente al discurso del miedo, de los peligros y de las incertidumbres, que ciertamente existen, necesitamos el de la seguridad jurídica, la responsabilidad de las acciones humanas, la eficacia regulatoria del derecho, y en especial el civismo, que ha de partir de la educación digital, las buenas prácticas, el buen uso en definitiva de las redes sociales, con el objetivo de que estas puedan desarrollar todas sus potencialidades de creación de comunidad y de interrelación humana positivas. Como en otros ámbitos de la vida, los menores han de ser especialmente protegidos, pero también han de poder ejercitar sus derechos fundamentales, en especial el de la educación, en aplicación de su derecho al pleno desarrollo de la personalidad. Los “nativos digitales” han de configurar un espacio común de comunicación cada vez con más calidad. En efecto, entendemos que la calidad del uso de las redes sociales es una muestra de la calidad humana y por extensión de la calidad del país. Los poderes públicos y los prestadores de servicios deben apuntarse a esta gran tarea, por transparencia, gestión responsable y respeto al principio democrático.

V REFERENCIAS

Caso Món Orxata, vs. Facebook, por las consecuencias al honor y a la identidad digital, así como a la “*damnatio memoriae*” (2017). Disponible en: <<https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2017/06/01/592fe6f5268e3e655e8b4573.html>>. Consultado el 25 Mayo 2019.

Colegio de Abogados de Barcelona. ‘Carta de Barcelona por los derechos de la Ciudadanía en la Era digital’: <https://www.abogacia.es/2019/02/21/el-icab-presenta-la-carta-de-barcelona-por-los-derechos-de-la-ciudadania-en-la-era-digital-apoyada-por-universidades-y-entidades-de-la-sociedad-civil/>. Consultado el 20 mayo 2019.

DE RIVERA, Javier. “Privacidad y nuevo orden mundial”. *Revista Ajoblanco*, n. 2 Noviembre 2017.

DIRECTIVA (UE) 2016/1148 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 6 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/194/L00001-00030.pdf> Consultado el 15 mayo 2019.

⁵⁰ <<https://www.betterinternetforkids.eu/web/portal/policy/insafe-inhope>>. Consultado el 25 Mayo 2019.

⁵¹ <<https://www.is4k.es/>>. Consultado el 25 Mayo 2019.

ECHEBURÚA, Enrique y DE CORRAL, Paz, “Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto”, *ADICCIONES*, 2010 · vol. 22 núm 2 · pp. 91-96 .

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, “Factores de riesgo y factores de protección en la adicción a las nuevas tecnologías y redes sociales en jóvenes y adolescentes”, *Revista Española de Drogodependencias*, n.37 (4) 2012, pp. 435-447.

GARCÍA GONZALEZ, María. *”e-Administración: realidad encontrada tras la aplicación de un método descriptivo de gestión de procesos administrativos en entidades locales españolas”*, Dykinson, Madrid, 2018.

GORDO, Ángel, GARCIA, Albert; RIVERA, Javier de y DÍAZ, Celia. *Jóvenes en la encrucijada digital. Itinerarios de socialización y desigualdad en los entornos digitales*, Morata, Madrid, 2018.

GUERRERO FUERTES, *Time en la Red*, Ra-Ma, Madrid 2010; *Facebook. Guía Rápida* (Star Book, Madrid, 2011

LATORRE, José I. *Ética para máquinas*. Ariel, Barcelona. 2019.

MARTINEZ-FERRER, Belén y MORENO RUIZ, David, “Dependencia de las redes sociales virtuales y violencia escolar en adolescentes”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology INFAD Revista de Psicología*, Nº1 – Monográfico 1, 2017. pp. 105-114.

MOUNIER, E (original 1936) *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus Madrid, 1965. Véase un resumen del pensamiento de este autor en <<http://www.alcoberro.info/V1/mounier.htm>> Consultado el 25 mayo 2019.

ORTEGA Y GASET, José. *La rebelión de las masas*, Austral, Madrid, 1939.

PÉREZ FRANCESCH, J.L. “Red y ética. Reflexiones para un uso ético-cívico de las redes sociales”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.51. marzo 2014, pp.51-68.

RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y Administración pública*, Libros de la Catarata, Madrid, 2019.

ROBLES, José Manuel y MOLINA, Oscar. “La brecha digital: ¿una consecuencia más de las desigualdades sociales? El caso de Andalucía”, *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n. 13. Enero-junio. Pp. 81-99.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

EL DAÑO EN EL CIBERACOSO ESCOLAR

Patricia Escribano Tortajada¹

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Del bullying al ciberbullying escolar. 3. El daño moral en el ciberacoso escolar. 3.1. Efectos del ciberacoso en el menor. 3.2. La problemática de la cuantificación del daño moral en el ciberacoso. 3.3. El deber de vigilancia de los progenitores en la era digital. 4. El ciberacoso escolar en la jurisprudencia

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

No podemos poner en duda que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TICs), así como Internet, han supuesto una revolución en nuestras vidas de forma positiva. Sin embargo, no tampoco se ha de obviar que, a su vez, han abierto un nuevo marco para la lesión de nuestros derechos y han agravado otro tipo de conductas dañinas que ya se estaban manifestando, como es el supuesto del acoso escolar. Obviamente, cualquier conducta que daña a un tercero es reprobable, sin embargo, adquiere una mayor consideración cuando la víctima es un menor de edad debido a sus circunstancias personales y los efectos que pueden generar en su desarrollo emocional.

El acoso escolar es un problema presente en las aulas de nuestros centros educativos desde hace muchos años² y que, por

¹ Profesora ayudante doctora de la Universitat Jaume I de Castellón y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón. Sus líneas de investigación se centran en la protección de la persona, el Derecho de Familia y, la protección de los derechos de la personalidad en Internet. Por lo que respecta a su producción científica, ha sido coordinadora de dos libros colectivos, autora de una monografía sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, diez artículos y diez capítulos en obras colectivas, así como ponente y comunicante en más de veinte congresos nacionales e internacionales, sobre distintos ámbitos del Derecho Civil.

desgracia, se ha agravado y complicado como consecuencia del uso de los dispositivos tecnológicos, a edades cada vez más tempranas.

En este sentido, el *Bullying* tradicional, por denominarlo de algún modo, se manifiesta dentro del entorno del centro educativo o, como se ha matizado en la escuela, en el trayecto hacia o desde a la misma o bien en lugares públicos como pueden ser las paradas de autobuses³. No obstante, tal y como ponen de manifiesto PATCHIN e HINDUJA con el desarrollo de las TICs y su uso generalizado por los menores se ha posibilitado que los acosadores amplíen el alcance de las agresiones y las amenazas más allá del colegio, tanto de día como de

² Nos parece interesante mencionar la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014 (AC 2015\1056) la cual pone de manifiesto el cambio que ha habido en la escuela durante las últimas décadas. De este modo, señala que los centros escolares de hace décadas eran más pequeños, existía una disciplina mucho más rígida y el trato era más distante, además, el absentismo escolar era frecuente y ni mucho menos obligatorio hasta los 16 años. No obstante, hoy los colegios son más grandes, suelen estar formados por varios edificios “*con grandes patios, largos pasillos, muchas aulas. Lugares en los que el alumnado puede sentirse perdido, anónimo e indefenso. La diversificación horaria y la abundancia de asignaturas lleva a que cada profesor tenga muchos más alumnos por curso que en la era anterior. Esto, a su vez, lleva a que el control de las relaciones con el alumnado y de las relaciones de los alumnos entre sí disminuya. También a que los profesores no puedan controlar como antes el día a día de cada alumno, y a que puedan conocer menos a cada uno, y menos de las circunstancias personales individuales.*”

La escolarización es obligatoria hasta los 16 años, y el control de la asistencia también es obligatorio (el profesorado controla la asistencia y comunica esta a las familias.” La SAP de Álava de 27 de mayo de 2005 (AC 2005\1062) explica en su fundamento jurídico segundo que el *bullying*, acoso, hostigamiento o maltrato, o acoso escolar es un fenómeno que siempre ha existido y que los estudios realizados desde diversos ámbitos ya pusieron de manifiesto que existía un problema de violencia tanto física como psíquica en las escuelas, entre los alumnos y en determinados casos contra profesores, estudios que ponían en foco en la necesidad de establecer medidas de prevención. Por ese motivo, los centros educativos han de tener conocimiento de los estudios que afectan a la infancia “entre otras razones por la especial importancia que tiene en el entramado social en orden a la transmisión de valores y a la socialización de los niños y adolescentes”. Considera que a los progenitores no les es exigible dicha capacitación o preparación especial “que domine todos los aspectos educativos, en particular la detección de una victimización por acoso escolar de su hijo o hija, aunque probablemente en el futuro será conveniente que en la prevención de esta lacra se aumente la formación de los propios padres”.

³ PATCHIN, J.W./HINDUJA, S., “Bullies move beyond the schoolyard. A preliminary look at Cyberbullying”, *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol.4, núm.2, 2006, p. 148.

noche⁴. Por ese motivo, hasta el momento al manifestarse el acoso en los centros educativos, como regla general se debía determinar si el centro educativo había desplegado la diligencia correspondiente para poner fin al acoso, con la finalidad de evitar la responsabilidad civil del art. 1903.5 CC⁵, indudablemente, sin olvidar el papel de los progenitores del alumno o alumnos causantes del acoso.

Sin embargo, el ciberacoso, como acabo de mencionar, no tiene por decirlo de algún modo “fronteras físicas”. Este al producirse mediante dispositivos tecnológicos, puede cometerse desde cualquier lugar. Muchos menores de edad suelen llevar el teléfono móvil al colegio, por tanto, es muy fácil que capten fotografías de otros y las suban a redes sociales. Pero también lo pueden cometer en sus propios domicilios, y en cualquier momento del día y de la semana, por ejemplo, por la noche o los fines de semana, momento en que los menores ya no están en la escuela. Por tanto, habremos de cuestionarnos también, qué papel han de desempeñar los padres de los menores que cometen el ciberacoso y si han de responder por sus actos, teniendo en cuenta que no será lo mismo un menor de 13 años que otro de 16.

Por ese motivo, aunque no se mencione de forma expresa el ciberacoso son relevantes los artículos 83 y 84 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁶. El primero de los preceptos hace referencia al Derecho a la educación digital. De este modo en el apartado primero, se

⁴ PATCHIN, J.W./HINDUJA, S., “Bullies move beyond the schoolyard. A preliminary look at Cyberbullying”, op.cit. p. 148.

⁵ La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 180 de 29 de julio de 2015) introduce en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 9 quáter que hace mención al ciberacoso, el cual citamos textualmente: *Artículo 9 quáter. Deberes relativos al ámbito escolar.*

1. Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.

2. Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.

3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

⁶ BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018.

hace hincapié en la obligación del sistema educativo de garantizar la inserción de los alumnos en la sociedad digital y el aprendizaje del uso de los medios digitales de forma segura y respetuosa “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 tal fin, las administraciones han de incluir en el diseño de las asignaturas de libre configuración la competencia digital, así como “*las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red*”. El párrafo segundo contempla la obligación de que los profesores/as reciban las competencias digitales correspondientes, así como la formación que sea necesaria para poder enseñar y transmitir los valores y derechos mencionados. Asimismo, el párrafo tercero hace hincapié en la necesidad de que, en los planes de estudios universitarios, sobre todo, para los que impliquen formación de alumnos, garanticen la formación “*en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet*”.

Esto por lo que respecta a los centros educativos, ya que la ley no elude o se olvida del papel de los progenitores en la era digital. Por ese motivo, el art. 84 no les impone una obligación como en el caso anterior, pero sí dispone en su párrafo primero que “*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*”.

