



Consideraciones sobre el derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes..., Cartapacio de Derecho, Vol. 38 (2020), Facultad de Derecho, UNICEN

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS ENTORNOS DIGITALES

NADIA ANAHÍ TORDI¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

1. Introducción

Hoy, la web se ha convertido en el gran espacio público en el que las personas se expresan, divierten, juegan, estudian, informan, trabajan, opinan, contratan etc. En esta nueva realidad, algunos niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) han descubierto un sitio para relacionarse, expresarse y comunicarse a través de uso de las TIC. Sin embargo, en

¹ La autora es Abogada UNCuyo. Mediadora. Mgter y Especialista en Magistratura y Gestión Judicial UNCuyo/UMza. Ayudante de Primera Cátedra Derecho Privado VI, UNCuyo. Profesora de Derecho de las Familias UCH. Directora proyecto investigación sobre ciudadanía digital de las infancias, UChampagnat. Titular de la Primer Asesoría de personas menores de edad e incapaces, Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza.

ocasiones la exposición de su imagen por sí o por terceros, puede generar situaciones de vulneración a sus derechos.

Es sabido, que los contenidos albergados en la web son accesibles por cualquiera sin consideración de límites temporales ni espaciales. Esa accesibilidad universal y temporalmente ilimitada a cualquier información o contenido sobre una persona está en la base de la reflexión sobre la necesidad de poner límites a la capacidad de la red de recordar todo y mostrar una suerte de presente continuo de la vida digital de las personas (Solove, 2007).

En el informe de Unicef, sobre Estado Mundial de la Infancia 2017, surge que los jóvenes de quince a veinticuatro años son el grupo de edad más conectado. En todo el mundo, el 71% están en línea, en comparación con el 48% de la población total. Los NNyA menores de dieciocho años, representan uno de cada tres usuarios de internet en todo el mundo. Se destaca, que un número mayor de pruebas empíricas revelan que los niños están accediendo a internet a edades cada vez más tempranas. En algunos países, los NNyA menores de quince años tienen la misma probabilidad de usar internet que los adultos mayores de veinticinco años. Se afirma que los teléfonos inteligentes están alimentando una “cultura del dormitorio”, y para muchos el acceso en línea es cada vez más personal, tiene un carácter más privado y está menos supervisado (Unicef, 2017).

En este contexto, donde los NNyA cada vez más conectados muestran su imagen, sin tener quizás conciencia, sobre los efectos inmediatos, expansivos y permanentes de las redes sociales, se pretende analizar el derecho a la protección de su imagen e intimidad en clave con el derecho al olvido, como valladar o límite a conductas lesivas que se pueden generar en los entornos digitales.

2. Análisis normativo sobre la protección del derecho a la imagen e intimidad de los NNyA en los entornos digitales

Como es sabido, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), marcó un verdadero hito con relación a los derechos de la infancia, visibilizó a los NNyA como sujetos de derechos y beneficiarios de un plus de protección especial por su condición de personas en desarrollo. Se puso en acento que los NNyA, tienen iguales derechos que los adultos, por lo que su imagen e intimidad² se resguarda sobre la base del mismo sistema normativo con un plus de protección.

En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la intimidad, se encuentra previsto principalmente en dos normas: i) en el art. 18 donde se enumeran varias garantías constitucionales como: el debido proceso legal, la defensa en juicio, el acceso a la justicia y— en lo que interesa a este trabajo— la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados; y ii) en el art. 19 donde se consagra el derecho a la intimidad y privacidad, conocido como “principio de reserva”. Como lo señalara Nino (1992) el art. 19 de la Constitución Nacional resguarda de la interferencia estatal algo más que la privacidad,

²El fallo, que visibilizó en nuestro país el debate sobre la tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad fue el caso “Ponzetti de Balbín”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “El derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta constitucionalmente en el art. 19 de la Ley Suprema. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad”.(CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA", LA LEY, 1985-B, 120.)

entendida ésta como acciones realizadas en privado. La norma, eje central del principio de libertad jurídica, no impone una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfección personal diseñados por el Estado. Deja ello librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas y de la sociedad civil. Únicamente interviene impidiendo o imponiendo conductas cuando éstas ofenden al orden o la moral pública o perjudican a un tercero.

