



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES EN EL MARCO DE
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

El caso de las redes sociales

Autor: Sara González Aparicio

Quinto Curso de Administración y Dirección de Empresas y Derecho E3 B

Derecho Constitucional

Tutor: D^a. María Isabel Álvarez Vélez

Madrid
Abril 2019

Sara González
Aparicio

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES EN EL MARCO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
El caso de las redes sociales



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI ICADE CIHS

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES EN EL MARCO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: El caso de las redes sociales

RESUMEN

El derecho a la intimidad recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española como derecho fundamental ha de gozar de protección frente a cualquier transgresión que le pueda afectar. De estas posibles intromisiones ilegítimas no quedan a salvo los menores de edad, quienes requieren de especial atención y tutela por su condición de vulnerabilidad. En el presente trabajo se analiza el concepto de la intimidad en el marco de las nuevas tecnologías y su efecto en la situación del menor. Las redes sociales constituyen una fuente de beneficios que favorecen las posibilidades de comunicación e interacción entre las personas, pero a su vez se han erigido en los últimos años como caldo de cultivo para vulneraciones a la privacidad a través de la difusión no consentida de imágenes, problemas con el consentimiento válido y el ciberacoso, entre otras muchas. Teniendo en cuenta que los menores de edad son el grupo mayoritario de uso de Internet y redes sociales, existen más posibilidades de que sus derechos se vean amenazados. El legislador ha elaborado normas y recomendaciones con el fin de garantizar un uso más seguro y reforzar la protección de la intimidad de los menores, si bien las vulneraciones se siguen sucediendo y aún no se ha logrado una salvaguarda efectiva de dicho colectivo.

PALABRAS CLAVE: Intimidad, menores, redes sociales, intromisiones, ciberacoso, consentimiento, difusión.

ABSTRACT

The right to privacy set forth in Article 18.1 of the Spanish Constitution, as a fundamental right, must enjoy protection against any transgression that may affect it. Minors are not safe from these possible illegitimate intromissions and require special attention and guardianship due to their vulnerability. In the present work, the concept of intimacy is analyzed in the framework of new technologies and its impact on childhood. Social networks have been established as a source of benefits that favor channels of communication and interaction between people, but they have recently been in the spotlight for violations of privacy through non-consensual dissemination of images, problems with valid consent, cyberbullying and grooming, among many others. Taking into account that the main users of Internet and social networks are minors, their rights are more likely to be threatened. The legislator has drafted rules and recommendations in order to guarantee a safer use and to reinforce the protection of the privacy of minors. However, transgressions of these rights haven't ceased yet and an effective legal protection has not yet been achieved.

KEY WORDS: Privacy, minor, social networks, illegitimate intromissions, cyberbullying, consent, diffusion.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<i>ABREVIATURA</i>	SIGNIFICADO
<i>RGPD</i>	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
<i>LO 3/2018</i>	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
<i>LO 15/1999</i>	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CP</i>	Código Penal
<i>CEDH</i>	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950
<i>CIS</i>	Centro de Investigaciones Sociológicas
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>AP</i>	Audiencia Provincial

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	I
ABSTRACT.....	I
RESUMEN	I
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	II
1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	3
2.1. Legislación vigente y análisis jurisprudencial	3
3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN MENORES DE EDAD	10
3.1. Antecedentes normativos: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989	10
3.2. Los menores en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen	10
3.3. Otro marco de referencia para la protección de la intimidad de los menores.....	12
4. REDES SOCIALES, MENORES E INTIMIDAD	15
4.1. Concepto y cuestiones generales	15
4.2. Marco de referencia de las redes sociales	16
4.3. Observación General nº17 Comité de los Derechos del Niño (2013) sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31).....	21
4.4. Principios básicos que inspiran la protección del menor en redes sociales	22
4.5. Uso de las redes sociales por los menores y desafíos jurídicos que plantean.....	26
5. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES	31
5.1. El consentimiento.....	31
5.1.1. El criterio de la madurez para disponer del derecho a la intimidad.....	31
5.1.2. La capacidad del menor de edad para prestar consentimiento en redes sociales	33
5.2. Tratamiento de los derechos de los menores en redes sociales	35
5.2.1. Difusión no consentida de imágenes.....	35

5.2.1. Difusión por los padres	36
5.3. Vulneraciones en redes sociales.....	39
5.3.1. Cyberbullying	39
5.3.2. Child-grooming.....	41
6. CONCLUSIONES.....	44
7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA PARA LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO	48

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo centra su atención en el estudio del concepto del derecho a la intimidad en el marco de las nuevas tecnologías, y especialmente, en lo relativo a los menores por el peligro al que se ven expuestos tanto en Internet como en las redes sociales.

La relevancia del tema surge por la introducción masiva en los últimos años de las nuevas tecnologías, como es Internet, en nuestro día a día. Lo que al principio se configuró como una herramienta de uso limitado a ciertos colectivos de personas, se ha extendido como “accesible” y “cotidiano” a la mayoría de la población que lo concibe como algo rápido y sencillo de usar. Tanto es así, que Internet y las nuevas tecnologías forman parte de la vida diaria de los menores, tanto en la infancia como en la adolescencia; etapas en las que, por su condición vulnerable, la manipulación y las lesiones a sus derechos son potencialmente fáciles de cometer y claramente entrañan gran peligro. Además, cada vez es más común la alusión en los medios de comunicación a este tipo de intromisiones y los interrogantes que surgen en torno al asunto.

En el marco de las nuevas tecnologías surgen las redes sociales. Éstas son la principal motivación por la que los menores utilizan Internet en sus dispositivos, ordenadores, tabletas... Sirven para comunicarse, sociabilizar, compartir mensajes, fotos y vídeos; en definitiva, para conocer personas y comunicar todo tipo de información. Esto es, precisamente, caldo de cultivo para las principales intromisiones ilegítimas en los derechos a la intimidad de los menores usuarios de las redes sociales, así como de personas que no dispongan de un perfil pero que por la publicación de imágenes suyas también puedan verse afectadas. A pesar de ser denominados “nativos tecnológicos” y mostrarse muy habilidosos en el uso de estas herramientas, no por eso son menos indefensos que los adultos sino al contrario; por su condición y por su ingenuidad en ocasiones, son víctimas de violaciones y vulneraciones. Su exposición a riesgos es mayor y, por ende, su protección en cuanto a conflictos que surjan en lo que a este ámbito se refiere es mayor también.

Es cierto que Internet se configura como una herramienta bastante difícil de controlar al existir la posibilidad del anonimato de sus usuarios y por la rápida y masiva difusión que tienen sus contenidos multimedia, entre otra serie de dificultades. De ahí que nazca la necesidad de analizar qué respuesta ofrece el Derecho desde una perspectiva constitucional para garantizar la protección de la privacidad de los menores en lo relativo al caso especial de las redes sociales.

Para comenzar el trabajo se hará referencia en un primer bloque al análisis del derecho a la intimidad entendido en términos generales con la legislación actual y la doctrina asentada en torno a este derecho de personalidad. Después, se acotará el alcance del derecho a la intimidad en el ámbito de los menores de edad. En tercer lugar y adentrándonos en el caso especial de las redes sociales, se analizará el ámbito de las redes sociales, los principios jurídicos que inspiran la protección del menor y los desafíos jurídicos que plantean. En el cuarto bloque abordaremos de lleno la problemática jurídica relativa al consentimiento en las redes sociales y el tratamiento de los derechos de los menores, así como las vulneraciones más comunes cometidas en redes sociales. El último bloque pretende proporcionar posibles soluciones de mejora además de presentar ciertas conclusiones.