En la actualidad, por desgracia es muy difícil poner fin al acoso y el ciberacoso escolar a pesar de la normativa existente, por varios factores que iremos mencionando a lo largo de este trabajo. Además, hasta el momento es escasa la jurisprudencia que existe sobre el *ciberbullying*, tanto de los tribunales civiles como penales, motivo por el cual, es difícil conocer el tratamiento del daño moral en el ciberacoso, que es el tema central de este trabajo.

2 DEL BULLYING AL CIBERBULLYING ESCOLAR

Antes de hacer referencia al concepto de ciberacoso escolar es necesario definir el acoso escolar o *Bullying*. Para ello es necesario traer a colación la definición de OLWEUS, uno de los primeros estudiosos de esta materia. Para este autor se consideraría como tal la situación que se produce cuando un menor está expuesto, de forma reiterada y durante

tiempo, por otro o varios estudiantes a acciones negativas. Estas implicarían que de forma intencionada se inflige o se intenta infligir heridas o molestias, a través de diferentes formas: 1º) de forma verbal, a través de amenazas, burlas; 2º) físicamente mediante violencia física; y de 3º) mediante gestos, actitudes o conductas⁷.

La doctrina recalca la inexistencia de una definición jurídica unánime, aunque incide en los requisitos que ha de tener la conducta para calificarse como tal⁸. En este sentido es necesario traer a colación la Instrucción de la Fiscalía 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, en la que se explica la necesidad de diferenciar episodios aislados violentos puntuales con el acoso escolar. En este último se ha de presentar la continuidad en el tiempo “pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima, siendo frecuente que el mismo sea la resultante del empleo conjunto de todas o de varias de esas modalidades”. Ha de existir también, una relación de dominación-sumisión, es decir, de desequilibrio de poder; y el deseo de herir o dañar del agresor⁹.

Por su parte, SAVE THE CHILDREN en su “Informe Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción” también pone el foco en

⁷ OLWEUS, D., *Bullying at School. What we know and what we can do*, Blackwell Publishers, Oxford, 1993, p. 9. La jurisprudencia también ha dado una definición de lo que ha de entenderse por tal, así la SAP de Madrid de 15 de noviembre de 2010 (AC 2010\2140), entre otras, lo define como “una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida por algún tiempo” (FJ 4º). La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º. 44 de Madrid, de 25 de marzo de 2011 (AC 2011\466) dispone que “Es así esencial para justificar el acoso antes definido, que concurra una situación repetida o reiterada en el tiempo y en condiciones tales de gravedad que sea susceptible de llegar a generar ese daño o menoscabo en la integridad física y moral del menor, produciéndose además dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos, en tanto ejercen las facultades de guarda y custodia de los mismos, en sustitución de sus progenitores. Es por ello que se impone a tales guardadores la responsabilidad que establece el artículo 1.902 del C, con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva” (FJ 3º).

⁸ PÉREZ VALLEJO, A.Mº/PÉREZ FERRER, F., *Bullying, Cyberbullying y acoso con elementos sexuales*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 18. PÉREZ VALLEJO, A.Mº., “Acoso escolar y responsabilidad civil ex art. 61.3 LORPM”, Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 676.

⁹ INSTRUCCIÓN 10/2005 DE LA FISCALÍA DEL ESTADO Sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, pp. 4 y 5.

las tres características que han de manifestarse en las conductas que se incardinan dentro de lo que puede denominarse acoso escolar, para diferenciarlas de otras situaciones. En primer lugar, que haya por parte del agresor intencionalidad de causar daño, en segundo, que los hechos se produzcan a lo largo del tiempo y, por último, que exista un desequilibrio de poder, en el que la víctima no puede defenderse¹⁰. Además, y esto es muy importante mencionar para diferenciarlo de otras conductas, el agresor o acosador y la víctima han de ser menores de edad, compañeros de colegio e instituto¹¹.

El *Cyberbullying* es una nueva forma de acoso que se produce mediante las TICs. Pueden consistir, tal y como afirma la doctrina, en agresiones mediante mensajes de carácter vejatorios, denigrantes o dañinos a través de diversas redes sociales o de mensajería instantánea¹². Tal y como pone de manifiesto el Informe “Acoso Escolar y Ciberacoso: propuestas para la acción”, esta nueva modalidad implica que existen diversos matices en relación con los elementos definitorios del *bullying*. Por ejemplo, es muy ilustrativa la explicación de la característica de la repetición. El Informe describe que este elemento se daría si un menor sube una fotografía a una red social y la vieran varias personas. Cada vez que se una persona la viera, la compartiera o se comentara se estaría manifestando ya la reiteración. Obviamente, esto no es así en el acoso escolar o “tradicional”. Para que se presentara este elemento, sería necesario que el menor fuera agredido varias veces¹³.

Según el Informe del antiguo INTECO (hoy Instituto Nacional de Ciberseguridad), además de las características que ya hemos podido

¹⁰ SAVE DE CHILDREN, Informe Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2013, p. 21. Véase también COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal, Bosch, 2015, pp. 28 y 29.

¹¹ OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, INTECO, Guía legal sobre Cyberbullying y grooming, 2009, p. 3.

¹² PÉREZ VALLEJO, A.M^a., “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, ADC, tomo LXVIII, fasc., 2015, p. 1393. La guía legal de INTECO mencionada define el Cyberbullying como “el uso o difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, la mensajería de texto a través de teléfonos o dispositivos móviles o la publicación de vídeos y fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos”. Op. cit., p. 3.

¹³ SAVE DE CHILDREN, Informe Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción, op. cit., p. 22. En el mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal, op.cit., p. 31.

mencionar, es decir, reiteración en el tiempo, que la víctima y agresor sean menores y que el acoso se realice a través de las TICs, se pone en énfasis también en que el acoso no ha de tener elementos de carácter sexual y que las partes implicadas, tengan relación o contacto en el mundo físico¹⁴.

Así como en el acoso escolar, ya hemos visto como se producen agresiones físicas y psíquicas, en el ciberacoso desaparecen las primeras, pero se agudizan los efectos del maltrato psicológico. En este sentido, MIRÓ LINARES explica que el ciberacoso seguiría caracterizándose por las conductas que se centran en “atormentar, amenaza, humillar, hostigar o molestar al menor”, sin embargo, al tener como ámbito el ciberespacio esto ha significado un cambio en los sujetos, las causas y sus consecuencias¹⁵. Por tanto, se puede dar la situación de un/a menor que está siendo sometido a ciberacoso, o incluso que se esté produciendo acoso escolar dentro de las dependencias del centro educativo y, además, ciberacoso fuera de ellas¹⁶. Un ejemplo de esta situación es la que se presenta en la Sentencia de la Audiencia provincial de Vizcaya (Sección 5ª) de 25 de enero de 2019¹⁷. En este caso, se pudo constatar que existió acoso en el centro educativo por parte de varias alumnas hacia otra, el cual consistió en burlas, molestias, hostigamientos, manipulación social, insultos, etc. Pero, además, estando en el vestuario del colegio se captaron diversas fotografías mientras la menor se duchaba, las cuales fueron subidas a una red social y compartidas o difundidas entre los alumnos.

HERNÁNDEZ y SOLANO hacen referencia a la existencia de dos modalidades de ciberacoso, por un lado, la que refuerza el acoso escolar que ya se está produciendo y por otro, aquella en la que no existe

¹⁴ OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, INTECO, Guía legal sobre Cyberbullying y grooming, op.cit., p.5. En este sentido, debido al auge de Internet se producen determinadas conductas en la Red que son diferentes al ciberacoso. MENDOZA CALDERÓN, S., “El fenómeno del *cyberbullying* desde el Derecho penal español. Su delimitación con otras formas de ciberacoso en menores”, en CUERDA ARNAU, Mª. L. (dir.), FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.), Menores y redes sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 375 y ss.

¹⁵ MIRÓ °, F., “Derecho Penal, *cyberbullying* y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio”, IDP, núm. 16, junio 2013, p. 64.

¹⁶ La doctrina ha diferenciado el ciberacoso de otras figuras que pueden ser similares como el *cyberstalking* o el *cyberharassment*. El primero hace referencia a acoso a adultos, mientras que el segundo normalmente son actos puntuales. Véase al respecto MIRÓ LINARES, F., “Derecho Penal, *cyberbullying* y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio”, op. cit., p. 64.

¹⁷ ECLI: ES:APBI:2019:2013

previamente *bullying*. El primer supuesto lo describen como “una forma de acoso más sofisticada desarrollada, generalmente, cuando las formas de acoso tradicionales dejan de resultar atractivas o satisfactorias”. Mantienen que se puede identificar al agresor porque coincide con el acosado de forma presencial y, además, los efectos son “sumativos a los que ya padece la víctima, pero también amplifican e incrementan los daños, dada la apertura mundial y generalización del acoso a través de las páginas web”. Por lo que respecta a la segunda modalidad, explican que no existen antecedentes previos pero que, posteriormente, al acoso en Internet, puede producirse de forma presencial¹⁸.

Por otro lado, el Equipo Multidisciplinar de Actuación sobre el *Ciberbullying* (EMICI) establece que el ciberacoso puede identificarse como *bullying* indirecto y puede concretarse a través de tres formas de acoso: el hostigamiento, la exclusión y la manipulación¹⁹.

Por tanto, podemos apreciar como el acoso en la era digital ha cambiado sustancialmente la forma en que un menor puede verse sometido a conductas vejatorias. Si bien en el ciberacoso desaparece el acoso físico como se ha apuntado anteriormente, las propias características de Internet hacen que el menor no pueda estar seguro ni en su propio hogar lo que conllevará a que el daño que se le está provocando y que está sufriendo, sea mucho mayor.

3 EL DAÑO MORAL EN EL CIBERACOSO ESCOLAR

3.1 Efectos del Ciberacoso en el Menor

No podemos poner en duda que el acoso y el ciberacoso escolar provocan graves y perjudiciales efectos y consecuencias en el menor que lo sufre²⁰. Asimismo, el perjuicio no solo se produce en el momento en el

¹⁸ HERNÁNDEZ PRADOS, M^a.A./SOLANO FERNÁNDEZ, I.M^a., “Ciberbullying un problema de acoso escolar”, RIED, vol. 10, 1, 2007, p. 24.

¹⁹ EMICI, Protocolo de actuación escolar ante el Ciberbullying, 2010, p. 15.

²⁰ La Instrucción 10/2005 de la Fiscalía del Estado Sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil ya ponía de manifiesto los perjudiciales efectos que tiene el *bullying* en los menores: “angustia, ansiedad, temor, terror a veces al propio centro, absentismo escolar por el miedo que se genera al acudir a las clases y reencontrarse con los acosadores, fracaso escolar y aparición de procesos depresivos que pueden llegar a ser tan prolongados e intensos que desemboquen en ideas suicidas”, pp. 3 y 4. Por desgracia, en nuestro país hemos visto como el acoso llegó hasta tal punto, que se produjo el peor de los escenarios posibles, el suicidio del menor en el caso Jokin.

que la víctima está siendo sometida a dichas conductas, sino que el daño puede manifestarse o prolongarse incluso en la edad adulta²¹. Además, de las conductas agresivas de la que el menor es víctima, hemos de añadir que existen otros condicionantes que pueden propiciar que se agudice el perjuicio. Puede ser que el menor no hable del tema con sus padres, familiares, amigos incluso con sus maestros por miedo a las represalias o por el sentimiento de vergüenza; los progenitores pueden no darse cuenta de la situación en la que se encuentra su hijo, e incluso los centros docentes pueden no actuar, bien por desconocimiento, o lo que es más serio, para intentar ocultar la situación²². Por poner un ejemplo, podemos citar la SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016 (AC 2016/425) la cual otorga una indemnización de 3.000 euros por las secuelas sufridas por la menor y 6.000 euros por el daño moral sufrido. De este modo la sentencia establece que “es manifiesto que concurre un «pretium doloris» en la menor, no solo por el padecimiento derivado de los daños físicos sufridos con agarrones, tirones de pelo, tirarla al suelo, sino en especial por las zozobras, sufrimientos y angustias de la menor y de sus padres por el trato inadecuado, indebido e injusto que sufría de su compañera y por la falta de medidas eficaces para estas situaciones: ni por los padres de (...), ni por el centro escolar. Todo ello, en un contexto académico y en un momento de la evolución educativa del menor y del desarrollo de su personalidad (12-13 años) de especial significación; y ello son olvidar que la solución final fue el cambio del colegio, lo cual solo es una solución parcial, pues siempre es traumático y no deseado un cambio de colegio y más al final de curso con cambio de profesores, compañeros, técnicas de estudio, etc.”