Ahora bien, como es sabido los Tratados de Derechos Humanos gozan de jerarquía constitucional- art.75 inc.22 de la Constitución Nacional- y dentro de ellos se encuentra CDN que en su art. 16 prevé una protección especial a la imagen y privacidad de los NNyA. Así establece 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 su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Se desprende que esta norma refuerza el contenido y amparo de estos derechos, ya que se constata una provechosa distinción conceptual: por un lado, reconoce la intimidad y sus especificaciones (como vida privada, familia, domicilio, correspondencia, honra y reputación) como atributos jurídicos esenciales y especiales en el caso de NNyA frente al resto de la comunidad- incluidos eventualmente padres y madres- y por otro, brinda en forma de garantía o seguridad, la imperiosa protección de ese derecho ante ataques o injerencias de terceros (Bendel, 2019).

Entiendo que el derecho a la intimidad, a la imagen, y a la dignidad configuran un tríptico estrechamente relacionado, así es que en la Ley Nacional n° 26.061 de “Protección Integral de Derechos de NNyA” se consagra una norma que específicamente regula el derecho de los NNyA a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen (art. 22) e indica que se prohíbe exponer, di-

fundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificarlos, directa o indirectamente, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesione su dignidad o reputación o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar. Dicha protección, se amplía en el decreto reglamentario n° 415/2006, a los datos e informaciones que comprenden los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente. Se prevé que en aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse, aunque medie su consentimiento y de sus representantes legales.

De la norma en análisis, se desprende lo que se protege es la imagen e intimidad de los NNyA cuando se difunde por cualquier medio de comunicación en contra de su voluntad o la de sus padres, representantes legales o responsables. Adicionalmente, además dos requisitos- que no son excluyentes entre sí: i) que lesione su dignidad o reputación, y/o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Avanzando en el análisis, el CCyC, también prevé un sistema normativo con finalidad preventiva y reparadora de protección a los derechos personalísimos³. El art. 52 del CCyC indica que "la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...". A su vez, el art. 53 del

³ Los derechos personalísimos "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral" (Rivera, 2010: 704).

CCyC establece que "para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general...". Así mismo, los derechos personalísimos son disponibles por su titular, quien debe dar su consentimiento expreso (art. 55 del CCyC), siendo libremente revocable. En tanto, el art.1770 del CCyC regula específicamente la protección a la vida privada, ya que, si un tercero se entrometiere injustamente en la vida ajena y publica la imagen, o altera la intimidad, puede ser obligado a cesar su accionar y a reparar daño causado.

A partir de este rápido repaso del sistema normativo, fácil es colegir que la protección que se brinda es un amparo frente acciones que realizan terceros en detrimento de derechos personalísimos como la imagen, honra o reputación de NNyA, y que, además, se exige su consentimiento expreso para divulgar su imagen. Este consentimiento, puede ser dado por sí o por sus progenitores. En caso de publicarse su imagen sin dicho consentimiento, se puede accionar para pedir su cese como también la reparación del daño. Y aún en los casos en los que se haya manifestado válidamente su consentimiento, pero la exposición, difusión y/o divulgación resulta contraria a su interés superior, puede pedirse su cese.

La cuestión de la edad a partir de la cual podría presumirse la validez del consentimiento será tratada en el apartado siguiente al examinar el principio de autonomía progresiva.

Sin embargo, nada se estipula sobre el supuesto que sean los propios NNyA quienes decidieron exponer su imagen en la web y luego este hecho pasa a ser

lesivo a su propia dignidad e intimidad. Tampoco se encuentra respuesta al nuevo fenómeno conocido como “sharenting”, cuya denominación proviene de la fusión de los términos parenting y share (en inglés, cuidados parentales y compartir), por el cual algunos padres exponen la imagen de sus hijos en las redes sociales, en diversos formatos, (por lo general desde muy pequeños), a fin de compartirlos con otros usuarios, especialmente fotografías⁴.