En resumen, con este trabajo se pretende visibilizar la complejidad que surge de los derechos y los menores en conjunción con las redes sociales sin llegar a demonizarlo, pero aceptando que hay ciertos riesgos implícitos que hay que afrontar¹, para así poder proponer soluciones y vías de protección que garanticen un uso responsable y con mecanismos efectivos de reparación en caso de vulneración de sus derechos.

¹Rodríguez Martín, E. “Las redes sociales, los menores y las nuevas tecnologías” en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 211.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

En el marco de las nuevas tecnologías, nuestra vida se ha visto mejorada en muchos aspectos. A la par que conectarnos con el mundo, la información y las personas, nos facilita tareas del día a día, cosa que hace unos años imaginábamos imposibles. Estas ventajas se ensombrecen a su vez con una infinidad de riesgos a los que nos vemos hoy sometidos; y que principalmente comprometen a nuestros derechos personales. A continuación, vamos a estudiar la incidencia de estas amenazas en nuestro derecho a la intimidad. La Constitución Española garantiza, en su artículo 18 y en la Sección I bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” este derecho, pero no lo define constitucionalmente². Por tanto y con el fin de analizar el contenido de este derecho de la personalidad, tendremos que acudir además a otras fuentes jurisprudenciales y complementarias.

2.1. Legislación vigente y análisis jurisprudencial

Se puede afirmar que el derecho a la intimidad, íntimamente ligado al derecho a la privacidad, es el derecho por antonomasia más amenazado con la aparición de las redes sociales. Según el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que precede la protección que darán tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la Constitución Española de 1978, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”³.

En su dimensión europea, el artículo 8 del CEDH es muy similar al previsto en la Constitución Española en tanto garantiza la intimidad o vida privada del individuo⁴. La

²Martínez de Pisón, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional.”, *AFD*, La Rioja, 2016., p.417.

³ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁴ López Ortega, J. J., Donato Ramírez, M. A., Jiménez Pérez, A., Salón Piedra, J. D., Serrano Lucero, C. P., Valenzuela Ylizarbe, F., ... & González Vaz, C. *El Derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, p.102.

Resolución 428 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1970 desarrolla este artículo por el vacío legal que existía en la mayoría de los ordenamientos nacionales europeos acerca de la vida privada⁵. En ella se establece que el derecho a la vida privada consiste en que cada uno pueda llevarla como quiera. Se incluye dentro de esta esfera de privacidad, el honor y la reputación, el no ser presentado bajo una falsa apariencia, protección contra el espionaje y la no revelación de hechos irrelevantes, así como la no divulgación de información confidencial comunicada o recibida por un particular.

Por otro lado, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen es precisamente la que desarrolla el apartado 1 del artículo 18 de la CE que reza lo siguiente: “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”⁶.

El hecho de que la Constitución no distinga entre derecho a honor, intimidad personal e intimidad familiar y derecho a la propia imagen, sino que haga referencia a los cuatro como un único cuerpo nos invita a pensar que estos derechos pueden tener manifestaciones siempre en unos y otros y que están relacionados entre sí. Se pronuncia el Tribunal Supremo afirmando que “tienen sustantividad y contenido propio de modo que ninguno queda subsumido en el otro, sin perjuicio de que un mismo acto o comportamiento pueda lesionarlos simultáneamente”⁷. En este sentido, si publican una fotografía íntima de una persona en las redes sociales se estaría violando su derecho a la intimidad personal, a su propia imagen por una publicación sin su consentimiento y su derecho al honor ya que se está mermando su reputación simultáneamente.

Sin embargo, esta cuestión no está exenta doctrinalmente de polémica. MARTÍNEZ DE PISÓN hace referencia a una parte de la doctrina que entiende que el artículo 18 CE alude al carácter unitario de la estructura del derecho a la intimidad. Por otro lado, dicho autor hace referencia a otro sector de la doctrina que argumenta a favor de una autonomía propia de cada de uno de los derechos de la personalidad enumerados en la Constitución. Esta

⁵ Resolución 428, de 23 de enero de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1970.

⁶ Artículo 18 Constitución Española de 27 de diciembre 1978, Jefatura del Estado (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio 405/2014.

autonomía se ve limitada dado que entre ellos existen superposiciones y es común alegar los cuatro derechos en recursos de amparo⁸.

Es la jurisprudencia la que matiza el concepto de intimidad estableciendo que ésta comprende la protección de la esfera privada del individuo, tanto en sus aspectos materiales o patrimoniales (propiedad, objetos, intimidad corporal, etc.) como en elementos propios de la personalidad y que configuran al individuo denominados sustanciales⁹ (ideología, orientación sexual, aficiones, salud...). Se vulnerará este derecho personal, por tanto, cuando

la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida¹⁰.

La intimidad personal y familiar se sustenta en la necesidad de garantizar al individuo un ámbito reservado de su esfera privada y que se vincula con el respeto de la dignidad como persona consagrada en el artículo 10.1 CE.

Sin embargo, el derecho a la intimidad personal y familiar puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión e información. Estos últimos derechos no tienen alcance absoluto, sino que, tal y como se establece en el apartado cuarto del artículo 20 de la CE, “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la

⁸ Martínez de Pisón, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional.”, *AFD*, La Rioja, 2016., pp.416-417

En su obra alude a Pérez Luño como referente en la doctrina que defiende la unidad de los cuatro derechos que configuran los derechos de personalidad y que se consagran en el artículo 18 CE. Véase más del autor en Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 331-333. Antagónicamente el autor cita a referentes como Gómez Pavón, Novoa Monreal y Rodríguez Mourullo que argumentan a favor de la autonomía propia de los cuatro derechos enunciados en el artículo 18 CE. Véase más de los citados autores en: Novoa Monreal, E., *La vida privada y el derecho a la información*, Madrid, Siglo XXI, 1981, p.65; Gómez Pavón, P., *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, Akal, 1989, 110 p.25; Rodríguez Mourullo, G., «Libertad de expresión y Derecho al Honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. E. García de Enterría*, ed. por S. Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 1991, p.894.

⁹ Seguin, V. S. “Intimidad, privacidad y honor en Internet” en Llana, P. (Coord), *TELOS 85: Los derechos fundamentales en Internet*, Fundación Telefónica, Madrid, 2010, p.71.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre 196/2004 FJ 2.

intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”¹¹.

Según el Tribunal Supremo, la libertad de información prevalecerá “siempre y cuando ésta tenga por objeto un asunto de interés general, de relevancia pública por la materia y las personas, y que la información sea veraz [...], y que no se realice de forma injuriosa o insultante”¹². En la respuesta que da el Tribunal Constitucional a la colisión entre la libertad de información y el derecho de intimidad personal, el requisito de veracidad debe ser tratado de forma diferente según se trate de derecho al honor o a la intimidad, ya que mientras que en el honor funciona como causa legitimada de intromisiones, en la intimidad actúa en sentido diverso¹³. Esto es, porque en el derecho a la intimidad personal y familiar el criterio de veracidad o no de la información es irrelevante. No es admisible el criterio de hechos falsos porque la intimidad de una persona no es menos respetable por el hecho de que la información sea veraz o no, por ser la veracidad presupuesto en todo caso de la lesión, no paliativo¹⁴.

Por su parte, la libertad de expresión queda excluida de su posición prevalente frente al derecho a la intimidad cuando se trata de “expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”¹⁵.

