

- **Procedimiento N°: PS/00107/2022 (EXP202202837)**

RESOLUCIÓN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Mediante Acuerdo de fecha 11/03/22, se inició el procedimiento sancionador, PS/0107/2022, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos ante **D. A.A.A.**, en virtud de la reclamación presentada por **D. B.B.B.**, en representación de su hija menor de edad, por la presunta vulneración de la normativa de protección de datos: Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/16, 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 (RGPD), y vulneración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), y teniendo como base los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 02/03/22, tiene entrada en esta Agencia, escrito presentado por el reclamante, en la que indicaba, entre otras, lo siguiente:

“En la sentencia judicial se describe como el reclamado amenazó y chantajeó a mi hija menor de edad para que le enviase imágenes sensibles vía chat de Instagram y WhatsApp. Por Instagram las comunicaciones empiezan el 15/10/19 a las 23:20 y por WhatsApp las comunicaciones que se conservan son a partir del 02/01/20”.

Junto al escrito de reclamación aporta los datos y fechas de las cuentas de Instagram y WhatsApp y teléfonos implicados del reclamado y de su hija menor de edad.

También se acompaña copia de la Sentencia N° XX/02020 del Juzgado de Menores N° (...).- Expediente de Reforma número XXX/2020 (Fiscalía número XXX/2020), donde se expone, en los “Hechos Probados” de la Sentencia, lo siguiente:

Que el reclamado, navegando por la aplicación Instagram conoció a la menor de edad (hija del reclamante) de 13 años, entablado una relación tan estrecha de confianza que la menor llegó a enviarle videos y fotos de carácter íntimo, tanto por la aplicación de Instagram como por WhatsApp.

Que, pasado un tiempo, el reclamado exigió a la niña que le siguiera mandando fotos y videos, pero como ésta se negó, el reclamado la amedrentó diciéndole que subiría las fotos y videos que ya tenía a las redes sociales.

Que la menor de edad, ante el temor producido por sus amenazas, envió (...).

SEGUNDO: Con fecha 09/03/22, por parte de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se dicta acuerdo de admisión de trámite de la reclamación presentada por el reclamante, de conformidad con el artículo 65 de la Ley LOPDGDD, al apreciar posibles indicios racionales de una vulneración de las normas en el ámbito de las competencias de la Agencia Española de Protección de Datos.

TERCERO: Con fecha 11/03/22, por parte de la Directoría de la Agencia Española de Protección de Datos, se inicia procedimiento sancionador al apreciar indicios razonables de vulneración de lo establecido en el artículo 6.1 del RGPD, imponiendo una sanción inicial de 10.000 euros (diez mil euros).

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio a la persona reclamada, ésta mediante escrito de fecha 06/04/22 formuló las siguientes alegaciones:

“PREVIA. - Vaya por delante que en el momento de los hechos mi representado era menor de edad, y contaba con la edad de 16 años, sin que ni tan siquiera se le obligara a borrar los videos objeto de litis pues en su declaración manifestó que habían sido borrados y que inferir a la menor a que le enviara más videos porque si no los colgaba en internet era y fue por lo que ha sido condenado, es de decir por esa amenaza condicional requiriendo más videos, insistiendo en que los mismos fueron borrados.

VULNERACION DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "NON BIS IN IDEM"

El reclamado fue condenado penalmente en el referenciado Expediente de Reforma como autor de un delito de amenazas condicionales, de conformidad entre las partes la medida de cuatro meses máximo de tareas socioeducativas, orientadas a un programa afectivo sexual y de perspectiva de género.

Este derecho fundamental viene reconocido en el art. 18.4 C.E. es el que resulta vulnerado. Dicho artículo dispone que "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". Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo 78.4 CE contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor, y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos, y por tanto también, "el derecho fundamental a la protección de datos, entendido como el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática". (STC 290/2000 de 30 de Noviembre, en su Fundamento 7"; SRC 743/7994' de 9 de Mayo en su Fundamento J"; STC 17/7998 de 13 de Enero, en su Fundamento 4").