Por lo que, a fin de sumar elementos para el debate, me propongo analizar la interacción entre el sistema normativo, el principio de autonomía progresiva de NNyA y la posibilidad de peticionar el derecho al olvido.

3. Aplicación del principio de la autonomía progresiva de NNyA en los entornos digitales

El principio de autonomía progresiva está presente en todo el texto de la CDN. Así, desde su preámbulo se considera que el NNyA "debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad", y en el art. 12 se garantiza "que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio", el derecho "de expresar su opinión libremente" en todos los asuntos que lo afectan, "teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez". A su vez, numerosas disposiciones indican el deber del Estado, de los progenitores, y de otros responsables de los NNyA de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.). Su principal referencia se encuentra en el art. 5 de la CDN, al estipular el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que ejerza sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”.

⁴ Para ampliar ver: Ilacqua (2018), Quadri (2020).

Se ha dicho que el reconocimiento de la capacidad progresiva o autodeterminación de NNyA en clave de derechos significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos, en función de su desarrollo psicofísico (Famá, 2015).

Con la sanción del CCyC se consagró el principio de autonomía progresiva en el ordenamiento nacional y se dejó atrás la categoría binaria de capacidad/incapacidad jurídica. Una consecuencia, fue que se reformularon los roles tradicionalmente asumidos por los adultos y por los NNyA dentro del sistema normativo de la responsabilidad parental, *se democratizaron*⁵ las relaciones familiares y se les garantizó un mayor protagonismo en el ejercicio de sus derechos: personalísimos, personales y patrimoniales.

La norma que puso en escena este principio es el art. 26 del CCyC⁶, en el que se regula el derecho de los NNyA a ser oído y participar en los procesos en los que se decidan cuestiones relativas a su persona, a contar con un abogado independiente de la representación de sus padres etc. Se establece una distinción muy importante entre actos invasivos y no invasivos, así se prevé que el adolescente de trece a dieciséis años puede decidir por sí los actos no invasivos relativos a su propio cuerpo, en tanto, si se trata de tratamientos invasivos,

⁵ Ver Molina de Juan (2015).

⁶ Art. 26 del CCyC: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Y especialmente se sienta el principio de que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Como se explica, esta norma, tiene una gran incidencia en el campo de la bioética: El gran abanico de actos que compromete el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes interpelado de manera constate por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión que compromete el campo de la bioética, obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", como tratamientos "invasivos" y "no invasivos" o que "provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, y Fernández, 2015).

Se advierte que el art. 26 del CCyC hace un quiebre en la edad de trece años. En otra oportunidad, y en relación con la participación autónoma en los procesos judiciales, he interpretado que la persona menor de trece años puede intervenir en un proceso judicial si acredita su grado de madurez suficiente. En cambio, si tiene más trece años, su capacidad se presume. O sea, existiría una suerte de presunción *iuris tantum* de la capacidad progresiva a partir de los trece años⁷. Vale preguntarse si este razonamiento es aplicable también a decisiones relativas al ejercicio del derecho a la imagen en los entornos digitales. Adelanto mi opinión negativa.

La ley n°25.326 de Protección de Datos Personales en su art. 2 brinda una serie de definiciones en las que se distingue entre: i) Datos personales: información de cualquier tipo de personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables y ii) Datos sensibles: son datos personales que revelan origen

⁷ Para ampliar ver Tordi (2015).

racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. Hablar de derecho a la imagen en los entornos digitales, implica referirse a datos sensibles. En tanto derecho personalísimo, amerita un tratamiento especial.