Tradicionalmente las principales manifestaciones del derecho a la intimidad personal se pueden deducir del propio artículo 18 CE y sus distintos apartados: intimidad corporal (18.1. CE), inviolabilidad del domicilio (18.2. CE) y secreto de las comunicaciones (18.3. CE):

- a) Intimidad corporal: La protección sobre la privacidad del cuerpo frente a toda indagación o pesquisa que pueda ver afectado el sentimiento del pudor es lo que se conoce como la intimidad corporal. El Tribunal Constitucional ha considerado

¹¹ Artículo 20 apartado 4 de la Constitución Española de 27 de diciembre 1978, Jefatura del Estado (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio 507/2009 FJ 2.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 197/1991 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo 115/2000.

¹⁴ Calaza López, S. “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad ya la propia imagen”, *Revista de Derecho UNED*, n.9, 2011, p.55.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio 427/2009 FJ 2.

tradicionalmente a la intimidad corporal como una manifestación del derecho a la intimidad¹⁶. La jurisprudencia más reciente reitera la doctrina ya asentada exponiendo la limitación de la intimidad corporal en el caso de relaciones de especial sujeción como son los reclusos en un centro penitenciario¹⁷. En este sentido, se reconoce a los internos todos los derechos reconocidos a los ciudadanos exceptos aquellos que deban restringirse por motivos de detención o cumplimiento de condenas.

- b) Inviolabilidad del domicilio: La STC 22/1984, de 17 de febrero, señala que la inviolabilidad del domicilio:

constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública¹⁸.

Se considera, en el FJ 5 de la misma sentencia, que las intromisiones no tienen por qué perpetuarse de forma directa, sino que cabe la posibilidad de que se efectúen a través de aparatos electrónicos u otros análogos¹⁹. No sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo, sino todo aquello que emana de la privacidad de la persona en él, por ser éste su reducto último de intimidad. Más tarde, surgió la necesidad de delimitar el alcance del domicilio por considerar que éste no tiene por qué ser el de residencia habitual del titular del derecho. La STC 10/2002, de 17 de enero, marca la línea jurisprudencial a seguir estableciendo que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual”²⁰. Así, según MARTÍNEZ DE PISÓN, “a efectos constitucionales (...) la habitación de un

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 37/1998 FJ 7.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio 89/1987 FJ 2.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero 22/1984.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero 22/1984 FJ 5.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero 10/2002 FJ 7.

hotel, cuando reúne las características señaladas más arriba, puede considerarse «domicilio»²¹.

- c) Secreto de las comunicaciones: Es manifestación del derecho a la intimidad del artículo 18.3 CE. El Tribunal Constitucional afirma que dicho artículo:

consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas²².

Con el paso del tiempo, se dotó de autonomía al ámbito de protección de este derecho frente al derecho a la intimidad dado que el secreto de la comunicación se proyecta tanto en el proceso como en el contenido, aunque éste no quede insertado en la esfera de la intimidad del individuo. La STC 281/2006, de 9 de octubre, precisó que el derecho al secreto de comunicaciones no protegía cualquier tipo de intercambio; sino únicamente cualquier tipo de lenguaje o forma de expresión empleado para comunicarse y cualquier tipo de soporte (digital o físico en papel). Se excluyen, por tanto, aquellos objetos que usualmente no son utilizados para enviar y recibir mensajes sino para el transporte o tráfico de mercancías²³.

Distinto de este derecho, pero a su vez íntimamente ligado, encontramos el derecho a la privacidad que proviene del término anglosajón *privacy*²⁴. La privacidad abarca más que la intimidad al proteger en esencia el tratamiento y la tenencia de datos personales vinculados a un individuo. Según DONATO, difieren uno del otro en el sentido de que la intimidad se refiere al ámbito material interior de las personas como el contexto propio

²¹ Martínez de Pisón, J. “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *AFD*, La Rioja, 2016, p.427.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre 114/1984 FJ 7.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre 281/2006 FJ 3.

²⁴ El término *privacy* fue acuñado por primera vez en la obra de Warren y Brandeis en 1980 titulada *The Right of Privacy*, como la facultad del individuo de “estar solo”, en el sentido de que se garantice la protección de sí mismo frente a cualquier intromisión en su vida privada. *Vid.* Warren, S. y Brandeis, L., *El derecho a la intimidad*, trad. de Benigno Pendas, Madrid, Civitas, 1995.

de la persona, sus relaciones y vínculos mientras que la privacidad se refiere a todas aquellas facetas que la persona comparte con otros en el ámbito externo²⁵.

La Constitución Española reconoce este derecho, pero no de manera explícita en su artículo 18 apartado 4, donde reza lo siguiente: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Por lo tanto, la privacidad incluye no sólo la esfera privada del individuo sino todo aquello en lo que despliegue su actividad y puedan desprenderse datos personales susceptibles de tratamiento. Es por ello, que el derecho a la privacidad se ha venido tratando más recientemente con el auge de las redes sociales y ha crecido en importancia por la especial protección que merece en un entorno tecnológico en el que la información que se obtiene de los usuarios es muy exhaustiva.

Se pronuncia el TC respecto a la información revelada en el marco de las nuevas tecnologías afirmando que

cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc²⁶.

²⁵ López Ortega, J. J., Donato Ramírez, M. A., Jiménez Pérez, A., Salón Piedra, J. D., Serrano Lucero, C. P., Valenzuela Ylizarbe, F., ... & González Vaz, C. *El Derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, p.68.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre 173/2011 FJ 3.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN MENORES DE EDAD

3.1. Antecedentes normativos: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

En los diez principios enumerados en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959 no se reconoce el derecho a la intimidad de los menores, por lo que habrá que esperar hasta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que finalmente reconoce la necesidad de protección de esta esfera de la privacidad en su artículo 16²⁷.

Tradicionalmente, el derecho a la intimidad de los menores se presumía casi inexistente, siendo los representantes legales los que gestionaban la privacidad de los menores que se limitaba a la correspondencia o a su ámbito privado dentro del hogar. Con la aparición de las redes sociales y su utilización autónoma e independiente por los jóvenes, el derecho a la intimidad de los mismos se ha visto fuertemente reforzado a la par que amenazado por posibles intromisiones ilegítimas. En este sentido se pronuncia el TS que afirma que

si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos²⁸.

3.2. Los menores en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

Para completar la legislación vigente en torno al derecho a la intimidad de los menores en España, tenemos que hacer referencia a la ley que desarrolla el primer apartado del artículo 18 de la Constitución Española; la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

²⁷ Artículo 16 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) que reza lo siguiente:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación.
2. El niño tiene derechos a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio 409/2014 FJ 2.

mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Así, el artículo 3 regula el consentimiento de los menores para disponer de sus derechos de la personalidad si sus condiciones de madurez lo permiten. En caso contrario, los que deben prestar el consentimiento deben ser sus representantes legales.

Sin embargo y atendiendo al artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor reformada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, se establece que no siempre el consentimiento otorgado por el menor o sus representantes legales es habilitante para disponer de los derechos de personalidad, sino que, si la utilización de su imagen o nombre implica una vulneración de su derecho a la intimidad, deberá intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses. De esta manera parece que puede cuestionarse la compatibilidad entre el valor que se otorga al consentimiento en la Ley Orgánica 1/1982 y en la Ley Orgánica 1/1996²⁹.

La finalidad de la Ley Orgánica 1/1996 es esencialmente reforzar la protección que se da al menor en distintos ámbitos y en este caso, dotar de mayor seguridad jurídica los derechos de personalidad del menor. Así, el hecho de que el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 mencione intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, intimidad y propia imagen, no excluye lo que establece el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 que detalla posibles supuestos de intromisión. De esta manera, RABADÁN concluye que, atendiendo a la Ley Orgánica 1/1982 si la madurez del menor lo permite para dar consentimiento no se considerarían ilegítimas el listado de intromisiones del artículo 7, pero sí que será ilegítima de acuerdo al artículo 3.1 de la misma ley, considerándose inválido en todo caso si se vulneran los presupuestos del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996³⁰.

