

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR
DE EDAD EN LA ERA DIGITAL. LA DICOTOMÍA ENTRE
AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN

*PERSONALITY RIGHTS OF MINORS IN THE DIGITAL AGE. THE
DICHOTOMY BETWEEN AUTONOMY AND PROTECTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1112-1153

Lucía
VÁZQUEZ-
PASTOR
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de abril de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El presente capítulo pretende analizar un problema especialmente relevante que se está planteando en el siglo actual, derivado del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación por los menores de edad.

En rigor, el acceso a las nuevas tecnologías se configura para los menores de edad como un derecho emergente que les habilita para ser sujetos activos y participativos en la sociedad de la información y les permite satisfacer sus necesidades de información y expresión; dicho sea de otro modo, les permite ser ciudadanos de pleno derecho. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor recoge entre los derechos del menor “la alfabetización digital y mediática de forma adaptada a su capacidad evolutiva”, de manera que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Con todo, a pesar de que la utilización de las nuevas tecnologías ofrece grandes posibilidades y ventajas, no puede obviarse igualmente que estas nos sitúan en la denominada sociedad del riesgo, toda vez que pueden entrañar múltiples situaciones no siempre controlables, entre las que cobra una especial relevancia la posibilidad de vulneración de la privacidad de los menores, esto es, de sus derechos fundamentales a la intimidad, el honor, a la propia imagen y a la protección de los datos personales, bien individualmente considerados o bien de forma conjunta.

PALABRAS CLAVE: Menores de edad; nuevas tecnologías; sociedad de la información; entorno digital; redes sociales; derechos de la personalidad; derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho a la propia imagen; protección de datos personales.

ABSTRACT: *This chapter aims to analyse a particularly relevant topic in the present century, derived from the use of new information and communication technologies by minors.*

Strictly speaking, access to new technologies for minors is viewed as an emerging right that enables them to be active and participatory subjects in the information society and enables them to fulfil their needs for information and expression. In other words, it allows them to be fully fledged citizens. The rights of minors as stipulated in Article 5.1 of Spain’s legislation governing the Legal Protection of Children includes “digital and media literacy in a manner adapted to their developmental capacity”, so that minors can develop their critical thinking and play an active part in a participatory society and in a current world that cannot be understood outside of new information and communication technologies.

However, even though the use of new technologies offers great possibilities and advantages, we cannot ignore the fact that they situate us within the so-called risk society, since they can involve multiple situations that are not always controllable. In this regard, of particular importance is the potential violation of the privacy of minors, that is, of their fundamental rights to privacy, honour, their own image, and the protection of personal data, either individually or jointly.

KEY WORDS: *Minors; new technologies; information society; digital environment; social media; personality rights; right to privacy; right to honour; right to one’s own image; personal data protection.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. DERECHOS POTENCIALMENTE VULNERABLES EN EL ENTORNO DIGITAL.- III. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO ONLINE.- I. Consideraciones previas.- 2. Consentimiento para darse de alta en una red social.- 3. Actuación del menor como usuario de una red social.- IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL.- I. Cuestiones previas.- 2. El papel de los padres o tutores del menor en el ámbito digital.- A) El deber de velar y supervisar al menor.- B) Límites del deber de protección al menor.- C) Conflictos entre los guardadores legales y el menor de edad.- 3. El papel de los poderes públicos.- A) La intervención del Ministerio Fiscal.- B) El fenómeno del sharenting.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN HORIZONTE PARA CONTINUAR TRABAJANDO.

I. PLANTEAMIENTO.

Como apunta Gil Antón, en el mundo en que vivimos, en nuestro entorno inmediato, el impacto tecnológico es tan intenso y apresurado que nos condiciona decisivamente y hace que cambien, cada vez más rápidamente, las coordenadas en las que nos movemos. Así, ahora se ha empezado a utilizar la expresión “Sociedad Red” para reflejar estas transformaciones. En concreto, esta expresión pretende manifestar su estructura articulada por una malla densa de nodos a través de los que discurre la información, y se adoptan decisiones sobre los más variados asuntos o sobre todas las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales¹.

En este contexto, resulta especialmente destacable cómo el entorno digital ha pasado a formar parte de la vida cotidiana para la mayoría de la población menor de edad. De hecho, como señala la Profesora Gete-Alonso, nadie mejor que las personas nacidas en este siglo para moverse en general en los espacios virtuales y en el manejo de los instrumentos y técnicas digitales. En este sentido, los nacidos a partir de 1995 reciben el nombre de nativos digitales, mientras que aquellos que han nacido antes y acceden a este entorno se denominan inmigrantes digitales². El término “digital babies o digital natives” lo acuñó el tecnólogo Marc Prensky en 2001 para definir a aquellas personas que no han conocido, ni conciben, un mundo sin Internet y sin telefonía móvil³.

Actualmente, añade Gete-Alonso, los niños, adolescentes y jóvenes que tienen acceso a la red (Internet, dispositivos móviles, etc.) son los actuales nativos

1 GIL ANTÓN, A.: “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 36, 2014.

2 GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.: “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Dykinson, 2018, pp. 271 y ss.

3 Una adaptación al castellano del texto original “*Digital Natives, Digital Immigrants*”, puede verse en [https://marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf).

• **Lucía Vázquez-Pastor Jiménez**

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Correo electrónico: lvazjim@upo.es.

digitales, porque reúnen una serie de características propias que les diferencian de las generaciones precedentes, son interactivos, multifuncionales y multitareas; se trata de una generación creativa que produce sus propios contenidos, crean sus propios lenguajes, son especialistas en la socialización, tienen cientos de “amigos” con quienes hablan y comparten confidencias en redes sociales, en medio de una partida de sus juegos online preferidos o a través de los programas de mensajería instantánea instalados en sus teléfonos móviles de última generación. Por lo tanto, son realmente nativos digitales, verdaderos expertos de las nuevas tecnologías y sus herramientas⁴.

Asimismo, no se ha de obviar, como apunta Sánchez Gómez, que el contenido (oral, audio, escritos, imágenes) de este mundo contribuye a formar las ideas, los valores y convicciones de los menores, interviene en su comportamiento, en la manera de vestirse, de hablar e incluso de alimentarse y de cuidar por su salud, y por supuesto, en cómo se presentan en la sociedad, ya sea frente a todos, ya en el ámbito más próximo en el que se desenvuelven⁵. En efecto, el protagonismo y la omnipresencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la actualidad han determinado que el menor las incorpore a su vida cotidiana desde edades muy tempranas para desplegar una cantidad enorme de actividades que contribuyen al desarrollo de su personalidad. De ahí que los derechos del menor sean ejercidos en este nuevo ámbito de una manera radicalmente distinta a como venía siendo habitual durante el siglo XX⁶.

Ante esta nueva realidad surge la cuestión de la capacidad del menor para actuar en el mundo digital, el ejercicio de sus derechos, tanto fundamentales como patrimoniales, y la madurez que se ha de exigir para dar validez y eficacia a los actos realizados por este en el entorno digital.

Es bien sabido que el menor de edad, como titular de los derechos de la personalidad, podrá ejercitarlos por sí mismo siempre que cuente con la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias

-
- 4 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 179. En palabras de LORENTE LÓPEZ, a grandes rasgos puede decirse que las tecnologías de la información y de la comunicación desempeñan un papel fundamental en la construcción de la identidad personal de los menores, precisamente, porque estos han nacido en la nueva “Sociedad Red”, y desde que empiezan a tener uso de razón se encuentran rodeados de dispositivos (portátiles, teléfonos móviles, tablets...) hacia los que desarrollan una gran atracción y sobre los que ostentan una sorprendente habilidad. Por lo tanto, es precisamente con las TIC como los nativos digitales o nativos hablantes del lenguaje digital satisfacen sus necesidades de entretenimiento, diversión, comunicación, información e incluso de formación (LORENTE LÓPEZ, M^º. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 206).
 - 5 GETE-ALONSO Y CALERA, M^º. C.: “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, cit., pp. 271 y ss.
 - 6 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor”, en AA.VV.: *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 4/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio* (coord. A.I. BERROCAL LANZAROT Y C. CALLEJO RODRÍGUEZ) Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 102 y ss.

del acto de que se trate, adoptando una decisión responsable, lo que no obsta para que los representantes legales del menor puedan completar su capacidad o puedan ejercitar determinadas acciones en su interés. Sin duda, como señala Lorente López, esta capacitación progresiva gradual para el ejercicio personal y directo de los derechos fundamentales, representa la fórmula de autoprotección más importante que se pueda otorgar al menor. Con la adopción del criterio de la madurez suficiente, el autogobierno o capacidad natural, se evita que el menor sea titular del derecho pero no pueda ejercitarlo, ya que, de esta forma, el niño o adolescente que tenga suficiente madurez podrá disponer libremente de su derecho. Con todo, no podemos olvidar que el menor es una persona de corta edad, y tomará sus decisiones de acuerdo con la poca experiencia que haya podido adquirir con los años. Exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad, equivale a negarle la capacidad de autoprotgerse y a considerar que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo, a los mayores de edad o a los menores que sean capaces de actuar como mayores. Por ello no debemos utilizar la racionalidad de la decisión como criterio para definir la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva para ejercer los derechos por uno mismo⁷.

En este sentido, tal y como sostiene Aláez Corral, la madurez del menor como requisito para poseer la capacidad de obrar iusfundamental y pretender el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio, asumiendo de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión⁸. Partiendo de todo ello, se hace necesario en un trabajo como este concretar la posibilidad de actuaciones que tiene el menor sobre sus derechos en la era digital, lo que nos llevará precisamente a dedicar un epígrafe al estudio de la capacidad de obrar del menor de edad en el entorno online.

Por otro lado, como nos recuerda Gil Antón, no todos los impactos y consecuencias que se derivan del uso de Internet son positivos, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce inseguridad a muchos más. La vida privada y la autodeterminación son bienes valiosos que se ven en peligro como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información, educación y a las telecomunicaciones. En realidad, hemos llegado a un punto en que han desaparecido casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena, la acumulación de esa información y su utilización inmediata, así como su

7 LORENTE LÓPEZ, M^a. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 90-93.

8 ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 152-155.

conservación por tiempo ilimitado. Lo cierto, es que constatamos día tras día como los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permiten el acopio de todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni por supuesto, su control. Y en esa denominada Sociedad Red, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos personales de todo tipo y de la propia privacidad, ha pasado a constituir una exigencia prioritaria⁹.