En el proyecto de reforma de dicha ley (2018), se regula expresamente la situación de NNyA y se propone: “En el tratamiento de datos personales de un NNyA, se debe privilegiar la protección del interés superior de éstos, conforme a la CDN y los demás instrumentos internacionales que busquen su bienestar y protección integral. Es válido el consentimiento de un NNyA cuando se aplique al tratamiento de datos vinculados a la utilización de servicios de la sociedad de la información específicamente diseñados o aptos para ellos. En estos casos, el consentimiento es lícito si el menor de edad tiene como mínimo trece años. Si la niña o niño es menor de trece años, tal tratamiento únicamente se considera lícito si el consentimiento fue otorgado por el titular de la responsabilidad parental o tutela sobre la niña o niño, y sólo en la medida en que se dio o autorizó. El responsable del tratamiento debe realizar esfuerzos razonables para verificar, en tales casos, que el consentimiento haya sido otorgado por el titular de la responsabilidad parental o tutela sobre el NNyA, teniendo en cuenta sus posibilidades para hacerlo”⁸.

Según el proyecto, el NNyA puede dar su consentimiento válido a partir de los trece años para publicar su imagen en los entornos digitales, y antes de esa edad el consentimiento debe ser dado por sus progenitores o representantes legales. Entiendo que, en los entornos digitales, no es posible ponderar la edad y grado de madurez de los NNyA- antes de los trece años-, ya que es una im-

⁸ <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/comparativoleydatos.pdf> (20/07/20). Ampliar en Faliero (2018).

posibilidad fáctica de los sistemas informáticos. Si los NNyA utilizan los entornos digitales- antes de los trece años- los responsables de ayudarlos a insertarse en el mundo digital y de ponderar autonomía progresiva, son los adultos a cargo, progenitores o tutores etc., quienes deben acompañarlos en el camino de construir su identidad digital.

En consonancia, los buscadores internacionales como Google establecen en los términos y condiciones que para crear una cuenta se debe tener más de trece años. En caso de que no alcancen la edad mínima, los padres pueden ayudarlos a crear y administrar una cuenta de Google a través otro link que se llama “Family Link”. Esta cuenta podrá ser administrada por ellos cuando cumplan los trece años⁹. Esta normativa está en armonía con lo dispuesto por la Ley de Protección de la privacidad en línea para niños (Children’s Online Privacy Protection Act conocida como COPPA)¹⁰.

⁹ En su web se informa que depende de la legislación del país donde se abra la cuenta la edad para poder administrarla autónomamente así se diferencia por zona geográfica: Asia: Corea del Sur: 14 años o más, Vietnam: 15 años o más, Caribe Aruba: 16 años o más, Caribe Neerlandés: 16 años o más, Curazao: 16 años o más, Sint Maarten: 16 años o más. Europa: Austria: 14 años o más, Bulgaria: 16 años o más, Croacia: 16 años o más, Chipre: 14 años o más República Checa: 15 años o más, Francia: 15 años o más, Alemania: 16 años o más, Grecia: 15 años o más, Hungría: 16 años o más, Irlanda: 16 años o más, Italia: 14 años o más Lituania: 14 años o más, Luxemburgo: 16 años o más, Países Bajos: 16 años o más, Polonia: 16 años o más, Rumania: 16 años o más, San Marino: 16 años o más, Serbia: 15 años o más Eslovaquia: 16 años o más, Eslovenia: 16 años o más, España: 14 años o más, Sudamérica: Chile: 14 años o más, Colombia: 14 años o más Perú: 14 años o más, Venezuela: 14 años o más <https://support.google.com/accounts/answer/1350409?hl=es-419> 20/07/2020.

¹⁰ La Ley de protección de la privacidad en línea para niños es una ley federal de los EE. UU. Diseñada para limitar la recopilación y el uso de información personal sobre niños por parte de los operadores de servicios de Internet y sitios web. Fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1998 y entró en vigor en abril de 2000. Es administrada y aplicada por la Comisión

En cambio, el “Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”¹¹ establece que el tratamiento de los datos personales de los NNyA en la sociedad de información se considerará lícito cuando tenga como mínimo dieciséis años. Si es menor de dieciséis años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la *patria potestad* o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Se prevé que los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que no sea inferior a trece años (art.8). El consentimiento del titular de la *patria potestad* o tutela no es necesario, en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños. En suma, los NNyA cuentan con una protección específica de sus datos personales y de sus derechos personalísimos como intimidad e imagen. Se advierte, que la edad de trece años marca un quiebre para el uso de las TIC en los entornos digitales y que antes de esa edad, los adultos deben dar su consentimiento expreso para el uso de la imagen de NNyA en la web, como también acompañar y participar en la construcción responsable de la identidad digital de sus hijos o NNyA a su cuidado.

