

**LA PROTECCIÓN DE DATOS, ATENDIENDO
A LA EDAD DE LOS USUARIOS, COMO GARANTÍA
EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS
DE LA SOCIEDAD DIGITAL**

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Granada

E-mail: mmorillas@ugr.es

RESUMEN: Las publicaciones en las redes sociales directas o indirectas pueden suponer un tratamiento ilícito en la privacidad de las personas, así como en la vulneración de sus derechos. La imagen es el más habitual. Es indispensable el adecuado ejercicio del derecho a la protección de datos, así como su tratamiento en redes sociales para evitar gran parte de los riesgos que conlleva el entorno virtual. Se analiza la normativa en la materia y las principales resoluciones judiciales y administrativas en cuanto a la protección de los derechos implicados.

Palabras clave: Protección de datos; redes sociales; edad de acceso; imagen.

ABSTRACT: The publications in direct or indirect social networks can suppose an illicit treatment in the privacy of the people, as well as in the violation of their rights. The image is the most common. The proper exercise of the right to data protection, as well as its treatment in social networks is essential to avoid a large part of the risks involved in the virtual environment. It analyzes the regulations on the matter and the main judicial and administrative resolutions regarding the protection of the rights involved.

Keywords: Data protection; social networks; age of access; image.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ACCESO A LAS REDES SOCIALES; 2.1. Cuestiones Previas; 2.2. Aparición directa o indirecta en la Sociedad Digital; 2.2.1. Publicaciones por terceros; 2.2.2. Publicaciones directas como usuarios de las RRSS; III. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS. PRINCIPALES RESOLUCIONES EN MATERIA DE PRIVACIDAD; IV. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN; V. VALORACIONES FINALES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La influencia de las tecnologías para la relación, la información y la comunicación (TRIC), marca cada día la vida personal, familiar y profesional de una sociedad que disfruta de sus beneficios pero que cada vez se preocupa más por los riesgos derivados de su uso. La sociedad digital aporta y cumple con las expectativas de la ciudadanía, sus beneficios son numerosos más los riesgos se van multiplicando. Las principales formas, en las que los niños y jóvenes incorporan las tecnologías a su vida cotidiana, son a través de los videojuegos, la realización de las tareas escolares, la comunicación por whatsapp y, especialmente, a través de las redes sociales. Estas últimas combinan la comunicación, el intercambio de contenido y la capacidad de establecer contactos con compañeros, personas conocidas o desconocidas. Se trata de servicios configurados en la web que permiten a las personas, comunidades y organizaciones colaborar, conectarse, interactuar, a la vez que les permite crear, modificar o compartir un contenido generado por el usuario al que se puede acceder fácilmente¹. Es indudable la influencia del entorno tecnológico en la formación y desarrollo de los menores, así como en sus gustos, sus aficiones, sus aspiraciones profesionales, o en todas las actividades que realizan en la vida diaria que conllevan relacionarse, divertirse o contratar servicios, entre otras muchas. Son nativos digitales, tienen grandes habilidades para la utilización de las TRIC, y difícilmente podrían imaginar una vida apartados de lo virtual, hasta incluso no tener una percepción clara de la diferencia entre lo físico y lo digital.

Es hecho contestable que a medida que las tecnologías han ido irrumpiendo en el tejido social, se han ido incrementando los riesgos y la necesidad de articular políticas de protección de derechos y libertades en el entorno virtual. Los niños y adolescentes se sitúan en un papel principal en este sentido por su especial vulnerabilidad. La Fiscalía General del Estado, teniendo en cuenta la utilización natural de las TIC por parte de las personas menores de edad, advierte como confluyen inevitablemente con las limitaciones que le son propias por su edad y falta de madurez para prevenir los riesgos que asumen o creen que son capaces de asumir, cuando vuelcan información sobre sí mismos en los foros que habitualmente frecuentan, convirtiéndose en víctimas de muy diversa índole y viendo afectados su desarrollo y evolución².

La realidad en este sentido es cada vez más preocupante; en primer lugar por el acceso de los menores a contenidos inapropiados, en muchos casos para adultos, especialmente la pornografía a partir de los 8 años, y cuyos riesgos se derivan en acoso escolar, sexting, depresión en mujeres y genera importantes desordenes en la concepción de las relaciones sexualidad y del rol de la mujer en la mayoría de los casos³; y, en segundo lugar, por el mal uso de las TRIC, manifestadas en amenazas, vejaciones, acoso, delitos contra la intimidad, descubrimiento y revelación de secretos o daños informáticos, entre otros. Existe un creciente uso de la red por parte de los menores para humillar, vejar o atemorizar a sus iguales, lo que, muy probablemente, no sólo sea debido a que Internet y

1 MCCAY-PEET, L., & QUAN-HAASE, A., “*What is social media and what questions can social media research help us answer*”. En *The SAGE handbook of social media research methods*. SAGE Publications Ltd London, 2017, pág.5.

2 Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2022, pág.1140.

3 Documento “Dossier Actuaciones y medidas de la AEPD en protección de menores- AEPD”. Fiscalía General del Estado, 24 de mayo de 2023. <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/menores>.

las nuevas tecnologías son su forma frecuente de comunicación, sino, también a la falsa creencia, por sus condiciones de madurez y desconocimiento de las consecuencias de los hechos realizados, de que ocultarse en la misma bajo un pseudónimo, va a garantizar una impunidad que no sería posible en el “cara a cara”⁴. No podemos obviar que estas situaciones se mueven en los parámetros de posibles adicciones tecnológicas, y que, aunque la Organización Mundial de la Salud (OMS) no las incluye, todavía, entre las adicciones sin sustancia, si es hecho fehaciente que el uso problemático e intensivo deriva en graves consecuencias para la formación de los menores y su desarrollo integral como personas. En este sentido, sí aparece en la revisión número once de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos, el trastorno por el uso de videojuegos on line/off line, considerándolo como un trastorno debido a comportamientos adictivos⁵.

La normativa vigente, a la que se le dedicará especial atención, se aleja en demasía de la realidad a la que nos enfrentamos. Baste señalar, en términos muy generales, el Considerando 38, del 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 (RGPD), en el que se incide en la protección específica de los datos personales de los menores ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos aplicables a su tratamiento; y la edad de 14 años, recogida en la legislación nacional (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, LOPDGDD) para que el menor pueda dar su consentimiento en el tratamiento de sus datos personales, siendo éste ilícito con edad inferior sino consta el del titular de la patria potestad. Situaciones que en cualquier caso deben estar amparadas por la responsabilidad parental derivada del artículo 154 del Código Civil (CC). La función de los padres es primordial puesto que son los primeros garantes del bienestar de los hijos y quienes deben protegerles de los riesgos que plantean las nuevas tecnologías, concretamente del acceso a contenidos ilícitos que puedan afectar a su desarrollo y de los riesgos en relación con la vulneración de su privacidad⁶.

Existen numerosos estudios sobre la conectividad a internet y el uso de las redes sociales⁷, aunque nos referiremos al de Unicef ‘Impacto de la tecnología en la adolescen-

4 Documento “Relevancia del control parental en la protección de datos de menores”. Fiscalía General del Estado, 24 de mayo de 2023. <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/menores>.

5 No podemos dejar de hacer referencia a esta cuestión por las similitudes que presenta con el uso continuo de las redes sociales por parte de niños y jóvenes. La OMS, dentro de los trastornos debidos a comportamientos adictivos, incluye el referente a los videojuegos y que se manifiesta en las siguientes conductas: 1. Deterioro en el control sobre el juego 2. Incremento en la prioridad dada al juego al grado que se antepone a otros intereses y actividades de la vida diaria; y 3. Continuación o incremento del juego a pesar de que tenga consecuencias negativas. El patrón de comportamiento del juego da como resultado una angustia marcada o un deterioro significativo en las áreas de funcionamiento personal, familiar, social, educativo, ocupacional u otras áreas importantes. Suelen ser evidentes durante un período de al menos 12 meses para que se asigne un diagnóstico, aunque la duración requerida puede acortarse si se cumplen todos los requisitos de diagnóstico y los síntomas son graves. CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad (V:01/2023), “6C51 Trastorno por Videojuegos”, en <https://www.who.int/es>.

6 CORRIPIO GIL-DELGADO, M.ª R, “Los menores frente a las nuevas tecnologías”, en *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Coord. Por MARTÍNEZ GARCÍA, C. Aranzadi. Pamplona (Navarra), 2016 págs.829 y ss.

7 Según el informe del 2020 de EU Kids Online, en nuestro país, los menores entre nueve y dieciséis años se conectan a Internet más de tres horas diarias, en <https://www.is4k.es/de-utilidad/recursos/eu-kids-online-2020-resultados-del-estudio-en-19-paises>. En relación con el uso de las redes sociales, según el informe «Riesgos y

cia⁸, para dar una muestra concreta de la situación real y efectiva de menores españoles entre 11 y 18 años, respecto a las piedras angulares de nuestro trabajo: edades de acceso a las redes sociales, hábitos de uso, responsabilidad parental y consecuencias del mal uso, propiciado en muchos casos por un incumplimiento in/voluntario de la normativa actual. Las conclusiones señalan que la edad media del primer móvil con conexión a internet es a los 10,96 años, que el 31,5 % usan internet más de 5 horas diarias, porcentaje que asciende al 49,6 % los fines de semana. El 58,4% acostumbra a dormir con el móvil en su habitación y el 21,6% lo usa más tarde de las 12 de la madrugada, triplicándose en esos casos las tasas de sexting, de ciberacoso, contacto con desconocidos o apuestas online. En cuanto a las redes sociales el 98,5 % de los adolescentes está registrado al menos en una red social mientras que el 83,5% en tres o más y el 61,5 % reconoce además que posee más de una cuenta o perfil dentro de una misma red social (un perfil blanco para los progenitores o para el público en general, y otro más personal para relacionarse con los pares). Las dos redes sociales de mayor aceptación son claramente Instagram (con un 79,9% de usuarios) y TikTok (con un 75,3%), aunque en este apartado cabría incluir también a YouTube (90,8%) y Twitch (46,4%). El 99% hace uso de alguna aplicación de mensajería, el 95% usa habitualmente WhatsApp.