La configuración constitucional y legal del derecho fundamental a la protección de datos (en concreto a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos) confiere a su titular un serie de facultades para garantizar su protección, y le otorga peculiaridades en su contenido, que lo distingue de otros puesto que confiere a su titular una serie de facultades consistentes en imponer a terceros, determinados deberes jurídicos, que por ejemplo, lo contiene el derecho fundamental a la intimidad, es decir, "garantiza a la persona un poder de control sobre sus datos personales", lo que solo es posible y efectivo imponiendo a terceros determinados deberes de hacer (a saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de los datos, y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. para evitar este tipo de intromisiones, la LOPD otorga a la Agencia Española de

Protección de Datos el carácter tuitivo y preventivo de tales derechos, para asegurar, mediante su ejercicio, la salvaguardar y asegurar el derecho fundamental a la protección de citados derechos personales en relación con los límites, al uso de la informática.

La Agencia Española de Protección de Datos, tras finalizar las actuaciones previas de inspección llevadas a cabo desde el mes de mayo, ha dado traslado el informe final de la inspección al Juzgado de Instrucción nº XX de Madrid, y ha puesto en marcha un procedimiento sancionador, el cual queda suspendido hasta la resolución del procedimiento judicial penal dada la pendencia del mismo, tal y como dispone a legislación de Procedimiento Administrativo.

El proceso penal cuestionará en su día la reacción sancionadora de la AEPD, ya que la resolución judicial que se dicte definitivamente en el proceso penal condicionará su actuación como consecuencia del respeto del principio non bis in idem, recogido en el artículo 25.7 de la Constitución, el cual constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho.

El principio "non bis in idem" tiene una doble dimensión, tal y como explica la STC 188/2005, de 7 de Julio:

a) Material o sustitutiva que impide sancionar al mismo el mismo hecho con el mismo punitiva desproporcionada.

b. La procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción "la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también delito o falta según el Código Penal. Por tanto, será necesario determinar si tanto en el procedimiento penal, como en el procedimiento sancionador existe identidad total, o por el contrario, existe algún elemento novedoso que excluya la aplicación del Principio.

El TEDH no comenzó a plantearse la cuestión de la caracterización penal de un procedimiento con la primera aplicación del art. 4, sino que ya había entrado a valorar estas disquisiciones con motivo de la aplicación de 1as garantías del art. 6 de la Convención relativas al proceso equitativo. En primer lugar, se entra a considerar la clasificación realizada de la infracción y su sanción por la ley nacional. En el caso de que el derecho interno califique estos como penales o criminales, automáticamente se clasificará así a efectos de la convención.

SEGUNDA.- INEXISTENCIA DE PUBLICACION A TERCEROS ALGUNA DE LOS VIDEOS QUE ENVIÓ LA MENOR (14 AÑOS) AL TAMBIÉN MENOR (16 AÑOS).

No consta prueba alguna, con la que se pueda determinar que los datos de carácter personal en materia de videos remitidos unos voluntariamente por la menor a través de las aplicaciones de INSTAGRAM y WHATSSAP, hayan sido

difundidos a terceros y no solo que no exista prueba alguna de que dichos datos de carácter personal no hayan sido difundido a terceros, sino que manifestó que dichos videos habían sido borrados y que los enviados sin consentimiento de la menor obedecen de forma exclusiva al reproche penal que ha sufrido con la Sentencia que según la parte denunciante aporta a su escrito de denuncia, amén del desconocimiento de la edad de la menor, pero por cuyos hechos fue condenado por una amenazas condicionales, amenazas que se sustentaban no en el envío propio de dichos vicios sino en la exigencia que podría realizar por el menor, sobre la que también era y es menor de edad.

TERCERA.- EN CUANTO AL CONSENTIMIENTO DE LA MENOR, LA UTILIZACION ILEGÍTIMA POR PARTE DE LA MENOR DE LAS REDES SOCIALES, INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PARENTALES O CONSENTIMIENTO TACITO PARA LA UTILIZACION DE LAS REDES SOCIALES QUE NO REPORTAN DE SUS APPS A MENORES DE EDAD.