Ante estas realidades, se pone en entredicho la seguridad de la privacidad de la persona: los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la protección de los datos personales requieren de un marco jurídico de protección definido y que aporte soluciones a los nuevos problemas que se plantean actualmente en torno a estos derechos de la personalidad, cuestión esta que adquiere, si cabe, mayor trascendencia, cuando hablamos de personas menores de edad.

Por todo ello, como concluye la Profesora Gete-Alonso, de la misma manera que cuando se generalizaron los medios audiovisuales se suscitó la polémica y discutieron los medios de protección de los menores, lo que dio lugar a abundante normativa, a establecer reglas y códigos de conducta, hoy se manifiesta idéntica preocupación ante el entorno digital¹⁰. No olvidemos que la forma en que los menores y adolescentes se mueven por Internet facilita en mayor medida la vulneración de sus derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos. En este sentido el escenario *online* se erige como la plataforma preferida por el menor para el ejercicio de sus derechos (tales como el derecho a la expresión, acceso a la información, educación, etc.), en la que su intimidad, su imagen, sus datos, esto es su privacidad, se exponen de manera casi continua, perdiendo en este ámbito el valor e incluso el recelo con que fueron configurados en el siglo pasado por el legislador¹¹.

Así las cosas, estamos asistiendo a cambios fundamentales a un ritmo vertiginoso en la manera en que el menor se relaciona o ejerce sus derechos dentro de la arquitectura digital que le hacen también especialmente vulnerable. En este contexto, y ciñéndonos al ámbito de lo civil, hay diversas cuestiones dignas de atención que serán objeto de estudio en el presente trabajo en el que subyace la compleja dicotomía entre la protección del menor de edad y su autonomía en el entorno digital. En concreto, nos acercaremos a los derechos al honor, a la intimidad, a la imagen y a la protección de datos personales del menor en

9 GIL ANTÓN, A.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", cit.

10 GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", cit., pp. 271 y ss.

11 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., pp. 102 y ss.

este ámbito del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, analizando de forma pormenorizada la problemática que surge como consecuencia de su participación activa en el entorno digital.

II. DERECHOS POTENCIALMENTE VULNERABLES EN EL ENTORNO DIGITAL.

La facilidad con la que se ha accede a Internet a edades cada vez más tempranas, la rapidez con la que se difunde la información y el escaso control que tenemos de nuestros datos, entre otros factores, hacen que Internet se configure como marco idóneo para la lesión de nuestros derechos. Algunos de los más proclives a sufrir importantes vulneraciones o lesiones, como bien sabemos, son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el derecho a la protección de los datos personales, es decir, los denominados derechos de la personalidad consagrados en el artículo 18, apartados 1 y 4 CE.

Los primeros fueron desarrollados por la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPDH), cuando el uso de internet era prácticamente inexistente o no estaba, ni mucho menos, tan extendido como en la actualidad. Y, de otro lado, en 1999 se aprobó la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)¹². En palabras de Sánchez Gómez, no cabe duda de que por aquel entonces el legislador no fue consciente de la manera en que el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías y la era de Internet iban a poner en entredicho la protección proporcionada por aquellas normas a los referidos derechos. Y ello pese a que nuestro legislador constitucional contempló el uso de la informática como un factor perturbador en la integridad de tales derechos haciendo una llamada a la ley para que regulara su uso. Hoy, después de más de treinta años, estamos inmersos en la web o universo 3.0 que poco tiene que ver con aquella previsión sobre innegables amenazas para la privacidad de las personas¹³.

12 Norma derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

13 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero 2017, pp. 170-171. El neologismo web 3.0 surge en el año 2006 a raíz de un artículo de un estudioso de los estándares web como superación al concepto de web 2.0 que había comenzado a emplearse en el año 2004 para referirse a las webs que permiten interactuar a los ciudadanos en tiempo real y de una forma pública bien con fines profesionales o particulares a través de motores de búsqueda, de las redes sociales, compartiendo imágenes o vídeos, etc. Esta nueva plataforma tecnológica no sólo permitía una comunicación multidireccional entre los internautas si no también facilitaba la acumulación grandes cantidades de información sobre los mismos sin ningún tipo de control. Las webs inteligentes 3.0 o programas inteligentes presentan un nuevo reto jurídico al constituir una verdadera intromisión sobre la intimidad personal ya que permiten crear grandes bases de datos a partir de las preferencias de los usuarios configuradas con la información guardada obtenida de sus búsquedas personalizadas (LOPEZ PORTÁS, B.: "La protección de datos personales en el Universo 3.0: el derecho al olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 38/2015, p. 9).

Por lo que respecta al derecho al honor¹⁴, tradicionalmente las intromisiones en el citado derecho provenían, de forma mayoritaria, de manifestaciones realizadas a través de los medios de comunicación escritos o audiovisuales. La aparición de Internet y la expansión de herramientas y aplicaciones de transmisión de información (especialmente de opinión, como webs, chats, foros, blogs o redes sociales), han supuesto que las posibilidades de vulnerar el derecho al honor sean mayores y puedan tener mayor repercusión. Así, es habitual encontrar comentarios que son verdaderas injurias y calumnias y que menoscaban la reputación de la persona contra la que van dirigidos. La proliferación de conductas que atentan contra el derecho al honor se ve propiciada y facilitada por dos factores. En primer lugar, por el anonimato que ofrece Internet, si bien es cierto que se trata de un anonimato aparente¹⁵. En segundo lugar, el aumento de conductas que atentan contra el derecho al honor se ve favorecido por la gran capacidad que presentan buscadores como Google para referenciar e indexar información y mostrárnosla por orden de relevancia.

En relación con el derecho a la intimidad¹⁶, es importante tener presente que con la aparición de las tecnologías de la información y comunicación surgen nuevas maneras de injerencia en este derecho reconocido en la Constitución como derecho fundamental, ya que cada vez que navegamos por la red (visualizamos publicidad, descargamos la película de vídeo, música o visitamos una página web) dejamos un rastro con una información valiosísima que desvela, sin darnos cuenta, nuestra vida privada; y ello es debido a que proporcionamos una serie de datos que se recogen, almacenan y controlan (como son nuestro nombre, preferencias, dirección o ideología, etc.), que permiten conocer a las empresas las preferencias

14 El derecho al honor se concibe como el derecho a que los demás no condicionen negativamente la opinión que se tiene de nosotros (STC 49/01, de 26 de febrero) impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito (STC 216/2006, de 3 de julio), aun cuando habremos de considerar que el concepto de honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989; 223/1992; 170/1994; 76/1995; 139/1995; 176/1995; 180/1999; 112/2000; y 49/2001).

15 Puesto que todo usuario de Internet está identificado por un número IP único que queda grabado y, a través de la correspondiente operadora de la red administradora del mismo, es posible identificar al sujeto concreto que llevó a cabo una conducta determinada.

16 El derecho a la intimidad es el ámbito propio y reservado de las personas cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de vida humana (STC 231/88, de 12 de diciembre), como una realidad intangible, de un contenido-multiforme y variado- cuya extensión ha de determinarse atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad y en cada momento histórico (STC 171/1990, de 12 de diciembre). Doctrinalmente se define como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado [O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: "Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor", *La Ley*, Año XVII, número 4077]. La STC nº 134/1999, de 15 de julio declara que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los linderos de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio". A diferencia con el derecho al honor, la veracidad no es relevante si el hecho no era conocido. Si los datos son públicos y notorios no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona, aunque el factor tiempo puede introducir matizaciones en lo anterior (derecho al olvido).

de los potenciales consumidores a la hora de hacerles llegar una publicidad determinada, y todo ese control se prolonga en el tiempo sin que la persona afectada se dé cuenta de ello¹⁷. En esta línea, cabe destacar el fenómeno de las llamadas redes sociales, cuya existencia trae consigo un cambio de paradigma del concepto de intimidad, que deja de ser una esfera de reserva sustraída al conocimiento de los demás para convertirse en un perfil donde las personas, y más concretamente los menores, exteriorizan de forma voluntaria su personalidad y facilitan datos personales para construir un nuevo concepto opuesto a la intimidad: el de la “extimidad”¹⁸.

El principal problema que eso nos plantea es del cómo proteger a quien voluntariamente desvela su intimidad en la red. En efecto, los menores no identifican realmente los riesgos que suponen las redes sociales para su privacidad y otorgan voluntariamente su consentimiento para adherirse a ellas. Este consentimiento tiene un papel fundamental en los distintos usos que se dé a sus datos en el entorno *online*. Por ello, la cuestión no es fácil de resolver cuando se trata de menores de edad que están en pleno desarrollo, pues no olvidemos que ser menor no elimina el derecho de la persona a su autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad, de manera que los padres y poderes públicos deberán respetar la personalidad del menor cuando tomen decisiones que les afecten, como es el caso. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En cuanto al derecho a la propia imagen¹⁹, el aumento de herramientas y aplicaciones que permiten publicar fotografías y vídeos, así como la gran capacidad de difusión de dichos contenidos a través de Internet, provocan que, una vez introducidos en la red, miles de usuarios puedan acceder a ellos, con el riesgo que esto implica para el derecho a la propia imagen. En este ámbito, se plantean dos grandes problemas: por un lado, la publicación por parte de terceros de imágenes de una persona sin su consentimiento y, por otro lado, la utilización en otros ámbitos ajenos a la red social de las imágenes publicadas.

En íntima conexión con estos derechos de la personalidad se encuentra el derecho a la protección de los datos personales del menor. Tal como se viene diciendo, el uso de Internet por los menores de edad conlleva importantes riesgos para su privacidad. Y ello se refleja exponencialmente con uso de las redes sociales,

17 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., pp. 182-183.

18 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., pp. 182-183.