El Ordenamiento jurídico, y cada vez con mayor intensidad, atribuye a los titulares de la patria potestad el deber de proteger a los hijos y velar por un uso adecuado en el ciberespacio, educarlos en el entorno digital, y supervisar sus actuaciones. No se trata de imponer prohibiciones de escasa eficacia, sino que, con los menores de edad deben establecerse los mecanismos de control necesarios y acordes, a su grado de madurez y al desarrollo de su personalidad que, con las debidas restricciones, impidan que puedan entrar en contacto con contenidos o recursos de los que pueda derivar en algún perjuicio para su correcta formación y estabilidad emocional⁹. En este ámbito, en relación al escaso nivel de supervisión que ejercen los padres, el estudio extrae las siguientes conclusiones: Solo el 29,1% refiere que sus progenitores les ponen normas sobre el uso de las TRIC; al 24%, les limitan las horas de uso; y el 13,2%, los contenidos a los que acceden. Sin embargo, 1 de cada 4 tiene discusiones todas las semanas en casa por el uso del móvil o las TRIC y un 36,7% informa de que sus padres acostumbran a utilizar el móvil en la comida. Además, en relación a las prácticas de riesgo on line, se demuestra que son más frecuentes entre aquellos adolescentes que llevan el móvil a clase todos los días y entre aquellos cuyos progenitores no controlan o supervisan el uso que hacen de Internet. También las conductas de riesgo llegan a triplicarse con los que se conectan a partir de la media noche.

En cuanto a los riesgos más graves a los que se enfrentan, sobre la comisión delictiva de conductas realizadas a través de instrumentos digitales, el abanico en este sentido es sumamente amplio y complejo, desde el que actúa con una finalidad sexual, siendo mayor de edad con el objetivo de abusar de un menor, o el menor que remite videos con desnudos suyos a otro menor para presionarlo a mantener relaciones sexuales con él, o

seguridad en internet: los menores españoles en el contexto europeo» de EU Kids Online, el 40% de los menores españoles de entre nueve y trece años tiene un perfil propio en al menos una red social, en GARMENDIA.M, GARITAONANDIA. C, MARTÍNEZ. G, CASADO.M. A, “Riesgos y seguridad en internet. Los menores españoles en el contexto europeo”. www.ehu.es/aukidsonline.net. 2011, pág.34.

8 ANDRADE, B., GUADIX, I., RIAL, A. Y SUÁREZ, F. (2021). “Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades”. Madrid: UNICEF España, págs. 91 yss.

9 Entre otros pronunciamientos, Audiencia Provincial de Asturias, Auto núm.31-2019 de 13 de marzo.

el menor que insulta, amenaza, coacciona a otro menor a través de las redes sociales. O parecido supuesto de agresividad en el ciberespacio, llevado a cabo por menor contra menor que mantienen relaciones de pareja, y en el que se vislumbra una determinada violencia machista que incide especialmente en menores y jóvenes, auténticos nativos digitales. Las conclusiones del estudio de Unicef se centran en el sexting y el grooming¹⁰, aunque no podemos obviar el acoso, en sus variables de ciberacoso, cyberbullying o cyberstalking¹¹, definiendo las cifras como preocupantes: el 26,8% practicó alguna vez sexting pasivo y el 8%, sexting activo; el 11,4% sufrió presiones para hacerlo, generalmente las chicas; a partir de 3.º y 4.º de ESO, (13-15 años) las tasas de sexting se duplican. En cuanto al grooming: el 57,2% aceptó alguna vez a personas que no conocían en una red social y el 21,5% incluso llegó a quedar físicamente con ellas en alguna ocasión. Prácticamente, 1 de cada 10 adolescentes (9,8%) ha llegado a recibir proposiciones de tipo sexual por parte de un adulto a través de la Red. El contacto con desconocidos online es habitual. Las chicas son objeto de proposiciones sexuales por parte de adultos mucho más frecuentemente que los chicos, mientras que el consumo de pornografía online se duplica en el género masculino. El tránsito a la segunda etapa de ESO hace que se disparen todas las prácticas de riesgo.

Una vez situado el tema en sus parámetros generales, se puede deducir que la situación actual permite inferir una clara insuficiencia del sistema legal vigente y la necesidad de abordar sus principales carencias de cara a su superación. Los derechos digitales son una realidad que hay que fortalecer, son muchos los cambios legislativos que han acontecido en los últimos años, así como las Declaraciones de Derechos, los compromisos futuros, las recomendaciones y las propuestas que están en marcha tanto a nivel nacional como europeo, pero como decía CÁSTAN TOBEÑAS “de poco sirven las meras Declaraciones de los Derechos sino van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia”¹². El objetivo del presente trabajo pretende realizar un análisis de la aplicación normativa y políticas legislativas en la protección de derechos de menores y adolescentes, partiendo de las garantías de acceso de los menores a las redes sociales, especialmente en la privacidad y protección de datos como eje principal sobre el que se sostiene su protagonismo directo o indirecto en la sociedad digital. Para ello se analizará el alcance del concepto de datos, la vulneración de derechos por el incumplimiento en el tratamiento, a través de las últimas resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, sin obviar la responsabilidad, actuaciones y repercusiones del incumplimiento de los garantes de la salud digital de los menores.

10 Se trata de los más habituales recogidos en el estudio: a) el grooming, por los fines sexuales que persigue, se haya producido o no la agresión sexual, sancionando también la propia seducción al menor para que le facilite cualquier tipo de contenido de carácter íntimo a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, tal y como se recoge en el artículo 183 ter del Código Penal, dirigido a la protección de menores de 16 años al respecto; b) el sexting, como pura manifestación de la pérdida de control que supone subir imágenes a internet. Se trata de un delito de reciente incorporación al Código Penal español en el artículo 197.7, párrafo 2º, criminalizando aquellas conductas que consistan en ceder, divulgar, difundir a un tercero una fotografía de carácter íntimo sin el consentimiento de la víctima, aunque ésta en su origen la hubiera emitido voluntariamente.

11 PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F. *Bullying, Cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, 2016, pág.12. Entre otros, CUERDA ARNAU, Mª L “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.112, época II, 2014.

12 CÁSTAN TOBEÑAS, J. *Los Derechos del Hombre*, Reus, 1976, pág.128.

II. ACCESO A LAS REDES SOCIALES.

2.1. Cuestiones Previas

Como ya es sabido, se reconoce la utilización de internet, al hilo del derecho a la información, como un derecho del menor en el artículo cinco de la Ley de Protección Jurídica del menor (LOPJM) al disponer que “se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores 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”¹³. A pesar de las situaciones delictivas indicadas anteriormente como riesgos más graves, los principales derechos que han de protegerse por ser lo más fáciles de vulneración en la sociedad digital, son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la protección de datos personales. El Tribunal Supremo ya ha manifestado en diversas ocasiones que el uso masivo de las redes sociales supone la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales, y los usuarios, que comenzaron inicialmente como simples receptores de contenidos, se han convertido en sujetos que comparten información propia interactuando¹⁴. El impacto en la privacidad de las personas es evidente a través del principal vehículo utilizado: la publicación de información propia o ajena basada en imágenes, información, datos u opiniones. La normativa aplicable a estos supuestos es, en esencia, la que en el año 1982 estuvo en la vanguardia de la protección de los derechos de la personalidad con respecto a los medios de comunicación tradicionales. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considera en su art.2 que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en estos derechos “cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”, matizando en el art. 3 que “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”. Como se puede deducir de dicho articulado no se establece una edad concreta para el consentimiento válido del menor, sino que “lo fía todo a sus condiciones de madurez”¹⁵. Sin embargo, como analizaremos más adelante, la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sí establece un criterio objetivo de madurez basado en la edad y fija en catorce años el

13 En cuanto a la necesidad de reforzar la educación en la materia que estamos tratando el Documento “Relevancia del control parental en la protección de datos de menores” de la Fiscalía General del Estado de 24 de mayo de 2023, sintetiza muy acertadamente las regulaciones del legislador ante la preocupación de la violencia digital, indicando las siguientes: RGPD (considerando 38, artículo 8.2. 57 1b), LOPDGDD (artículos 7.1, 12.6, 28.1f), 73 a), 92, 84), y la LOPIVI (artículo 45), en cuanto a contenidos de la Ley 13/22 General de Comunicación Audiovisual (artículo 15 “Códigos de Conducta”, 89 y 93), y especialmente, en materia de educación, en la LOPDGDD (artículo 83), LOPIVI (artículo 33), Ley Orgánica de Educación (artículos 2., 111 bis 5 y 6), Real Decreto 157/2022 por el que se establece la ordenación y enseñanzas mínimas de la Educación Primaria (artículos 24 y 30), y Real Decreto 217/2022 por el que se establece la ordenación y enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria (artículos 25 y 30).

14 STS 593/2022 de 28 de julio.

15 HERRERA DE LAS HERAS, R. y PAÑOS PÉREZ, A., “La privacidad de los menores en las redes sociales. Especial consideración al fenómeno influencer”. Atelier, 2022, págs. 53 y ss.

parámetro a partir del cual el menor puede prestar su consentimiento válido para el tratamiento de sus datos personales. Posteriormente a la LO1/1982, otro de los grandes hitos normativos en la protección de menores fue la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, LOPJM, cuyo artículo 4 declara que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y considera intromisión ilegítima en estos derechos 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. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, introduciendo reformas en la LOPJM. Uno de los ejes principales fue reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, dotando de contenido dicho concepto, pero obviando en ésta y en las modificaciones posteriores una protección más intensa en el entorno digital¹⁶. Si bien es cierto que con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIVI), se pretende dar una respuesta integral a las situaciones de violencia sufridas por menores, incluyendo la violencia digital, como una de las principales situaciones de riesgo por una inadecuada utilización de las TIC. No se trata por tanto de una regulación adaptada a la protección en los nuevos escenarios digitales, aunque insiste en que el ámbito de las nuevas tecnologías es un lugar adecuado para el ejercicio de la violencia.