No obstante, el menor suele presentar una serie de síntomas que pueden estar indicando que está siendo víctima de alguna agresión de este tipo. COLÁS ESCANDÓN agrupa los síntomas en dos tipologías: físicas y psíquicas. Dentro de la primera hace referencia a dolores físicos como de cabeza y abdomen, mareos, náuseas o problemas con el sueño. En el

²¹ En la SAP de Madrid (Sección 25ª) de 11 de mayo de 2012 (AC 2012\384), en el informe correspondiente se pone de manifiesto precisamente esta idea, es decir, que el daño psicológico puede producirse meses o años después, de tal forma que incluso el trastorno de estrés posttraumático puede no remitir con el paso del tiempo, provocando, además, cambios en la personalidad hasta la edad adulta.

²² Entre otros documentos el Informe del Defensor del Menor de Andalucía Acoso escolar y ciberacoso: Prevención, Detección y Recuperación de las víctimas de diciembre de 2006, lo califica de “realidad oculta” y explica los motivos por los cuales se puede calificar como tal, pp. 147-150. Disponible en: http://www.defensordelmenordeandalucia.es/sites/default/files/00_informe_definitivo_acoso_escolar.pdf. Consultado el 28 junio 2019.

segundo de los grupos menciona como efectos “bajada del rendimiento escolar, ansiedad, cambios bruscos de humor, retraimiento, desconfianza, depresión, trastornos alimenticios, trastornos del sueño, miedo a la soledad, tendencia al aislamiento social, intentos de suicidio, suicidio, etc”²³. Normalmente, los menores que se ven sometidos a acoso escolar presentan trastornos adaptativos agudos, ansiedad y depresión y estrés postraumático²⁴.

Ahora bien, no solo los menores pueden verse afectados por los casos de acoso y ciberacoso. Los progenitores de las víctimas suelen sufrir también, aunque sea de forma indirecta, sus efectos, al ver el daño que se les está provocando a sus hijos/as y su sufrimiento ante tales conductas. Ejemplo de esta situación es la que se enjuicia en la SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014, en la cual se constata como la madre está sometida a tratamiento psicológico y psiquiátrico provocada por la situación a la que estaba sometida su hija. La sentencia de la Audiencia confirma la del Juzgado de Primera Instancia y, por tanto, condena a los progenitores de la menor acosadora al pago de más de 28.000 euros en concepto de indemnización: casi 17.500 euros para la menor víctima del acoso, algo más de 5.100 euros para la madre, más 5784 euros en concepto de otros gastos.

PATCHIN y HINDUJA explican que, mediante el acoso escolar, además, del daño físico y psíquico que sufre el menor acosado, este está sujeto a la vergüenza y humillación del entorno social. Por otro lado, señalan que se podría decir que un menor sujeto a ciberacoso puede acabar con él mismo, eliminando el correo electrónico que ha recibido o apagando el teléfono, sin embargo, esto no hace que se solucione el problema. Consideran que la aceptación social es muy importante en un menor y su autoestima, por lo que estos tipos de actos pueden causarle mayores problemas psicológicos y emocionales²⁵.

Las propias características de Internet y las nuevas tecnologías generan, a su vez, un agravamiento del problema. Hemos de tener presente que el anonimato, a través de *nicknames* o pseudónimos, es una circunstancia que propicia la comisión de determinadas vulneraciones de nuestros derechos. Además, la repercusión que pueda tener un comentario

²³ COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal, op.cit., p.40.

²⁴ SAP de Valencia de 10 de julio de 2012 (AC 2012/1503), SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014 (JUR 2014\165222) entre otras.

²⁵ PATCHIN, J.W./HINDUJA, S., “Bullies move beyond the schoolyard. A preliminary look at Cyberbullying”, op. cit. p. 155.

o una fotografía vejatoria en una red social o incluso su difusión por mensajería instantánea, como pueda ser a través de *whatsapp* es muy elevada, lo que hará que el daño en cierto modo se agrave, puesto que el número de “potenciales receptores” será mucho mayor²⁶, con independencia de los mecanismos de denuncia que puedan tener las propias redes sociales. A esto hemos de añadir, que es frecuente que los usuarios de redes sociales agreguen “como amigos” a personas con las que no exista una relación directa, puesto que cuantos más “amigos” tengas es un indicativo de que eres más popular²⁷. Pongamos el ejemplo mencionado anteriormente, de la menor que fue captada en la ducha. Imaginemos la repercusión y el impacto que ha podido tener en ella, el que esa fotografía haya sido subida a una red social, y compartida por *whatsapp*. Es muy difícil cuantificar el número de personas que la han visto y que tienen esa imagen en sus teléfonos. Por tanto, pensemos en el sentimiento de vergüenza y humillación que puede sentir la menor, al ser conocedora de este hecho²⁸.

En este sentido, estudios del ámbito de la Psicología ponen de manifiesto que las consecuencias psicológicas en las víctimas de ciberacoso pueden ser mayores, y que los adolescentes que lo han experimentado han presentado mayores síntomas emocionales y problemas sociales que las víctimas del acoso tradicional²⁹. Como he

²⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *Acoso escolar, bullying y cyberbullying*, Bosh Editor, Barcelona, 2017, p. 94 mantiene que el ciberacoso implica una mayor gravedad de la agresión, ya que “al ser más visible, lo que provoca en las víctimas más humillación y vergüenza que traen consigo, como consecuencia de los rumores, un rechazo social y un gran deterioro en las relaciones sociales de la persona acosada”.

²⁷ ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y las redes sociales”, en FAYOS GARDÓ, A. (Coord.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 71.

²⁸ Para poder ilustrar esta situación considero que es relevante mencionar, aunque se trataba de un adulto un caso que sucedió en un metro de Corea del Sur y que explica SOLOVE, D., *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007, pp. 1 y ss. Una chica iba con su perro en el metro. En un momento dado, el animal hizo sus necesidades sólidas en el vagón y su dueña no las recogió. Los pasajeros que pidieron que las recogiera a lo que ella se negó. Alguien del metro hizo una fotografía del suceso y la subió a una red social que se hizo viral. Los efectos negativos de tal suceso tuvieron tal calibre para la joven que tuvo que abandonar la universidad. Si esto le ocurrió a una joven universitaria imaginemos el impacto que podría tener en un menor de edad.

²⁹ SCHOEPS, K./VILLANUEVA, L./PRADO-GASCÓ, V.J./MONTROYA-CASTILLA, I., “Development of emotional skills in adolescents to prevent Cyberbullying and improve subjective well-being”, *Frontiers in Psychology*, vol.9, octubre 2018, p. 2.

mencionado anteriormente, el menor que está siendo acosado presencialmente, puede sentirse “relativamente” seguro en su casa, conocedor de que sus agresores no pueden hacerle daño allí. Pero esto no ocurre en el ciberacoso, la víctima no tiene una zona física de seguridad, puesto que las conductas vejatorias se están provocando en la red.

3.2 La Problemática de la Cuantificación del Daño Moral en el Ciberacoso

Obviamente, en virtud de los arts. 1902 y 1903 CC el que ocasiona un daño, en este caso un menor a otro menor, ha de indemnizarle. En este caso al ser el ámbito subjetivo, personas menores de edad, se aplicará el art. 1903 en relación con los centros docentes y los progenitores³⁰. Sabemos que la responsabilidad civil comprende tanto los daños materiales como los morales, aunque como ha matizado la doctrina, los daños materiales y patrimoniales será más difícil que se presenten en este tipo de acoso³¹. Por otro lado, junto con la dificultad que existe a la hora de la determinación de la indemnización en casos de ciberacoso, se ha de mencionar otro problema muy complejo en la práctica y que ha sido puesto de manifiesto por diversos autores. Estamos haciendo referencia al complejo sistema de responsabilidad civil que se deriva de un caso de acoso o ciberacoso escolar, en función de la edad del causante del daño y que se considera como “injustificable” en palabras de PÉREZ VALLEJO y PÉREZ FERRER. Esta complejidad se debe a que no solo no se aplica el régimen del Código Civil en materia de daños, sino que existen reglas sobre responsabilidad civil en el Código Penal y en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en función de la edad de los menores³², puesto que no será lo mismo que el ciberacoso lo cometa un menor de menos de 14 años que uno de entre 14 a 18 años.

³⁰ Vid. GETE -ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en SOLÉ RESINA, J./ ALMADA MOZETIC, V., (coords.), *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 271-288. CORDERO CUTILLAS, I., “Responsabilidad de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales”, en prensa.

³¹ PÉREZ VALLEJO, A.M^a., “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, op. cit., p. 1416.

³² MORENO MARTÍNEZ, J.A., “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 779 y ss. PÉREZ VALLEJO, A.M^a./PÉREZ FERRER, F., *Bullying, Cyberbullying y acoso con*

Centrándonos ya en el tema, sabemos que el daño moral es una de las grandes cuestiones en materia de responsabilidad civil. En este sentido es necesario traer a colación la STS de 22 de febrero de 2001³³, cuyo extenso fundamento jurídico sexto se centra en la conceptualización del daño moral. De forma textual señala que “En torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado – o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica”. Posteriormente, hace referencia a una integración negativa y otra positiva. Dentro de la primera incluiría “toda detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum económico», sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico”. En la positiva, considera que por daños morales “habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales”. De este modo, se pueden incluir sufrimientos, dolores físicos o psíquicos, la frustración, la ruptura de afectos o lazos entre otros³⁴.

elementos sexuales, op. cit., p. 146. PÉREZ VALLEJO, A.M^a, “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, op. cit., pp. 1409 y ss. LUQUIN BERGARECHE, R., “Responsabilidad civil por daños causados a menores por acoso escolar: una aproximación crítica”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 5/2007, (BIB 2017/11142). GRIMALT SERVERA, P., La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales, Comares, Granda, 2017.

³³ RJ 2001\2242. Este caso no hacía referencia a un supuesto de acoso escolar sino de responsabilidad civil por la caída de una persona desde la terraza de un hotel.