El Real Decreto 1720/2001, de 27 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, dice de forma literal:

Sección 1ª Obtención del consentimiento del afectado/a

Artículo 12. Principios generales.

1.- El responsable de tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado carácter personal salvo sea exigible con arreglo para el tratamiento de sus datos mismo de en no a aquellos supuestos en que el lo dispuesto en las leyes. La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

2.- Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario. el consentimiento será nulo.

3.- Corresponderá al responsable del tratamiento la existencia del consentimiento por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Artículo 13. Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.

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 a 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. 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.

3.- Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, 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.

Artículo 14. Forma de recabar el consentimiento.

1.- El responsable del tratamiento podrá solicitar el consentimiento del interesado a través del procedimiento establecido en este artículo, salvo cuando la Ley exija al mismo la obtención del consentimiento expreso para el tratamiento.

2.- El responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre y 12.2 de este reglamento y deberá concederle un plazo de treinta días para manifestar negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente tratamiento de sus datos de carácter personal.

Dicho de otra forma, en las propias condiciones de uso de Instagram puede leerse claramente cuál es la edad mínima para crearse un perfil en Instagram al igual que WhatsApp.

Pero claro, hecha la Ley hecha trampa. Si un preadolescente inferior a los 14 años, se quiere crear un perfil en Instagram, le basta con variar algunos números de su fecha de nacimiento.

También está el tema del control parental, es decir, si nuestro hijo o hija inferior a 14 años quiere un perfil de Instagram, podemos crearlo con nuestra autorización y luego activar el control parental, que entendemos que este debe ser el caso...¿no?.. Sin que sea controvertido existencia de consentimiento expreso de una menor de 13 años de una cuenta de Instagram y WhatsApp. ¿Quién ha consentido que la menor tenga una cuenta en Instagram y en

WhatsApp?, ¿Los padres? , Quien ha comprado el móvil a la menor? , ¿los padres? , porque no reportan, activan o controlan los padres lo que hace su hija de 13 años con un móvil.

El reclamado ha respondido respecto a la justicia penal. ¿Los padres no deben de responder nada respecto a sus obligaciones parentales?

En el punto más favorables para los padres.... ¿En consecuencia, se prevé el consentimiento tácito?. Es decir, que se haya recabado consentimiento por escrito y que este no haya sido manifestado expresamente (aunque tampoco SU oposición) lo que se entiende que existe autorización para ello, toda vez no existe prueba en contra que los progenitores desconocieran que su hija no tuviera las aplicaciones de Instagram o WhatsApp, o que conste documento que esgrima sin titubeos, la oposición expresa a que su hija tuviera Instagram.

¿Existe ese consentimiento tácito de quien ostenta la patria potestad, por aplicación del Artículo 14.2 del Reglamento?

¿Son los padres responsables del incumplimiento del Artículo 154 del Código Civil, en cuanto a que esta se define como que „...La patria potestad, como responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental... esta siendo ésta también incumplida por los padres, deben tener conocimiento los Servicios Sociales de dicho particular?

Instagram impide que los adultos puedan enviar mensajes privados a personas menores de 18 años si no les siguen. De esta manera, si un adulto pretende escribir a un adolescente, llegará una notificación de que no es posible enviarle un Mensaje Directo.

En cuanto a WhatsApp, su posicionamiento de seguridad y privacidad es aún más severa y dice: „...Acerca de la edad mínima para usar WhatsApp

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 (o más, si así lo requiere la legislación de tu país) para registrarte en WhatsApp.

Si resides en un país que no pertenece a la Región europea, debes tener al menos 13 años (o más, si así lo requiere la legislación de tu país) para registrarte en WhatsApp y utilizar el servicio .

Para obtener más información, consulta nuestras Condiciones del servicio. Nota:

La creación de cuentas con información falsa constituye un incumplimiento de nuestras Condiciones.

El registro de cuentas en nombre de otras personas menores de edad también supone un incumplimiento nuestras Condiciones . Reportar a un menor de edad

Si algún menor a tu cargo creó una cuenta de WhatsApp, puedes mostrarle cómo eliminarla. Para obtener información sobre cómo eliminar una cuenta, consulta nuestro Centro de ayuda.