19 El derecho a la imagen se define como el derecho a disponer de la representación gráfica del aspecto físico que permita la 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 (SSTC 156/01, de 2 de julio y 83/02, de 22 de abril). En concreto, “el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás”; necesario, “según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...]. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación” (STC n° 208/2013).

entre las que destacan Facebook, YouTube, Instagram, WhatsApp y Tik Tok²⁰. Aunque, como regla general, estas plataformas cumplen con la normativa, sigue siendo muy fácil acceder a los datos personales o confidenciales, principalmente de los niños y adolescentes que no son plenamente conscientes de los riesgos y consecuencias que puede ocasionar el tratamiento de sus datos. En este sentido, tal y como establece el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), los menores, por el mero hecho de serlo, son considerados personas vulnerables. Por ello, sus datos personales merecen una protección específica, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los datos personales y que, dicha protección, debe aplicarse en particular a la utilización de sus datos con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario. En consecuencia, todas las comunicaciones que impliquen un tratamiento de sus datos personales deben ser proporcionadas en un lenguaje claro y sencillo a fin de que puedan comprenderlo fácilmente²¹.

Partiendo de todo lo expuesto, se puede concluir que el siglo actual y, más concretamente, el veloz e imparable desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación conllevan un cambio de paradigma por lo que respecta a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia y a la protección de datos personales, especialmente, por lo que aquí nos interesa, cuando el titular es un menor de edad.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO ONLINE.

I. Consideraciones previas.

Como bien sabemos, uno de los sectores en el ámbito del Derecho de la persona que ha experimentado una mayor evolución en los últimos tiempos es el relativo a la figura del menor de edad y el tratamiento que el ordenamiento

20 De acuerdo con el Estudio de redes sociales 2021, elaborado por IAB Spain y Elogia y patrocinado por PredActive, WhatsApp (83%), Facebook (69%) y YouTube (63%) lideran como las redes sociales más utilizadas, sin embargo, Facebook y YouTube han bajado su penetración. Por otro lado, Instagram, Telegram, TikTok, Pinterest y Twitch son las redes sociales que han mostrado un mayor crecimiento este año, con especial énfasis en TikTok que subió 9 puntos porcentuales, tras haber crecido 10 en la edición anterior.

21 BRITO IZQUIERDO, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil*, número 5, 2018, p. 3. En palabras de la citada autora, se dibuja un escenario de cambios constantes, y donde los niños cada vez son más protagonistas resultando un "target" muy interesante de usuarios para las grandes tech que operan a nivel global. Los menores de edad constituyen, en gran medida, el centro de su negocio actual y futuro, de forma que cuanto más se les conozca es evidente que más fácil resultará interactuar con ellos, ahora y en el futuro y, por consiguiente, ofrecerles distintos servicios, productos y bienes que pudieran resultar de su interés. La cuestión es, por tanto, determinar dónde están los actuales límites legales y éticos en lo que concierne al tratamiento de los datos personales de los menores de edad, así como los retos y desafíos regulatorios a que se enfrentan las entidades que manejan y tratan esta información personal.

jurídico depara a sus derechos y a su capacidad de obrar, cada vez más amplia. Efectivamente, hasta bien entrado el siglo XX, todas las normas relacionadas con el menor de edad se formulaban substancialmente a los únicos fines de protegerlo y representarlo dada su debilidad e imperfección, lo cual le convertía, en último término, en una persona absolutamente dependiente de aquellos que ejercían la patria potestad o, en su caso, la tutela, opacando plenamente su consideración como un sujeto autónomo. No se deparaba pues en las necesidades de autonomía y desarrollo que podía tener la persona del menor²²; únicamente se contemplaba al mismo como objeto de protección. Ello se explica por la consideración de la minoría de edad como status del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual primaba el aspecto de imperfección de la personalidad y, con ella, la necesidad de protección y cuidado. Los derechos del menor aparecían como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés propio del menor en desarrollar su autonomía²³.

Esta posición se mantuvo en los ordenamientos del siglo XIX y está presente también en nuestro Código civil, ciertamente atenuado de rigores antiguos pero todavía muy contundente en su consideración del menor como sujeto incapaz²⁴. En particular, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la concepción del menor y de las relaciones paterno-filiares hasta entonces vigentes se hacen insostenibles por su contradicción manifiesta con los valores y principios que propugna (artículos 10, 14, y 39 CE, entre otros) y con el modelo de Estado que la Norma fundamental incorpora en nuestro país: el Estado Social (artículo 1.1). De ahí que, a partir de entonces, la concepción del menor como sujeto de derechos deviene incuestionable dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Con posterioridad a la a la entrada en vigor de la Constitución, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención de los Derechos del Niños, de 20 de noviembre de 1989, la cual refleja por vez primera de forma expresa una concepción del menor como sujeto de derechos fundamentales. Más concretamente, la Convención deja atrás la imagen del niño objeto de protección, representación y control por parte de los padres o del Estado que ha inspirado, desde sus inicios, la legislación referente a menores en el mundo, y reconoce explícitamente al menor como auténtico sujeto de derechos. En suma, la Convención reconoce que el menor es portador de unos intereses propios,

22 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Civitas Madrid, 1952, reimpresión de 1984, p. 169, señala que en los antiguos regímenes, en los que la familia era una unidad cerrada, en la cual dominaba el jefe o el consejo de ancianos, la menor edad tenía una importancia limitadísima, pues su principal eficacia era endofamiliar (aptitud para ser jefe o para formar parte del consejo) y se atendía menos a la edad que a la aptitud individual. Por su parte, MENDIZÁBAL OSES afirma que, durante siglos, la minoría de edad fue una situación que careció absolutamente de importancia, pues era la etapa en la que se encontraban quienes no tenían la aptitud individual necesaria para asumir las funciones del adulto (MENDIZÁBAL OSES, L.: *Derecho de menores*, Pirámide, Madrid, 1977, p. 138).

23 MENDIZÁBAL OSES, L.: *Derecho de menores*, cit., pp. 38-40.

24 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., p. 13.

autónomos, distintos de los que puedan tener al respecto sus padres o tutores, y los poderes públicos a los que compete también su protección, lo que implica, correlativamente, el reconocimiento de su individualidad como sujeto de derechos, esto es, de su subjetividad jurídica.

Con todo, el punto de inflexión en nuestro derecho se produce con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), claramente representativa de la tendencia moderna que concibe a los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

En esta línea, resulta especialmente destacable el artículo 2, segundo párrafo de la mencionada Ley de Protección, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio²⁵, a cuyo tenor “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Así las cosas, estamos de acuerdo con Pérez Díaz cuando afirma que las fronteras entre la mayoría de edad, como territorio natural de la capacidad de obrar, y la minoría de edad, como lugar carente de ella, son muy poco nítidas. Al argumento aludido con anterioridad, basado en la moderna concepción de la minoría de edad como estado al que debe reconocerse una titularidad amplia de derechos, así como la progresiva capacidad para ejercerlos, se suma el reconocimiento progresivo y concreto de derechos a los menores que siempre se hizo y que ha contribuido a limar las diferencias con los mayores de edad. Las últimas reformas del ordenamiento han avanzado en esta línea. Las leyes sobre protección de la infancia y la adolescencia dictadas el año 2015²⁶ han contribuido a dotar de mayor grado de autonomía al menor. Todo esto ayuda a desdibujar la realidad en la que se mueve el menor, a caballo, por un lado, entre la autonomía de movimientos y la pérdida de autoridad paterna y, por otro, la realidad que marca una inevitable dependencia paterna, que es la propia de un colectivo esencialmente vulnerable y necesitado de asistencia constante²⁷.

Precisamente, uno de los escenarios donde la capacidad del menor de edad se articula con mayor intensidad es el conformado por el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), a las que aquellos acceden desde edades

25 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

26 La Ley Orgánica 8/2015 arriba citada y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

27 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., pp. 13-15.

muy tempranas²⁸ y que proporcionan oportunidades más propicias para que se vulneren sus derechos de la personalidad; nos referimos, efectivamente, a la actuación del menor en el entorno virtual.

En este orden de ideas son dos las cuestiones que, con carácter principal, se suscitan en el marco de este trabajo, ambas referidas a la actuación autónoma del menor en un escenario *online*, e incluso se podría decir que están concatenadas entre sí, pero conviene abordarlas por separado, pues se trata de actos distintos que afectan a diversos derechos del menor. Así, por un lado, trataremos el consentimiento del menor para darse de alta en una red social, acto este que está relacionado principalmente con el derecho a la protección de los datos personales. Y, por otro, veremos la actuación del menor ya como usuario de una red social, la cual, como se podrá comprobar, afecta fundamentalmente a sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

2. Consentimiento para darse de alta en una red social.

Todo acceso a una red social implica la aceptación de una serie de condiciones o cláusulas generales en las que se consiente el tratamiento de los datos personales por parte de dicha red (como pueden ser el nombre y los apellidos, correo electrónico, fecha de nacimiento, número de teléfono, ciudad, etc.), razón por la cual se ha considerado necesario establecer un marco jurídico básico que regule las condiciones para que un menor pueda ser usuario de una red social, así como los requisitos para poder tratar su información.

En este sentido, hay que tener presente especialmente la normativa reguladora de la protección de datos personales, esto es, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Concretamente, el artículo 7.1 (titulado Consentimiento de los menores de edad), dice “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”. Si se trata de menores de catorce años, el mismo artículo añade que su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales solo será lícito si consta el de los padres o tutor, con el alcance que determinen estos últimos (artículo 7.2 LOPDGDD).

28 En palabras de LORENTE LÓPEZ, uno de los principales rasgos de la nueva era de la información y de las telecomunicaciones es el deseo o más bien necesidad de que los menores puedan ser cada vez más libres en el desarrollo de su personalidad. En aras de esa pretendida autodeterminación, se les va dotando de mayor independencia a edades más tempranas. Sin menospreciar la capacidad de obrar del menor en otras áreas, debemos destacar que en el entorno tecnológico el menor se mueve con especial libertad (LORENTE LÓPEZ, M^º. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 205-206).

Por tanto, si el menor es mayor de catorce años podrá prestar su consentimiento siempre que no exista ley que diga lo contrario solicitando la autorización de los representantes. Si es menor de esa edad, de cualquier manera, se requerirá dicha autorización. Se establece así una diferencia entre los mayores y los menores de catorce años, teniendo los primeros capacidad suficiente para consentir en lo que afecte a su derecho a la protección de datos personales y requiriendo los segundos el consentimiento de sus representantes legales si quieren transferir cualquier dato de carácter personal y acceder a cualquier red social. Como vemos, el artículo 7 LOPDGDD recoge un criterio objetivo a la hora de fijar la capacidad del menor para consentir por sí solo el tratamiento de sus datos de carácter personal, desmarcándose así de las normas que atienden al criterio de la madurez, sin establecer una edad concreta para valorar la misma, como el artículo 162 CC²⁹.