³⁴ Puede consultarse entre otros: DÍEZ PICAZO, L., El escándalo del daño moral, Civitas, Navarra, 2008; YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad civil extracontractual. Parte general, Dykinson, Madrid, 2018, 4ª edición, pp. 192 a 203;

Como posteriormente, podemos ver en alguna resolución judicial, para el cálculo de la indemnización se tiene en cuenta el baremo aplicable a los accidentes de circulación³⁵. Pero es que, además, hemos de tener en cuenta como muy bien señala la SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2008 (AC 2009\124), que es muy difícil precisar cómo “se puede calibrar el sufrimiento de un niño, ante una situación de este tipo, viéndose solo, humillado, atacado de manera continua y sin protección alguna por aquellos que deberían habérsela dispensado, en una edad preadolescente, los once años, en la que tan necesaria es para la formación de la propia estima, la seguridad que proporcionan las relaciones con los amigos y compañeros del colegio, y la tutela de aquellos que asumen la dirección de su formación, pues estos hechos se producen en un ámbito que escapan al cuidado de los padres, ajenos a lo que sucede con la vida de su hijo durante el tiempo que es confiado al Centro Escolar” (FJ 5º). En este supuesto se le indemniza con la cantidad de 30.000 euros.

Para la cuantificación del daño moral, sabemos que se deja al arbitrio del juzgador, aunque considero que podría ser importante como factores a tener en cuenta a la hora de resarcir el daño y establecer la oportuna indemnización, los criterios que tiene en cuenta la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 9.3 tiene cuenta para la cuantificación de la indemnización, entre otros factores, “la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”³⁶. Es decir, no será lo mismo una conducta incardinable dentro del ciberacoso

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., Tratado de Responsabilidad Civil, Civitas, Navarra, 1993, pp. 675 y ss; GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F./MARÍN GARCÍA, I., (Dirs.), El daño moral y su cuantificación, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, 2ª edición, pp. 29-71. ROGEL VIDE, C., Responsabilidad Civil. Estudios, editorial Reus, Madrid, 2019, pp.55 a 81. CASADO ANDRÉS, B., “El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, vol. 9, mayo de 2015.

³⁵ Vid entre otros MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., Acoso escolar, bullying y cyberbullying, op.cit., p. 182.

³⁶ GÓMEZ DÍAZ-ROMO, A., Responsabilidad patrimonial derivada de acoso escolar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 233 y 234 pone de manifiesto que, junto con la normativa de la seguridad vial, para determinar la cuantía de la indemnización podrían tenerse en cuenta la regulación de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados y la Ley 1/1982, de 5 de mayo, por dos motivos: uno por la proximidad de la materia respecto al acoso escolar y porque se tienen en cuenta, además de la gravedad de los hechos, las circunstancias del caso o de la infracción.

en un perfil de una red social donde su causante tiene muchos seguidores o incluso lo tiene público, como en un grupo reducido de personas que han recibido, por ejemplo, la fotografía lesiva.

3.3 El Deber de Vigilancia de los Progenitores en la Era Digital

Otro aspecto que no podemos obviar y que puede coadyuvar a la generación del daño es el papel que juegan los progenitores al respecto. Obviamente, nadie pone en duda que aquellos padres y madres que son conscientes de las conductas de acoso escolar de sus hijos/as o no han desplegado la diligencia debida, deben responder en virtud del art. 1903.2 CC. Ahora bien, la problemática en el ciberacoso es bastante diferente. Sabemos que es muy complicado para los progenitores controlar las redes sociales o incluso los teléfonos móviles de los menores, sobre todo a medida que se van haciendo mayores. Tal y como expresa GRIMALT SERVERA el uso de las redes sociales por parte de los menores puede considerarse como parte de su libertad de expresión, de información y el libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, el control que puedan realizar los progenitores podría interpretarse o considerarse como una limitación a estos derechos incluso una invasión a la intimidad del menor³⁷.

A esto hemos de añadir que, incluso, muchos de ellos pueden desconocer su funcionamiento de las redes social, aunque es más difícil alegarlo en las aplicaciones de mensajería instantánea. Por tanto, el ámbito de control en el que nos estamos moviendo es bastante diferente del acoso tradicional al ciberacoso. La pregunta clave que hemos de hacernos es si deben responder siempre los progenitores en los casos de ciberacoso por los actos que cometen sus hijos. En un principio, la respuesta debería ser afirmativa, por el precepto mencionado. Para apoyar este argumento hemos de traer a colación la SAP de Guipúzcoa de 27 de mayo de 2016³⁸ que condena de forma solidaria al centro educativo, a la compañía de seguros y al progenitor de una menor, por los daños psicológicos que padeció una profesora por los actos de aquella, que en el momento de los hechos tenía 13 años. Esta profirió determinados comentarios ofensivos en una red social, lo que conllevó a que otros compañeros se burlaran de ella. El tribunal condena al padre al pago de la indemnización porque, y cito textualmente, “pues teniendo en cuenta que

³⁷ GRIMALT SERVERA, P., La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales, op.cit., p. 131.

³⁸ AC 2016/1329

la misma era menor de edad, debió tomar las medidas adecuadas para asegurarse de que comprendía el alcance de los medios y elementos electrónicos que ponía a su disposición y también las oportunas medidas para asegurarse del correcto uso que hacía de ellos, precauciones que, además, y como progenitor que era suyo, debió extremar, dado que su hija contaba en el momento de los hechos con la corta edad de 13 años³⁹. Sin embargo, la solución *a priori* no es tan sencilla, por la posible colisión de derechos que pueda existir. Lo que está claro es que los progenitores han de desplegar toda la diligencia debida para que sus hijos/as no hagan un mal uso de las redes sociales y sean autores de conductas de ciberacoso o participen del mismo. Por ese motivo, la información y la educación que han de proporcionarles sobre el uso de los dispositivos tecnológicos es básica.

4 EL CIBERACOSO ESCOLAR EN LA JURISPRUDENCIA

Como comenté al inicio de este trabajo, hasta el momento son escasas las sentencias pronunciadas al respecto. A continuación, traeré a colación las resoluciones judiciales que tienen una incidencia directa sobre el ciberacoso, aunque ya adelanto que, en la mayoría de ellas, lo que existe básicamente son actos de acoso escolar con algún episodio de ciberacoso.

En la SAP de las Palmas 15 de noviembre de 2013³⁹ (penal) consta la existencia de acoso, pero se discutía quiénes eran los participantes del mismo. En este caso, el menor había sido sometido a burlas, vejaciones y, además, se colgó en una red social una fotografía suya, que dio origen a una serie de mofas. Esto le provocó según establece el escrito de acusación “un trastorno adaptativo mixto, con sintomatología ansiosa depresiva de carácter crónico, con deterioro significativo de la actividad social y académica, presentando como secuelas psicológicas una autoestima devaluada, sentimiento de indefensión, miedo intenso a determinados estímulos, aislamiento social y nivel de dependencia hacia su familia no acorde con su edad” (FJ 3º).

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª), de 24 de mayo de 2011⁴⁰ (también penal) dos menores crearon un perfil falso en una red social a nombre de una compañera de instituto, en la que se colgaron diversas fotos de la afectada. Esto le provocó según la sentencia “un trastorno adaptativo

³⁹ JUR 2014\3749

⁴⁰ ARP 2011\597

ansioso depresivo moderado”, durante algo más de un año, necesitando, posteriormente, apoyo especializado por estrés postraumático. Por tanto, hubo un daño psicológico que, aunque se trató, persistieron determinadas secuelas. El tribunal considera que hay una falta de vejaciones injustas. No obstante, lo que a nosotros nos interesa es el tema de la responsabilidad civil. En este supuesto el juzgador de instancia aplicó el baremo que se utiliza para cuantificar los daños personales, en relación con la responsabilidad civil que se genera como consecuencia de los accidentes de circulación y otorga una indemnización de doce mil cuatrocientos euros. También aplica el baremo la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012, en un grave caso de acoso, en el que se produjeron vejaciones y agresiones físicas, lo que le provocó un trastorno de estrés postraumático. Se condena al centro escolar a la cantidad de más de 32.000 euros.

Por otro lado, en lo atinente a la cuestión de si un solo acto puede considerarse como ciberacoso, la sentencia de la Juzgado de Instrucción de Sevilla de 25 de febrero de 2009⁴¹ considera una falta de vejaciones injustas, la conducta realizada por un menor, el cual colgó en su perfil de una red social una fotografía de un compañero de colegio suyo manipulada. Dicha fotografía estuvo colgado un par de meses, lo que dio lugar a las correspondientes burlas de algunos estudiantes del centro educativo. En la resolución no se habla de acoso escolar en ningún momento, aunque se condena al autor como responsable de una falta de vejaciones injustas, con la pena de multa.

Por lo que respecta a la jurisprudencia menor, podemos poner algunos ejemplos sobre las indemnizaciones reconocidas en función de los hechos. De este modo la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014, fija la cuantía en 10.000 euros por el acoso sufrido durante 5 meses (en el que se incluye el golpe con una arizonita, cambio de colegio, anuncios en twitter de que iban a pegarle, entre otros), cantidad que ha de abonar el centro escolar.

En el caso de la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2017 se condena al centro escolar al pago de 46.000 euros por el acoso físico y psíquico que sufrió un menor por parte de compañeros de colegio, situación que se agravó cuando se colgó en una red social una fotografía suya con comentarios ofensivos⁴².

En el supuesto enjuiciado en la SAP de Cantabria de 25 de mayo de 2012⁴³, se ve un claro ejemplo de coexistencia entre acoso y

⁴¹ ARP 2009\741

⁴² AC 2017\607

⁴³ To15.360.007

ciberacoso escolar. Una menor se vio sometida a acoso físico y psíquico por un grupo de alumnas de su colegio, el cual siguió a pesar del cambio de centro educativo durante un periodo de dos años⁴⁴. Además, en una red social se insultó en diversas ocasiones a la menor afectada. La Audiencia, después de explicar que el “bullying” puede comprender un conjunto de conductas que provocan a la víctima “sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”, considera que las actuaciones llevadas a cabo por las menores se integrarían dentro del tipo penal del art. 173 del Código Penal que atentaría contra la integridad moral.

Por último, podemos hacer referencia a la SAP de Madrid (Sección 23^a) de 29 de mayo de 2017⁴⁵. Varias jóvenes crearon perfiles sociales falsos en una red social, en ella colgaron varias fotos, fotomontajes y comentarios vejatorios e insultantes. En el momento en que se cometieron los hechos la menor tenía 17 años lo que en palabras de la Audiencia “dato que no se puede soslayar por la vulnerabilidad propia de los y las adolescentes, máxime en esa franja antes de la mayoría de edad, repleta de inseguridades y complejos y donde prima por encima de la familia, lo que opine su tribu, es decir, su autoimagen o autoconcepto que se crea a partir del grupo, momento crucial en la evolución y formación de su personalidad, en el que sobre imágenes suyas que había colgado en otra red social, se editan frases absolutamente despreciables y humillantes, siendo objeto de mofa y escarnio no solo durante el tiempo que estuvieron colgadas, debiendo valorar también su difusión a través de las contestaciones, etiquetados, retuits, capturas etc (...)” (FJ 6^o). La denuncia de la menor provocó, además, que la clase le reprochara su actuación. La SAP absolvió a las acusadas del delito de falsedad documental, pero mantuvo la condena por delito contra la integridad moral y otorgó una indemnización de 2.400 euros por los daños sufridos.

⁴⁴ Según se desprende de los informes periciales la menor sufrió “un alto estado de ansiedad y una tendencia muy alta a responder con estados de ansiedad a situaciones estresantes o percibidas como amenazadoras, malestar psicológico, conductas de evitación, déficit de autoestima, dificultad de conciliar el sueño, cambios en el comportamiento habitual, dificultad de concentración, hipervigilancia, sintomatología ansioso-depresiva y alteraciones alimenticias y conductuales, con disminución del rendimiento escolar, imputando los psicólogos tales desajustes a los hechos aquí investigados; el informe forense detecta claro malestar clínico significativo y con deterioro social y de otras actividades vitales, compatibles con acoso escolar, no encontrando otros factores estresantes que pudieran justificar dicha sintomatología” (FJ 3^o).