Lo que establece el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 es el criterio de madurez que será desarrollado posteriormente. Asimismo, se reconoce cierta autonomía al menor para que pueda tomar sus propias decisiones. Esto, sin embargo, no puede ser confundido con

²⁹Rabadán Sánchez-Lafuente, F. “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal” *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 18, n.2, 2015, p.187.

³⁰ Rabadán Sánchez-Lafuente, F. “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *cit.*12, p. 196.

una libertad sin límites ya que en todo caso deben cumplir con los deberes y obligaciones inherentes a los derechos que se les ha reconocido (artículo 9 bis Ley Orgánica 1/1996) así como respetar y obedecer el mandato de sus padres (artículo 155 CC). Por todo esto, se acota la libertad del menor a tener en cuenta sus deseos y opiniones en función de su edad y madurez según el artículo 2.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996, a efectos de interpretar el interés superior del menor en cada caso.

3.3. Otro marco de referencia para la protección de la intimidad de los menores.

Los menores por su especial condición de vulnerabilidad tienen que estar dotados de mecanismos de protección mucho más efectivos. Al igual que en la Constitución, en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, no se hace distinción entre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Así, en el apartado primero del artículo 4 se reconocen estos derechos de personalidad a favor de los menores.

En los apartados segundo y tercero se delimita lo que se considera una intromisión ilegítima en sus derechos. Entre otras actuaciones, se enumera la difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en medios de comunicación que puedan ser contrario a sus intereses. En este caso, el hecho de que el consentimiento del menor o de sus progenitores se haya dado para la difusión de imágenes o información sensible es irrelevante en aras al interés superior. Así, se refuerza el sistema de protección para el caso de intromisiones ilegítimas en las que se hace necesaria la intervención del Ministerio Fiscal. En este sentido, la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los menores³¹ da respuesta y ofrece pautas a seguir para la actuación del Ministerio Fiscal. Se establece que la intervención del Ministerio Fiscal debe salvaguardar el derecho a la intimidad de los menores buscando cierto equilibrio.

³¹ Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

En el Informe del Defensor del Pueblo de 2010 se recoge a nivel estatal la preocupación generalizada por los riesgos que entrañan los servicios que ofrecen las redes sociales en su desarrollo integral, por la cantidad de horas que dedican a Internet; y en su derecho a la intimidad, por realizar la mayoría de estas actividades de forma autónoma³². Se muestra en este informe que la mayoría de los jóvenes publican fotografías por las que se les puede identificar fácilmente, así como información personal sensible. Asimismo, el Defensor del Pueblo recoge su inquietud por el hecho de que Internet se está configurando como un sitio idóneo para cometer agresiones hacia otras personas; siendo el mismo porcentaje el relativo a los jóvenes que amenazan o intimidan a otro menor como el de los jóvenes que son víctimas de dichos comportamientos.

También en el ámbito autonómico el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid recogió en su informe número 393/06 sobre el Derecho a la intimidad de los menores de edad diversas quejas relacionadas con intromisiones comunes en el derecho de personalidad de los menores y que necesitan de cierto grado de protección. Cabe mencionar como ejemplo de ello una entrevista realizada sobre la violencia en las aulas a las afueras de un centro escolar por periodistas en los que se podía identificar perfectamente a las alumnas entrevistadas, así como al Instituto al que estas acudían³³. En dicho informe se afirma que al margen de que el periodista pudiese contar o no con el consentimiento de las alumnas o de si éstas tenían suficiente grado de madurez para prestar declaración, no cabe la divulgación de información o imágenes de menores que pueda suponer un menoscabo a su intimidad o reputación que lesione su dignidad, tratándose de una intromisión ilegítima en sus derechos de personalidad según lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996.

En este sentido, las imágenes de las menores podían lesionar su honor e intimidad al vincularlas con violencia dentro de las aulas escolares. Tenemos que hacer referencia aquí

³² Ochaíta, E., Espinosa, M. A., Gutiérrez, H., De-Dios, M. J., & Maciá, A., “Programación y contenidos de la televisión e internet: La opinión de los menores sobre la protección de sus derechos”, *Informes, Estudios y Documentos. Madrid: Defensor del Pueblo*, 2010. p.201.

³³ Informe número 393/2006 del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Disponible en <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013258.pdf>

a la instrucción número 2/2006 de la Fiscalía³⁴ que en sus actuaciones generales obliga a distorsionar la imagen de los menores si se les vincula con ciertos hechos de connotaciones negativas, actuación que no siguió el medio televisivo correspondiente.

Así como en el caso mencionado y en una pluralidad situaciones, los tribunales han considerado que el interés superior del menor debe primar siempre. Los límites que existen en torno al derecho a la intimidad como el derecho a la información no tienen cabida en el caso de que estén involucrados menores de edad y menos aún si el derecho con el que entra el conflicto el derecho de personalidad del niño es la libertad de expresión.

Aunque se verifiquen los requisitos de veracidad, proporcionalidad e interés público de la información publicada, los tribunales han determinado que estos datos se pueden encuadrar dentro de la esfera íntima de los menores y se les otorga:

un ámbito de superprotección, y así impone un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, en el supuesto de intromisión en la vida privada de menores, sin que sirva de exoneración la supuesta veracidad de lo revelado³⁵.

³⁴ Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 675/2010.

4. REDES SOCIALES, MENORES E INTIMIDAD

4.1. Concepto y cuestiones generales

Las redes sociales surgen en torno al final de la década de los 90, pero cuando realmente se puede afirmar que se afianzan es en 2003 con la aparición de MySpace, Tuenti, Facebook que tienden a ser generalistas o LinkedIn que se trata de un perfil más profesional. En palabras de TRONCOSO, la red social se configura como:

una aplicación online que permite a los usuarios generar un perfil con sus datos en páginas personales y compartirlo con otras personas, haciendo pública esta información, lo que facilita la interrelación con otros usuarios a partir de los perfiles publicados³⁶.

Al iniciarse como nuevo usuario en alguna red social, lo más común es que se invite al usuario a facilitar todo tipo de datos relacionados con su edad, sexo, domicilio, inquietudes, aficiones, etc. Una vez realizado este paso, la red social tiene dos posibilidades que no son excluyentes sino acumulativas. De un lado, se da al usuario la oportunidad de exportar la lista de contactos del teléfono o correo electrónico para encontrar a ciertas personas en la red social y se le propone la posibilidad de adherirse a su lista de amigos; de esta manera se afianza aún más la red de amigos ya existente. De otro lado, se abre la posibilidad de, en el buscador, acceder a los perfiles de todas las personas que usen esa misma red social e incluso aparecen sugerencias de amigos de amigos, es decir, contactos que estén en la red social de algún conocido o con el que la red social puede establecer cierto vínculo de proximidad o relación. Así, se puede ampliar el círculo de conocidos e incluso buscarlos por interés de aficiones en común.

El hecho de que las redes sociales estén vinculadas necesariamente con un correo electrónico o con un teléfono personal a través de los cuales se notifica constantemente acerca de chats nuevos, mensajes, vídeos, fotos en las que se aparece etc., permiten estar conectados sea donde sea a la red social. Quizás sean precisamente su accesibilidad, rapidez de uso y el entretenimiento que aporta, factores que han llevado a que el uso de

³⁶Troncoso Reigada, A. “Redes sociales y protección de datos personales”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, p.84.

la televisión descienda drásticamente entre los jóvenes y éstos prefieran en su mayoría estar conectados a las redes sociales tanto generalistas como profesionales.