El principal escollo que nos plantea este precepto es el solapamiento que se puede producir con otras normas a tener presente en este particular contexto. Nos referimos, por un lado, al artículo 3.1 LOPH, que permite otorgar el consentimiento para la intromisión al derecho a la propia imagen a los menores desde que sus condiciones de madurez lo permitan, utilizando un criterio distinto al de la LOPDGDD. Por otro lado, hay que tener también en cuenta el artículo 162 CC que como, bien sabemos, contempla la posibilidad de que el menor pueda ejercer por sí solo actos relativos sus derechos de la personalidad, de acuerdo con su madurez. Es decir, de acuerdo con Martínez Vázquez de Castro, es posible 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 equipos intervinientes en protección de datos, y la ventaja que aporta el criterio de 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 del interés superior del menor y el principio de libre desarrollo de la personalidad³⁰.

Ante esta dualidad de criterios, si atendemos a la norma más reciente, que regula específicamente la cuestión que nos ocupa, esto es la LOPDGDD, cabe afirmar que es el criterio de la edad el que debe primar, de tal forma que habrá que esperar a los catorce años para que el menor pueda prestar su consentimiento para adherirse a una red social.

29 Como es sabido, este artículo excluye de la representación legal de los hijos menores de edad los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

30 MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020, p. 239.

A ello hay que sumar que, en la práctica, tener que cerciorarse caso por caso de la madurez del menor puede ser tarea imposible, dado el creciente fenómeno del cual hablamos de acceso a las redes sociales. Por ello, sin perjuicio de que prime la LOPDGDD por la especialidad de la materia, es verdad que la edad de catorce años debe utilizarse a los efectos de presumir que el menor goza efectivamente de la madurez necesaria a esa edad, salvo prueba en contrario, pues otra cosa sería inviable.

Lo dicho sobre la autonomía del menor de catorce años para darse de alta en una red social nos lleva a preguntarnos si, en tal caso, se le aplica el mismo régimen que a una persona mayor de edad. La respuesta, como señala Gete-Alonso y Calera, es clara: no. El hecho de que desde una edad se consienta y acceda al mundo virtual de manera independiente de la patria potestad o tutela, al igual que ocurre en otros ámbitos de actuación, no elimina las funciones de vigilancia y control de las autoridades parental o tutelar, 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 continúan obligados a desplegar una particular actividad para evitar riesgos y peligros³¹, cuestión esta sobre la que volveremos más adelante. Todo ello sin olvidar las normas que imponen obligaciones de establecer controles de 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, la intensidad y el alcance de estos³².

En otro orden de ideas, cabe referirse al Reglamento que desarrolla la LOPD³³, que regula los requisitos que se deben cumplir a la hora de proteger los datos del propio menor, estableciendo la necesidad de que la información dirigida a los menores debe ser comprensible por ellos y exigiendo que se compruebe de modo efectivo la edad de aquel (artículo 13 apartados 3 y 4 RLOPD). Pero lo cierto es que este último requisito es un problema por lo que a la verificación respecta. En este sentido, hay un Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (Informe 0046/2010), que advierte sobre la falta en la norma de un procedimiento concreto para la verificación de la edad el menor. En el informe se plantean dos posibilidades que se refieren, bien a que la solicitud sea realizada por los representantes legales del menor, o bien a que aquellos autoricen la

31 No en vano, el citado artículo 162.1º CC, después de reconocer la capacidad de los menores de edad para ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad, añade "No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia".

32 GETE-ALONSO Y CALERA, C.: "Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLE RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020, p. 89.

33 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.

solicitud realizada por el menor. En ambos casos la Agencia aconseja que el citado documento se acompañe de fotocopia del DNI de los representantes legales a fin de verificar que la firma coincide con la solicitud presentada³⁴.

Cabe apuntar sobre este particular, que se ha llegado a pedir la nulidad de este artículo 13.4 RLOPD, pero no se ha accedido a dicha demanda. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, percibió la complejidad de esta labor de comprobación por el responsable del fichero, pero al mismo tiempo determinó que “ello no debe de servir de excusa para la adopción de las medidas de garantía adecuadas que, en definitiva, es lo único que exige el precepto reglamentario impugnado”.

Llegados a este punto, tenemos que hacer mención también al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³⁵, que nace con la aspiración de unificar los regímenes de todos los Estados Miembros sobre la materia.

De acuerdo con su Considerando 38, 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 estos datos. 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

Este Reglamento europeo establece la edad mínima para consentir el tratamiento de datos en dieciséis años. No obstante, dispone que los Estados Miembros podrán fijar una edad inferior, que no podrá situarse por debajo de los trece años (artículo 8.1). En nuestro país, como se ha podido comprobar, la edad mínima sigue siendo de catorce años, de acuerdo con la LOPDGDD.

Por otra parte, este Reglamento establece la obligación a cargo de los responsables de tratamiento de verificar que concurre de forma efectiva el consentimiento de los representantes legales del menor cuando así resulte necesaria recabarlo, teniendo en cuenta la tecnología disponible (artículo 8.2). No

34 Ante la dificultad de control, dada la falta de generalización del DNI electrónico, Tuenti, por ejemplo, implantó un protocolo de borrado de menores de catorce años explicándolo de la siguiente forma “igualmente contamos con un protocolo acordado con la AEPD desde 2009, por el cual desactivamos durante 15 días a aquellos menores que hayan podido mentir en su edad hasta que nos envíen la documentación acreditando ser mayores de 14 años o contar con autorización paterna. Transcurrido ese plazo la cuenta se elimina”.

35 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.

se habla en este caso de la obligación de verificación de la edad efectiva del menor de edad. Y tampoco se establece criterio, recomendación o pauta alguna sobre los mecanismos, procedimientos o métodos más adecuados a tal fin, rigiendo un principio de libertad de forma en este ámbito³⁶.

Sea como fuere, lo cierto es que este marco regulatorio tiene que convivir al mismo tiempo con las políticas de privacidad de las empresas que prestan estos servicios. En la actualidad, si se leen las políticas de privacidad de las diversas redes sociales, se constata que la edad mínima para darse de alta en una red social oscila entre los trece y dieciséis años. Sin embargo, la realidad es que los controles para comprobar esta edad son escasos por parte de las empresas que tan solo se limitan a declarar en sus políticas de privacidad que se debe ser mayor de catorce años para utilizar el servicio, como ocurre en el caso de Instagram. De ahí la posibilidad de que un menor que no alcance la edad mínima requerida se registre con una identidad simulada o, más fácil todavía, constatando una fecha de nacimiento falsa. Este es, sin duda, un dato a tener presente; nos referimos a que en este contexto son ineludibles las dificultades para verificar la edad y, por consiguiente, para comprobar que ha sido válida la prestación del consentimiento.

Y enlazando con lo anterior hay otro dato importante que no debemos perder de vista y es la facilidad para poder realizar este acto de registrarse en una red social. Y lo realmente preocupante, más que dicha facilidad para adherirse a la red, son las consecuencias que se derivan de dicha adhesión. No olvidemos que cuando el menor se registra o se da de alta en una red social aporta un gran número de datos personales y acepta las condiciones y la política de privacidad de la red social en cuestión. De esta manera, el consentimiento que otorga opera como un título que legitima el tratamiento de sus datos personales. Cosa distinta es si tal aceptación es realmente consciente y voluntaria, es decir, si el menor conoce realmente el alcance de su consentimiento, lo cual genera bastante duda.

3. Actuación del menor como usuario de una red social.

Las redes sociales 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 y participación en grupos en base a criterios comunes que les permitan la conexión con otros usuarios y su interacción.

36 En este contexto, BRITO IZQUIERDO trae a colación normativa norteamericana de protección en línea del derecho a la privacidad de los niños, más conocida como COPPA (Children's Online Privacy Protection Act of 1998), toda vez que ha sido pionera aportando ciertos criterios sobre el particular (criterios de verificación del consentimiento paterno), los cuales, podrían inspirar el modo de proceder o de actuar de los responsables de tratamiento europeos en estos casos, siempre que ello fuera coherente con la normativa que les resulte de aplicación en cada caso (véase BRITO IZQUIERDO, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", cit., pp. 9 y ss.).

Una vez que el menor se registra en una red social, está legitimado para desarrollar la actividad propia dentro de la misma, como publicar fotos y videos, manifestar sus intereses, gustos, preferencias, etc. A partir de aquí comienza a ejercer por sí mismo los derechos a su intimidad personal y familiar o a su propia imagen, al tiempo que permite también el tratamiento de sus datos personales por terceros. No en vano, la red social está diseñada para incentivar al usuario para que inserte información personal de sí mismo y de sus relaciones, cosa que el menor hace de forma masiva y sin aprovechar las herramientas de control que el servicio pone a su disposición³⁷.

Lorente López ha delimitado con precisión los principales riesgos derivados de la participación de menor de edad como usuario de una red social.

- Falta de concienciación de los usuarios de las redes sociales en las buenas prácticas en materia de privacidad. La gran mayoría de los usuarios máxime si son menores de edad confían en que su navegación a través de la red social sea segura y exenta de todo riesgo. Esto se debe, fundamentalmente, a una falta de concienciación y educación en el correcto uso de dichas redes e Internet en general.

- Uso inadecuado de los datos de los usuarios por terceros. Como afirma la autora, una de las cuestiones que suscita más preocupación es la relativa a la divulgación de datos referentes a terceros, tanto de personas que son usuarias de las redes, como de personas que son completamente ajenas a las mismas. No podemos pasar por alto el hecho de que la principal actividad que se realiza a través de las redes sociales tipo Facebook consiste en la exposición de imágenes y comentarios a través de un muro (*social wall*). De este modo, aunque un menor no tenga una cuenta propia, su imagen puede ser expuesta sin su consentimiento a través de la de un amigo, un familiar o un conocido.