⁴⁵ LA LEY 104422/2017

5 REFERENCIAS

- CASADO ANDRÉS, B., “El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 9, mayo de 2015.
- COLÁS ESCANDÓN, A.Mª., *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, 2015.
- CORDERO CUTILLAS, I., “Responsabilidad de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales”, en prensa.
- CUERDA ARNAU, Mª. L. (dir.), FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Menores y redes sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Navarra, 1993
- Defensor del Menor de Andalucía. *Acoso escolar y ciberacoso: Prevención, Detección y Recuperación de las víctimas*. Diciembre 2006 Disponible en: <http://www.defensorde lmenordeandalucia.es/sites/default/files/00_informe_definitivo_acoso_escolar.pdf>. Consultado el 28 junio 2019.
- DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Civitas, Navarra, 2008.
- EMICI, *Protocolo de actuación escolar ante el Cyberbullying*, 2010.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y las redes sociales”, en FAYOS GARDÓ, A. (Coord.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 71.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en SOLÉ RESINA, J./ ALMADA MOZETIC, V., (coords.), *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 271-288.
- GÓMEZ DÍAZ-ROMO, A., *Responsabilidad patrimonial derivada de acoso escolar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F./MARÍN GARCÍA, I., (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, 2ª edición, pp. 29-71.
- GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.
- HERNÁNDEZ PRADOS, Mª.A./SOLANO FERNÁNDEZ, I.Mª., “Cyberbullying un problema de acoso escolar”, *RIED*, vol. 10, 1, 2007, p. 24.
- LUQUIN BERGARECHE, R., “Responsabilidad civil por daños causados a menores por acoso escolar: una aproximación crítica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2007, (BIB 2017/11142).
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *Acoso escolar, bullying y cyberbullying*, Bosh Editor, Barcelona, 2017.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *SAVE DE CHILDREN, Informe Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*. Madrid, 2013.
- MIRÓ °, F., “Derecho Penal, *cyberbullying* y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio”, *IDP*, núm. 16, junio 2013.

MORENO MARTÍNEZ, J.A., “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 779 y ss.

OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, INTECO, *Guía legal sobre Ciberbullying y grooming*, 2009.

OLWEUS, D., *Bullying at School. What we know and what we can do*, Blackwell Publishers, Oxford, 1993.

PATCHIN, J.W./HINDUJA, S., “Bullies move beyond the schoolyard. A preliminary look at Cyberbullying”, *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol.4, núm.2, 2006.

PÉREZ VALLEJO, A.M^a., “Acoso escolar y responsabilidad civil *ex art.* 61.3 LORPM”, Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ VALLEJO, A.M^a., “El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar”, *ADC*, tomo LXVIII, fasc., 2015.

PÉREZ VALLEJO, A.M^a/PÉREZ FERRER, F., *Bullying, Ciberbullying y acoso con elementos sexuales*, Dykinson, Madrid, 2016.

ROGEL VIDE, C., *Responsabilidad Civil. Estudios*, editorial Reus, Madrid, 2019

SCHOEPS, K./VILLANUEVA, L./PRADO-GASCÓ, V.J./MONTROYA-CASTILLA, I., “Development of emotional skills in adolescents to prevent Cyberbullying and improve subjective well-being”, *Frontiers in Psychology*, vol.9, octubre 2018, p. 2.

SOLOVE, D., *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2018, 4^a edición,

EL DEBER DE EDUCAR A LOS MENORES EN EL USO ADECUADO DE LAS REDES SOCIALES

Iciar Cordero Cutillas¹

Sumario: 1. Planteamiento; 2. Autonomía del menor para acceder a las redes sociales y su educación; 2.1. Deber de instrucción en la utilización de las redes sociales; 2.1. Edad mínima para acceder a las redes sociales; 3. Deber de cuidado y asistencia de los padres.

1 PLANTEAMIENTO

Es una realidad, que sea cada vez más frecuente que los menores utilicen las redes sociales para comunicarse con sus compañeros y amigos. Como dice Piñar Mañas², según un estudio de menores y Redes Sociales, realizado hace unos años los jóvenes españoles hasta los 18 años utilizaban Tuenti en un 60% y Facebook en un 21%. Aunque la edad mínima para acceder a las redes sociales ha rondado los 13 o 14 años, es “un secreto a voces que hay un porcentaje muy elevado de usuarios de

¹ Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat Jaume I, Coordinadora del Máster Universitario en Abogacía y Vicedecana de Máster de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Es, además, Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón.

En lo atinente a su producción científica es autora de 3 monografías y cuarenta artículos y capítulos de libro, sobre temas que versan en todas las vertientes del Derecho Civil. Ha realizado varias estancias de investigación en Estados Unidos y Suiza. Las líneas de investigación principales han sido sobre la protección de la persona y el Derecho de Familia, así como Internet y los derechos de la personalidad.

² PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores”, *Redes sociales y privacidad del menor*, Madrid, 2011, p. 64.

redes sociales que son menores de 14 años”³. En el año 2009 ya el 92% de los jóvenes españoles entre 11 y 20 años eran usuarios de las redes sociales, conforme al Informe de la Fundación Pfizer sobre “*la juventud y las Redes sociales en internet*”⁴

Los menores en general y, más concretamente, los de corta edad no se percatan de los peligros, entre muchos, que pueden tener la utilización de las redes sociales como herramienta para difundir datos privados propios o ajenos o para canalizar comentarios inapropiados, ridiculizando, atentando contra la intimidad o el honor de otros compañeros o personas adultas. Los comportamientos inadecuados de los menores, que en décadas pasadas se realizaban de manera privada en círculos de amigos o de compañeros en el patio de los centros docentes, actualmente se realizan a través de las redes sociales con la publicidad que se deriva de las mismas. El mundo de internet, no solo supone riesgos de intromisiones ilegítimas e inconsentidas en la privacidad del menor de edad, sino que, además, es el caldo de cultivo para las amenazas que puedan desembocar en acoso o simplemente en daños a la integridad física o moral de terceros por la repercusión pública de los comentarios inapropiados⁵.

Todo ello conlleva la necesidad de educar al menor en un uso adecuado en la utilización de las redes sociales. Sin embargo, los padres tienen menos conocimiento de las redes sociales que sus propios hijos. Y, a estos efectos se plantea la siguiente cuestión que trataremos de indagar en el presente trabajo: ¿Quién tiene el deber de educar al menor?

³ PIÑAR MAÑAS, J.L., *op. cit.* p.79.

⁴ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de los datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1689.

⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., “*La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos*”, *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dir. I.Briones Martínez, Dykinson, Madrid, 2014, p. 204. *La citada autora advierte que a pesar de los innumerables beneficios que conlleva la utilización de los medios electrónicos, es necesario tener en cuenta cómo internet, y especialmente las plataformas de difusión de contenidos están siendo utilizadas como medios para la propagación de contenidos violentos, o lesivos contra menores de edad o discapacitados. Así mismo el Informe de Fiscalía (2018), apartado g “criminalidad informática: advierte, como dato relevante “la frecuencia creciente con que se utilizan las tecnologías como medio para canalizar el hostigamiento, la humillación...el acoso...”*

2 AUTONOMÍA DEL MENOR PARA ACCEDER A LAS REDES SOCIALES Y SU EDUCACIÓN

Los menores tienen autonomía para acceder libremente a las redes sociales a partir de una cierta edad, en la que se presume la madurez intelectual y volitiva y, por tanto, la capacidad para comprender las consecuencias del uso que puedan realizar.

Los padres, como regla general, y si ostentan la patria potestad, tienen la representación legal de sus hijos. Sin embargo, como excepción quedan excluidos de la representación, conforme al art. 162.1 del Código civil, en aquellos *actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez puedan realizar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*".

El citado precepto ha sido modificado por el art. 2.12 de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (en adelante Ley 26/2015). Y se ha suprimido⁶, de la excepción de la representación de los padres, otros derechos que *"el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"* y, además, se ha reforzado el control de los padres sobre los concretos actos de ejercicio de los derechos de la personalidad que los hijos puedan realizar. Puesto que, el citado precepto indica con carácter imperativo que los padres, como responsables parentales, *"intervendrán"*, y lo harán siempre que sea lo más beneficioso para el menor.

Al mismo tiempo, los menores deben asumir deberes y responsabilidades en todos los ámbitos de la vida. A estos efectos, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LPJM), modificada por la Ley 26/2015, de 28 de Julio, dispone, en el apartado 1 del art. 9 bis relativo a los *"Deberes de los menores"* lo siguiente: *"Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos*

⁶ Se desconoce la razón. No obstante, el autor de la enmienda que propició esta modificación, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, dijo para justificarla: *"La redacción actual del art. 162.1.º del CC puede llevar a confusión, pues cabría interpretar que los titulares de la patria potestad, no pueden ostentar la representación legal de los hijos menores no emancipados, no solo respecto de los actos relativos a los derechos de la personalidad, sino de cualesquiera otros que vengan determinados en disposiciones normativas o que los menores, de acuerdo a su madurez y con los usos sociales, puedan realizar por sí mismos"*

que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social” y, concretamente en el ámbito escolar, el apartado 2 del art. 9 quáter, de la citada Ley, señala que “los menores tiene que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como a sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso”⁷.

Y es la propia Ley 1/1996 PJM, la que indica en el apartado 3 del art. 9 quáter que es el sistema educativo el que debe implantar el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

2.1 Deber de Instrucción en la Utilización de Las Redes Sociales

La educación, como derecho-deber que les asiste a los padres, no es exclusivo de ellos sino de todas las instancias que colaboran en su realización: padres, poderes públicos, grupos ideológicos, profesores y alumnos. La educación de un hijo debe ir encaminada a su preparación para una vida sana física y moralmente, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física⁸.

El art. 27 de la CE garantiza el derecho a la educación que tiene por objeto “el pleno desarrollo de la personalidad humana (apartado. 3). La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LO2/2006), señala los principio y fines para una mejora de la calidad de la enseñanza. Entre los principios inspiradores se encuentran: La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto (art. 1.c LO 2/2006); así como la ausencia de violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en acoso escolar (art. 1. K).

⁷ El ciberacoso implica el uso de los dispositivos electrónicos para realizar el acoso, que en el caso de que sea ejercido contra los docentes o personas implicadas en las tareas educativas recibe el nombre de “*bullying vertical*” en contraposición con el ejercido contra los compañeros, *bullying horizontal*”. Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., “Responsabilidad civil por daños causados a menores por acoso escolar: una aproximación crítica” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, editorial Aranzadi, 2017 (BIB 2017/11142).

⁸ AAVV., “Comentario al art. 154 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Aranzadi, enero 2015, (BIB 2015/5683).

Los fines que se pretenden alcanzar con el sistema educativo son: 1 – El pleno desarrollo de la personalidad de los alumnos (letra a del art. 2.1 LO 2/2006); 2 – La educación en el respeto a los derechos fundamentales (letra b), en el ejercicio de la tolerancia (letra c), en la responsabilidad individual (letra d); 3 – La preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural (letra k).

Recientemente, se ha introducido una letra (l) en el apartado 1 del artículo 2 de la LO 2/2006, por la Disposición final décima de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos digitales (en adelante LOPDGDD). El nuevo apartado l) hace referencia a la capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva.

Los menores hasta los 12 años (educación primaria), a través del sistema educativo, deberán conocer y apreciar los valores y las normas de convivencia; deben aprender a obrar de acuerdo con ellas y prepararse para el ejercicio activo de la ciudadanía (art. 17 LO 2/2006). Mientras que para los alumnos de 12 a 16 años (educación secundaria), el sistema educativo debe contribuir a desarrollar las capacidades que les permitan asumir responsablemente sus deberes, conocer y ejercer sus derechos en el respeto a los demás (art. 23 LO 2/2006).