Si quieres reportar una cuenta que le pertenece a un menor de edad, por favor, envíanos un correo electrónico. En tu correo electrónico, proporciona la siguiente documentación y elimina u oculta cualquier información personal no relacionada:

Prueba de que el número de WhatsApp te pertenece (por ejemplo, copia de un documento de identificación emitido por el gobierno y una factura de teléfono con el mismo nombre) . Prueba de que eres representante legal del menor (por ejemplo , copia del certificado de nacimiento o de adopción del menor)

Prueba de la fecha de nacimiento del menor (por ejemplo, copia del certificado de nacimiento o de adopción del menor)

Si logramos comprobar que la cuenta de WhatsApp le pertenece a un menor de edad, la desactivaremos de inmediato. No recibirás ninguna confirmación de esta acción. Nuestra capacidad de revisar y tomar las medidas correspondientes sobre un reporte mejora mucho si nos brindas toda información que recién te solicitamos.

Si no podemos comprobar que la cuenta reportada le pertenece a un menor, es posible que no podamos tomar medidas al respecto. caso, si no eres representante del menor, recomendamos que alientes a quien lo representa a que se comuniquen con nosotros mediante las instrucciones descritas arriba.

Cuestión que jamás nunca hicieron sus propios padres. El reclamado ya respondió respecto a la justicia más punitiva como es la penal, ¿deben responder los padres de la menor en cuanto a sus obligaciones que tipifica la patria potestad del 154 del Código Civil?, ¿se debe iniciar una investigación a través de los servicios sociales sobre si los padres no cumplen con sus obligaciones y en consecuencia la menor debe ser tutelada?

CUARTA.- ALCANCE DEL DAÑO PSICOLOGICO O MORAL SUFRIDO POR LA MENOR.

No consta acreditado daño psicológico o moral en el procedimiento penal tampoco consta existencia de responsabilidad civil atribuible al reclamado. Por todo ello,

SOLICITO A LA DIRECTORA: *Que tenga por presentado el presente escrito, lo admita, para que, tras los trámites legales oportunos se proceda al ARCHIVO, del presente expediente por todos los argumentos esgrimidos en el cuerpo del presente documento, y todo ello previo la práctica de la prueba que se solicita en el cuerpo del presente documento:*

- Que como medios de prueba se viene a solicitar que se oficie al Juzgado de Menores (...) para que remita copia íntegra y testimoniada del Expediente de Reforma N.º XXX/20.

-Que se oficie a la empresa Instagram S.L. ubicada en Finca la Vaquería. crta Belvis del Jarama k, MADRID, para que aporte documentos acreditativos de la política de privacidad y además que se aporte, previo requerimiento a los progenitores de la menor del nombre de su perfil de Instagram así como el consentimiento por parte de los padres para su utilización por parte de la menor, o si en su caso se falsificaron los datos para poder crear una cuenta de Instagram con solo 13 años.

-Que se oficie a la empresa WhatsApp Inc, con correo electrónico smbweb@support.whatsapp.com y domicilio fiscal en 1601 Willow Road (Menlo Park de California 94025), para que aporte documentos acreditativos de la política de privacidad y además que se aporte, previo requerimiento a los progenitores de la menor del teléfono asociado a WhatsApp así como el consentimiento por parte de los padres para su utilización por parte de la menor, o si en su caso se falsificaron los datos para poder crear una cuenta de Instagram con solo 13 años .

- Que se requiera a los progenitores de la menor para que aporten la factura Telefónica de compra del teléfono o la factura de teléfono al que venga su teléfono asociado para la apertura de dichas apps y justificar que eran conocedores de que su hija era poseedora de dicho teléfono móvil .

.- Que se requiera a los progenitores de la menor para que aporten un solo indicio sobre la transmisión a terceros de los videos de contenido sexual que presuntamente el reclamado ha difundido en Internet .