En este sentido, las redes sociales proporcionan un dinamismo mayor que la televisión al permitir la interconexión con distintas personas en cualquier lugar y en cualquier momento del mundo, aumentar la sociabilidad y las habilidades comunicativas..., pero, en todo caso, lo cierto es que a pesar de aumentar el círculo de conocidos y afianzar otras relaciones, en muchas ocasiones desnaturaliza las tradicionales relaciones sociales al estar toda actividad y acto social ligados al uso de las redes sociales como aliciente³⁷.

Por último, es necesario hacer referencia a un fenómeno que constituye el gran engaño de los usuarios de las redes sociales según SEGUIN: falsa gratuidad³⁸. Ante la mayoritaria visión de todos los internautas de que las redes sociales son un servicio gratuito, lo cierto es que el precio a pagar son los datos que se proporcionan a las mismas. Estos datos son usados para fines de marketing, publicidad y de estrategia por otras muchas empresas que se benefician de la cantidad ingente de información acerca de los usuarios y que les ahorran una importante inversión en Big Data que las empresas que prestan servicios en las redes sociales sí que disponen.

4.2. Marco de referencia de las redes sociales

La legislación en la que se puede insertar a las redes sociales se fundamenta en dos normativas muy novedosas aplicables desde hace relativamente poco y que responden a la necesidad de dotar de más poder y protección a los consumidores frente a las nuevas tecnologías. Nos encontramos a nivel estatal con la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, recientemente derogada por la Ley Orgánica de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En el ámbito europeo nos encontramos con el Reglamento (UE)

³⁷ Echeburúa, E. y De Corral, P., “Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto”, *Adicciones*, [S.L.]. *Revista electrónica*, vol. 22, n. 2, 2010, p. 92, (disponible en <http://m.adicciones.es/index.php/adicciones/article/view/196/186>; última consulta 15/03/2019).

³⁸ Seguin, V. S. “Intimidad, privacidad y honor en Internet” en Llaneza, P. (Coord), *TELOS 85: Los derechos fundamentales en Internet*, Fundación Telefónica, Madrid, 2010, pp.69-79.

2016/679 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. A pesar de haber entrado en vigor en mayo de 2016, es de aplicación obligatoria desde el 25 de mayo de 2018.

El RGPD tiene por objeto la protección de los datos personales de los ciudadanos y afecta a aquellas personas que se encuentren en la Unión Europea, superando la aplicación territorial de la anterior directiva que lo acotaba al domicilio de las entidades o al tratamiento de los datos. Por datos personales ha de entenderse toda aquella información, en soporte escrito o multimedia en todas sus formas, con la que se pueda identificar directa o indirectamente a una persona física³⁹. Estos datos abarcan desde información básica como nombre, domicilio, edad... hasta datos especialmente protegidos como datos de salud, condición sexual, social, racial, etc. Esto quiere decir que a compañías con su sede fuera de la Unión Europea en tanto en cuanto recaben datos de ciudadanos con sede en Europa o de extranjeros que se encuentren en Europa en el momento del tratamiento de los datos, les afecta esta nueva regulación⁴⁰. De esta manera, empresas de las principales redes sociales y de monitorización de datos del mundo como Facebook, Instagram o Google que tienen su sede en Estados Unidos no se pueden escapar de la regulación como sí que sucedía con la legislación derogada.

Las principales novedades que incluye son las siguientes:

- Consentimiento: en el caso de la prestación de servicios y bienes o de monitorización, será necesario el consentimiento expreso de la persona de la que se trata de obtener datos. Éste debe ser inequívoco y manifestarse a través de un “Sí”, después de que la persona en concreto haya recibido información relativa a cómo se va a regular y gestionar el tratamiento de sus datos personales.
- Derechos digitales: En concreto, el derecho al olvido. Este derecho ya se había consagrado jurisprudencialmente como el derecho a la supresión, pero no se había reflejado en ninguna ley. De acuerdo con el mismo, toda persona podrá exigir de

³⁹Ortiz, A. I. H., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Dykinson, Madrid, 2002, p.126.

⁴⁰ Fernández Villazón, L.A. "El nuevo Reglamento europeo de protección de datos", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 19, n.1, 2016, p.396.

una empresa o autoridad pública que suprima sus datos personales en el caso de que ya no fueran necesarios para su uso, si decidiese retirar su consentimiento, si se opone directamente a que se utilicen más o si su tratamiento se ha realizado de forma ilícita.

- Introducción de la figura del Delegado de Protección de Datos: Se exige para el caso de grandes empresas que traten con Big Data o datos sensibles y, en todo caso, es obligatorio para organismos públicos.
- Menores: La edad mínima para poder consentir acerca del tratamiento de los datos personales de los menores es de 16 años. Los países de la UE pueden rebajar esta edad hasta los 13 años, siendo en España de 14 años actualmente.

En el ámbito nacional es de aplicación la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se aprobó, tal y como se recoge en el artículo 1.a), con el propósito de adaptar la obsoleta Ley de Protección de Datos de 1999 al nuevo RGPD europeo, así como complementar las materias tratadas en el mismo añadiendo novedades bastante prometedoras. Además, sirve también de apoyo para garantizar los derechos fundamentales establecidos en el artículo 18 de la CE.

En concreto y tal como ya lo adelanta la RGPD, la LO 3/2018 regula expresamente el consentimiento en el tratamiento de los datos de los afectados como condición *sine qua non* para la monitorización de los datos por empresas cuando en la prestación de servicios y bienes requieren de esta recogida de información.

Uno de los aspectos más novedosos de esta ley⁴¹ es que se reconoce explícitamente el derecho de acceso, de rectificación y de supresión por parte de aquellos que tuvieran alguna conexión de tipo familiar o de hecho o a sus herederos, con personas fallecidas. De esta manera se resuelve el limbo en el que se encontraban la información relativa a personas que hubiesen fallecido y cuyos derechos a la intimidad se veían afectados e

⁴¹ Gómez Mayor, R., "Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)" en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 6, 2016, pp. 257-260.

inexplicablemente inejercitables por familiares cercanos o personas con relación de afectividad.

En cuanto a los menores, se recoge en el artículo 7 como 14 años la edad a partir de la cual se puede prestar consentimiento de manera autónoma. En cuanto a la protección relativa en las redes sociales, se regula el ejercicio de la solitud del derecho de supresión de datos facilitados en este tipo de redes sociales por el propio menor o por terceros bajo su tutela durante su minoría de edad.

También se recogen ciertas obligaciones en el artículo 83 que atañen al sistema educativo en relación con la formación de su alumnado en el uso seguro de Internet, exigiendo que el profesorado reciba formación específica y adecuada en esta materia acerca de la educación digital. La integración de campañas y cursos formativos acerca del uso de Internet y de las redes sociales desde las etapas más tempranas de los menores se erige como un gran adelanto en cuanto a protección de este colectivo. Si el Estado garantiza y exige cierta concienciación social en las aulas a los menores, es muy probable que su entendimiento acerca de los posibles riesgos a los que se exponen en Internet sea mayor y se eviten muchas vulneraciones que se producen precisamente por la ingenuidad y desconocimiento de los niños y adolescentes.

Además, se ha introducido un Título dedicado exclusivamente a la regulación de los derechos digitales tales como el derecho a la neutralidad de Internet, al acceso universal, a la rectificación en Internet y al testamento digital, entre muchos otros.