En toda la labor de aprendizaje y formación del menor, los padres deben colaborar con el Centro docente para alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad del menor, de ahí la plena comunicación que debe imperar entre profesores y padres.

Los menores, a edades tempranas, se introducen en el mundo *on-line* y los padres y educadores no tienen muchos recursos para controlar las actividades de los menores, salvo la prohibición⁹. Pero como indica Troncoso¹⁰, *“aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es posiblemente, condenarle al desarraigo. El acceso a internet es un derecho*

⁹ Sin embargo, entiende SANTOS MORÓN, M.J., en “Daños causados por menores: Responsabilidad paterna y estándar de diligencia”, *Revista de Derecho privado*, N° 3, mayo-junio, 2012, p. 25 que, al menor, por lo menos de 14 años no se le puede impedir la participación en las redes sociales, del mismo modo que no se le puede impedir que se relacione con los demás, ya que sería claramente contrario a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE en relación con el art. 3 LOPJM).

¹⁰ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección...*, *op. cit.*, p. 1691.

fundamental de la persona, lo que no quiere decir que no tenga que estar sometido a límites, que requieren de una regulación legal y un control judicial, sin perjuicio de la posible intervención en el ámbito de autoridades administrativas independientes”.

No cabe duda, que el mundo de las redes sociales ha provocado un cambio sociológico¹¹, y no se debe excluir a los niños de esa nueva realidad en la que viven. Ahora bien, es preciso, con carácter previo, una adecuada educación en el uso de las nuevas tecnologías que los menores deberían adquirir desde todos los ámbitos, esto es: padres, centros educativos y en general de la sociedad. Y los padres junto con los Centros docentes deben colaborar recíprocamente para inculcar en el menor el uso adecuado de las redes sociales.

La nueva LOPDGDD parece definir, con mayor precisión, que los deberes, en el adecuado uso de las redes sociales, recaen en el sistema educativo y, por tanto, en el Centro escolar. Como ya hemos dicho con anterioridad, es uno de los fines educativos y, en este aspecto, el art. 83.1 de la LOPDGDD relativo al “Derecho a la educación digital” señala que *“El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un 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. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo...”*. Por lo que respecta a los padres,¹² éstos deben procurar que sus hijos hagan un uso razonable y responsable de los dispositivos digitales. Pero la educación en el uso adecuado de estos dispositivos reside en las instituciones capacitadas¹³ para inculcar en los menores la cultura del mundo de internet, puesto que los padres, en general, no tienen muchos conocimientos sobre las consecuencias del uso que sus hijos realizan en las redes sociales¹⁴.

¹¹ V id. GIL. ANTÓN, A., “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p.7.

¹² El apartado 1 del art. 84 de la LOPDGDD señala *“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 información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales”*.

¹³ Esto es, los Centros docentes. Para ello, al profesorado, -conforme al apartado 2 del art. 83 LOPDGDD-se le deberá instruir en este ámbito para que pueda transmitir los valores y derechos referidos en el apartado anterior del citado artículo.

¹⁴ En realidad, esa educación en el funcionamiento de las redes sociales se le debe dispensar a la sociedad en general, desde los más pequeños, a través de los Centros

En consecuencia, los menores recibirán una educación adecuada y completa sobre el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (las TIC) a través de asignaturas de libre configuración (párrafo 2 del apartado 1 del art. 83 LOPDGDD) para evitar situaciones de riesgo derivados de un uso inadecuado, con especial atención a las situaciones de violencia en la red. Para ello, las Administraciones Educativas disponen de un año, a partir de la entrada en vigor de la LPDGDD (7 de diciembre de 2018), esto es, hasta el 7 de diciembre de 2019, para dar cumplimiento con el programa formativo en los menores (Disposición adicional vigésimo primera, -educación digital- de la LOPDGDD)

Sin embargo, hasta la actualidad, el ordenamiento jurídico no ha impedido que los menores de edad hayan accedido libremente a las redes sociales, sin que previamente hayan adquirido conocimiento del entorno en el que se desenvuelven, y, se ha permitido su acceso, simplemente por tener una edad.

2.2 Edad Mínima para Acceder a las Redes Sociales

El Reglamento Europeo de Protección de Datos entró en vigor recientemente el 25 de mayo de 2018¹⁵. El art. 8 en apartado primero especifica “las condiciones aplicables al consentimiento del niño, en relación con los servicios de la sociedad de la información”, de tal manera que el tratamiento de los datos personales de un niño, se considera lícito, cuando tenga como mínimo la edad de 16 años (a los efectos de la aplicación del art. 6, del apartado 1, letra a). 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. No obstante, el segundo párrafo de este apartado señala la libertad de la que dispone los Estados miembros para que fijen una edad inferior, siempre que no sea menor de 13 años.

educativos hasta los adultos, a través de las Universidades (letra l del apartado 2 del art. 46 LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, añadida por la Disposición final octava de la LOPDCPGDD), para que, con el trascurso del tiempo, esos chicos/as que se convierten en padres-madres puedan coadyuvar con los Centros docentes en la educación, en este ámbito, de sus hijos.

¹⁵ Reglamento Europeo (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 la que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

El legislador europeo establece como mínimo una edad en los menores, que es próxima a la mayoría de edad, más concretamente la equipara a la posible emancipación para presumir la capacidad del menor en la comprensión de las consecuencias del uso de las nuevas tecnologías y el acceso a las redes sociales. En función de la edad que cada Estado miembro establezca para acceder a las redes sociales, el apartado segundo del Reglamento mantiene que “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 aplicable”.

En España, como ya hemos indicado con anterioridad, se ha aprobado recientemente la LOPDGDD publicada en el BOE de 6 de diciembre de 2018 (Núm 294)). La citada Ley establece, como regla general, la edad de 14 años para que el menor pueda consentir, por sí solo, sobre sus datos de carácter personal (art. 7¹⁶). Dicha edad ya venía contemplada en el RD 1720/2007 por el que se desarrolló la LOPD de 15 de diciembre de 1999. Sin embargo, la idea inicial, en la tramitación del texto actual de la LOPDGDD (Anteproyecto PD¹⁷), era rebajar a los 13 años la edad para que pudiera consentir sobre sus datos personales.

El Consejo de Estado (en pleno) emitió dictamen por unanimidad, el 26 de octubre de 2017¹⁸, en el que consideró que la rebaja

¹⁶ El citado precepto hace referencia al “Consentimiento de los menores de edad” y, señala: “1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.

¹⁷ Elaborado por el Ministerio de Justicia que trasladó al Consejo de Ministros.

¹⁸ Dictamen Consejo de Estado. Expediente: 757/2017. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-757>>. Consultado en 30 julio 2019.

“Artículo 8: Consentimiento de los menores de edad.

Haciendo uso de la habilitación contenida a tal efecto en el artículo 8.1, párrafo segundo, del Reglamento general, el artículo 8 del Anteproyecto fija en 13 años la edad a partir de la cual el tratamiento de los datos personales de un menor puede hacerse con su propio consentimiento, en lugar del de sus padres o tutores.

Se modifica así el límite de edad fijado a estos efectos en la vigente normativa española (14 años, de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), y en el propio Reglamento general de protección de datos, cuyo artículo 8.1 establece dicho límite

con carácter general en 16 años, para a continuación establecer que "los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años".

La modificación propuesta reviste cierta trascendencia, al separarse del criterio general recomendado por el legislador comunitario (16 años) y optar por la edad que este fija como límite inferior máximo (13 años). Requiere, por ello, una adecuada justificación, que se encuentra sucintamente expuesta en la Memoria justificativa, con referencia a algunos de los argumentos esgrimidos en el trámite de información pública a favor de esta opción (entre otros, por *Save The Children* o la asociación *Pantallas Amigas*). En particular, se hace referencia a la necesidad de posibilitar el pleno desarrollo del menor y promover su participación en la sociedad; el fomento de la autonomía y la madurez, que requiere la capacidad de tomar decisiones; las posibilidades de acceder a servicios globales; o la reducción de escenarios irreales y de efectos adversos.

Ciertamente, la exigencia del consentimiento parental podría impedir la utilización de Internet por los menores en determinados casos, limitando el desarrollo de habilidades indispensables en el actual entorno digital. Por otra parte, no hay que olvidar que muchos de los servicios de la sociedad de la información a los que se refiere el artículo 8 del Reglamento comunitario se prestan por empresas cuya sede está situada fuera de la Unión Europea, por lo que la situación legal en el ordenamiento del prestador del servicio no es del todo irrelevante a efectos de garantizar una aplicación eficaz de este requisito. A este respecto, la Memoria justificativa apunta que "si la edad mínima en España es superior a la edad mínima establecida en otro país (europeo o no) se hace indispensable que las entidades prestadoras de servicios globales (en otros países además de España) requieran a los usuarios españoles su ubicación para, en función de la misma y confirmada esta, le permitan o no acceder al servicio", teniendo en cuenta que "cuando la edad establecida no es la mínima, ocurriría que no se le puede dar el servicio porque es necesario preguntarle su localización, lo cual ya transgrede su derecho a la protección de datos personales". El propio Reglamento Europeo, al permitir a los Estados miembros regular sobre esta materia, abre una importante brecha en la deseable armonización de la misma (la nueva ley alemana de protección de datos, por ejemplo, no contiene previsión alguna en relación con el consentimiento de los menores, por lo que se aplicará, en principio, el límite de 16 años previsto en el Reglamento general).

En fin, desde un punto de vista práctico cabe subrayar la complejidad que puede revestir la comprobación del dato de la edad declarada por un usuario en Internet o la verificación de que el consentimiento del menor fue dado por el titular de la patria potestad o la tutela. El artículo 8.2 del Reglamento establece, para esto último, que "el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables (...) teniendo en cuenta la tecnología disponible", exigencia de alcance cuando menos incierto y que puede igualmente desembocar en diferencias regulatorias importantes entre los Estados miembros.

A la vista de cuanto precede, la rebaja a 13 años de la edad mínima para prestar el consentimiento para el tratamiento de datos personales en el contexto de los servicios de la sociedad de la información se encuentra suficientemente amparada por la habilitación a los Estados miembros que realiza el artículo 8 del Reglamento Europeo, y puede estar justificada por las razones esgrimidas en la Memoria que acompaña al Anteproyecto. Sin embargo, en la medida en que se trata de una excepción a la regla

de 14 a 13 años estaba amparada por el Reglamento Europeo, pero siendo una excepción a la regla general de los 16 años establecida en la norma europea, se debía reconsiderar para evitar la falta de homogenización en el tratamiento europeo. Pese a todo, en la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados se tramitó el Proyecto¹⁹ de LOPD con fecha 24 de noviembre de 2017 manteniendo la edad de los 13 años. En dicha cámara se presentaron tres enmiendas al art. 7 (18 de abril de 2018), concretamente la Nº 5 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos-Podemos²⁰, que eleva la edad a los 16 años, La Nº 254 del Grupo

general de los 16 años establecida en la norma europea y no constando que existan otros Estados miembros que, haciendo uso de la referida atribución, hayan fijado una edad inferior, el Consejo de Estado resulta necesario reconsiderar esta previsión, para evitar la falta de homogeneidad en el tratamiento europeo de esta cuestión que de ello pudiera derivarse. Disponible en: <http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_13/pdfs/3.pdf>. Consultado el 30 julio 2019.