4. El derecho al olvido digital y la construcción responsable la identidad digital de NNyA

Como se dijo, en los entornos digitales prolifera la publicación de fotografías, audios y videos, y la afectación al derecho a la imagen ocurre con frecuencia

Federal de Comercio (FTC). <https://definitions.uslegal.com/c/childrens-online-privacy-protection-act/> 22/07/20.

¹¹<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>. Extraído el 22/07/20.

debido a que algunos NNyA o adultos, publican diariamente en la web. Con ello se genera una posible divulgación inmediata de su imagen o la de otros. Por lo que, resulta indudable que más allá de la protección que pueda preverse dentro del sistema normativo, la imagen de los NNyA queda expuesta a un sinnúmero de vulnerabilidades. El uso irresponsable de las redes sociales sin adecuado acompañamiento en la construcción de la identidad digital puede producir un daño irreparable. Explica Ilacqua (2018) que la participación de los progenitores en la construcción de la E-reputation de los hijos, no sólo depende de la cantidad y calidad de los contenidos que éstos publiquen en la red social, sino también de la edad y grado de madurez de los NNyA ya que se debe fortalecer la calidad de su participación y fomentar la valorización de su consentimiento como fuente de su identidad digital. Desde el mismo instante en que las fotos y videos fueron publicados, los padres cedieron su uso y permitieron su copiado, replicado y almacenado sin límite temporal. Esa conducta puede causar empatía mientras son pequeños, pero podría ser perjudicial en un futuro no muy lejano. Es que en la red todo permanece. Informaciones y datos que hasta ahora eran difícilmente accesibles están actualmente a disposición de todos. Esta “transparencia” de la historia digital de cada persona, sin dudas puede tener beneficios, pero también riesgos en relación con la preservación de derechos como el honor, la intimidad y la protección de datos personales. Existen numerosos documentos elaborados a nivel nacional e internacional¹², con objetivos educativos e informativos, en los que se potencia el uso responsable de TIC por los NNyA. Algunas guías, pretenden otorgar a los adultos una herramienta para adecuar su función de orientación y acompañamiento.

12

Ver https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497_es.pdf. Extraído el 29/07/19.

En estas guías se ha puesto el acento en subrayar que la web es también un espacio público, por lo que es importante, generar instancias de diálogo sobre la construcción de la identidad digital¹³ como algo que acompañará a los NNyA toda su vida y que puede tener consecuencias positivas o negativas en el presente y en el futuro. También es necesario hablar sobre el contenido que deben y no deben compartir públicamente y ayudarlos a respetar la privacidad de los demás.

Una posible vía de protección frente al menoscabo a su imagen e intimidad, la proporciona el “Derecho al Olvido” o “Derecho a la Desindexación”. Se lo ha definido como la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual (Mieres Mieres, 2014).

Este derecho se traduce en la cancelación de un dato que puede ser verdadero, en el contexto de la autodeterminación informativa, que es el dominio de los datos personales ejercido por la persona que tiene derecho a la intimidad y a mostrarse al mundo según su propia construcción. La factibilidad de la autodeterminación informativa pone en tensión la libertad de expresión y el derecho a la información de terceros con los derechos personalísimos de quien quiere delimitar la construcción su identidad digital (Mendiberri, 2015).

¹³ La doctrina ha definido a la identidad digital como "la expresión de todos aquellos rasgos con los que una persona se individualiza frente a los demás en un contexto digital/electrónico, tanto en lo que se es en realidad como en lo que se quiere o pretende ser. Es la expresión del yo digital de las personas, constituida por la exteriorización de su ser en un contexto marcado por la tendencia a pretender exponer todo sin desenfado". Ver en Vaninnetti (2019).