.- Que se requiera al Juzgado de Menores de (...) para que informe sobre las medidas o plan socioeducativo que mi principal está cursando y apenas le quedan unos días para su cumplimiento y en consecuencia dicho informe no se tiene en disposición .

OTROSI DIGO: Esta parte anticipa la nulidad de Actuaciones de pleno derecho por privar a mi principal del derecho de defensa y no oficiar ni solicitar ni poner en práctica las medidas solicitadas .

QUINTO: Con fecha 27/07/22, se notifica al reclamado la propuesta de resolución en la cual se daba respuesta a las alegaciones planteadas y se proponía que, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se procediera, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), a imponer una sanción de 10.000 euros (diez mil euros) al reclamado, por la infracción del artículo 6.1 del RGPD y que se procediera a ordenarle, como medida, la suspensión de todo tratamiento de datos personales relativos a la niña, menor edad y borrado de dichos datos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 de la LOPDGDD.

SEXTO: Notificada la propuesta de resolución al reclamado el día 27/07/22, se recibe con fecha 12/08/22, en esta Agencia escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que es reproducción idéntica del presentado frente al acuerdo de iniciación del presente procedimiento y que es reproducido íntegramente más arriba.

HECHOS PROBADOS.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la información y documentación presentada, ha quedado acreditadas las siguientes circunstancias:

Primero: Según se desprende de la Sentencia Nº XX/02020 del Juzgado de Menores Nº (...) (Expediente de Reforma número XXX/2020), el reclamado exigió a la niña, menor de edad, que le siguiera enviando fotos y videos suyas, pero como ésta se negó, la amedrentó diciéndole que subiría las fotos y videos que ya tenía a las redes sociales. Pese a su oposición y negativa a que el reclamado siguiera obteniendo fotos y videos íntimos de ella, ante el temor producido por sus amenazas, envió (...) con imágenes suyas al reclamado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I-

Competencia.

Es competente para iniciar y resolver este Procedimiento Sancionador, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, en virtud de los poderes que el art 58.2 del RGPD reconoce a la autoridad de control, así como, lo establecido en los arts. 47, 64.2 y 68.1 de la Ley, LOPDGDD.

II.-

Sobre las alegaciones presentadas a la propuesta de resolución del expediente sancionador.

Como cuestión preliminar, se manifiesta que para la Resolución del presente expediente sancionador se han tenido en cuenta las alegaciones presentadas por el reclamado a lo largo de todo el procedimiento y que, en aras a no reiterarse, las da por reproducidas.

No obstante, Antes de entrar a valorar la infracción cometida en este caso, se debe hacer las siguientes consideraciones sobre las alegaciones presentadas a la propuesta de resolución:

Sobre la concurrencia del principio 'non bis in idem':

Este principio, desarrollado en el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), "Concurrencia de sanciones", establece:

"1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Y tiene la labor de garantizar el “favor libertatis”, o sea, garantizar la libertad aportando seguridad jurídica al proceso, mediante la prohibición, en nuestro caso, de la aplicación de una sanción administrativa en aquellos casos en los que, a un mismo sujeto, por realizar un hecho determinado, se le pudiera imponer una sanción penal. O lo que es lo mismo, la prohibición de la imposición de una doble sanción penal-administrativa, en aquellos casos en los que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Su aplicación es ulterior a la sanción de un primer suceso que ya ha sido sancionado, valga la redundancia, en la vía penal. Sin embargo, surge un problema cuando un hecho lesiona dos bienes jurídicamente protegidos diferentes, en este caso cabe la sanción administrativa junto con la penal. Por tanto, para que pueda operar este principio han de concurrir los siguientes elementos:

- La identidad subjetiva: en este caso el sujeto afectado siempre tiene que ser el mismo, independientemente de la naturaleza, el órgano que haya resuelto, el acusador o si existe o no concurrencia de otros afectados.
- La identidad fáctica: esto implica que los hechos enjuiciados deben ser los mismos.
- La identidad causal: no pueden concurrir las medidas sancionadoras si responden a una misma naturaleza.