El Tribunal Constitucional hace referencia a este nuevo panorama con respecto al ejercicio de derechos en las plataformas, en una presumible adaptación de la normativa vigente al fenómeno tecnológico, indicando que los usuarios de las redes sociales siguen siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido sigue siendo el mismo que en la era analógica. Respecto a la posibilidad de considerar las redes sociales como un espacio público debido a sus propias características, manifiesta el TC que “el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE”¹⁷. Indudablemente el escenario on line plantea al ámbito jurídico la necesidad de dar soluciones en la garantía de derechos a situaciones de hecho cada vez más frecuentes.

2.2. Aparición directa o indirecta en la Sociedad Digital

En una aproximación cronológica, los primeros contactos en cuanto a la aparición de los menores en las redes sociales vienen, normalmente, de las publicaciones realizadas por los padres, familiares o amigos cercanos que muestran imágenes e información de ellos.

16 Algunos de los derechos recogidos en la LO 1/1996 difieren mucho de la concreción actual que se les debería dar en el entorno digital: el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, puede vulnerarse con efectos masivos en las redes sociales; el derecho a la integridad física y moral se adecua con las nuevas formas de violencia que se ejercen contra los menores por medio de estas nuevas tecnologías; o el derecho a la libertad de expresión que puede lesionar intereses de otras personas en milésimas de segundo ante el conocimiento de cientos de seguidores, éstos junto con los demás recogidos en esta ley resultan fácilmente vulnerables en la sociedad digital, NÚÑEZ ZORRILLA, M^a. C., “Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos”, En *Actualidad Civil* núm.12. Sección Derecho Digital. LA LEY 14811/2019, págs.4 y ss.

17 STC 27/2020, de 24 de febrero.

Después suele ser habitual las publicaciones por parte del centro educativo o entidades deportivas donde los menores desarrollan sus aficiones con el preceptivo consentimiento de los representantes legales en cuanto al tratamiento de los datos, y posteriormente, teniendo o no la edad adecuada, dicho acceso de los menores a las redes sociales se produce por ellos mismos, con o sin consentimiento de sus progenitores. De tal forma que existe una aparición y contacto en la sociedad digital indirecto o directo si ya intervienen por ellos mismos en la disponibilidad de sus derechos.

2.2.1. Publicaciones por terceros

Es de sobra sabido, y así se ha reconocido con el término *sharenting*, que el menor en muchas ocasiones nace antes digitalmente que de manera física puesto que son los propios padres, garantes en la protección de sus derechos, lo que exponen la información personal de los menores, a través principalmente de las propias ecografías, fotografías y vídeos, creándoles ya una identidad digital prematura sin su consentimiento, con la que podría no estar de acuerdo¹⁸. Dicha actitud viene auspiciada por el orgullo, afecto y satisfacción de querer compartir ese momento a través de la publicación, pero ciertamente, puede generar no sólo problemas de privacidad en relación a los intereses de protección de datos de los menores o adolescentes, sino también generarles sentimientos de frustración o vergüenza en el desarrollo de su identidad¹⁹.

Cierto es, como se ha apuntado con anterioridad, que conforme al artículo 154 del CC “la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Esta función comprende, entre otros, el deber y la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. No podemos obviar que dichos mandatos se deben ejercer y fortalecer en el entorno digital, y como se verá más adelante el ordenamiento jurídico se ocupa de reforzar la responsabilidad y el papel de los padres en cuanto a la educación digital de los hijos. Pero la cuestión a destacar en este apartado, se refiere fundamentalmente a la disposición de derechos que hacen los padres respecto a los menores en las redes sociales, ya que no sólo deben protegerlos frente a terceros como dicta la normativa sino también deben, en muchos casos protegerlos de ellos mismos, y determinar dónde está el límite en la disposición de los datos de los menores, cuando no ostentan aún la madurez suficiente para decidir y/o disponer de sus derechos de la personalidad. En este sentido es el artículo Art.156 CC el que nos da la clave en cuanto al ejercicio de la patria potestad que se ejercerá, por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro,

18 QUIÑONES GÓMEZ, A., define la identidad digital como “lo que Internet dice de nosotros, lo que los demás encuentran en Internet sobre lo que publicamos, o lo que Internet dice que somos a los demás”, en “Padres y Menores: Necesidades formativas ante los riesgos y delitos digitales”, en AA.VV., *La Sociedad Digital: Oportunidades y Retos para menores y jóvenes*, pág.191, Granada, 2014.

Este rescate de datos puede exceder de la propia finalidad inicial de utilizar información publicada en la red del propio interesado, tal y como expone en relación al tema: MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?” En *Actualidad Civil*, Nº 12, diciembre 2018. LA LEY 15195/2018.

19 HINOJO LUCENA, F.J. AAVV, “Sharenting: Adicción a Internet, autocontrol y fotografías on line de menores”, En *Revista Científica de Educomunicación*, Comunicar núm. 64, págs. 98 y 99. 2020 www.revistacomunicar.com. En este sentido, ROMERO RODRIGUEZ, J.M y AAVV, “Sharing images or videos of minors online: Validation of the Sharenting Evaluation Scale (SES)”, En *Children and Youth Services Review* 136, 2022.

siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social. Del precepto se pueden derivar dos situaciones de inicio, que los padres consientan la sobreexposición del menor realizada por ellos mismos en contra de su interés, debiendo actuar el Ministerio Fiscal; o bien, que exista disconformidad entre ellos en cuanto a la publicación de fotos subidas a las redes sociales de alguno, situación reiterada en los casos de crisis matrimoniales, por lo que se deberá tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado que dictó las medidas sobre guarda y custodia, para que determine a cuál de los progenitores le corresponde tomar la decisión²⁰. En este tipo de supuestos la AEPD no es competente para interpretar las previsiones del Código Civil. Las controversias entre los progenitores sobre la publicación de imágenes de los menores de edad corresponden a las relaciones paternofiliales, por lo que no existiendo capacidad por la Agencia para resolver las discrepancias deber hacerse en sede judicial²¹.

La jurisprudencia demuestra la abundancia de estos casos, cuando existen controversias entre los progenitores e incluso utilizando a los hijos en sus redes sociales ocasionándoles daños injustificados²². Por ello, es cada vez más frecuente que en los procedimientos de separación o divorcio se incluya una cláusula en el convenio regulador, de protección de la imagen²³ del menor en las redes sociales, al menos hasta que cumpla los 14 años exigidos por la Ley²⁴. Así ocurre, por ejemplo, en la SAP de Cantabria 24/2020 de 13 de enero que trata de un procedimiento de guarda y custodia en el que la madre solicita que se prohíba la utilización de la imagen de la menor sin el previo consentimiento de ambos progenitores. Se aportan dos capturas de la imagen de la menor en una red social

- 20 GIL MEMBRADO, C.” Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, en *La Ley Digital*. LA LEY 1773/2018, págs. 11 y ss.
- 21 Entre otras, Resolución nº: R/ 03162/2016, de 29 de diciembre de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos. Como bien afirma PÉREZ DÍAZ, R., se trata de una cuestión de patria potestad, y no de custodia, es decir, ambos progenitores pueden publicar dichas fotografías si los dos son titulares de la patria potestad. Aunque se encuentre separada la pareja, serán ambos los que se tengan que poner de acuerdo y consentir sobre la publicación de fotografías, vídeos o datos personales de los hijos menores de 14 años, de manera que es necesario el consentimiento de ambos progenitores o por lo menos que no haya oposición expresa o tácita de uno de ellos, en “La imagen del menor en las redes sociales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2018, BIB 2018/6534, pág.4.
- 22 La SAP de Cantabria 240/2021 de 17 de mayo, recoge la injerencia del padre en la propia imagen de la menor, en tanto publicó fotografías de ella para fines personales en el conflicto que mantenía con la madre, por lo que además de no venir autorizada, ni menos tolerada, es contrario a su interés al implicar a su hija en una contienda ajena, pero con efectos directos en su vida y desarrollo personal. El padre creó dos páginas en diferentes redes sociales en la que reivindicaba justicia para su hija en relación a la custodia, por la que haría huelga de hambre indefinida. Ilustrándolas con una foto en la playa en la que se reconocía perfectamente la imagen de la hija, otra de él con una camiseta de esa foto, y otra de la niña. Las imágenes han sido difundidas, reproducidas y comentadas por terceros en las referidas redes sociales. La menor fue objeto de una exploración psiquiátrica, a petición de la madre se emite informe, en cuyo contenido se describe que la menor sintió mucha vergüenza cuando su padre publicó su nombre y su foto en la TV y en los periódicos. Constituye, sin duda, una intromisión ilegítima en su intimidad y propia imagen que carecen de justificación y del consentimiento de su otra progenitora, perjudicando su interés. La diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1104 CC), como diligencia media, convierte en inexcusable la utilización de la menor para exponer su imagen, completamente innecesaria, en apoyo de unas expresiones reivindicativas en el contexto que mantenía con su progenitora. La injerencia no consentida objetiva resulta contraria al ordenamiento jurídico y no puede ser de ningún modo justificada.
- 23 La imagen puede ser motivo de vulneración de dos derechos diferentes, el derecho a la propia imagen o el de protección de datos, ya que se considera como dato personal. Una u otra vendrán amparadas por los escenarios en que se haya producido el tratamiento ilícito. En este sentido, REBOLLO DELGADO, L., “La imagen como dato”, en *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, n.º 2, 2009, págs.182 y ss.
- 24 En este sentido, SAP de Madrid 83/2022 de 21 de enero.

sin que conste si la difusión es o no general y pública. En el Fallo se acuerda que la difusión pública de la imagen de la menor en redes sociales sea autorizada por ambos padres, titulares de la patria potestad, o por el juez en la situación prevista en el art. 156 CC, sin perjuicio de comunicar la decisión común de los progenitores al Ministerio Fiscal, en el caso de intromisión legítima.