- ¹⁹ Proyecto de Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal (Boletín oficial de las Cortes Generales) de 24 de noviembre de 2017, indica en el art. Artículo 7:

“Consentimiento de los menores de edad.

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

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de trece años solo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.

- ²⁰ Se propone la modificación del artículo 7 que quedaría redactado como sigue:

«Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad.

1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de dieciséis años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de dieciséis años solo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.» MOTIVACIÓN.

La presente enmienda tiene su motivación en que no aparece justificada la rebaja en la edad de consentimiento del menor, más aún cuando el Reglamento de la UE establece la edad mínima para otorgar el consentimiento en dieciséis años (artículo 8), aunque admite que la ley del estado miembro la reduzca hasta los trece años. La Exposición de motivos de la Ley se limita a justificar que se opta por establecer la edad mínima en trece años para asimilar nuestra legislación a los países de nuestro entorno; lo que resulta paradójico dado que la regla general y principal para el propio reglamento comunitario son los dieciséis años, por mucho que autorice el establecimiento de una edad inferior. En todo caso nada impide establecer la edad de

parlamentario socialista²¹ que considera más ajustada la edad de los 14 años en coherencia con lo dispuesto en el RD 1720/2007 y, por último, la

consentimiento en una edad superior o incluso en la edad en la que se alcanza la mayoría de edad, siendo que resulta ya consensuado social y jurisprudencialmente que debe primar, por encima de todo, el interés superior del menor, lo que debe confrontar con los intereses del mercado y las empresas que se dedican al procesamiento de datos, muchas veces con fines altamente lucrativos diferentes a los que en principio se podría suponer, como está quedando de manifiesto con el último escándalo que afecta a la empresa digital Facebook.

Debe recordarse que los Convenios Internacionales que protegen a la infancia establecen que son niños, a los efectos de la protección, que dispensan los menores de dieciocho años (Declaración Universal de los Derechos del Niño y Convenios de la OIT), así como nuestra Constitución establece la minoría de edad en los dieciocho años (art. 12 CE) y la obligación de los poderes públicos deben velar por la protección de la infancia (art. 39 CE). No resulta aceptable que el proyecto escoja sin justificación el menor nivel de protección que parece permitir el reglamento, obviando por completo el principio básico de interés superior del menor.

Actualmente nuestra legislación interna establece la edad para otorgar válidamente el consentimiento para el tratamiento de datos personales en los catorce años (art. 13 RD 1720/2007). Sustentamos la tesis de que este es un límite en el que se hacen prevalecer los intereses del mercado y resulta manifiestamente insuficiente para garantizar la seguridad de los menores. El conocimiento y tratamiento de los datos personales de los menores los colocan en una evidente situación de vulnerabilidad ante intromisiones ilegítimas e incluso agresiones que pueden afectar a su integridad física y moral. Además, una regulación de este alcance se erige en un obstáculo que dificulta a los titulares de la patria potestad el debido cumplimiento de sus responsabilidades en la protección de los menores.

Adicionalmente hay que considerar que los datos personales de los menores son también los datos personales de los otros miembros de la familia y, en consecuencia, de otros menores. Una regulación como la actual en la que el reglamento advierte (art. 13 RD 1720/2007) que no puede recabarse del menor con catorce años información de su entorno familiar es, palmariamente, insuficiente

²¹ Se propone la siguiente redacción:

«Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad.

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

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento, así como aquellos otros supuestos regulados por la legislación de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años solo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.»

MOTIVACIÓN

En coherencia con la tradición española.

enmienda nº 345 del Grupo parlamentario Popular²² que mantiene la edad de los 13 años pero propone alguna mejora técnica que no incide con la edad. Finalmente, por consenso de todos los grupos políticos se elevó la edad a los 14 años (Informe de la Ponencia de 9 de octubre de 2018) y Dictamen de la Comisión (BOCG-Congreso, Serie A, núm 13-14 de 17 de octubre). En el Senado se aprobó, en su sesión número 48 celebrado el 21 de noviembre, el Proyecto de LOPDGDD sin introducir variaciones en el texto remitido por el Congreso de los diputados publicado el 23 de octubre (BOCG-Senado núm 306 de 26 de noviembre de 2018).

A la vista de lo anteriormente expuesto, se mantiene la edad de 14 años, ya contemplada con anterioridad, para que el menor pueda, por sí mismo, prestar el consentimiento para el acceso a las redes sociales. Mientras que el menor de dicha edad únicamente podrá acceder mediante el consentimiento emitido por sus representantes legales.

En principio, parece que, si el legislador mantiene la edad de 14 años para que el menor pueda consentir sobre sus propios datos sin ningún requisito adicional es porque se presume que ha adquirido la capacidad, intelectual y volitiva para asumir las consecuencias de su actuación. Sin embargo, ello no siempre es así. El menor que ha alcanzado esta edad no deja de ser menor sometido a la patria potestad de sus progenitores y, quienes tienen por ley la representación legal sobre sus hijos, aunque esta no alcance a los derechos de la personalidad. El menor, aunque pueda tener cierta madurez, su capacidad se encuentra en formación y, no se puede prescindir completamente del consentimiento de los padres para que sus hijos accedan con plena libertad y sin la anuencia de sus progenitores, que son los que tienen los deberes de cuidado y asistencia sobre sus hijos para proveerles en lo que más les pueda beneficiar.

La condición de madurez del menor no se puede predicar de todos los menores de dicha edad, sino que habrá de valorarse por razón de la persona. Los responsables parentales, aunque no representen a su hijo, único titular y ejerciente del derecho fundamental a la protección de sus datos (art. 162.1 CC), siguen siendo titulares de la patria potestad y, deben intervenir en beneficio del menor, por el deber de cuidado y asistencia en protección de su hijo, que no es más que el deber que tienen

²² 2. *El tratamiento de los datos de los menores de trece años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.»*

JUSTIFICACIÓN. Mejora técnica.

los padres de velar por sus hijos, ínsito en la patria potestad²³. Dicha intervención, no sustituye la capacidad del menor pero sí la complementa, prestando su asentimiento a lo actuado por el menor. Además, tienen el deber de educarlos (no exclusivo de los padres), que es muy relevante en el ámbito de las redes sociales para que adopten comportamientos correctos.

Hubiera sido deseable que el legislador estatal hubiera aprovechado la ocasión para establecer la edad indicada en la normativa europea, esto es los 16 años ya que mantener la edad de 14 años perjudica a las familias y Centros docentes y beneficia a las empresas responsables de los datos²⁴.

Es una realidad que, en la actualidad, los padres les deben proporcionar a los menores el acceso a las nuevas tecnologías por los beneficios que les producen en la obtención de información y adquisición de conocimientos. Además, los padres deben proveer para que sus hijos puedan participar “plenamente en la vida social” de su entorno, así como a su incorporación progresiva a la ciudadanía activa (art. 7 LO 1/1996 PJM, modificada por Ley 26/2015, de 28 de julio). Pero, debe ser progresivo y en función de la madurez del menor. La autonomía del menor, en este aspecto, choca frontalmente con la mayor implicación que se les exigirá a los padres en la sociabilización de sus hijos.

Prescindir del consentimiento de los padres para que su hijo pueda acceder a las redes sociales, imposibilitará el control, por lo menos, el de aquellos hijos que puedan tener una conducta rebelde. Efectivamente, los padres, corresponsables de sus hijos, son los que se encuentran en mejores condiciones para conocer la conducta de sus hijos y, deben corregirles estableciendo límites que en muchos casos son desobedecidos sin ninguna posibilidad de control sobre ellos. El art. 154 CC establece que la patria potestad se debe ejercitar respetando la personalidad del menor a quien ha de concedérsele autonomía a medida que va creciendo y va adquiriendo la madurez intelectual y volitiva, permitiéndole actuar por sí mismo o de lo contrario, teniendo en cuenta la opinión, pero siempre ostentando los padres la representación legal de sus hijos. E incluso, en su ausencia, porque sea uno de los casos

²³ SEISDEDOS MUIÑO, A., “Comentario al art. 162 CC” en *Código Civil comentado*, Volumen I, Directores AA.VV., 2ª Edición, Civitas-Thonsom, 2016, p. 826.

²⁴ Como señala BERROCAL LANZAROT, A, I., (“La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos”, *Id. VLex: VLEX-528111510*, p. 204) Las plataformas de difusión de contenidos, están siendo utilizadas como medio para propagar contenidos violentos....”

contemplados en el art 162, no evita que los padres intervengan. Ahora bien, el acceso a las redes sociales ¿Cómo lo podrán impedir si su hijo tendrá plena libertad para accederla? Y, cuando los padres conozcan que el hijo ha accedido a una red social, lo único que podrán hacer es ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, por conflicto de intereses, para que resuelva la cuestión (art. 163 Cc). Hubiera sido más coherente mantener la edad que establece el reglamento (16 años) o que a partir de los 14 años se exija al menor su consentimiento junto con el de sus padres o tutor. Solo de esta manera, los padres podrán ejercer el control sobre lo que hacen sus hijos y, consentirán el acceso a las redes sociales si el hijo es una persona con suficiente madurez para afrontar las consecuencias del uso que hará. Además, el menor de 14 años, aunque pueda ser civil y penalmente imputable, las consecuencias de sus actos, por lo menos, en el ámbito civil la asumirán los responsables de su guarda. Más teniendo en cuenta que, como señala un sector de la doctrina²⁵, la diligencia exigible a los padres es elevada, al ser responsables, en el ámbito no patrimonial, de la culpa levísima.

Si el niño tuviera menos de 14 años, aunque tuviera la madurez suficiente para conocer las consecuencias de su actuación, para acceder a las redes sociales se requiere el consentimiento de los responsables de su guarda²⁶.

Un problema importante que se ha planteado es el relativo a la verificación de la edad del menor que accede a las redes sociales. En el Reglamento de Protección de datos se dice que estas empresas deberán realizar esfuerzos para su verificación²⁷. Poco a poco, los agentes

²⁵ DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, T. I, 11 ed., Tacnos, Madrid, 2012, p. 276; ID: *Familia y Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984, p. 194; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Art. 154” en *Comentarios del Código Civil*, Dirigidos por C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Corderch, Tomo I, 2ª edición, Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, p.547.

²⁶ Art. 7.2 LOPDGDD dispone que “El tratamiento de los datos de los menores de 14 años, fundado en el consentimiento solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela” y son los “titulares de la patria potestad los que podrán ejecutar en nombre y representación de los menores de 14 años los derechos de acceso...” (art. 12 LOPDGDD)

²⁷ A este respecto, el art. 28 LOPDGDD establece las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento, e indica en el apartado 1º que “determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el reglamento, con la presente ley orgánica, normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable”.

Además, en el nº 2 señala que para la adopción de las medidas a que se refiere en el apartado anterior, los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en

responsables de los datos están barajando diferentes sistemas para la acreditación de la edad, como el DNI electrónico²⁸, o un certificado digital. Empero, es imprescindible que el titular de las redes sociales asuma sus propias responsabilidades como garantes de los datos de los menores²⁹.

3 DEBER DE CUIDADO Y ASISTENCIA DE LOS PADRES

Tal y como se desprende del art. 162.1 del CC, los padres, aunque no representen al menor en los derechos de la personalidad, tienen el deber de cuidado y asistencia sobre sus hijos. Puesto que el citado precepto dice “intervendrán” aunque no les represente. En este caso, la intervención de los responsables parentales se produce en virtud de los deberes de cuidado y asistencia que tienen encomendados. Y, en todos los demás ámbitos de actuación que, por las diferentes leyes, puedan realizar los hijos, ya no se encuentran excluidos de la representación legal de sus padres, aunque los menores puedan actuar por sí mismos. Los padres podrán sustituir al menor si es lo más beneficioso para él, propio del ámbito de la representación legal.