Pues bien, en nuestro caso, respecto de la Identidad de sujetos, podemos comprobar como en la Sentencia Nº XX/2022 del Juzgado de Menores (...) (Exp. De Reforma Nº XXX/2020.- Fiscalía NºXXX/2020) de fecha 25/01/22, figura como autor de los hechos enjuiciados, el reclamado, y en el presente expediente sancionador (PS/107/2022), figura como responsable, la misma persona, por lo que podemos indicar que existe, en este caso, identidad de sujetos.

Sobre la Identidad de hechos, si leemos el Fallo de la Sentencia Nº XX/2022 del Juzgado de Menores (...) (Exp. De Reforma Nº XXX/2020.- Fiscalía NºXXX/2020) de fecha 25/01/22, como se le impone al reclamado una medida socioeducativa por un delito de amenazas condicionales, que se producen cuando el mal con el que se amenaza lleva aparejada una condición, que puede llegar a cumplirse o no y la condición impuesta puede ser lícita o ilícita y, la misma puede consistir en la reclamación de una cantidad o cualquier otra circunstancia, según se establece en el artículo 169.1 del Código Penal:

“El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no

conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. pero esta debe de ser posible (...)",

Mientras que el presente procedimiento sancionador (PS/0107/2022), se inicia por un presunto tratamiento ilícito (no consentido) de los datos personales de la niña, menor de edad, contemplado en el artículo 6.1 RGPD:

"1. El tratamiento sólo será lícito si cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos (...);

Por lo tanto, en este caso, tal y como se pudo comprobar no existe la identidad en los hechos a lo que obliga el principio de "non bis in idem", pues en la vía penal se sancionó una amenaza condicionada a la niña menor de edad y en el presente procedimiento administrativo sancionador se está sancionando un tratamiento ilícito de los datos personales de la niña.

Por último, la identidad de fundamento se produce cuando el bien jurídico protegido por las dos (o más) infracciones es el mismo, lo que nos lleva al concurso de leyes y al concurso de delitos. Pues bien, en nuestro caso, el bien jurídico protegido en un delito de amenazas condicionales, en la vía penal, podríamos definirle como el derecho a la libertad de formación de la voluntad de la persona amenazada, mientras que el bien jurídico protegido en la vía administrativa sería la protección de la persona en relación con el tratamiento de sus datos personales, en este caso, las imágenes de la niña. Derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española.

Por tanto, después de analizar los elementos que concurren en el principio "non bis in idem" podemos determinar que, en el presente caso, no es posible su aplicación, al no existir identidad en los hechos ni en los fundamentos, tal y como exige el artículo 31.1 LRJSP.

Sobre la inexistencia de la publicación de las imágenes o vídeos

Sobre este punto debemos empezar recordando que el considerando (26) RGPD indica que: *"Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable (...)"*.

Dejando asentado lo anterior, el artículo 4 RGPD, define, entre otros, los siguientes conceptos:

1) Como "dato personal": "toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) Como “tratamiento de datos”: 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 destrucción; (...)

7) Como “responsable del tratamiento”: toda persona física o jurídica, autoridad, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento (...)

Mientras que en el artículo 1 RGPD, se establece que:

1. El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos.

Y el artículo 2 RGPD:

1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Por tanto, en ningún momento, se establece que, para que se pueda aplicar el RGPD sea necesario que el responsable del tratamiento de los datos personales los haya cedido a un tercero.

Para que sea plenamente aplicable el RGPD es necesario, por tanto, que el tratamiento de los datos personales realizado por el responsable de los mismos, sea, aparte de la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, cualquier otra operación o conjunto de operaciones realizadas sobre los mismos, ya sea la recogida, el registro, su organización, su estructuración, la conservación de los mismos, su adaptación o modificación, su extracción, su consulta, su utilización, o su limitación, supresión o destrucción.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la mera recogida, el registro y la conservación de las imágenes de la niña, menor de edad, hecha por el reclamado (responsable del tratamiento) son causa suficiente para la aplicación del RGPD.

Sobre el consentimiento de la menor y la utilización ilegítima por parte de la menor de las redes sociales,

Se hace referencia en este punto al Real Decreto 1720/2001, de 27 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.