Dicho lo anterior, no podemos obviar al hilo de las cuestiones planteadas hacer referencia a la consideración y aplicación de los usos sociales en internet, que actúan como pautas normativas, por la implicación que pueden tener en la exclusión del carácter ilegítimo en el derecho a la propia imagen según lo preceptuado en el anteriormente mencionado art.156 CC, a través del cual se podrían agrupar las conductas en la utilización de imágenes e información de los hijos²⁵, y en el 2.1. de la LO 1/1982, que delimita la protección jurídica por los usos sociales que mantenga cada persona²⁶. Éstos son legítimos en internet cuando se basan en la utilización de las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) en las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas, bien retuiteando el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, o insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada²⁷.

Importante en este sentido, desde la perspectiva de protección jurídica del derecho a la imagen que se tratara como dato personal más adelante, es la STS 249/2023 de 14 de febrero, en cuanto a la aparición indirecta de la imagen de una menor en plataformas digitales. Las cuestiones que vamos a valorar a través de este pronunciamiento judicial son, en esencia, las tratadas en este apartado respecto a las publicaciones de la imagen en redes sociales de la hija menor de tres años, con consentimiento de la madre como titular de la patria potestad, sin constar expresamente el del padre, y la incidencia de la consideración de esta actuación como uso social para la eximencia de la vulneración del derecho a la imagen de la menor tal y como resuelve el TS. El recurso tiene su origen en la demanda que interpone el padre contra la gestora de una página web (outdoor: la vida de los famosos de Mediaset fuera de la tele) por intromisión del derecho a la propia imagen de su hija, entre otros. Alega su falta de consentimiento como titular de la patria potestad, denuncia la intromisión ilegítima y solicita una indemnización así como la retirada de la imagen. Los hechos devienen de dos reportajes publicados en abril y diciembre respectivamente. El primero de ellos contenía una entrevista realizada a la madre, personaje público, durante el confinamiento con imágenes de la niña proporcionadas por la madre, sin pixelar; mientras que el segundo replicaba el enlace a la red social de la madre en el

25 OROZCO GONZÁLEZ, M. “Derechos a la privacidad de los menores”, REUS, 2022, pág.131.

26 En este sentido, la STS 91/2017 de 15 de febrero indica que “Los usuarios de redes sociales deban asumir los actos que se consideran consustanciales al concepto, naturaleza, función y esquema de las redes, de esta forma se aplicará el concepto de usos sociales a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, tal y como contempla la ley en defensa del derecho al honor, intimidad y propia imagen”. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 27/2020 de 24 de febrero ha ponderado a favor de la protección del derecho a la imagen frente a la libertad de información, y más concretamente, cuando el origen de esa información gráfica deviene del Facebook personal en el que tenía fotos subidas. Tal y como recoge MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., la justificación es completamente lógica y equilibrada en relación con las funciones y objetivos de la red, que permiten consultar, acceder, comentar o likes de acuerdo con los usos sociales pero que no ampara la utilización y publicación por terceros, en “Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero”, En *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección Derecho digital. Abril 2020, Pág.9. LA LEY 4687/2020.

27 STS 476/2018, de 20 de julio.

que también aparecían fotografías de la niña. La empresa demandada se opone alegando que se limitó a difundir información suministrada por la propia madre, quien había publicado previamente las fotografías en su cuenta de Instagram y le había remitido los vídeos y fotos tomadas por ella misma, y las seguía manteniendo en sus redes aunque una vez que se notificó la demanda la empresa las retiró; que el propio demandante, previo pago, presentó al público la imagen de la niña cuando nació en una revista, sin que entonces su rostro fuera pixelado; y que, en el momento en que las imágenes se publican en internet y posteriormente se recogen por la web outdoor, quien ejercía la patria potestad era la madre, con la que la niña convivía.

Como se deduce de los artículos art. 3 de la LO1/1982 y del art. 4 de la LOPJM cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento, bien del menor maduro, bien de sus representantes, es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor. Cuando se trata, como en este caso de menores que no ostentan la suficiente madurez, el consentimiento deberá estar amparado por lo recogido en el art.156 CC. En este sentido el Tribunal Supremo interpreta dicho precepto en base al contexto y a las circunstancias en que tiene lugar. Entre ellas, destacar las siguientes: no consta que el padre se dirigiera a la página web para mostrar su oposición a la publicación de imágenes de su hija menor ni para solicitar su retirada, directamente interpuso demanda habiendo retirado la empresa las imágenes desde que se le notificó; la madre autorizó ambas publicaciones siendo titular de la patria potestad no teniendo limitado el ejercicio de algunas de sus funciones, ni las posibles decisiones que pudiera adoptar en relación a la niña.

Respecto al primer reportaje el Tribunal atiende al contexto y circunstancias en las que se realizó, en el periodo del confinamiento, en donde estas prácticas -grabaciones de momentos de la vida cotidiana- se extendieron y generalizaron notablemente como uso social. En este contexto, en el que el objeto principal de la publicación era la vida de la madre con sus hijas durante la época del confinamiento, puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156.I CC) y que, ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156.III CC). Ciertamente es que aun existiendo consentimiento de uno de los progenitores si ese uso de la imagen es contrario a sus intereses no podrá utilizarse, cuestión que en este caso no se aprecia por no lesionar ninguno.

En el segundo de los reportajes se replicó el enlace a la red social de la madre, accesible y disponible en internet. El recurrente insiste en que el hecho de que una imagen esté accesible en internet no conlleva el consentimiento para la difusión de la imagen en un medio de comunicación, pues la finalidad de la red social es meramente la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que los terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. En este caso, como hemos manifestado anteriormente, y considerando lo aplicado por la STS 476/2018, de 20 de julio, la prestación del consentimiento por parte de la madre para la publicación de la imagen de la niña en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet.

2.2.2. Publicaciones directas como usuarios de redes sociales

Como hemos indicado al inicio del trabajo, los datos demuestran que los menores tienen su primer móvil con 10,96 años, mientras que el 98,5 % de los adolescentes está registrado al menos en una red social. El acceso supone a priori que empiece a desarrollar su vida en el entorno on line, publicando fotos, videos, estableciendo contactos con gente conocida o desconocida, exponiendo sus gustos y preferencias, en definitiva, ejerciendo por sí mismo sus derechos y permitiendo el tratamiento de datos personales a terceros.

El RGPD señala en su artículo 8.1. que “el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dió o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.” Se considera, pues, que a los 16 años los menores ya tienen la suficiente madurez para disponer de sus datos en internet. En España, la LOPDDGD 3/2018, rebajó la edad hasta los 14 años, señalando en su artículo 7 que el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años²⁸. Respecto al tratamiento de datos personales de los menores de 14 años solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela. El acceso a las redes sociales implica la aceptación de unas cláusulas generales, llamadas condiciones de privacidad, en las que se acepta el tratamiento de los datos personales por parte de los gestores de los servicios.

La cuestión que se plantea es si realmente los menores tienen esa capacidad de conocimiento, puesto que la diferencia entre menores y mayores de 14 años se basa en el criterio objetivo de la edad, dejando al margen el concepto de madurez²⁹ referido en muchos de los preceptos del Código Civil. Ciertamente es, que van adquiriendo una capacidad progresiva que les permite ser sujetos de derechos y obligaciones y que hay que trasladar al entorno digital, puesto que se ha convertido en el primer medio donde se pueden vulnerar de manera fácil e inmediata sus derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de datos. MESSÍA DE LA CERDA, hace una interesante reflexión en cuanto a la percepción que tenemos del gran manejo que tienen los menores de las herramientas digitales, sin embargo ese asombro que nos pueda ocasionar no conlleva una comprensión absoluta de sus implicaciones y los efectos que pueda producir, puesto que sostiene que los menores de 14 años no poseen el grado suficiente para poder consentir, con pleno conocimiento de causa, el tratamiento de sus datos personales, sin perjuicio de

28 Este artículo exceptúa 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. El planteamiento de inicio conforme al RGPD es fijar la edad en 16 años, aunque los estados miembros podrán determinar otra siempre que no sea inferior a los 13. En consecuencia, el margen está entre los 13 y los 16, no siendo edades cercanas en las que se puedan presumir unas condiciones de madurez similares. Se podría haber establecido una escala móvil como bien indica GARCÍA GARNICA M^aC., “Datos personales y menores de edad”, en *Protección de Datos Personales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tirant lo Blanch, 2020, pág.182.

29 Sobre la capacidad natural, el grado de madurez de los menores y la inmadurez social y emocional de los adolescentes, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “El grado de madurez en los menores de edad. Dificultades en su valoración y apreciación”, en *LA LEY Derecho de Familia*, nº36. LA LEY 11497/2022, págs.3 y ss.

que la fijación de una edad especial constituye una solución admisible, por su eficacia en el objetivo de normalizar y proporcionar seguridad jurídica³⁰.

Esta normativa se desvincula en cierta medida del criterio de madurez respecto a los actos relativos a los derechos de la personalidad. El artículo 162.1 del CC, exceptúa de la representación paterna, aquellos que el hijo, de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo, pero añade en previsión de que no suponga una exclusión total puesto que sería incongruente con la esencia del art.154, que los progenitores podrán intervenir en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia³¹.

En principio se considera que el mayor de 14 años tiene capacidad suficiente para consentir el tratamiento de sus datos personales mientras que el menor de esa edad requerirá autorización por parte de sus padres, situación ésta distante de la realidad. Algunas autoras han señalado que es posible hablar de los dos criterios por las ventajas que aportan: el de la edad manifiesta seguridad jurídica en el tratamiento de la protección de datos; mientras que la madurez lo hace en la protección respecto a los derechos del menor. Sin obviar que la norma más reciente es la de la edad por lo que debería primar dicho criterio³². Dicho esto, no podemos olvidar la referencia de la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, de nuevo al concepto de “madurez suficiente”, respecto de la denuncia que podrán interponer los menores mediante el canal prioritario ante la AEPD, en caso de contenidos ilícitos que ocasionaran un menoscabo grave del derecho de protección de datos personales³³.