La pretensión de bloquear o eliminar un dato sensible que se encuentra en los entornos digitales involucra también, la responsabilidad de los motores de búsqueda¹⁴. Con ello el tema es harto complejo ya que son numerosos los actores que intervienen en la publicación o difusión de la imagen en la web¹⁵.

He anticipado que tanto el derecho a la imagen como a la construcción de la identidad digital de las personas menores de edad merece una protección especial. La jurisprudencia ha comenzado a ocuparse del tema, que presenta nume-

¹⁴ Para ampliar ver Molina Quiroga (2018).

¹⁵ La justicia se ha pronunciado recientemente sobre el tema, en un fallo de trascendencia mediática, que fue confirmado por la Cámara Nacional Civil Sala H. Si bien no es relativo a derechos de NNyA, se realiza un análisis sobre la tensión reinante entre derecho al olvido y derecho a la información de terceros. Los hechos fueron los siguientes: la Sra. D. N. R demandó a Google Inc., con la finalidad de que se elimine con carácter urgente información personal ocurrida hacía más de veinte años, la que tildó de perjudicial, antigua, irrelevante e innecesaria, afirmando que le ocasionaba serios perjuicios, ya que se refería a hechos periodísticos ocurridos en su pasado, vinculados con una causa penal cuya trascendencia consideró que carecía actualmente de interés público y general. En el fallo de primera instancia planteó en primer lugar la tensión entre derechos fundamentales que poseen protección constitucional. Por un lado, el derecho al honor y a la protección de la intimidad personal y familiar. Y, por el otro, la protección de la libertad de expresión e información. Analizó que el derecho al olvido puede ser una alternativa que permita la conciliación entre los derechos en puja. Tras un extenso y profundo análisis se hizo lugar parcialmente a la acción interpuesta "admitiéndose así la desindexación solicitada por la actora exclusivamente respecto de los eventuales enlaces que puedan exhibir videos o imágenes obtenidos hace veinte años o más que contengan escenas que pudo protagonizar la peticionaria cuyo contenido muestre peleas, agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile de precaria calidad artística, así como también, posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información acerca de experiencias de su vida privada, sea de contenido sexual o de cuestiones relacionadas al consumo" Juzgado Nacional Civil, Nro78. Caratulados: "D, N. R. c. Google Inc. s/ Derechos personalísimos: Acciones relacionadas,20/02/2020, LA LEY 28/04/2020, 7, Cita Online: AR/JUR/184/2020. Confirmado por Cámara Nacional Civil, Sala H. Expte. N° 50016/2016.

rosas situaciones que exceden el marco de este trabajo. En lo que aquí interesa, se destacan dos escenarios: i) que el NNyA exponga su propia imagen y luego desee eliminar ese contenido de la web, ii) que terceros publiquen la imagen de NNyA, sin su consentimiento.

En el primer supuesto, recientemente el Juzgado n° 9 de San Carlos de Bariloche dictó una medida autosatisfactiva en protección del derecho a la imagen de un adolescente. En el caso, los progenitores solicitaron una medida cautelar para detener el ciber bullying que sufría su hijo. Relataron que cuando era pequeño- 8 años- creó una cuenta de YouTube, para ello denunció una dirección de correo electrónico y contraseña particular. Subió videos, todos ellos de contenido acorde a su edad y que identifican con los links correspondientes. Expusieron que, en medio de la pandemia, advirtieron que su hijo se retraía cada vez más, no mostraba interés por nada, tenía cambios emocionales bruscos, confesándoles finalmente que su malestar se debía a que algunos compañeros de colegio habían accedido a esos videos y los posteaban en redes sociales o en WhatsApp, burlándose, ridiculizándolo y hostigándolo. Intentaron eliminar los videos, pero no fue posible ya que la compañía YouTube requiere ingresar con la dirección de correo y contraseña original, que su hijo no recordaba. Solicitaron que se libre oficio al Departamento de Informática Forense del Poder Judicial de la provincia de Rio Negro, para que, por los medios correspondientes, procedan a eliminar de la web los videos individualizados y/o se comuniquen institucionalmente con YouTube a dichos fines. En la resolución, la juez analiza la vía procesal elegida y el daño que causa la exposición en las redes sociales, por lo que hace lugar a la acción entablada (Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche (Río Negro) Expte: 08/05/2020 - G. L., M. y A., M.A. en representación de A., T.N. S/medida autosatisfactiva Editorial: El Dial ~ Cita online: AABC2C).