- Instrumentalización de la identidad. Las redes sociales virtuales permiten a los usuarios confeccionar una identidad digital, aunque sea ficticia. Esto permite suplantar la identidad de un usuario de manera sencilla, es decir, adoptar una

37 En palabras de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, las redes sociales en las que se mueve habitualmente el menor 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, vídeos, reflexiones, afirmaciones y preferencias de todo tipo. Desde sus películas favoritas hasta la religión que profesan la orientación política. Es el caso paradigmático de Facebook. Son plataformas en las que los usuarios se puede dar de alta en el servicio libremente, o a través de invitación y encontrar conocidos o invitarles a formar parte de su intimidad. Si se profundiza un poco más en la dinámica de las redes sociales se observa cómo desde el primer momento en 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, como la mayoría de las redes sociales cuentan con una sección denominada "perfil" en la que se en la que sugieren que se aporte a otro tipo de datos personales, como 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 (MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", cit., p. 225).

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.

- Descontextualización de la información. El mayor riesgo de las redes sociales es la descontextualización de los datos que aparecen publicados. Se produce la descontextualización de los datos o comportamientos cuando estos son utilizados en un contexto distinto de aquel para el cual se emitieron. En los espacios *online* que constituyen las redes sociales lo que es dicho para un grupo cerrado de amigos, queda a disposición de la comunidad entera³⁸.

Ciñéndonos en estas páginas al supuesto en el que menor publica sus fotos o vídeos, el problema que se plantea, de acuerdo con Sánchez Gómez, es que para dichos actos que conforman intromisiones en sus propios derechos, el menor no presta consentimiento alguno en el sentido del artículo 3.1 LODH. Cabe pensar que aquel consentimiento lo otorgó cuando se dio de alta en la red social aceptando sus condiciones. Esto significaría que por el acto de registro el menor está consintiendo no solo la posibilidad del tratamiento de sus datos, sino todavía más, las intromisiones en sus derechos. De ahí que la prestación del consentimiento para darse de alta en la red social, inicialmente relacionado con el tratamiento de datos, va más allá y se extiende peligrosamente y de una manera genérica a las intromisiones en sus derechos. Dicho sea de otro modo, este consentimiento, el que exige la Ley Orgánica 1/1982, cabe deducirlo del acto de aceptación de la política de privacidad y de sus condiciones generales para darse de alta. En principio, no habría problema para reconocer su validez, pues se deduce, como dice el TS, de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas; en suma, el razonamiento podría ser válido en el sentido de entender que se ha dado cumplimiento a lo previsto en la LODH. Pero el problema surge respecto al alcance de dicho consentimiento, pues al fin y al cabo se ha prestado de manera general. Esta forma de proceder choca frontalmente con lo que se ha mantenido por la doctrina y la jurisprudencia. Como sabemos, respecto al alcance de dicho consentimiento es unánime la opinión según la cual no es posible que sea general, sino que debe referirse a cada acto concreto de intromisión³⁹.

En este sentido, Lorente López sostiene que no cabe la posibilidad de otorgar un consentimiento genérico o generalizado, para que una productora, un anunciante

38 LORENTE LÓPEZ, C.: "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*, número 2, 2015. Sobre los riesgos que comporta para los menores el uso de las redes sociales, véase también MARTÍNEZ OTERO, J. M^o: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 57-60.

39 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., pp. 114-115.

o un medio de comunicación disponga libremente de él. Por el contrario, cada nuevo acto exige un nuevo consentimiento. Máxime, cuando de un menor se trate, pues ayer pudieron prestar consentimiento por él sus progenitores y hoy puede encontrarse en condiciones de hacerlo por sí mismo, motivo por el que es doblemente exigible que cada nuevo acto exija un nuevo consentimiento. Ello no obsta para que, en el supuesto de que se haya prestado consentimiento para la captación de una imagen y su posterior publicación, el medio de comunicación que haya “comprado” la fotografía pueda usarla las veces que quiera mientras que el consentimiento inicial no sea revocado. Es el caso de las denominadas “imágenes de archivo”⁴⁰. Por su parte, Castilla Barea insiste en la necesidad de que el consentimiento prestado se interpreta restrictivamente de suerte que el titular del derecho deberá autorizar separadamente cada uno de los actos sin que quepa extender al resto la autorización que solo se dirigió a legitimar una conducta en concreto⁴¹.

Partiendo de todo lo expuesto, Sánchez Gómez concluye que la evidente contravención del referido artículo cuando estamos ante un extremo tan importante para legitimar una intromisión en los derechos fundamentales del menor, pues en este ámbito de las redes sociales no presta el consentimiento de manera concreta y específica para cada acto de intromisión que consienta. Se pone de manifiesto así un primer obstáculo difícil de sortear si se pretende aplicar la Ley Orgánica 1/1982 respecto al consentimiento de los menores para llevar a cabo intromisiones en sus derechos de la personalidad como usuarios de las redes sociales, pues aquel no puede ser genérico, sino que cada acto exige un nuevo consentimiento. De ahí que nos cuestionemos si tales actos que realiza el menor en este ámbito son válidos desde el punto de vista de la normativa existente⁴².

La citada autora se ha planteado si no resultaría aplicable análogicamente el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, que considera intromisión ilegítima en aquellos derechos al honor, la intimidad y la imagen del menor cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a su intereses, incluso si consta su consentimiento, al entorno virtual del menor, toda vez que las redes sociales de comunicación son también medios de comunicación de una dimensión universal, global y transfronteriza, en los que dichos derechos pueden ser vulnerados fácilmente mediante expresiones, imágenes o mensajes. Pero lo cierto es que no resulta razonable abogar por esta aplicación análogica, pues ello

40 LORENTE LÓPEZ, M^a. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 101-102.

41 CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en 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*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 141.

42 SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor”, cit., pp. 114-115.

supondría invalidar cualquier actuación del menor del siglo XXI en el entorno virtual. Eso corrobora la necesidad de buscar otros mecanismos de protección específicos ante la ausencia de normativa aplicable al efecto⁴³.

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL.

I. Cuestiones previas.

Como se ha apuntado previamente, una cuestión de primer orden en el tema que nos ocupa la conforman los mecanismos de protección del menor de edad que se articulan en el entorno virtual. Ya sabemos que uno de los ámbitos donde se refleja con mayor claridad el principio de la capacidad de obrar evolutiva del menor de edad es el de las TIC, pues, como apunta Lorente López, los niños de hoy en día han nacido en la nueva “Sociedad Red”, lo cual implica que desde que empiezan a tener uso de razón se encuentran rodeados de dispositivos (ordenadores, teléfonos móviles, tablets ...) hacia los que desarrollan una gran atracción y una habilidad consumada. No es de extrañar, por lo tanto, que sea precisamente con las nuevas tecnologías como estos nativos digitales satisfacen sus necesidades de entretenimiento, información, comunicación, e incluso de formación. Ahora bien, a pesar de la indudable capacidad de desenvolvimiento del menor con las TIC, no debemos olvidar que si en cualquier ámbito el niño merece especial protección, más aún en entornos vinculados a estas nuevas tecnologías, dado que la globalidad e inmediatez de la Red hacen que la misma conducta realizada por un menor (pensemos en la captación de una foto comprometida), no tenga el mismo alcance en su ámbito social real, que en el virtual, donde en cuestión de segundos puede tener una difusión local e incluso mundial, repercutiendo de forma directa en su “biografía digital”, y futura reputación⁴⁴.

Cada vez son más los riesgos de vulneración de los derechos a la intimidad y protección de datos personales, al honor y a la propia imagen de los menores de edad, debido a 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 red⁴⁵.

Por consiguiente, es necesaria una prevención, límites y control, de acceso y de contenidos, no solo por las especiales características de la capacidad de estos sino

43 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor”, cit., p. 115.

44 LORENTE LÓPEZ, C.: “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías”, cit., número 2, 2015.

45 SOLÉ RESINA, J.: “Emancipación digital y potestad parental”, en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020, p. 23.

por las circunstancias intrínsecas del propio entorno digital⁴⁶. La finalidad última es la de conseguir un uso seguro de las TIC, para lo cual se necesita la actuación de los padres o guardadores legales, los poderes públicos y de los agentes de la industria⁴⁷.

Resumiendo, pues, la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y tratamiento de datos personales de los menores de edad en dispositivos móviles, Internet y redes sociales requiere inexorablemente de un esfuerzo por parte de todos los agentes implicados⁴⁸. En las siguientes páginas nos centraremos, concretamente, en el papel de los padres y tutores, por un lado, y de los poderes públicos, por otro, como mecanismos esenciales de protección de los derechos del menor. Se tratará de explicar cuál o cuáles son las funciones de protección del menor que les competen en este escenario de las TIC, así como los principales conflictos de derechos derivados del ejercicio de dichas funciones. Pero antes de ello conviene aludir, siquiera sea muy brevemente, al marco jurídico de protección de los derechos al honor, intimidad e imagen y la protección de datos del menor en la esfera de las TIC.

Como apuntábamos más arriba cuando tratamos los derechos potencialmente vulnerables en el entorno digital, los derechos al honor, intimidad e imagen y la

46 LAMBEA RUEDA, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en LAMBEA RUEDA, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en AA.VV.: *La protección del menor: situación y cuestiones actuales* (dir. V. BASTANTE GRANELL y R. LÓPEZ SAN LUIS), Comares, Granada, 2019, p.177.

47 Cabe destacar en este sentido el Código civil catalán; concretamente, el artículo 236-17, párrafo 5, a cuyo tenor "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". Lo mismo se establece en sede de tutela en el artículo 222-36, párrafo 3. En esta misma línea, la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, se ocupa igualmente de ese asunto en su artículo 60, que 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, el deber 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. Y añade 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.

48 El artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 proscribía las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Lo contemplan igualmente el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También el punto 8.29 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los derechos del niño, declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor y el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, aprobada por Asamblea General en 1985 también lo recogen en el artículo 8.

protección de datos personales que consagra el artículo 18 CE (apartados 1 y 4)⁴⁹, son objeto de regulación específica en la LOPDH⁵⁰ y la LOPD. Además, teniendo en cuenta que nuestro trabajo se centra en la persona menor de edad como titular de dichos derechos, cabe mencionar también la LOPJM. Concretamente, el artículo 4 LOPJM dispone:

“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 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”.

49 En estrecha conexión con este artículo se encuentra el artículo 20 CE que, además de reconocer una serie de libertades entre las que se incluyen la libertad de expresión e información, directamente relacionadas con el uso de las TIC, establece en su apartado cuatro que “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”. De una interpretación sistemática de los art. 18 y 20.1.d) CE se desprende sin duda una hiperprotección del derecho a la intimidad y a la propia imagen proyectado sobre los menores de edad. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores explica el porqué de esta hiperprotección: “estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social”.