Pues bien, según se desprende de la reclamación, las comunicaciones y el envío de imágenes de la niña, empiezan entre ambos menores el 15/10/19 a las 23:20 por

Instagram y por WhatsApp. No obstante, las últimas que se conservan realizadas por este último medio son a partir del 02/01/20.

Según el artículo 99 del RGPD, la entrada en vigor y aplicación del nuevo RGPD fue, “a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el 25/05/16”, siendo de obligado cumplimiento a partir del 25 de mayo de 2018”. Por tanto, a partir de esta fecha (25/05/18), quedó derogado la Ley Orgánica 15/1999, (LOPD), aplicándose obligatoriamente, desde esa fecha, el vigente RGPD.

Respecto a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), publicada el 06/12/18 se indica, sobre su entrada en vigor, en su Disposición final decimosexta que: “La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado” por lo que a partir del 07/12/18 es de obligado cumplimiento.

Por su parte, la Disposición derogatoria única de la LOPDGDD establece:

- 1. Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta, queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*
- 2. Queda derogado el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.*
- 3. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica.*

Por tanto, conforme al apartado 3 de la Disposición derogatoria única, el Real Decreto 1720/2007 fue derogado a partir del 07/12/18 en aquellas disposiciones que “*contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la LOPDGDD.*”

En el presente caso, para que un tratamiento de datos personales se pueda realizar lícitamente, estos deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, (Considerando 40 RGPD), siendo de aplicación, por tanto, el artículo 6.1 del RGPD y no el RD 1720/2007 utilizado por el reclamado.

Así las cosas, el citado artículo 6.1 RGPD establece que el tratamiento de datos personales sólo será lícito si cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física.

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades en el ejercicio de sus funciones”.

Pero, es más, al ser el interesado un menor de edad, como es en nuestro caso, debemos tener presente lo establecido en el art. 7 LOPDGDD:

“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.” Las personas menores cuyos datos ha tratado el reclamado, son perfectamente identificables ya que su identidad pueda determinarse, directa o indirectamente.

Por tanto, no pueden ser considerados en el presente caso, los artículos 2, 13 y 14 del Real Decreto 1720/2001, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, alegados por la parte reclamada al estar derogados por la presente LOPDGDD, y ser de aplicación en este caso, los artículos 6 y 7 del RGPD.

Sobre la utilización ilegítima por parte de la menor de las redes sociales e incumplimiento de las obligaciones parentales, hay que indicar que, en el presente procedimiento no se está valorando el grado de cumplimiento de las redes sociales (*WhatsApp* o *Instagram*), en el control parental de los mismo. En este procedimiento se ha valorado el grado de licitud que se ha producido en el tratamiento de los datos personales de la niña, menor de edad, por parte del reclamado.

Sobre el alcance del daño psicológico o moral sufrido por la menor

Sobre este punto, solamente indicar, que esta Agencia no es competente para valorar el grado de daño psicológico o moral sufrido por las personas a las que han tratado sus datos personales sin su consentimiento.

Sobre la práctica de pruebas propuestas:

Se considera que la información y la documentación aportada al procedimiento es suficiente para poder dilucidar si existe o no infracción a la normativa vigente en materia de protección de datos y así ha quedado demostrado a lo largo de esta propuesta de resolución, basados en la Sentencia Nº XX/02020 del Juzgado de Menores (...)- Expediente de Reforma número XXX/2020 (Fiscalía número XXX/2020), en los “Hechos Probados”, en sus “Fundamentos de Derecho” y en el “Fallo” dictado. Esto es así porque el presente procedimiento administrativo sancionador se incoa tras haber realizado la AEPD una intensa labor previa, que sustituye suficiente prueba para esta instrucción.

En el presente caso, se asume como cierta la información aportada por las partes. No obstante, lo anterior, el ya mencionado tantas veces, artículo 24.2 de la CE, aplicable también en este caso, reconoce el derecho de la entidad reclamada *“a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa”*, dejando a su criterio poder presentar cuantos medios de prueba estime pertinentes a lo largo del procedimiento.