Como se observa la exposición la generó la propia persona menor de edad antes de los trece años, cuando ingresó a la adolescencia y estos contenidos fueron utilizados por terceros para perturbar su intimidad y su honra, fueron sus progenitores quienes concurren a la justicia para hacer cesar esta situación.

Otra situación se produce cuando terceros captan la imagen de NNyA y generan situaciones de vulneración de derechos. Se puede destacar lo resuelto por el Juzgado Civil y Comercial N°1 de Rosario (Juzgado Civil y Comercial N°10 Nom. Rosario, 30/12/2009, "B., J. A. c. Facebook Inc. s/ medida autosatisfactiva", expte. 1385/09).

Los hechos que originaron la acción fueron que un niño aficionado del Club Newell's Old Boys de Rosario, concurrió a presenciar el cotejo en el cual su equipo enfrentaba a Arsenal de Sarandí, y fue filmado por cámaras de televisión en el momento en que estaba llorando, apenado debido a la derrota que sufrió su equipo. Su imagen se convirtió en una especie de estandarte de bur-las hacia los simpatizantes del Club Newell's Old Boys, y algunos usuarios de la red social Facebook lo insultaron y agredieron verbalmente. Sus padres interpusieron una medida autosatisfactiva contra Facebook para que se abstenga en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, o cualquier otro espacio web en los que se injurie, ofenda, agreda, vulnere, menoscabe o afecte de cualquier manera el nombre, el honor, la imagen, la intimidad y/o la integridad de su hijo. El fallo hizo lugar a la acción interpuesta sobre la base del análisis del derecho a la imagen de los NNyA.

Otra situación que se plantea, pero de la cual todavía no existen antecedentes en la jurisprudencia nacional, involucra los casos de *sharenting*. Es el supuesto por el cual los mismos progenitores publican la imagen de sus hijos, sin su consentimiento, entiendo que podrán generarse acciones de responsabilidad

civil en un futuro si los hijos percibieran esas publicaciones como lesivas a su imagen e intimidad¹⁶.

Se advierte que la imagen de NNyA queda expuesta a un sinnúmero de vulnerabilidades a causa del efecto expansivo e inmediato de los entornos digitales. Los NNyA son sujetos que merecen una protección especial en su derecho a la imagen, en algunas oportunidades se encuentran expuestos a situaciones, que quizás no puedan resolver o solucionar por sus propios medios, debiendo sus progenitores y/o adultos responsables generar espacios de reflexión, contención, diálogo y orientación en la construcción de su identidad digital. Y cuando el acto lesivo ocurre, una herramienta eficaz para hacer cesar la vulneración de sus derechos es la petición sobre “Derecho al Olvido”.

5. Conclusiones

Como se dijo la CDN marcó un verdadero hito con relación a los derechos de la infancia, visibilizó a los NNyA como sujetos de derechos y beneficiarios de un plus de protección especial por su condición de personas en desarrollo. Este plus de protección de derechos debe ser replicado en los entornos digitales, y, sobre todo, por los adultos en el acompañamiento de la construcción de la identidad digital de los NNyA.