El hecho de que un menor actué de manera autónoma en la sociedad digital, bien por sus condiciones de madurez, bien porque cumpla o sobrepase la edad requerida, no conlleva un estatuto jurídico equiparable al mayor de edad. Los titulares de la patria potestad siguen ostentando labores de cuidado, educación y vigilancia digital, de forma que podrán intervenir cuando proceda. En este sentido, no podemos compartir la afirmación hecha por la SAP de Madrid 83/2022 de 21 de enero, en un procedimiento de modificación de medidas sobre la imagen de la menor en una cuenta abierta por el padre

30 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”, en *LA LEY Derecho de Familia*, nº23. LA LEY 11668/2019, págs. 6 y ss.

31 GIL MEMBRADO, C. señala que “ la reforma operada por la Ley 26/2015 de Protección de la Infancia en el Código Civil -aunque con posterioridad- adopta una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una recuperación de las funciones inherentes a la patria potestad, por un lado, al eliminar del artículo 162.2. 1º el inciso «u otros». Con ello, se pasa de exceptuar el ejercicio de la patria potestad en relación con «Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», a, tras la reforma, restringir la excepción a la representación en «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Queda así la autonomía de la menor limitada a los derechos de la personalidad, al desaparecer el inciso «u otros», En “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica de fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y la adolescencia”. En *Actualidad Civil*, Nº1, Sección Derecho de los Contratos/ A fondo, págs. 4 y ss. 2017.

32 VÁZQUEZ PASTOR, L., “Los Derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº17, págs. 1125 y ss. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales”, en *Protección de los menores de edad en la era digital* Juruá, 2020, págs.239 y ss.

33 El Canal prioritario es una iniciativa pionera a nivel mundial que permite solicitar la retirada de contenidos sexuales o violentos publicados sin consentimiento de las personas que aparecen en ello. La LO 8/2021, introdujo el término “violencia digital” a propuesta de las AEPD. En el art.52 insta a la Agencia a que garantice un canal accesible y seguro de denuncia.

en Youtube, donde la menor salió explicando las características de un móvil, sin contar con el consentimiento de la madre. De manera acertada, decide el tribunal que si la hija de los litigantes, de 13 años, quiere publicar algo en la cuenta, aunque sea noticias de un teléfono vinculado a la actividad empresarial de su padre, o cualquier otra imagen suya en redes sociales, necesita el consentimiento de ambos progenitores que tienen la patria potestad conjunta. Discrepamos en la afirmación posterior en la que se recoge “a partir de los 14 años, sin embargo, cualquier menor en España puede gestionar su privacidad en Internet libremente. Es decir, si quiere publicar una foto extravagante o provocativa lo puede hacer sin consentimiento de los padres”. La referencia a una foto extravagante o provocativa podría ser valorada por los padres, con independencia de la edad, en cuanto a las consecuencias que pudiera tener respecto al destino que se le de, puesto que el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Como bien indica GETE- ALONSO, el deber de velar por los menores conlleva vigilar todo lo que rodee al menor sea bueno o malo, y la actividad de prevención para evitar lo perjudicial y en su caso, eliminarlo. Destaca la autora “que la atención por los intereses de los hijos comporta “el conocimiento de las actividades de los menores en Internet y el control, así como en su caso, tomar las medidas pertinentes para, si es necesario, limitar o cortar el acceso al mismo, incluso el entrometerse en su intimidad”³⁴.

En esta línea de intervención legítima de los titulares de la patria potestad, hemos de destacar dos resoluciones del Tribunal Supremo: La primera se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo 10 de diciembre de 2015, sobre ciberacoso. En ella se confirma la validez, como prueba de un delito de abuso sexual, de los datos obtenidos por la madre respecto de la cuenta abierta por su hija menor de edad en Facebook. La madre accedió a esta cuenta sin que conste que la menor hubiera otorgado su permiso al respecto, ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso. El Tribunal Supremo indicó que el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto y puede verse sometido a restricciones en aquellos casos en los que se constate un interés constitucionalmente prevalente. Apunta en cuanto al ejercicio de la patria potestad que no se puede descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de ejercer un control sobre ellos. Argumento que sin duda refuerza el control y los deberes parentales en la sociedad digital con independencia de la edad; parecida es en cuanto a la finalidad, la segunda de las resoluciones, el Auto del Tribunal Supremo 1136/ 2018, de 11 de octubre, en cuanto al derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones. El acusado mantuvo relaciones sexuales con el menor de 13 años, presionándolo posteriormente por whatsapp para repetir y amedrentándolo con que le confesaría a su madre su homosexualidad sino accedía a repetir los encuentros. Fue la madre la que accedió a esa cuenta ante los signos claros de que había una actividad presuntamente criminal y debía cesar. El Tribunal descartó nulidad alguna de vulneración de

34 GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, 2018, pág.284. BASTANTE GRANDEL, V., realiza una interesante reflexión, al hilo de la patria potestad digital, y las obligaciones que tienen los hijos de obedecer mientras estén bajo la potestad de sus padres y respetarles siempre, en el marco actual de conflicto que suponen los móviles y su uso en el entorno familiar. Si los padres ejercen sus obligaciones digitales de forma correcta en cuanto a sus intereses y derechos, los hijos deberían cumplir y respetar las decisiones tomadas, como no comprar un teléfono hasta una edad coherente, quitárselo por un uso preocupante y excesivo, limitar el horario, prohibir el acceso a las redes sociales hasta que sea consciente de sus riesgos, etc), en “*Patria potestad, hijos y teléfonos móviles*”, Aranzadi, 2021, págs. 249 y ss.

derechos respecto al acusado, y precisó que la madre era la titular de la patria potestad, concebida no como poder sino como función tuitiva respecto del menor.

III. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS. PRINCIPALES RESOLUCIONES EN MATERIA DE PRIVACIDAD.

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un Derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española, dando así una regulación expresa, desde la norma fundamental de la protección de la intimidad y la privacidad en el sector de las nuevas tecnologías. El derecho a la protección de datos es un derecho autónomo que ya superó su vinculación con el derecho a la intimidad, aunque comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada. Su finalidad es garantizar a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención³⁵.

El RGPD en su artículo 4.1 considera como dato personal, toda información sobre una persona física identificada o identificable considerando a ésta última como toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 290/2000 de 30 de noviembre, recoge el objeto del derecho fundamental a la protección de datos, indicando que “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. De manera que también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”. El tratamiento³⁶ de los datos personales será lícito si se ha obtenido el consentimiento por parte del interesado, así lo establece el art.6.1.a) del RGPD, para uno o

35 SSTC 94/1998, de 4 de mayo y 292/2000 de 30 noviembre.

36 Se considera tratamiento conforme al art.4.2. del RGPD “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”

varios fines específicos. En el caso de los menores y jóvenes, como ha quedado expuesto, normativamente será válido cuando tengan 14 años, y no debe serlo si tienen menos edad, excepto que haya sido otorgado por sus representantes.

Indudablemente la actividad en las redes sociales facilita la publicación de contenidos mediante etiquetas, imágenes o comentarios, que posibilitan la identificación de una persona. Una imagen que identifique al menor o lo haga reconocible estaría dentro de la normativa de la LOPDGDD³⁷. Respecto a la imagen, ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia 14/2003, de 28 de enero, que la fotografía de una persona es dato de carácter personal, lo cual se extiende a todos los medios de reproducción de la imagen. Más aún la LO 8/2021, tras definir el concepto de violencia, incluida la digital, enumeran una serie de conductas constitutivas de la misma, incluyendo aquí la difusión pública de datos privados. Como bien señala ANDREU MARTÍNEZ, la remisión a “dato privado” sugiere que no se trate de cualquier dato personal “sino únicamente la de aquéllos que afectan más especialmente a la intimidad de la persona y que se hacen públicos sin consentimiento de la misma. (...) Aquí entraría particularmente la difusión de imágenes (fotografías o videos) de la persona en un ámbito privado, especialmente las que tienen un contenido íntimo o sexual. De hecho, la Ley presta especial atención a la protección de la imagen de los menores, que se considera uno de los fines de la norma”³⁸.

Hasta el momento hemos visto conductas que, pueden ser tipificadas como delitos, en los que se podrá iniciar un procedimiento penal; suponer una vulneración de los derechos al honor, intimidad o a la propia imagen de forma que se acudirá a la vía civil para reparar el daño causado; pero también podrá darse la tutela administrativa de los derechos al honor, intimidad y propia imagen como integrantes especiales del derecho fundamental a la protección de datos³⁹, a través de la AEPD que establece las sanciones como muy graves, graves o leves según la infracción cometida⁴⁰.

37 GIL MEMBRADO, C.” Límites a la autonomía de la voluntad...”, *cit.* pág.5.

38 ANDREU MARTÍNEZ, B., “Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, En *LA LEY Privacidad*, núm.9. LA LEY 9257/2021, págs. 2 y ss.

39 GRIMALT SERVERA, P., “Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Tutela civil versus tutela administrativa”, en *Protección de Datos Personales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tirant on line, 2020, Parte II, pág.4.