En concreto, habría que destacar tres artículos; los artículos 84, 92 y 94. El artículo 84 establece la responsabilidad de padres, tutores o representantes legales respecto de los menores en el uso que le dan a los dispositivos y servicios TIC⁴². Los padres serán responsables del uso que los menores hagan de las redes sociales y deberán cerciorarse que éste es proporcionado, seguro y equilibrado para evitar intromisiones ilegítimas o

⁴² Artículo 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018) BOE-A-2018-16673 reza lo siguiente: “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”.

riesgos innecesarios. En caso de que se produzca una lesión a sus derechos a raíz de la publicación de información de estos menores de fotos, audios, mensajes y/o información personal el Ministerio Fiscal será el encargado de actuar en su interés.

Por su parte, el artículo 92 sobre protección de datos de los menores en Internet va en consonancia con el artículo 83 acerca de la educación digital y con el 84 de la responsabilidad de padres y tutores. Se establece que tanto centros educativos como aquellas personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad serán responsables de garantizar sus derechos legítimos en el campo de la intimidad, protección de datos y difusión y publicación de sus datos personales.

Por último, el artículo 94 establece un mecanismo de protección frente a los datos publicados en redes sociales. Se establece el derecho al olvido y a la supresión de información publicada en estos servicios a simple solicitud de las personas afectadas, o si dichos datos hubiesen sido facilitados por terceros se establece la supresión para el caso de que se puedan considerar como inexactos, inadecuados, no pertinentes o excesivos⁴³. De este modo se protege frente a intromisiones ilegítimas que se produzcan en redes sociales cuando un tercero ajeno publica información personal de otra persona y concurren las circunstancias del apartado 2. Se regula, en el apartado 3, un mecanismo especial de protección para el caso de que la información hubiese publicado por el propio afectado o por terceros durante su minoría de edad. En este caso, la simple solicitud de supresión sería suficiente sin ser necesario que concurren las circunstancias recogidas en el apartado 2.

⁴³ Chéliz Inglés, M. “El derecho al olvido digital. Una exigencia de las nuevas tecnologías, recogida en el futuro reglamento general de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 5, 2016, p. 259.

4.3. Observación General n°17 Comité de los Derechos del Niño (2013) sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31)⁴⁴.

El artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce los derechos de los niños al descanso y juego que correspondan a las diferentes etapas en su minoría de edad. La Observación General n°17 del Comité de los Derechos del Niño (2013), recoge la preocupación por el papel creciente de los medios electrónicos en el mundo de la infancia y la adolescencia⁴⁵.

Así, cada vez se dedica menos tiempo a las tradicionales actividades recreativas y se utilizan más medios electrónicos y plataformas digitales. Señala en su considerando 45 los grandes beneficios de la integración de las tecnologías de la información en el desarrollo de los niños e insta a los Estados a que fomenten su uso y garantizan el acceso a Internet y medios sociales como derecho fundamental para los niños de hoy en día. Sin embargo, a su vez se muestra la preocupación por los riesgos que entraña el uso constante de estos medios digitales. En concreto, se menciona el ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica. Estos riesgos son aún mayores si consideramos el hecho de que la vigilancia que ejercen progenitores o responsables en salas de juego o clubes informáticos es deficiente y escasa.

Más habitual en menores varones es la alta exposición a videojuegos violentos que pueden fomentar comportamientos agresivos en entornos familiares y aulas escolares. El

⁴⁴ El artículo 31 de la Observación General n°17 de 17 de abril de 2013, Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, reza lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

⁴⁵ Fujimoto, G. "El derecho del niño al juego, las artes, las actividades recreativas." en *RELAdeI. Revista Latinoamericana de Educación Infantil* 3.1, 2014, p.114. En esta obra además se hace un análisis de dicha observación en relación a la necesidad de favorecer el desarrollo integral del niño con todo tipo de actividades ocio y juego por ser clave en la formación de habilidades como la creatividad, la atención, memoria y desarrollo motriz, entre otras.

juego en línea hace que el menor esté en contacto con cualquier persona en una red mundial sin ningún tipo de filtro o protección.

Por último, la adicción a estos aparatos electrónicos y redes sociales es también motivo de preocupación por estar asociado a trastornos alimenticios y de menor actividad física, menor rendimiento escolar y perturbaciones del sueño, así como pérdida de los principales valores culturales que solían transmitirse de generación en generación con tradicionales juegos infantiles.

4.4. Principios básicos que inspiran la protección del menor en redes sociales

La especial protección que se le da al menor de edad deriva del principio jurídico del “interés superior del menor” consagrado en el artículo 10 CE en relación con el artículo 39 CE, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Este interés superior surge de la necesidad de garantizar la esfera jurídica del niño en su etapa de minoría de edad por su condición de vulnerabilidad al no haber alcanzado cierto grado de madurez física y psicológica, y se confirma con el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Tal y como se contempla en la Observación General nº14⁴⁶ sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, este concepto no es nuevo y ya se consagró en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Es un concepto triple que integra un derecho sustantivo, un principio jurídico fundamental y una norma de procedimiento. Estas dimensiones hacen referencia a la obligación intrínseca para los Estados y de aplicabilidad inmediata de garantizar los distintos intereses involucrados en una cuestión acerca de un niño, la elección de la interpretación que más favorable al interés superior del niño y la necesidad de justificación basada en criterios y ponderaciones en el procedimiento de toma de decisiones, respectivamente. El interés superior del menor tiene una misma finalidad en las tres dimensiones mencionadas, “asegurar el respeto

⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°14, de 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”⁴⁷. El interés superior del menor establecido en la Convención se erige como bien formula CILLERO, como una garantía para asegurar el resto de derechos consagrados en el texto y lo relaciona con la satisfacción de los mismos. Es decir, únicamente se puede interpretar en la medida que coexistan derechos atribuibles a los menores y, además, las autoridades ven limitado su ámbito de actuación por los mismos⁴⁸.

En este sentido, la Observación General n°17 desarrollada más arriba también hace referencia que el ejercicio de los derechos enunciados en el artículo 31, como puede ser el uso de Internet y redes sociales corresponde al interés superior del niño. Como señala, todas las políticas y medidas legislativas que deben adoptar los Estados y que tengan repercusión en los derechos del artículo 31, como “las aplicaciones de planificación o la legislación que rige la privacidad en Internet”⁴⁹, deben respetar en todo caso el interés superior del niño.

A pesar de ser los menores titulares de los mismos derechos que el resto de sujetos, los progenitores, tutores o representantes legales tienen la obligación, en todo caso, de primar el beneficio del menor en detrimento del suyo. Esto conlleva que, siendo titulares los menores de edad de los derechos de honor, intimidad personal y propia imagen, estos derechos encuentran su límite en el interés superior del menor cuando las circunstancias así lo exijan.

El resto de principios que en materia de protección de datos y privacidad del menor deben respetarse son:

⁴⁷Parada Vaca, O. “El principio de protección del interés superior del menor”, *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 22, 2016, p.11

⁴⁸ Cillero, M. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." *Justicia y Derechos del Niño*, n.125, 1999, p.9.