50 Véase especialmente el artículo tercero de la citada Ley, a cuyo tenor: “Uno. 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. Dos. 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”.

Como vemos, no hay referencia alguna en este precepto al entorno virtual, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina⁵¹; más aún cuando esta LOPJM ha sido objeto de reforma en el año 2015. En este sentido, de acuerdo con Sánchez Gómez, después de veinte años de vigencia de la LOPJM y más de treinta de la LOPHII, quizá hubiera sido la reforma de 2015 el momento oportuno (por el tiempo transcurrido) y el lugar idóneo (una Ley Orgánica del menor), para tomar conciencia de manera concreta y específica de los problemas que plantea el fenómeno virtual para los derechos del menor en el artículo 4⁵².

En cualquier caso, la duda que se nos plantea partiendo de esta redacción de la norma es si Internet y las nuevas tecnologías de información y comunicación se pueden considerar como un medio de comunicación a los efectos de la misma. Para Pérez Díaz, naturalmente que los lugares virtuales (redes sociales, blogs, páginas dirigidas a menores) deben entenderse en un amplio sentido como medios de comunicación y, por ende, quedan incluidos en la citada norma. La autora menciona una sentencia de un juzgado de Madrid⁵³ que ha negado que Internet sea un medio de comunicación social en sentido estricto y ha calificado la red de redes como un medio de comunicación universal. No obstante, en esta sentencia se admite tácitamente que Internet al menos es un medio de comunicación y, por tanto, cabe aplicar el citado precepto, ya que se refiere con carácter general a los medios de comunicación sin añadir el adjetivo social, lo que activaría las especiales garantías que se reconocen a los derechos de los menores, en especial, la legitimación del Ministerio Fiscal para revocar un consentimiento prestado en perjuicio del interés superior del menor⁵⁴.

2. El papel de los padres o tutores del menor en el ámbito digital.

A) *El deber de velar y supervisar al menor.*

Los padres o tutores son los primeros obligados en velar por el menor que actúa en el ámbito digital. En este sentido, basta citar el artículo 84.I de la Ley Orgánica

51 PÉREZ DÍAZ critica la ausencia de referencia alguna a los entornos virtuales, pues pese a existir un Internet incipiente en aquel momento, ya se sabía que iba a constituirse en la rama de formación y socialización del futuro (PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., p. 222).

52 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", cit., p. 180.

53 Sentencia del Juzgado de lo Penal número 16 de Madrid, de 18 de diciembre de 2009 (Fundamento Jurídico 3°).

54 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor*, cit., p. 222. Por su parte, MARTÍNEZ OTERO considera que la respuesta a la pregunta no puede ser apriorística, sino que dependerá del nivel de publicidad que tenga el perfil que recoge los datos o imágenes del menor. No puede tratarse de la misma manera un perfil totalmente restringido, uno abierto tan solo a los amigos, o un perfil totalmente público, que puede ser indexado por los buscadores de Internet. Si los dos primeros pueden asemejarse a un álbum de fotos familiar disponible online, el segundo sí puede ser equiparado con un medio de comunicación, al menos en la medida en que su contenido está disponible a todo aquel que quiera consultarlo [MARTÍNEZ OTERO, J. M^a.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, cit., p. 444].

3/2018, de 5 de diciembre, que bajo el título de Protección de los menores en Internet, dispone: “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”.

De otro lado, como se apuntó brevemente en líneas anteriores, tras la reforma de 2015, el artículo 5 LOPJM alude expresamente al uso por los menores de las TIC y la necesidad de protegerlos. En concreto, establece en su apartado primero: “Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará 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”. En este contexto, corresponde a los padres o al tutor el deber de velar porque la información a la que el menor accede sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. Así lo establece expresamente en su segundo apartado el citado artículo 5 LOPJM.

Como vemos, de acuerdo con las normas citadas, los menores tienen derecho al uso de las nuevas tecnologías, si bien este uso deberá ser supervisado por sus guardadores legales que tienen la obligación de velar por ellos. Mas, sin perjuicio de estos concretos preceptos legales, el deber de protección de los padres y tutores en relación con la actividad digital de sus hijos menores deriva sustancialmente de las funciones de protección y asistencia de todo orden que les competen en relación con su hijo o pupilo. En efecto, los artículos reguladores de la patria potestad y la tutela confieren a sus titulares un conjunto de facultades y deberes, esencialmente tuitivos, para el cuidado y la capacitación del menor; entre los que nos interesa destacar ahora los deberes de velar por él y procurar su formación integral (artículos 154 y 269 CC), porque de ellos puede derivarse, precisamente, el deber de proteger a los hijos de los riesgos que puedan derivarse de su presencia en los entornos digitales. Como nos explica Solé Resina, esta vigilancia que les corresponde abarca todos los ámbitos -material y moral- y también el control de la relación/presencia del hijo 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 patria potestad digital⁵⁵.

55 SOLÉ RESINA, J.: “Emancipación digital y potestad parental”, en SOLÉ RESINA, J. y ALMADA MOZETIC, V. (coords.), cit., p. 28.

B) Límites del deber de protección al menor.

No obstante todo lo expuesto hasta aquí, no debemos olvidar que el ejercicio de la patria potestad debe realizarse en interés de los hijos “de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental” y “si los hijos tuvieran suficiente madurez, deberán ser oídos siempre ante de adoptar decisiones que les afecten” (artículo 154 CC). Además, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor (artículo 9.1 LOPJM).

Llegados a este punto, la cuestión que se nos plantea es la de los límites de este deber de control y supervisión de los padres y tutores; en otras palabras, cuáles son 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 patria potestad o tutela contra el derecho a la intimidad de los menores, precisamente porque dicho control se justifica como medida de protección del menor⁵⁶, o vulnere cualquier otro derecho del menor.

En este contexto, ante la ausencia de normativa legal expresa, tendrá que ser la jurisprudencia la que delimite este margen de actuación de control o responsabilidad de los guardadores legales. Para empezar, hay dos resoluciones del Tribunal Supremo que conviene tener presentes.

La primera es la STS 864/2015, de 10 de diciembre. El supuesto de hecho que da origen a esta resolución se inicia cuando un varón, mayor de edad, conoce a una menor de quince años y le envía una petición de amistad por la red social Facebook, la cual fue aceptada por la menor, siendo pleno conocedor de su minoría de edad. A través de dicha red mantuvo conversaciones con ella, que acabaron derivando en una situación de *grooming* (acoso sexual a menores por internet), llegando a implicar a otra menor de siete años de edad en los hechos. Por lo que aquí nos interesa, el demandado alega infracción de los artículos 18.1 y 18.3 CE (derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones). Concretamente, impugna la validez de la prueba consistente en los mensajes tanto de Facebook como de WhatsApp cruzados por el demandado con la menor. La inutilidad de esa prueba arrastraría la invalidez de las posteriores que traen causa de aquella, pues se habría accedido al contenido de esos mensajes sin contar con autorización de ninguno de los comunicantes.

El Tribunal declara que ninguna duda puede arrojar sobre la titularidad por parte de la menor del derecho a la intimidad:

56 SOLÉ RESINA, J.: “Emancipación digital y potestad parental”, en SOLÉ RESINA, J. y ALMADA MOZETIC, V. (coords.), cit., p. 29.

“Aquí nos tenemos que plantear si por el hecho de ser menor de edad, es posible que la madre de la misma pueda desvelar las conversaciones que la menor haya podido tener con otras personas. Sobre dicha cuestión tenemos que indicar que el artículo 4.1 de la Ley de Protección del Menor 1/1996 dispone que: “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”. El artículo 4.5 dispone: “Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”. Se tiene que aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen que establece que el consentimiento deberá prestarse por ellos mismos (menores) si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Así pues, consideramos que una menor de 15 años de edad, sin que conste en la misma elemento alguno para pensar que no se encuentra en una situación de madurez, tiene que otorgar el consentimiento a los padres o tutor para que por estos se pueda desvelar los mensajes que en la cuenta de su perfil de Facebook dispone”.

Está claro que los menores deben dar su consentimiento para el control y acceso a sus cuentas en redes sociales; eso no es discutible. Sin embargo, estos derechos fundamentales no son absolutos y pueden ceder, como así lo recoge la sentencia, en defensa de otros intereses constitucionalmente protegibles a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones.

“Aunque la Sala expresa que no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de Facebook de la menor, es palmario que contaba con ella [...]. Es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana [...]. Es sabido que el artículo 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros {...}. Además, estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo

desposeerles de toda capacidad de controlar en 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 le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores”.

En este mismo orden se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo 1136/2018, de 11 de octubre. En este caso el demandado mantuvo relaciones sexuales completas con un menor de trece años, que accedió a ello al ser amedrentado, diciéndole el acusado que de lo contrario revelaría a su madre su condición homosexual, que no iba a aceptar, doblegando su voluntad y accediendo a sus exigencias, aprovechándose de su corta edad y de su sentimiento de culpabilidad, que le impedía poner en conocimiento de terceras personas estos hechos. Posteriormente, el acusado mantuvo contacto telefónico con el menor mediante WhatsApp, instándole a repetir sus encuentros accediendo el menor, por la presión ejercida por el acusado de revelar a su madre su condición homosexual y en alguna ocasión agarrándole de las manos. A consecuencia de estos hechos, el menor presenta baja autoestima, tristeza, bajo rendimiento académico, fracaso escolar, angustia, sentimiento de culpa, miedo desconfianza e interferencia en su desarrollo psicosexual. La madre del menor denunció estos hechos. Por lo que respecta a la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, este Auto vuelve a incidir en el mismo fundamento que la resolución anterior.

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.

Con respecto al acceso de la policía a los números de teléfono que aparecían en los contactos del terminal del menor, que fue entregado por su madre a los

agentes, ninguna irregularidad se detecta, pues respecto a esta cuestión es clara la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo recuerda que ya la sentencia 115/2013 de 9 de mayo del Pleno del Tribunal Constitucional, dictada en un caso que presenta similitudes con el que ahora nos ocupa, condensa la doctrina en relación a la legitimidad constitucional de la consulta por parte de la policía de la lista de contactos de un terminal telefónico sin autorización judicial ni de su titular. Concluye que siempre que la consulta se haya limitado exclusivamente al listado de contactos, y no haya accedido a funciones del aparato que pudiesen desvelar procesos comunicativos, no afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque no suministra información concerniente a un proceso de comunicación emitida o recibida mediante dicho aparato, sino únicamente a un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recogidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel. Sí puede verse afectado el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), derecho que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado.