40 En este sentido, el manual de “Protección de Datos y Prevención de Delitos” publicado por la AEPD, respecto a las conductas que se producen como consecuencia de la información personal en internet (descubrimiento, revelación de secretos, amenazas coacciones, calumnias, violencia de género, odio, etc.), expone que afectan igualmente a la privacidad de las personas y a su derecho a la protección de datos, por lo que, aun cuando no fuesen considerados como delito por los Jueces y Tribunales, sí que constituirían una infracción a la normativa de protección de datos. Los Jueces y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad remiten a la AEPD aquellos casos que no tienen la consideración de delito, pero en los que se aprecia que se ha vulnerado la normativa de protección de datos. Con carácter general, estos hechos dan lugar a una sanción, cuya cuantía se impone atendiendo a la infracción cometida y se gradúa teniendo en cuenta, entre otros elementos, la naturaleza de los derechos personales afectados, los beneficios obtenidos, el grado de intencionalidad, la reincidencia y sobre todo los daños y perjuicios causados a las personas. Entre los hechos, que constituirían una infracción a la normativa de protección de datos y que serían, por tanto, susceptibles de ser objeto de sanción, se encuentran los siguientes: a) Conseguir los datos personales de una persona de manera ilícita, de forma engañosa y fraudulenta; b) Utilizar los datos de carácter personal de una persona o comunicarlos a terceros sin su consentimiento, en particular si se trata de datos sensibles como la ideología, religión, creencias, origen étnico, salud, vida y orientación sexual y c) Utilizar los datos de carácter personal de una persona para fines incompatibles para los que fueron recogidos sin contar con su consentimiento. 2018, pág.15, www.aepd.es

Una vez expuestos los principales argumentos jurídicos en materia de protección de datos de los menores y adolescentes en cuanto a la aparición directa o indirecta en redes sociales, edad y licitud para prestar el consentimiento en el tratamiento de los datos y la posibilidad de sancionar por parte de la AEPD, planteamos el alcance y consecuencias de las vulneraciones en cuanto al tratamiento y protección de datos a través de las principales resoluciones de la Agencia. Para ello nos referiremos a tres aspectos, cuyo denominador común es la falta de consentimiento y la imagen como dato personal: publicaciones reconocibles directa o indirectamente; publicaciones de imágenes por personas jurídicas, y tratamiento ilícito de datos no consentidos, por la menor que comparte información íntima.

- a) Imagen reconocible. La resolución de 9 de junio de 2022 de la AEPD (expediente nº: PS/00327/2021), se inicia por la directora de un colegio que presenta denuncia cuando una madre, cuyos hijos estudian en el centro, hace un vídeo montaje, humillando a tres personas de raza negra de la misma unidad familiar, que estudian en el colegio, y ha difundido ampliamente el vídeo a través de su perfil de Instagram y por whatsapp. En el montaje del vídeo se escucha la siguiente letra de una canción: “Los gatos negros salen por la noche y van en busca de avería, ay de avería, los gatos negros salen por la noche y van en busca de avería”; la transcripción del mensaje escrito contenido en el montaje es la siguiente “la niña es guapísima pero la cara de su hermano me mata. aiii xxxxxxxx perdóname la vida. jajaja se levanta y todo me va a pegar yo y mi descarado jajajajajajaja riete niño que te ago famoso”. Una vez comunicado el sobreseimiento provisional de las actuaciones por el Juzgado de Instrucción correspondiente al no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito que motivo la formación de la causa, se traslada a la AEPD que en base a los artículos 47 y 48.1 de la LOPDGDD, es competente para iniciar y resolver. Estos procedimientos se regirán por lo dispuesto en el RGPD y por dicha Ley, entre otras disposiciones. La cuestión es analizar si el tratamiento de datos personales (imagen de las personas físicas) llevado a cabo a través de la captación en el video denunciado es acorde con lo establecido en el RGPD. Se considera que los hechos expuestos incumplen lo establecido en los artículos 6.1 del RGPD, por lo que podrían suponer la comisión de una infracción tipificada en el artículo 83.5 del RGPD. Para determinar la multa administrativa a imponer se observan las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del reglamento.

Las personas menores cuyos datos ha tratado la reclamante, son perfectamente identificables ya que su identidad pueda determinarse, directa o indirectamente. En el tratamiento de datos analizado se aprecia de forma indubitada el alto riesgo que supone para las garantías y libertades de los afectados, menores de edad, así como una ausencia de base jurídica para realizarlo. La continuación del tratamiento comporta un menoscabo muy grave e irreparable para los derechos de los menores afectados. Desde estas premisas y a fin de reestablecer y garantizar los derechos y libertades de los afectados, se estimó procedente, al acordar el inicio de este procedimiento, imponer una medida provisional que evitase lo antes posible la continuación del tratamiento de los

datos personales de los menores a través del vídeo que grabó la reclamada, que debe cesar en su publicación y difusión de forma inmediata. La AEPD resuelve imponer por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de diez mil euros.

- b) Uso ilegítimo de imágenes de los menores. En este apartado trataremos dos resoluciones en cuanto a la publicación de imágenes de menores en las redes sociales por personas jurídicas. De inicio, en esta cuestión, es el artículo 92 de la LOPDGDD el que indica, sobre la protección de datos de los menores en Internet que son los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad los que deben garantizar el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de dichos datos. Incide además en que cuando se vaya a producir en las redes sociales deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes, conforme al artículo 7 de la mencionada ley.

El primero de los casos a tratar se contiene en el procedimiento sancionador nº 00104/2021 de la AEPD. La reclamante, madre de una niña de 10 años, indica en su escrito que, el club de esquí dedicado a realizar cursos de aprendizaje ha hecho un uso ilegítimo de las imágenes de su hija menor la cual lleva inscrita dos temporadas, mientras realizaba el curso, pues las ha emitido en diferentes redes sociales sin su consentimiento, aunque tuvieran el permiso del padre, quién fue el que realizó la inscripción de su hija en el curso. Además, ha intentado ejercer sus derechos sobre protección de datos ante la entidad y que no han sido atendidos. También indica que, la política de privacidad de la página web de la entidad, no cumple con la normativa vigente, en lo referente a la protección de datos de los usuarios. Por lo que se refiere a la imagen tuvo conocimiento de que el club publicó un vídeo publicitario con el que participaron en un concurso apareciendo la hija durante varios segundos, y difundido a través de la web oficial del y en Facebook, YouTube, Twitter e Instagram. Por otra parte, la inscripción de la hija en el club deviene de un Auto del Juzgado de Primera Instancia, referente a la resolución de la discrepancia entre los progenitores para apuntarla, en el que se determinó la facultad de decidir al padre el club de esquí en el que su hija deba de ser inscrita y matriculada, autorizando a los responsables del mismo la difusión o publicación limitada de imágenes de la menor que tengan relación estricta con competiciones en las que la menor participe como federada en dicho club, pero absteniéndose de realizar con imágenes de la niña vídeos promocionales y similares sin el consentimiento de los dos progenitores. Teniendo en cuenta la normativa citada en el supuesto anterior, en cuanto a procedimiento y sanciones, la AEPD multa con 5.000 euros la infracción del artículo 7 del RGPD, por el tratamiento ilícito de los datos personales. En este caso, se trata de las imágenes tomadas sin el consentimiento expreso de ambos progenitores, para destinarlas a realizar una campaña dirigida a potenciar la participación de niñas, adolescentes y mujeres adultas en actividades deportivas.

En la misma línea de ilicitud del tratamiento de datos, situamos la Resolución de 21 de febrero de 2023 de la AEPD (nº: PS 00418/2021) sobre la publicación de imágenes en las redes sociales de un partido político que realiza una visita a un instituto para apoyar el deporte base. Posteriormente publica un vídeo en Twitter e Instagram en el que aparecen menores sin que se haya consentido el tratamiento de sus datos, por lo que no existiría licitud en el consentimiento para el tratamiento de los mismos. La AEPD considera la existencia de infracción del artículo 6.1.a) RGPD e impone una sanción de apercibimiento y se le requiere para que acredite la adopción de medidas para que no vuelvan a producirse incidencias como la que dio lugar al procedimiento sancionador: la captación y difusión de imágenes de menores en un vídeo sin el consentimiento de sus progenitores y que los tratamientos efectuados se ajustan a las exigencias contempladas en el artículo 6.1 del RGPD y a suprimir la imagen de todos los menores que aparezcan en el vídeo que tienen publicado en redes sociales.

- c) Envío de fotos íntimas a través de las redes sociales por menor de 13 años. Al margen de las cuestiones, de indudable interés en el sistema jurídico actual que planteó el infractor en sus alegaciones y que valoraremos a posteriori, la Resolución del procedimiento nº: PS/00107/2022, de 30 de noviembre, tiene como base la relación establecida entre el infractor de 16 años y la víctima, una niña de 13 años, que por medio de Instagram y whatsapp le envió video y fotos de carácter íntimo. El reclamado amedrentó a la chica con subirlas a las redes sociales sino le mandaba más, a lo cual ella accedió por el temor de que su imagen se difundiera. En vía penal fue condenado en Expediente de Reforma como autor de un delito de amenazas condicionales, de conformidad entre las partes se acuerda, la medida de cuatro meses máximo de tareas socioeducativas, orientadas a un programa afectivo sexual y de perspectiva de género. Posteriormente la AEPD admite la reclamación presentada por el padre de la menor al apreciar indicios razonables de vulneración en cuanto al consentimiento de la menor para el tratamiento de sus datos personales (art.6.1. RGPD). Las alegaciones que presenta el reclamado, son en esencia, las siguientes: a) vulneración del principio constitucional “non bis in idem”; b) inexistencia de difusión a terceros de los videos enviados por la menor; c) utilización ilegítima por parte de la menor de las redes sociales, incumplimiento de las obligaciones parentales en relación a qué la niña debería tener un control parental si es menor de 14, y tiene móvil y cuentas en las redes sociales, alegando el deber de vigilancia de los progenitores. Refiere el art.154 CC argumentando que, si él ya ha sido condenado en vía penal, los padres deberían responder por incumplir sus obligaciones parentales; y d) alega que no existe daño psicológico o moral en el procedimiento penal ni responsabilidad civil atribuible al reclamado.