⁴⁹Considerando 17 de la Observación General n°17 de 17 de abril de 2013, Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

- a) Información y finalidad⁵⁰: Es necesario que las cláusulas de privacidad detallen completamente que destino va a tener la información, que se hará con los datos, quién tendrá acceso, etc. de acuerdo con la normativa prevista en el artículo 11 de la LO 3/2018 acerca de transparencia e información al afectado que desarrolla los preceptos del RGPD del artículo 5.1. a), b) y c). Esto es necesario porque si no se proporciona información sobre los datos, se pierde el control de los mismos. Particularmente, el artículo 12.1. del RGPD establece que cuando la información sea destinada a menores de edad ésta debe ser en “forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño”⁵¹.
- b) Exactitud de datos: el principio de veracidad o exactitud es de gran relevancia, no sólo en cuanto a que los datos que se recojan tienen que ser tratados para la finalidad que se ha especificado y de acuerdo a criterios previamente establecidos, sino que quién trata con la información proporcionada tiene que garantizar que ésta sea exacta y esté al día. En este sentido, el artículo 4 de la LO 3/2018 que desarrolla el artículo 5.1. d) del RGPD, establece que la inexactitud no será imputable al responsable siempre que se hayan tratado los datos de forma diligente y con las medidas razonables adoptadas para la rectificación o supresión de los datos personal inexactos o desactualizados.
- c) Confidencialidad: Este principio, aunque puede resultar obvio resulta imprescindible para que no se vulnere la esfera jurídica de los sujetos con intromisiones ilegítimas derivadas del tratamiento de datos. Incluye la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito, así como contra la pérdida o destrucción. La anterior LO 15/1999 contenía en su artículo 9 una lista cerrada de deberes acerca de la seguridad de datos en la que en más de 30 artículos se

⁵⁰ Piñar Mañas, J.M. “Los menores y las redes sociales. La necesaria protección de la privacidad”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*. Tecnos, Madrid: 2012, p.137.

⁵¹ Artículo 12.1. 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 (Reglamento general de protección de datos) (DOUEL núm. 119 de 4 de Mayo de 2016).

detallaban medidas de seguridad de implantación y diferenciando distintos niveles de seguridad en función de las características de los datos. Pues bien, en el artículo 5.1. f) y artículo 5.2. del RGPD se establece un sistema abierto, basado principalmente en la responsabilidad proactiva del encargado del tratamiento de los datos que debe garantizar la integridad y confidencialidad de la información personal.

- d) Tratamiento basado en el consentimiento: La mayor novedad introducida por la RGPD y la LO 3/2018 se basa en el consentimiento expreso de los usuarios como principio jurídico esencial. PIÑAR afirma que “el consentimiento opera como título habilitante para el tratamiento legítimo de los datos”⁵². En este sentido, el consentimiento conlleva algunas peculiaridades en materia de menores de edad. El artículo 7 de la LO 3/2018 lleva precisamente de título “Consentimiento de los menores de edad”. Según su apartado 1, el límite para el que el menor puede prestar consentimiento de forma autónoma son los 14 años. Sin embargo y como ya veremos más adelante, el principal problema radica en la difícil acreditación de este consentimiento supuestamente válido a través de Internet, siendo muy complejas las verificaciones de edad del menor.
- e) Categorías y tratamiento especial de datos: Se da mucha relevancia a una serie de datos que por su naturaleza pueden hacer que su tratamiento ilegítimo sea especialmente sensible y peligroso para los sujetos. Más aún en el caso de los menores que son mucho más proclives a verse afectados por inferencias por la utilización ilegítima de estos datos sensibles al no tener un nivel de madurez psicológica suficiente. En el artículo 9 del RGPD se detallan específicamente a que datos se quiere dotar de protección reforzada y en la LO 3/2018 el tratamiento de datos de categoría especial se consagra como un principio jurídico que inspira la protección de datos personales:

- Origen étnico o racial

⁵² Piñar Mañas, J.M. “Los menores y las redes sociales. La necesaria protección de la privacidad”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*. Tecnos, Madrid: 2012, p.142.

- Opiniones políticas
- Convicciones religiosas o filosóficas
- Afiliación sindical
- Datos genéticos y biométricos
- Datos de la salud
- Vida sexual u orientación sexual

4.5. Uso de las redes sociales por los menores y desafíos jurídicos que plantean

Para ponernos en contexto acerca del uso general de Internet y de las redes sociales, en abril de 2018 la población mundial se estimó en 7,6 mil millones de personas. Sólo Internet ya tiene 4,2 mil millones de usuarios, de los cuales 3,03 mil millones son usuarios activos en las redes sociales, es decir, un 42% de la población mundial total. En España en concreto, la mitad de su población, unos 25,5 millones utilizan redes sociales a diario⁵³. Estos datos a la vez que prometedores y novedosos por suponer una digitalización de la sociedad de hoy en día son alarmantes. Como ya comentábamos en la introducción, el uso de Internet y de las redes sociales tiene muchas ventajas, pero cuánto más usuarios utilicen este tipo de servicios hay potencialmente más riesgos de intromisiones ilegítimas y es difícil garantizar al acceso a contenido seguro.

Realmente el riesgo derivado de estas situaciones no tiene su origen en las nuevas tecnologías en sí, sino en actos y situaciones de los humanos que ya se daban con anterioridad, pero que con el surgimiento de las redes sociales e Internet han encontrado una vía rápida de difusión y actuación. Suplantaciones de identidad, utilización inapropiada de datos personales, falta de privacidad... son algunas de las intromisiones que se relacionan con el uso de las redes sociales.

⁵³ Smith, K. “116 estadísticas interesantes de las redes sociales”, *Brandwatch*, 1 de agosto de 2018 (disponible en <https://www.brandwatch.com/es/blog/116-estadisticas-de-las-redes-sociales/>; última consulta 14/03/2019).

Lo cierto es que esto no afecta exclusivamente a los menores, pero su falta de experiencia e inmadurez les hace más proclives a asumir riesgos sin dar una mayor importancia a situaciones y aspectos que merecerían ciertas nociones de cuidado y seguridad. Es más, en muchas ocasiones la brecha existente entre los adultos y los menores “nativos tecnológicos” provoca una falta de concienciación en padres y respuestas en muchos casos inexistentes ante estas amenazas.

Los datos son más alarmantes aún, si, atendiendo a datos proporcionados por UNICEF en su informe Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital⁵⁴, podemos conocer que 1 de cada 3 usuarios activos en Internet en todo el mundo es un niño o adolescente menor de 18 años. Según el Presidente de la Asociación de Usuarios de Internet, al menos el 50% de niños menores de 10 años tiene un Smartphone y el porcentaje aumenta al 90% en niños de 14 años. Los datos revelan que los menores acceden a contenidos poco seguros y de contenido sexual explícito en un 40% de los casos de niños entre 10 y 12 años, y, el 30% publica y comparte imágenes de otros sin ser conscientes de los riesgos que puede esto entrañar. En palabras de PÉREZ, “los menores tienen en sus manos una herramienta tan potente como peligrosa”⁵⁵.

Esto hace que el uso de las redes sociales e Internet por los menores de edad planteen una serie de desafíos jurídicos⁵⁶ a los que hay que hacer frente. Entre muchos otros destacamos:

1) Los formularios de registro para darse de alta en una red social exigen una cantidad ingente de datos personales. En muchas ocasiones, es obligatorio rellenar todos los campos para poder finalizar el proceso de alta. Dependiendo de la configuración del perfil creado (público o menos público), todos los contactos o incluso personas ajenas al círculo social pueden acceder a este tipo de información. Estos datos suelen ser considerados sensibles, como el domicilio, orientación sexual, edad, ideologías, etc. Es probable que este tipo de datos en ningún caso se revelen a personas fuera de las redes sociales, pero

⁵⁴ UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2017: niños en un mundo digital. Resumen, 2017, p.1

⁵⁵ Miguel Pérez. Presidente de la Asociación de Usuarios en Internet. Véase más en: <http://www.aui.es/mps/>

⁵⁶ Pérez San-José, P., “La seguridad y la privacidad de los menores en las redes sociales”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*. Tecnos, Madrid: 2012, pp.119-133.

la situación cambia al estar detrás de la seguridad de una pantalla. Puede que un dato categorizado como sensible como puede ser la orientación sexual no entrañe peligro para un adulto, pero en el caso de un menor los riesgos se incrementan exponencialmente por dejarse influenciar más ingenuamente por insultos, vejaciones o chantajes.