Este deber de cuidado y asistencia no es más que la reproducción del deber de velar por los hijos³⁰, que es un deber que se integra en la relación de filiación, puesto que, aunque los padres no

particular, los mayores riesgos que podrán producirse en los siguientes supuestos: (...) e) cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos del grupo afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad.

²⁸ <<https://www.abc.es/tecnologia/redes/20130424/abci-tuenti-verifica-electronico-201304241709.html>>. Consultado el 30 julio 2019.

²⁹ A este respecto, GIL ANTÓN, A., “Redes sociales y privacidad del menor: Un debate abierto”, *op. cit.*, p.14 entiende que “*las redes sociales deben sancionar en el ámbito de su comunidad virtual a aquellas personas que vulneren la intimidad o la protección de datos personales...o cuando realicen comentarios que sean poco respetuosos con terceras personas...*” y centrándose en la responsabilidad, ésta no solo afectaría “*a los autores de la vulneración del derecho a la intimidad...sino también sobre las redes sociales, al ser titulares del medio donde se publica la información, especialmente cuando no actúen diligentemente en la cancelación de la información...cuando se trate de menores, cuyo consentimiento expreso no pudiera ser verificable*”

³⁰ Como señala YZQUIERDO TOLSADA, M., *Código civil comentado*, Volumen I, coord. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, 2 edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 787, esta obligación es un compendio de todas las demás, pues “*velar por los hijos implica atender a su salud física y psíquica, informarse acerca de sus problemas, aficiones personales, amistades, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa*”.

ostenten la patria potestad tienen la obligación de velar por los hijos (art. 110 CC), del mismo modo que en los casos de exclusión de la patria potestad (art. 111 in fine). Empero, cuando el art 162.1 del CC se refiere a los deberes de cuidado y asistencia de aquellos menores, con respecto a los actos que estos puedan realizar por sí mismos, porque no se encuentra bajo la representación legal de sus padres, relativos a los derechos de la personalidad, se circunscribe a los hijos maduros, sometidos a la patria potestad de los padres.

No obstante, los niños, desde el nacimiento hasta su emancipación están sometidos a la patria potestad de sus progenitores. Esta potestad se ha ido modulando con la transformación de la familia, debilitando el poder del progenitor. Inicialmente configurada como un derecho subjetivo ejercitable en interés de su titular para encaminarse, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en una institución de auténtico orden público, como función, cuyo contenido, como señala YZQUIERDO TOLSADA³¹, está formado más por deberes que por derechos.

La patria potestad es un officium que genera una potestad que el derecho positivo, conforme al derecho natural, atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo³².

Los padres deben actuar en beneficio del hijo, siempre teniendo en cuenta su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Para el cumplimiento de los deberes que tiene los padres, esta función comprende unas facultades instrumentales, como el de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Para cualquier acto de ejercicio de la patria potestad, los padres deben tener presente la personalidad del hijo y su madurez, porque se proyecta en su beneficio y encaminado a la disminución o mínima intervención a medida que crece y se desarrolla la personalidad del menor. De ahí que, la piedra angular de la patria potestad sea la audiencia del menor y es el móvil que guía en todos los ámbitos en el que se decida sobre cuestiones que les afecte. Así, en conformidad con el art. 9 LO 1/1996, (tras la reforma operada por la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) el menor tiene derecho, con independencia de su edad, a ser oído y escuchado, en cualquier ámbito, ya sea familiar, administrativo o judicial

³¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Código civil comentado*, op. cit., pp. 785 y 786.

³² AAVV, *Elementos de Derecho civil, IV Familia*, tercera edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p.385.

que incida en su esfera personal, familiar o social, teniendo en cuenta “debidamente” “sus opiniones” en función de su edad y su madurez.

El deber de velar por los hijos, aunque, como señala la doctrina³³, integra o es un compendio de todos los restantes deberes (tenerlos en su compañía, alimentarle, educarle y darle una formación integral), se refiere más propiamente al ámbito personal que al patrimonial. Velar por los hijos implica atender a su salud física y psíquica, estar pendiente e informarse sobre los problemas e inquietudes, las amistades; atender a su educación moral, cívica, etc. En definitiva, ello implica que, en el ámbito de actuación del menor en las redes sociales, los padres tienen el deber de implicarse en la socialización de su hijo. Pero ello, resulta más complicado cuando el menor accede a una red social puesto que, en la mayoría de los casos, la actuación del menor escapa del control parental y, en todo caso, los padres muy cuidadosos, pueden advertir el peligro cuando sospechan o son advertidos de alguna actuación inadecuada de su hijo.

Frente a estas situaciones, los padres para ejercitar las funciones que tienen encomendadas, pueden contar con el auxilio de la autoridad, ya sea judicial o administrativa y, con anterioridad al año 2007³⁴, podían “corregir razonable y moderadamente a los hijos”³⁵. Esta expresión no ha sido sinónima ni autorizante del maltrato. Y, no se entiende su supresión, puesto que los padres tienen el deber de corregir cualquier conducta inadecuada de su hijo, del cáliz que sea, para evitar un inadecuado desarrollo del menor.

La supresión de la expresión “corregir razonable y moderadamente a los hijos” conlleva que convierte a los padres en personas permisivas, autorizantes de cualquier conducta del menor y, que cuando se agudice el problema tengan que acudir al auxilio de la administración para evitar una situación de peligro que pueda convertirse en desamparo por el inadecuado ejercicio de los deberes de educación.

³³ YZQUIERDO TOLSADA, M., Código civil comentado..., *op. cit.*, p. 787; AAVV: *Elementos de Derecho civil, IV Familia, op. cit.*, p. 397; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSAS SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J., *Derecho de familia, Manuales básicos* (MANUBAS), Barcelona, 2004, p. 74.

³⁴ La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional, suprimió dicha facultad.

³⁵ Como acertadamente señala YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario al art. 154 del Código Civil”, *Código Civil Comentado, Volumen I (BIB 2011/1755)*, Civitas, 2016; *Responsabilidad civil extracontractual, Parte general Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 2 edición, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 306-307, los padres deben educar y socializar al menor de manera integral y, por tanto, debe comprender la necesidad de corregirles moderadamente.

Los padres, frente a la actuación de los hijos, deben poner límites y no autorizar todo lo que les requieran y ello, implica “corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

En el ámbito de las redes sociales, los padres, si el hijo tuviera una conducta adecuada que se ha ido desarrollando debidamente, no deberían impedir que accedan libremente, bien mediante su autorización, si es menor de 14 años o bien permitiendo que libremente acceda si es mayor de 14 años. En caso contrario, si se trata de un menor con una conducta inapropiada, con independencia de la edad que tuviera, esto es, aunque fuera mayor de 14 años, “corregir razonable y moderadamente” conllevaría no permitir que accedan libremente a la red social mientras no se modifique la conducta del menor. Sin embargo, teniendo el menor derecho de acceso libre a la red social a los 14 años, los padres no podrán evitarlo puesto que, en la mayoría de los casos desconocerán lo que su hijo realiza cuando navega por internet y, no creo que sea adecuado que se les exija a los padres que controlen constantemente lo que hacen sus hijos cuando utilizan los medios electrónicos. A mi parecer, hasta que la sociedad no se percate de los riesgos que tienen las redes sociales, recibiendo una información exhaustiva sobre el uso adecuado de las mismas³⁶, los padres deberían intervenir prestando su consentimiento junto con el de su hijo en la iniciación de una cuenta en la red social correspondiente. Sin embargo, ello no será así porque, aunque el art. 162.1 del CC lo permita al decir que los padres “intervendrán”, el art. 7 de la LOPDGDD tiene naturaleza de ley orgánica y el legislador ha pretendido que sea el menor, por sí solo el que deba prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. No obstante, el citado precepto establece una excepción a la regla general de 14 años. Así dispone: “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”. Ciertamente, como excepción³⁷ viene referida a las

³⁶ Dicha información se le tienen que dispensar a los padres y menores a través de los centros educativos (art. 83 LOPDGDD). Del mismo modo que dicha instrucción se le debe dispensar a los universitarios. En este sentido la Disposición Final Octava de LOPDGDD, modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Se incluye una nueva letra l) en el apartado 2 del art. 46 con el siguiente contenido: “La formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet”.

³⁷ Con anterioridad, el RD 1720/2007 también contenía la excepción, puesto que el art. 13 decía “salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela”.

diferentes leyes que puedan exigir una edad superior para prestar el consentimiento al acto en concreto, como por ejemplo la Ley 41/2003, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que exige, como regla general, los 16 años -salvo que no sea un menor maduro- (nº 4 del art. 9), si bien, para determinadas actuaciones, como la interrupción voluntaria del embarazo se requiere además, la asistencia de los padres o tutores (nº 5³⁸ del art. 9), y otras actuaciones (práctica de ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida, la mayoría de edad (n 5 art. 9).

Sin embargo, el art. 162.1 CC ha sido modificado en el 2015 y actualmente señala lo que con anterioridad nada decía, y autoriza (como regla general) a los titulares de la patria potestad para que intervengan en los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad que realicen sus hijos maduros haciendo referencia a cualesquiera actos de ejercicio de los derechos de la personalidad. Por tanto, aunque el art. 7.1 LOPDGDD establezca una excepción a la regla general, a mi parecer debe ser la regla general, porque la Ley lo permite y la creación por el menor de una cuenta en la red social debería venir asistida por los responsables de su guarda.

4 REFERENCIAS

AAVV, *Elementos de Derecho civil, IV Familia*, tercera edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos”, *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dir. I.Briones Martínez, Dykinson, Madrid, 2014.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Art. 154” en *Comentarios del Código Civil*, Dirigidos por C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador Corderch, Tomo I, 2ª edición, Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.

Dictamen Consejo de Estado, expediente: 757/2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-757>. Consultado el 30 julio 2019.

DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, T. I, 11 ed., Tacnos, Madrid, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSAS SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J., *Derecho de familia, Manuales básicos* (MANUBAS), Barcelona, 2004.

³⁸ Modificado en 2015 por el art. 2 de la Ley orgánica 11/2015, de 21 de septiembre.

GIL. ANTÓN, A., “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 7.

ID: *Familia y Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984.

LUQUIN BERGARECHE, R., “Responsabilidad civil por daños causados a menores por acoso escolar: una aproximación crítica” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017, editorial Aranzadi, 2017.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores”, *Redes sociales y privacidad del menor*, Madrid, 2011.

SANTOS MORÓN, M.J., “Daños causados por menores: Responsabilidad paterna y estándar de diligencia”, *Revista de Derecho privado*, Nº 3, mayo-junio, 2012, p. 25.

SEISDEDOS MUIÑO, A., “Comentario al art. 162 CC” en *Código Civil comentado*, Volumen I, Directores AA.VV., 2ª Edición, Civitas-Thomson, 2016.

TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de los datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Código civil comentado*, Volumen I, coord. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, 2 edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario al art. 154 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, Volumen I (BIB 2011/1755), Civitas, 2016.

ÍNDICE REMISSIVO



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,
utilizando moderno sistema de impressão digital.
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Editoração:

Daniely Ribeiro da Cunha
Elisabeth Padilha
Maria Luíza Dürkop Doubek
Stefany L. Marques

Índices:

Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:

Lucas Fontoura
Marcelo Schwb
Marlisson Cardoso

Acabamento:

Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Carlos A. P. Teixeira
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Nádia Sabatovski
Rosinilda G. Machado
Terezinha F. Oliveira
Vanuza Maciel dos Santos

“ ”

.