La AEPD, antes de valorar la infracción cometida considera y justifica los siguientes aspectos, que comentamos de manera resumida, en relación a las alegaciones: a) no existe la identidad en los hechos a lo que obliga el principio de “non bis in idem”, pues

en la vía penal se sancionó una amenaza condicionada a la niña menor de edad y en el presente procedimiento administrativo sancionador se está sancionando un tratamiento ilícito de los datos personales de la niña; b) el considerando 26 del RGPD indica que “Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable”, no se establece en el reglamento que, para que se pueda aplicar sea necesario que el responsable del tratamiento de los datos personales los haya cedido a un tercero. En este caso, la mera recogida, el registro y la conservación de las imágenes de la niña, menor de edad, hecha por el reclamado (responsable del tratamiento) son causa suficiente para la aplicación del RGPD; c) respecto al consentimiento, para que el tratamiento de datos personales sea lícito, la interesada debió dar su consentimiento, y si es menor de 14 años, como en el presente caso, los titulares de la patria potestad, como hemos venido exponiendo durante todo el trabajo (art.6.1. RGPD y art.7 LOPDGDD). Sobre la utilización ilegítima por parte de la menor de las redes sociales e incumplimiento de las obligaciones parentales, indica la AEPD que, en este procedimiento no se está valorando el grado de cumplimiento de las redes sociales (WhatsApp o Instagram), en el control parental de los mismos. Lo que se valora es el grado de licitud que se ha producido en el tratamiento de los datos personales de la niña, menor de edad, por parte del reclamado; d) la Agencia no es competente para valorar el grado de daño psicológico o moral sufrido por las personas a las que han tratado sus datos personales sin su consentimiento.

Dicho procedimiento se resuelve imponiendo una sanción de cinco mil euros por la infracción del artículo 6.1 del RGPD, respecto al tratamiento ilícito realizado de las imágenes de la niña, menor de edad y se ordena la eliminación de cualquier dato personal de la niña que esté en su poder, así como que informe a la AEPD sobre las medidas adoptadas para ello.

IV. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

Se ha podido entrever a lo largo del trabajo y máxime en la última resolución citada de la AEPD, las consecuencias del mal uso en las redes por los menores de edad. Como se ha podido comprobar, los padres no sólo deben prestar el consentimiento para el acceso, sino además cumplir con sus deberes de cuidado y vigilancia, tanto por que sus hijos puedan ser víctimas, o porque sean los victimarios, con independencia de la edad. La patria potestad es la primera garantía de protección ante los riesgos de la sociedad digital. El planteamiento que se hace tanto en el RGPD como en la LOPDGDD en cuanto al acceso de los menores, teniendo en cuenta el artículo 154 del CC, es correcto, ya que como se ha demostrado los padres siguen teniendo deberes de atención y cuidado sobre sus hijos, con independencia de la edad que ostenten, pero deben ejercerlos. Actualmente el ordenamiento jurídico impulsa esta labor en todas las normativas relacionadas con el entorno digital. El legislador, parece ser consciente de los riesgos a los que se exponen los menores e intensifica la intervención de los responsables parentales. Los padres o tutores son los primeros obligados en velar por el menor que actúa en el ámbito digital. En este sentido, el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 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”. En tal contexto, corresponde a los padres el deber de velar porque la información a la que el menor accede sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, así se establece en el 5 LOPJM.

La solución en este ámbito no es otra que garantizar la seguridad de los menores y la protección de sus derechos en el entorno digital probablemente de diferente forma según la edad que ostenten conforme a la normativa de protección de datos, y conforme a su madurez respecto de las que así lo recogen, teniendo como criterio orientador los 14 años. Muy significativo, en dicho sentido, es el Auto núm.31/2019 de 13 de marzo de la Audiencia Provincial de Asturias, sobre un caso en el que la madre solicita que se prohíba cualquier acceso de la menor de 13 años a internet sin su consentimiento, ya que el padre le había facilitado un teléfono móvil con el que accedía a Instagram y otras redes sociales, con su autorización. Indica la Audiencia que “en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, incumbe llevar a cabo un control parental en el uso de las nuevas tecnologías de los hijos. Las prohibiciones absolutas, en la revolución tecnológica a la que nos enfrentamos, pueden llegar a ser contraproducentes por restringir más allá de lo necesario las posibilidades de relación que dichas tecnologías ofrecen, condenando al menor a una situación de aislamiento digital. Deben conocer y controlar la forma en que sus hijos se desenvuelven al acceder a los contenidos que circulan por la red y manejar los recursos que ésta proporciona a la hora de entablar relaciones con otras personas afines por razones de edad, gustos o aficiones”. Considera por tanto, que el acceso de la menor a las redes sociales está suficiente y correctamente supervisado por parte de su padre mientras se encuentra en su compañía, y que no existe un ejercicio irresponsable de tal supervisión, al no constar ningún acceso inapropiado de la menor, todas las fotos que “sube” a la misma son previamente supervisadas por él, tratándose además de un perfil con una configuración privada y, por lo tanto, sujeto a unas condiciones de privacidad definidas que no permiten un acceso indiscriminado.

Respecto a la protección de datos en consonancia con los deberes que ostentan como principales garantes también son responsables de las posibles sanciones junto con los hijos. Así se recoge en el artículo 58 de la LO 8/2021, al establecer que los mayores de catorce años podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa de acuerdo con la normativa sobre protección de datos personales. Respecto a la posible multa si la autoría de los hechos cometidos corresponde a una persona menor de dieciocho años, responderán solidariamente con ella sus progenitores (...), en razón al incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia para prevenir la infracción administrativa que se impute a las personas menores de edad, tal y como hemos comentado anteriormente en el PS/00107/2022, de 30 de noviembre de la AEPD.

Además, en el caso de que el menor sea la víctima de una vulneración a su derecho a la protección de datos, y al igual que sucedía en relación con los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, la LOPDGDD reconoce al Ministerio Fiscal una labor preponderante a la hora de velar por la protección de los datos personales de los menores de edad, ya que podrá intervenir cuando se utilicen o difundan imágenes o información personal de menores en las redes sociales, que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales. La LO 8/2021 impone a los centros educativos,

independientemente de su titularidad, la obligación de comunicar inmediatamente a las agencias de protección de datos aquellas situaciones que pudieran implicar un tratamiento ilícito de los datos de menores de edad, a través de la nueva figura del coordinador/a de Bienestar y Protección (artículo 35.2.j)⁴¹, tal y como hemos visto en la resolución nº: PS/00107/2022 de 30 de noviembre de la AEPD, en la que es la directora del colegio la que denuncia los sucesos.

La salvaguarda y garantía de los derechos y libertades de los menores no sólo se pueden garantizar desde la educación digital, la responsabilidad parental o la colaboración entre los organismos públicos con políticas dirigidas a prevenir y tratar este tipo de actuaciones. La situación ha quedado expuesta, tanto en datos como en resoluciones, los menores los menores entre 12 y 14 años son usuarios de las redes sociales. El RGPD en su artículo 8.2. establece que “El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”, pareciera como si se tratara de una sugerencia cuando realmente las consecuencias del acceso sin sistemas de verificación real de la edad pueden ser graves. Recuérdese el suceso ocurrido en Italia en el que una niña de 10 años perdió la vida tratando de poner en práctica un reto que había visto en la red social ‘TikTok’.

Tal y como se plantea MORALEJO IMBERNON, ¿Cuándo ha de entenderse que el prestador del servicio de redes sociales ha hecho esfuerzos razonables para verificar la validez del consentimiento prestado por un menor? Sin duda, y como responde, le corresponde a él escoger que tipo de medidas va a poner en marcha. Actualmente se han limitado a incorporar un desplegable en el que se señala la fecha de nacimiento, de forma que sólo hay que cambiarla, con lo cual no es ningún esfuerzo razonable, en términos de inversión ni de resultados⁴².

Describen el incumplimiento de las condiciones actuales de acceso a las principales redes sociales HERRERA y PAÑOS, advirtiendo que las plataformas no cuentan con herramientas que garanticen la veracidad de los datos aportados, puesto que la legislación europea no les obliga a ello, en síntesis: Instagram: “ hay que tener al menos 13 años”; Facebook: “ usuarios edad mínima de 14 años”, advierte que la creación de una cuenta con información falsa constituye una infracción de sus condiciones, pero no hay procedimiento para comprobar la veracidad; TiKtoK: se pide un mínimo de 13 años y que se acepten las condiciones; Twitter: establece la edad de 13 años, pero advierte que se debe tener la edad suficiente para consentir el tratamiento de sus datos personales en su país; Youtube: es la red social que mejor recoge las condiciones establecidas para que pueden tener una cuenta. Menores de 13 años creada por sus representantes legales, a partir de 14 años de manera autónoma sin consentimiento de los responsables legales⁴³.

Algunas de las propuestas para la verificación del consentimiento paterno podrían ser un formulario firmado por los padres y devuelto por email, llamada telefónica del

41 MORALEJO IMBERNON, N. “*Los Derechos de los menores y las redes sociales*”, en tirant on line, epígrafe IV. La protección de los datos personales del menor en las redes sociales.2023, pág.48. www.tirantonline.es

42 MORALEJO IMBERNON, N. “*Los Derechos de los menores y las redes sociales*”, en tirant on line, epígrafe II. El acceso de los menores a las redes sociales.2023, pág.3. www.tirantonline.es

43 HERRERA DE LAS HERAS.R., PAÑOS PÉREZ, A., “La privacidad de los menores...”, *cit.* págs..61 y ss.

progenitor gratuita, enviar un mensaje a los padres para que ratifiquen su consentimiento o un sistema de doble verificación⁴⁴.