Por otra parte, en cuanto al acceso al contenido de los WhatsApp del teléfono del menor que fue entregado por su madre a los agentes, tampoco puede aceptarse que pueda haber constituido prueba ilícita.

En el presente caso el acceso que la policía realizó del terminal telefónico lo fue porque se lo entregó la titular de la línea, la madre del menor, de la que consta que era la titular de la patria potestad. De su acceso se extrajeron los números de teléfono del acusado, puesto que éste se había puesto en contacto con el menor, tal y como se describe en los Hechos Probados, así como los mensajes de contenido sexual que le mandaba a este. Es cierto que esta actuación afectó a los datos que tenía el menor en su teléfono, pero no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho del acusado. Este transmitió sus pensamientos, siendo el menor libre para facilitárselos a un tercero. Aun cuando la madre y los agentes accedieron a los mismos sin su consentimiento expreso, no consta oposición alguna por su parte a la conducta efectuada, a lo que debe añadirse que se trató de una actuación proporcional, dada la gravedad de los hechos, que se encontraban en fase de ejecución, de los que la madre tenía indicios de su comisión, pues había detectado en el menor un cambio de comportamiento que afectó a sus resultados académicos. De manera que fue necesaria su actuación, ante los peligros que pudieran estar afectando el libre desarrollo de la personalidad de su hijo, del que era garante. Y la Policía actuó en ejercicio de las facultades que la habilitan para recoger los efectos, instrumentos y

pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. En este marco, la mínima injerencia en el derecho a la intimidad del menor o a sus comunicaciones, está justificada por razones de urgencia y permitió corroborar la identidad de la persona que finalmente fue identificada como el autor de las conductas de contenido sexual, que fueron relatadas por el propio menor en el acto de la vista, tal y como se describe en la sentencia, de quien no consta reclamación alguna por el acceso analizado. La actuación por tanto se ajustó a los estándares de proporcionalidad que legitiman su constitucionalidad.

En suma, hasta ahora la jurisprudencia parece inclinarse hacia un papel intervencionista de los padres o tutores en aras a la protección del menor y al amparo de sus funciones de guarda. En efecto, el deber de velar y proteger a los menores legitima a los progenitores para vigilar y supervisar cuestiones que afectan a la vida privada de sus hijos y, más aún, en circunstancias que pudieran revestir peligro para aquellos.

C) Conflictos entre los guardadores legales y el menor de edad.

Por otro lado, en este mismo contexto de la actuación del menor en entornos digitales, es posible que surjan conflictos entre los padres o el tutor y el propio menor con suficiente juicio cuando aquellos le restringen el acceso a Internet o el uso a las nuevas tecnologías por el perjuicio que le pueden ocasionar. Indudablemente, el menor de edad ha de ser especialmente protegido frente al uso de los medios digitales, habida cuenta los riesgos derivados del mismo, que pueden resultar perjudiciales para su formación o desarrollo, pues no olvidemos que el menor es esencialmente más vulnerable frente a los condicionamientos externos que una persona mayor, dada la falta de recursos intelectivos y volitivos que le permitan seleccionar la información que le llega y, por ende, rechazar aquella que pueda desvirtuar el libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, sabemos que los guardadores del menor son quienes tienen la función de controlar o supervisar la actuación del menor en el entorno digital, lo que implica, correlativamente, la facultad de decidir lo que puede ser o no perjudicial para él.

Con todo, es cierto que no podemos identificar este deber de los padres o el tutor de velar por el menor en el ámbito digital con la potestad para vetarle el acceso o la utilización de las TIC. La facultad de aquellos de supervisar al menor se halla condicionada, en todo caso, por su interés o beneficio; tengamos en cuenta que hablamos de uno de los deberes inherentes a la patria potestad y a la tutela, *oficios* protectores que, como se ha dicho, han de ejercerse siempre en beneficio del propio menor y de acuerdo con su personalidad (artículos 154 y 216 CC). En consecuencia, sólo cuando una actuación del menor sea objetivamente perjudicial para el interés del mismo cabrá admitir su restricción por parte de los guardadores

legales. Además, no olvidemos que el menor deberá ser oído, si tuviera suficiente madurez, siempre ante de adoptar decisiones que les afecten; si bien, esto no impide que los padres puedan decidir algo en discordancia con su voluntad.

Por consiguiente, los guardadores que adoptan tal decisión han de atender la opinión del menor aunque ello no signifique que efectivamente haya de prevalecer la voluntad de este por encima de la de sus guardadores, pues también es cierto que todas y cada una de sus funciones de guarda requieren necesariamente de un margen de discrecionalidad a la hora de ejercerlas, lo cual, en relación con la función de control que ahora estudiamos, se cifra en un margen de libertad para valorar si el menor tiene la aptitud y la madurez necesarias para hacer un uso equilibrado y responsable de las TIC. Por supuesto, esta discrecionalidad de la que hablamos estará en todo caso limitada por el interés o el beneficio del menor: es decir, que los padres o el tutor tengan una cierta libertad para adoptar sus decisiones no implica que estas puedan ser arbitrarias. De lo que se trata es que con su decisión, sea cual fuere, protejan el interés del menor⁵⁷; esto es, han de velar porque la presencia del hijo en entornos digitales sea apropiada a su edad a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

3. El papel de los poderes públicos.

A) *La intervención del Ministerio Fiscal.*

El artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/18, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, determina la intervención del Ministerio Fiscal en los casos en que se detecte cualquier 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. El Ministerio Fiscal, de este modo, se verá obligado a instar las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Por su parte, esta Ley Orgánica 1/1996 establece en su artículo cuatro:

“2. La que 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 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.

57 Como es bien sabido el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2 LOPJM).

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”.

Como señala Martínez Otero, el Ministerio Público efectúa así una suerte de *segundo control*, quedando legitimado para intervenir si considera que el acto puede ser perjudicial para el interés superior del menor, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales. En este último caso, cuando sean los representantes legales quienes hayan prestado el consentimiento, este se supedita a la opinión del Ministerio Fiscal⁵⁸. Esta intensificación en el nivel de protección y fiscalización se justifica 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. Ahora bien, la intervención autónoma del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, prudente y excepcional, ya que es un arma de tan grueso calibre que debe realizarse con medida, ponderando todos los intereses en conflicto⁵⁹.

La cuestión que se nos plantea entonces es si el Ministerio fiscal podría impedir la publicación de contenidos relativos a los derechos de la personalidad del menor en una red social de acuerdo con la amplia legitimación que, como vemos, le confieren los apartados dos y cuatro del citado artículo. En este sentido, conviene traer a colación la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Dicha Instrucción, ya en ese año, hace una referencia al problema de Internet y los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor.

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información está generando sin duda innumerables ventajas, en todos los ámbitos de la vida.

58 MARTÍNEZ OTERO, J. M^o: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, cit., p. 140.

59 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

Sin embargo, son también evidentes las posibilidades de que su uso desemboque en comportamientos antijurídicos. Entre estos comportamientos antijurídicos por lo que ahora interesa debe ponerse el acento en los ataques a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor a través del contenido de páginas web.

Ante este panorama, lo destacable es que dicha Instrucción legitima a los Fiscales para que puedan tomar las medidas que detalla con precisión y que se pondrán en marcha cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información inserten contenidos atentatorios contra los derechos del menor. No perdamos de vista que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), se refiere expresamente en su artículo 8 a la protección de la juventud y de la infancia como principio digno de protección que en ningún caso puede ser vulnerado por los servicios de la sociedad de la información.

“A tales efectos, los Sres. Fiscales, cuando dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, en el curso de las Diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor.

De no atenderse al requerimiento, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse además de contra el autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio”.

En suma, el Ministerio Fiscal goza de una amplia legitimación para actuar en defensa del interés del menor en este ámbito digital, que confirma la Instrucción de 2006 mediante una llamada a los prestadores de servicios de la sociedad de la información implicados en el almacenamiento de datos o contenidos que puedan resultar lesivos para los derechos fundamentales del menor y, en su caso, para el ejercicio de las acciones pertinentes conforme a la Ley Orgánica 1/1996. Cuestión distinta es que en la práctica ello sea posible, más aún si atendemos a la ingente actividad que se desarrolla en el entorno virtual, lo que dificulta en gran medida el control que sería deseable.

B) El fenómeno del sharenting.

En este contexto, queremos abordar un fenómeno social ampliamente extendido en la actualidad conocido por el anglicismo sharenting, que puede

definirse 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”)⁶⁰. La particularidad de este fenómeno reside en que son los propios progenitores quienes exponen públicamente la imagen de sus hijos menores de edad.

De acuerdo con Cabedo Serna, el análisis del sharenting desde un punto de vista jurídico presenta un doble interés⁶¹. Por un lado, puede hablarse de una dicotomía entre la realidad social y jurídica del citado fenómeno, ya que lo que los padres hacen o creen que pueden hacer no coincide en la mayoría de las ocasiones con lo que legalmente les está permitido⁶². Como apunta, Tintoré Garriga, la mayoría de los padres no son conscientes de que con sus actos pueden estar vulnerando la intimidad y la propia imagen del hijo, su privacidad, o quizás incluso poniendo en riesgo su integridad física y psíquica. Es más, ni siquiera se cuestionan que su conducta puede dar lugar a todas estas consecuencias⁶³. Por todo ello, es necesario que los tribunales delimiten con claridad el régimen jurídico aplicable al sharenting.

Por otro lado, el sharenting no es un fenómeno inofensivo, sino que puede acarrear consecuencias negativas para el menor. Tanto es así, que puede afirmarse que esta conducta ha influido en la percepción que los menores tienen de su propia imagen. Los expertos advierten que la falta de control sobre esta práctica conducirá probablemente a la circulación en redes sociales de un exceso de información acerca de los menores de edad, lo que se conoce como oversharenting⁶⁴. Este fenómeno puede conllevar desde el desagrado del propio

60 CABEDO SERNA, LL.: “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020, p. 978; PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 40-41; TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: “Sharenting y la responsabilidad parental (I)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14, p. 2; 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*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio, p. 254.