Por tanto, las pruebas testificales solicitadas por la parte reclamada se consideran que no son necesarias en este caso, en aplicación del principio de “economía procesal” al estar ya suficientemente acreditados los hechos imputables, y, por tanto, se debe rechazar la solicitud de la práctica de las pruebas por innecesaria en estos momentos, al amparo de lo previsto en el artículo 77.3 de la LPACAP.

III.-

Infracción por el tratamiento ilícito de los datos personales de la menor de edad.

En presente caso, según la información y la documentación presentada en la reclamación, el reclamado, navegando por la aplicación Instagram conoció a la menor de edad (hija del reclamante) de 13 años entablando con ella una relación tan estrecha de confianza que la menor llegó a enviarle videos y fotos de carácter íntimo, tanto por la aplicación de Instagram como por WhatsApp.

Pasado un tiempo, el reclamado exigió a la niña que le siguiera enviándole fotos y videos, pero como ésta se negó, el reclamado la amedrentó diciéndole que subiría las fotos y videos que ya tenía a las redes sociales, ante cuyas amenazas, la menor le envió (...).

Tal y como hemos expuesto en el apartado anterior, para que un tratamiento de datos personales se pueda realizar lícitamente, estos deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, (Considerando 40 RGPD)

Por su parte, el artículo 6.1 del RGPD, establece que el tratamiento sólo será lícito si cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física.

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades en el ejercicio de sus funciones”.

Pero, es más, al ser el interesado un menor de edad, como es en nuestro caso, debemos tener presente lo establecido en el art. 7 LOPDGDD:

“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.” Las personas menores cuyos datos ha tratado el reclamado, son perfectamente identificables ya que su identidad pueda determinarse, directa o indirectamente.

Por tanto, de conformidad con las evidencias de las que se dispone, se considera que los hechos expuestos incumplen lo establecido en los artículos 6.1 del RGPD, al realizarse un tratamiento ilícito de los datos personales de la niña menor de edad.

Se considera que procede aplicar los siguientes criterios agravantes que establece el artículo 83.2 del RGPD:

a).- El alcance o propósito de la operación de tratamiento de datos y el nivel de los daños y perjuicios causados, pues ha quedado constado mediante sentencia judicial firme que el reclamado exigió a la niña que le siguiera mandando fotos y videos, pero como ésta se negó, el reclamado la amedrentó

diciéndole que subiría las fotos y videos que ya tenía a las redes sociales y que la menor de edad, ante el temor producido por sus amenazas, envió (...) al reclamado. (apartado a).

b).- La intencionalidad en la infracción, por parte del reclamado, al amedrentar a la niña diciéndole que subiría las fotos y videos que ya tenía a las redes sociales consiguiendo con ello (...) de la niña. (apartado b).

Se considera además que, procede aplicar los siguientes criterios agravantes, que establece el artículo 76.2 de la LOPDGDD:

a).- La afectación a los derechos de los menores, al ser la perjudicada una niña menor de edad en el momento de los hechos (apartado f).

No obstante, lo anterior, en el presente caso, cabe considerar lo estipulado en el artículo 83.1 del RGPD donde se establece que: *“Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias”*.

Por tanto, atendiendo al principio proporcionalidad y a la individualización de la sanción elegida de manera que represente una adecuada respuesta a la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad del autor, en el presente caso, se considera razonable atender a lo declarado por el reclamado cuando alega que, en sede judicial, el tratamiento de los datos personales de la niña menor de edad había dejado de existir por haber sido eliminados los videos de su móvil.

A tenor de lo anteriormente expuesto, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a **D. A.A.A.**, una sanción de **5.000 euros (cinco mil euros)** por la infracción del artículo 6.1 del RGPD, respecto al tratamiento ilícito realizado de las imágenes de la niña, menor de edad.

SEGUNDO: ORDENAR a **D. A.A.A.**, la eliminación de cualquier dato personal de la niña que esté en su poder, así como que informe a esta Agencia sobre las medidas adoptadas para ello.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a **D. A.A.A.**

CUARTO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida **Nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el

Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.