Entiendo que la legislación debe fijar una edad mínima a partir de la cual se presume la validez del consentimiento de los NNyA para la publicación de su imagen en los entornos digitales, y que la edad de trece años utilizada por el art. 26 del CCyC como quiebre para decisiones sobre su propio cuerpo, es un parámetro objetivo de gran utilidad. Si los NNyA publican su imagen en los

¹⁶Para ampliar ver: Ilacqua (2018), Molina Quiroga(2018), ver Quadri (2020).

entornos digitales- antes de los trece años- los responsables de ayudarlos a insertarse en el mundo digital y de ponderar su edad y grado de madurez, son los adultos a cargo, progenitores o tutores etc., quienes deben acompañarlos en el camino de construir responsable y asertivamente su identidad digital

Sin embargo, nada impide que, si se vulnera la honra o intimidad en los entornos digitales, por más que el consentimiento de NNyA sea válido, que se utilicen los mecanismos para cesar dicha perturbación como lo es “Derecho al Olvido”.

Referencias bibliográficas:

BENDEL, Yael S. (2019): *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada*. Buenos Aires: Ministerio Público Tutelar. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

FALIERO, Johanna C. (2018): “El futuro de la regulación en protección de datos personales en la Argentina”, *Sup. Esp. LegalTech*, 2018, n° 55 Cita Online: AR/DOC/2375/2018.

FAMÁ María Victoria (2015): “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2015-F, 463 Cita Online: AR/DOC/3698/2015.

ILACQUA, Marcela (2018): “Víctimas de sharenting. ¿Pueden los hijos demandar a los padres por publicar sus fotos en las redes sociales?”, *Revista Jurídica Región Cuyo*, IJ Editores, 2018, T. III, p. 67-83. En: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=b8853e0244411166c2c340f79740e59d>. Extraído el 14/12/2020.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia E. (2015): “El principio de autonomía progresiva

en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, Buenos Aires: SAIJ.

MENDIBERRI, Lucía S. (2015): “Derecho al olvido. El derecho a la intimidad en la era de la información - Un trabajo acerca del derecho al olvido y los buscadores. Tesis de Abogacía, Buenos Aires Universidad de San Andrés, En: <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/11999>. Extraído el 14/12/2020.

MIERES MIERES, Javier L. (2014): *Derecho al Olvido*, Madrid: Fundación Alternativas. Iosu Latorre.

MOLINA QUIROGA, Eduardo (2018): “Responsabilidad de los buscadores en Internet: libertad de expresión y función preventiva de la responsabilidad”, DFyP 2019- 175.Cita Online: AR/DOC/2383/2018,

(2019): “Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor”, La Ley 2019-4, Cita Online: AR/DOC/2381/2019.

MOLINA DE JUAN, Mariel (2015): “Coparentalidad y cuidado personal compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria”, RDF 72-109.

NINO, Carlos S. (1992): *Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea.

QUADRI, Gabriel H (2020): “Sharenting: cuestiones procesales”, RCCyC 2020-5, Cita Online: AR/DOC/338/2020.

RIVERA, Julio C. (2010): *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SOLOVE, D. (2007): *The future of reputation. Gossip, rumor and privacy on the internet*. New Haven, Yale University Press.

TORDI, Nadia A. (2015): “Aspectos procesales del abogado del niño y adolescente”. *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2015-2. T

(2019): “La participación procesal de NNyA en el proyecto de Ley Procesal para la Justicia de Familia y de Violencia Familiar de Mendoza”, *Revista Jurídica del Instituto de la Región Cuyo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. IJ Editores, N° 4, 2018. Cita online: IJ-DXXXIV-376.

VANINETTI, Hugo A. (2019): “Facebook y la soberanía jurisdiccional. Defensa de los derechos del niño a su imagen, intimidad e integridad”, *La Ley*, 2019- 4. Cita online: AR/DOC/1997/2019.

Otras fuentes

UNICEF (2017): *Estado Mundial de la Infancia 2017. Niños en un mundo digital*. En: https://www.unicef.org/media/48591/file/SOWC_2017_SP.pdf.
Extraído el 11/12/2020.

Abreviaturas

Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA)

Código Civil y Comercial (CCyC)

Convención Internacional sobre los derechos del Niño (CDN)

Niños niñas y adolescentes (NNyA)

Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)