61 CABEDO SERNA, LL.: “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, cit., p. 979.

62 Ya en 2016 las empresas Nominet y Parent Zone, a través de su estudio Share With Care, contabilizaron que los padres publicaban alrededor de 300 fotografías de sus hijos por año. Asimismo, en 2017, el regulador de comunicaciones de Reino Unido llamado Ofcom elaboró un estudio sobre sharenting en el que preguntaban a los padres si creían que en el futuro a sus hijos les parecería bien esa sobreexposición desde pequeños. Sorprendentemente más de la mitad de las personas entrevistadas dijeron que sí. Solamente al 15% les preocupaba la opinión futura de sus hijos. Actualmente en EEUU el 92% de los menores de dos años ya tienen una presencia digital. Además, según la NBC, antes de que cumplan cinco años los padres ya han subido más de 10.000 fotografías de sus hijos a redes sociales como Facebook o Instagram. Y un tercio de las madres de menos de 34 años tienen cuentas en Facebook a nombre de sus hijos antes de su primer cumpleaños.

63 TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: “Sharenting y la responsabilidad parental (I)”, cit., pp. 2-3.

64 PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, cit., p. 40.

menor a ser objeto de exposición pública, hasta los daños que puedan causar terceras personas haciendo un urso indebido o delictivo de las imágenes y datos publicados, pasando por la vulneración del derecho a la propia imagen (así como a la intimidad) y a la protección de datos de carácter personal⁶⁵.

Por consiguiente, los responsables parentales del menor de edad pueden cometer intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad del menor y a su propia imagen, aunque no sean conscientes de ello, cuando comparten información personal, especialmente imágenes de su hijo, a través de su actividad en las redes sociales⁶⁶. Recordemos que, de acuerdo con el art. 4.3 LOPJM, “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 de menor o de sus representantes legales”. En relación a los menores de edad, los niveles de protección se intensifican y ello se justifica teniendo en cuenta que “la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación” (STS 387/12, de 11 de junio). Por tanto, en la medida en que, efectivamente, hayan cometido una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos con el sharenting, aquellos serán los responsables civiles por el daño ocasionado.

Las acciones para resarcir el daño derivado de la intromisión ilegítima son la prevista en el artículo 9 LOPDH para el cese y la compensación del daño por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen⁶⁷ y, de otro lado, la acción de responsabilidad extracontractual por culpa

65 CABEDO SERNA, LL.: “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, cit., p. 980.

66 Los padres no son conscientes de que cada vez que un contenido es publicado en la Red se crea una huella digital del menor que nunca se va a borrar y que puede traerle consecuencias en su vida adulta.

67 De acuerdo con el citado artículo noveno: “Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dos. 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 posteriores. 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. Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas”. Por tanto, la acción de cese conlleva que se eliminen las publicaciones con datos y/o imágenes de los menores de edad.

del artículo 1902 CC⁶⁸. Como señala Planas Ballvé, conviene 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 causando⁶⁹.

Por lo que respecta a la legitimación para interponer la acción, como sabemos bien, los menores de edad podrán comparecer en juicio mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley (ex artículo 7 LEC). Por tanto, la legitimación para reclamar corresponde a al Ministerio Fiscal mientras el afectado sea menor y la intromisión haya sido lleva a cabo por ambos progenitores. Si se hubiera llevado a cabo por uno solo de ellos, la legitimación le corresponderá al otro en representación.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN HORIZONTE PARA CONTINUAR TRABAJANDO.

Para terminar este trabajo, nos gustaría hacer alusión muy brevemente a la Observación General número 25, que ha publicado recientemente el Comité de Derecho del Niño, por tratarse de una prueba evidente de cómo la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se intenta adaptar al mundo tecnológico en el que vivimos en la actualidad⁷⁰. Esta Observación recoge los derechos de la

El problema puede aumentar si no se ha llevado a cabo es positivo 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 [PLANAS BALLVÉ, M.: “El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020, p. 272].

68 A tenor del artículo 1902 CC, “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Respecto a esta acción se deberá el daño moral, entendido en este supuesto como la posibilidad de que el menor no pueda desarrollar su personalidad y que, contra su voluntad, se hayan hecho públicos datos de 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 cuanta. Esto será especialmente relevante en los casos en los que sean padres influencers, esto es, con perfiles con muchos seguidores. Por ejemplo, en EE. UU., con el fenómeno *Dady Of Five*, se llegó a retirar la patria potestad. Estos padres publicaban en su canal de YouTube vídeos y fotografías de una actitud muy burlesca y gran parte del contenido fue viralizado. En este caso se les llegó a acusar de maltrato infantil [PLANAS BALLVÉ, M.: “El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, cit., p. 272].

69 PLANAS BALLVÉ, M.: “El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, cit., p. 271.

70 El Comité de los Derechos del Niño es el grupo de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN) por sus Estados Partes, un tratado que hasta ahora no especificaba cómo garantizar los derechos de la infancia en el ámbito online: “Cuando la Convención se escribió, el entorno digital aun no existía y nadie imaginaba cómo de importante sería en cada aspecto de nuestras vidas”, ha señalado AMAL AL-DOSSARI, una de las coordinadoras del Grupo de Trabajo sobre la Observación General número 25 de la CNUDN.

infancia en el entorno digital y considera que la protección de los menores en dicho entorno es fundamental⁷¹.

La Observación es fruto de un proceso de consultas de tres años en el que han participado los Gobiernos de cuarenta países, cientos de organizaciones y empresas, cincuenta expertos de veintiocho países y, muy especialmente, ha contado con la participación de más de setecientos menores y adolescentes de todo el mundo, que han podido expresar sus preocupaciones e ideas.

La Observación General que nos ocupa se configura como una herramienta para que menores y adolescentes exijan el cumplimiento de sus derechos en el ámbito digital. No en vano, les permite conocer, promover y exigir el cumplimiento de sus derechos en este ámbito.

Pero, la publicación de esta Observación no es solo la culminación de un proceso de consultas, sino, que constituye el punto de partida para que diferentes actores (incluidas las instituciones educativas) se impliquen en el desarrollo de:

- medidas de prevención y educación dirigidas tanto a los propios niños como a sus familias y educadores, así como la sensibilización del conjunto de la sociedad;
- mecanismos legislativos y políticas que promuevan la protección de la infancia en el entorno digital, teniendo en cuenta las oportunidades, riesgos y retos a los que nos enfrentamos como sociedad para garantizar el ejercicio de los derechos de niños y adolescentes en las redes.

A través de este documento se trata de promover el desarrollo de políticas respetuosas y que garanticen los derechos de los menores por parte de todas las instituciones y personas implicadas: Gobiernos, entidades públicas y privadas, familias, educadores y las empresas del sector.

Para garantizar el ejercicio de los derechos de los menores de edad en el entorno digital, esta observación contempla:

- Que se protejan los derechos de los niños también en el entorno digital.
- Desarrollar normas y regulación que promuevan los derechos de la infancia en el entorno digital.

71 El texto de la Observación General número 25 puede consultarse en español en el siguiente sitio web: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkGld%2FPPrICAqhKb7yhsqkirK-QZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0myCaUSrDC%-2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMZvh9UPKTXcOI2>.

- Asegurarse de que todos los actores implicados conocen estas normas y las aplican, incluyendo entidades del Gobierno, empresas del sector, familias, educadores y los propios niños y adolescentes.

- Escuchar a los menores cuando se encuentran ante un problema en su navegación en internet o redes sociales.

- La garantía de los derechos de la infancia es prioritaria en el desarrollo de la actividad online.

- Asegurar que existan mecanismos de regulación y control frente a la vulneración de los derechos de niños y adolescentes en el ámbito online.

- Asegurarse de informar a los menores sobre las medidas que se han tomado por parte de las autoridades para garantizar sus derechos en el entorno digital y promover que se sientan seguros en su navegación en internet y en el uso de plataformas digitales.

Así las cosas, esta Observación nos orienta sobre cómo los derechos fuera de línea se pueden materializar en un entorno online y proporciona claridad para integrar a los menores en el debate sobre la gobernanza de internet, la ética de la Inteligencia Artificial, la protección de datos o la libertad de expresión, entre otros. A través de este documento se promueve el desarrollo de políticas que garanticen los derechos de los niños por parte de todas las instituciones y personas implicadas y, en definitiva, es una herramienta que les permite a los menores conocer, promover y exigir el cumplimiento de sus derechos en el ámbito digital. En suma, esta Observación establece "una visión de un entorno digital inclusivo, seguro y justo, accesible y diseñado para todos los niños". De ahí que el presidente del Comité de los Derechos del Niño, haya llamado a los participantes a "hacerla suya" y difundirla en todos los rincones del mundo, para mejorar la participación, protección, privacidad de los niños y niñas en un mundo digital⁷².

72 <http://oped.educacion.uc.cl/website/index.php/noticias/10-noticias/247-derechos-del-nin-en-el-entorno-digital>.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

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*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio.

BRITO IZQUIERDO, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil*, número 5, 2018.

CABEDO SERNA, LL.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020.

CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en 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*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Civitas Madrid, 1952, reimpresión de 1984.

GETE-ALONSO Y CALERA, C.: "Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Dykinson, 2018.

GIL ANTÓN, A.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 36, 2014.

LAMBEA RUEDA, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en AA.VV.: *La protección del menor: situación y cuestiones actuales* (dir. V. BASTANTE GRANELL y R. LÓPEZ SAN LUIS), Comares, Granada, 2019.

LÓPEZ PORTÁS, B.: "La protección de datos personales en el Universo 3.0: el derecho al olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 38/2015.

LORENTE LÓPEZ, C.: "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*, número 2, 2015.

LORENTE LÓPEZ, M^a. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

MARTÍNEZ OTERO, J. M^a.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020.

MENDIZÁBAL OSES, L.: *Derecho de menores*, Pirámide, Madrid, 1977.

O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: "Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor", *La Ley*, Año XVII, número 4077.

PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

PLANAS BALLVÉ, M.: "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020.

PLANAS BALLVÉ, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero 2017.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", en AA.VV.: *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 4/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio* (coord. A.I. BERROCAL LANZAROT y C. CALLEJO RODRÍGUEZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

SOLÉ RESINA, J.: "Emancipación digital y potestad parental", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC), Juruá, Oporto, 2020.

TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14.