V. VALORACIONES FINALES

De todo lo expuesto con anterioridad cabe sacar las siguientes valoraciones en clave de síntesis de su contenido:

- a) La realidad de los menores y jóvenes en el acceso y disposición de sus datos a través de las publicaciones en redes sociales dista mucho de la normativa aplicable. El contexto al que nos enfrentamos es un contexto en el que las garantías de protección de derechos son insuficientes. Se deduce la necesidad de una normativa en consonancia con la nueva generación de derechos digitales, que supere la actual adaptación de los analógicos en la era de transformación digital en la que nos encontramos.
- b) El acceso o la inmediatez en las publicaciones origina vulneraciones en la protección de derechos, especialmente en la imagen y protección de datos. El planteamiento de inicio, respecto de los menores, es adecuado siempre que se cumplan con las garantías previstas. No debe existir un uso indiscriminado en las publicaciones de datos de menores de 14 años por parte de terceras personas, ni tampoco que no sea efectiva la educación digital en cuanto a la prevención de riesgos y el adecuado desarrollo de la personalidad de los niños. Judicialmente, como se ha comentado, se acepta bajo el paraguas de los usos sociales la disponibilidad de la imagen de los menores por parte de uno de los progenitores en Instagram, sino media oposición del otro, y no existe una vulneración del interés del menor, otro tema sería plantear este supuesto ante la AEPD. La responsabilidad parental es clave en este sentido, pero para ejercerla con garantías deben existir mecanismos reales de comprobación de la edad de los menores. Los padres son los principales garantes en la protección de derechos, al igual que los responsables en las infracciones que se pudieran cometer, por eso se intensifica su actuación y sus deberes de vigilancia y cuidado digital, con menos o más de 14 años, siempre en interés del menor y desde el respeto a sus derechos fundamentales. No puede dejarse al arbitrio del menor su intervención en las redes sociales sin supervisión, puesto que como ha quedado demostrado muchos de los malos usos de internet pueden derivar de un incumplimiento de la responsabilidad parental, menores de 12 a 14 años en redes sociales sin control; o menores mayores de 14 años victimarios de delitos y de tratamiento ilícito de los datos personales.
- c) Ciertamente es, como se ha comentado a lo largo del trabajo, que se ha avanzado legislativamente en la normativa, a través de la LOPDGDD o en la LO8/2021, y en estrategias públicas para prevenir y erradicar el tratamiento ilícito de los datos personales en su vertiente administrativa o judicial en cuanto a la vul-

44 Criterios recogidos de Children's online Privacy Protection Act de 1988, revisada en 2013. www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-bill/2326

neración de derechos. En este sentido es fundamental el papel que está desarrollando la AEPD en cuanto a la lucha contra la violencia digital mediante la adaptación a la legislación vigente y la adecuación de todas las medidas en las que sea competente⁴⁵. La creación del canal prioritario, comentado anteriormente, que se asegura la denuncia de contenidos ilícitos en internet ha sido un progreso en la materia. A fecha de 7 de marzo de 2023, la Agencia publicó los datos correspondientes a 2022 del Canal prioritario para solicitar la retirada de contenido sexual o violento publicado en Internet sin consentimiento. Indica que en 2022 realizó 51 intervenciones de urgencia para retirar información, imágenes, vídeos o audios que se habían publicado en Internet sin permiso y que mostraban contenido sensible –sexual o violento–. Un amplio porcentaje de esas intervenciones se ha clasificado como violencia digital contra mujeres y niñas, aglutinando un 70% de los casos que se denuncian en el Canal prioritario. En 46 de esos 51 casos se consiguió la retirada de los contenidos publicados con inmediatez, lo que supone más de un 90% de efectividad.

- d) Como perspectivas actuales y de futuro, aunque no son normas jurídicas, podemos citar la Carta de Derechos Digitales, presentada el 14 de julio de 2021, cuyo objetivo es proteger los derechos de los ciudadanos y ciudadanas en la nueva era de Internet y la Inteligencia Artificial, y que se refiere, en su articulado a la protección de las personas menores de edad en el entorno digital y a la educación digital; y la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales, aprobada el 25 de marzo de 2023, cuyo objetivo es promover unos principios comunes para que sean tomados en cuenta por los Estados en el momento de adoptar o adecuar sus legislaciones nacionales o poner en marcha políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes en entornos digitales, así como por las empresas, la sociedad civil y la academia a la hora de desarrollar y aplicar tecnologías, colocando a las personas en el centro de la transformación digital, dedicando especial atención a niños, niñas y adolescentes⁴⁶.
- e) Por último, indicar que a nivel de la UE ha sido publicado, en enero de 2023, un estudio de investigación sobre “The influence of social media on the development of children and young people”, solicitado por la Comisión de cultura y Educación del Parlamento Europeo. En él se destacan algunas propuestas legislativas sujetas a examen, como la Ley de inteligencia artificial y el Reglamento por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, también se proponen soluciones con consecuencias de gran alcance para la seguridad en línea de los menores. Destacar algunas de las sugerencias que se llevan a cabo, por constituir las opciones de futuro y mejora que se identifican y recogen en nuestro trabajo tras el análisis he-

45 Principales herramientas de actuación de la Agencia, además del canal prioritario, las siguientes campañas entre otras: “más que un móvil”, “le das un móvil a tu hijo y ya”, “un solo click puede arruinarte la vida”, “por todo lo que hay detrás” fue acosado en el instituto y su foto se hizo viral, “lo paras o lo pasas”, en cuanto a la difusión de contenidos violentos o sexuales en internet”, en www.aepd.es.

46 BARRIO ANDRÉS, M., “*Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e iberoamericana*”, cuaderno N.º 1. Colex 2023, págs. 86 y ss.

cho con anterioridad en cada uno de los apartados. Recomendaciones: 1: La seguridad desde el diseño es un concepto importante que debe respaldarse y promoverse en el discurso normativo; 2: Un diseño adecuado a la edad puede generalizar la participación de los jóvenes en condiciones de seguridad, empoderamiento y respeto de los derechos, y debe promoverse de manera similar en el ámbito de las políticas; 3. Es esencial el desarrollo continuo de mecanismos de protección de la privacidad de los datos de los menores en el entorno social; y 4. Los sistemas de garantía asociada a la edad y de identidad digital requieren el apoyo de múltiples partes interesadas si se pretende superar las barreras a su ejecución y que los sistemas sean eficaces.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, B., GUADIX, I., RIAL, A. Y SUÁREZ, F. “Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades”, Madrid, UNICEF 2021.
- ANDREU MARTÍNEZ, B., “Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, En *LA LEY Privacidad*, núm.9. LA LEY 9257/2021.
- BARRIO ANDRÉS, M., “*Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e iberoamericana*”, cuaderno N.º 1. Colex 2023.
- BASTANTE GRANEL, V. “*Patria potestad, hijos y teléfonos móviles*”, Aranzadi, 2021.
- CÁSTAN TOBEÑAS, J. *Los Derechos del Hombre*, Reus, 1976.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a R., “Los menores frente a las nuevas tecnologías”, en *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Coord. MARTÍNEZ GARCÍA, C. Aranzadi. 2016.
- CUERDA ARNAU, M^a.L., “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.112, época II, 2014.
- GARCÍA GARNICA M^a.C., “Datos personales y menores de edad”, en *Protección de Datos Personales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tirant lo Blanch, 2020.
- GARMENDIA.M, GARITAONANDIA. C, MARTÍNEZ. G. Y CASADO. M.A, “*Riesgos y seguridad en internet. Los menores españoles en el contexto europeo*”. www.ehu.es/aukidsonline.net. 2011.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C., “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, en *Derechos Fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, 2018.
- GIL MEMBRADO, C. “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, en *La Ley Digital*. LA LEY 1773/2018.
- GIL MEMBRADO, C. “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica de fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y la adolescencia”. En *Actualidad Civil*, N^o1, Sección Derecho de los Contratos/ A fondo. 2017.
- GRIMALT SERVERA, P., “Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Tutela civil versus tutela administrativa”, en *Protección de Datos Personales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tirant on line, 2020, Parte II.
- HINOJO LUCENA, F.J. AAVV, “Sharenting: Adicción a Internet, autocontrol y fotografías on line de menores”, En *Revista Científica de Educomunicación*, Comunicar núm. 64, 2020, www.revistacomunicar.com.
- HERRERA DE LAS HERAS, R. y PAÑOS PÉREZ, A., “*La privacidad de los menores en las redes sociales. Especial consideración al fenómeno influencer*”. Atelier, 2022.

- MCCAY-PEET, L., & QUAN-HAASE, A., “What is social media and what questions can social media research help us answer”, En *The SAGE handbook of social media research methods*. SAGE Publications Ltd London, 2017.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales”, en *Protección de los menores de edad en la era digital*, Juruá, 2020.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?” En *Actualidad Civil*, Nº 12, diciembre 2018. LA LEY 15195/2018.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero”, En *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección Derecho digital. Abril 2020. LA LEY 4687/2020.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”, en *LA LEY Derecho de Familia*, nº23. LA LEY 11668/2019.
- MORALEJO IMBERNON, N. “*Los Derechos de los menores y las redes sociales*”, Tirant lo Blanch. 2023. www.tirantonline.es
- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a., “Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos”, En *Actualidad Civil* núm.12. Sección Derecho Digital. LA LEY 14811/2019,
- OROZCO GONZÁLEZ, M. “*Derechos a la privacidad de los menores*”, REUS, 2022.
- PÉREZ DÍAZ, R., “La imagen del menor en las redes sociales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2018, BIB 2018/6534.
- PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F. *Bullying, Cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, 2016.
- QUIÑONES GÓMEZ, A., en AA.VV., *La Sociedad Digital: Oportunidades y Retos para menores y jóvenes*, Comares, 2014.
- REBOLLO DELGADO, L., “La imagen como dato”, en *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, n.º 2, 2009.
- ROMERO RODRIGUEZ, J.M y AAVV, “Sharing images or videos of minors online: Validation of the Sharenting Evaluation Scale (SES)”, En *Children and Youth Services Review* 136, 2022.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “El grado de madurez en los menores de edad. Dificultades en su valoración y apreciación”, en *LA LEY Derecho de Familia*, nº36. LA LEY 11497/2022.
- VÁZQUEZ PASTOR, L., “Los Derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº17. www.revista-aji.com.