2) La revelación de información y los servicios multimedia “en tiempo real” puede ser empleada por terceros. Toda la cantidad de datos que se proporciona a las redes sociales en el registro inicial unido al hecho de que se puede ir actualizando la información minuto a minuto incluso emitir vídeos en directo o revelar ubicaciones exactas en el mapa supone un riesgo enorme de cara a que terceros puedan utilizarlo de forma ilícita. Es precisamente dentro del colectivo de los adolescentes y niños en el que está creciendo la moda de estar conectados en tiempo real a las redes sociales y la tendencia por sobreexponer sus reductos más íntimos. Se suele dar información del lugar en el que se está de vacaciones y en el momento exacto, se hacen *house tours*⁵⁷ en los que se da a conocer cada detalle de los hogares por dentro, se muestra el nivel económico de las familias y su círculo cercano, así como relaciones de afectividad lo que revela la orientación sexual, el colegio, la universidad o trabajo al que acudes, segundas viviendas, etc. Todo esto propicia fácilmente las intromisiones ilegítimas, actos ilegales y suplantaciones de identidad.

3) Condiciones legales de uso y políticas de privacidad. Hasta hace relativamente poco, estas políticas no estaban suficientemente definidas, se encontraban con dificultad en las páginas web y su redacción era tan farragosa y complicada que la hacía imposible de entender por el usuario básico. Actualmente y gracias al RGPD complementado en España con la LO 3/2018, se exige antes de utilizar cualquier servicio en Internet que se preste consentimiento expreso acerca de la finalidad del tratamiento de los datos además de que la redacción debe ser clara como para que cualquier persona sin conocimientos tecnológicos ni jurídicos pueda entenderlo sin problema alguno. Lo cierto es que muchas personas, a destacar principalmente los menores de edad, no leen con suficiente cuidado

⁵⁷ Se trata de vídeos en los que se graba un tour mostrando la decoración de una casa de alguna persona con cierta influencia en Internet, la disposición de sus muebles, las distintas salas, etc. Para ver más sobre el término *house tour* Vid. Sánchez Ramos, B. “¿Eres ‘youtuber’ y aún no has enseñado tu casa?”, *El País*, 5 de mayo de 2017 (disponible en https://elpais.com/elpais/2017/05/05/tendenciosas/1493973151_050919.html; última consulta 14/03/19)

dichos términos y condiciones y simplemente se limitan a clicar en el Sí para dar su consentimiento; lo que hace que se cuestione la efectividad de esta medida.

4) La imposibilidad de introducir sistemas que puedan determinar con veracidad la edad de los usuarios a la hora de darse de alta en las redes sociales. Según la LO 3/2018, la edad mínima para la que un menor de edad puede dar su consentimiento de forma autónoma es de 14 años, pero no se establece como se puede verificar dicha edad una vez dado de alta en la plataforma. Si tenemos en cuenta además la tendencia de los menores a no otorgar la importancia necesaria a estos asuntos pensando que tienen suficientes nociones de seguridad y conocimiento extenso del uso de las redes sociales, el hecho de que existan usuarios menores de edad que hayan prestado consentimiento de forma no válida incrementa las posibilidades de verse afectados por vulneraciones y amenazas⁵⁸.

5) La facilidad de la difusión de información sensible. A pesar de estar regulado en el RGPD el derecho al olvido digital y a la supresión de información personal de toda red social, la rápida y fluida difusión de información de contenido sensible como fotos y vídeos es un problema ya que en sus inicios es muy difícil frenarla. Esto quiere decir que, una vez se ha difundido información multimedia inapropiada de forma ilegítima acerca de un menor, el daño es difícilmente revocable, aunque se eliminen a posteriori dichos contenidos del servicio online. Todo ello hay que visualizarlo en el contexto de que los menores son más tendentes a compartir información acerca de todo lo que hacen y de sí mismos al contrario de los adultos que se suelen mostrar mucho más reticentes y cautos.

6) El acceso a contenidos inadecuados por los menores⁵⁹. En Internet se tiene una mayor capacidad para acceder a cualquier tipo de contenido de cualquier clase con un solo *clic*. Los menores, especialmente influenciables, pueden verse afectados por la información publicada en Internet y que les puede incitar a conductas poco aconsejables y trastornos serios, aparte de la posibilidad de acceso a contenidos inapropiados como pornografía, apología al odio, racismo, etc. En este caso hablamos de información relativa a cánones de belleza o dietas online ficticias que puede derivar en trastornos alimenticios,

⁵⁸Garmendia, M., Garitaonandia, C., Martínez, G., y Casado, M. A., “Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea” en *Quaderns del CAC*, vol. 15, n. 38, 2012, p. 40

⁵⁹ Garmendia, M., Garitaonandia, C., Martínez, G., y Casado, M. A., “Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea” en *Quaderns del CAC*, vol. 15, n. 38, 2012, p.40

información errónea acerca de la salud, juegos de azar, alcohol o drogas que favorezcan las adicciones...

7) La adicción a las redes sociales⁶⁰. Según datos proporcionados por el Ministerio de Interior, cerca de un 60% de los usuarios menores de edad utiliza Internet todos los días en torno a una y dos horas. El uso de las redes sociales puede vincularse con el afianzamiento del círculo de amigos y búsqueda de nuevos, pero lo cierto es que no sólo el número de horas de uso de las mismas sino otras conductas de dependencia (como el síndrome de abstinencia, por ejemplo) provocan aislamiento social familiar y social.

8) Situaciones especialmente graves como suplantaciones de identidad, *cyberbullying* y *grooming*. Estos riesgos van en consonancia con lo descritos en los puntos 1 y 2; la ingente cantidad de información que se revela en las redes sociales favorece actuaciones delictivas como la suplantación de identidad de un usuario por una persona ajena. En ocasiones con el fin de generar un daño a esta persona publicando contenido inadecuado; y en otras para poder llevar a cabo otras actividades fraudulentas como *grooming*, estafas, chantajes, etc. Al ser mucho más vulnerables ante amenazas, los jóvenes son potenciales víctimas de circunstancias en las que se puedan aprovechar de ellos. Lo que al principio puede comenzar como una simple broma, en la que el menor no es capaz de anticipar el peligro o buscar ayuda, acaba por convertirse en acoso y chantaje. La alta difusión de las redes sociales favorece especialmente estos dos tipos de delitos en menores y, desgraciadamente, puede tener consecuencias muy negativas para este colectivo como trastornos depresivos, secuelas emocionales, baja autoestima, abandono del colegio, aislamiento social y en el peor de los casos, ha llevado incluso al suicidio⁶¹. Estas situaciones se tratarán más adelante en el apartado de *Vulneraciones en redes sociales*.

⁶⁰ Ministerio de Interior. Encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de internet de menores y jóvenes en España, junio de 2014.

⁶¹ Hernández Prados, M.A. y Solano Fernández, I.A., "Ciberbullying, un problema de acoso escolar" en *RIED : revista iberoamericana de educación a distancia*, vol. 10, n. 1, 2007, p. 21.

5. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES

5.1. El consentimiento

5.1.1. *El criterio de la madurez para disponer del derecho a la intimidad*

Al igual que el resto de los adultos, los menores de edad son titulares de los mismos derechos que ellos y, en concreto, del derecho a la intimidad en el artículo 18 CE. Sin embargo, a y pesar de que se consideren menores todos aquellos que no alcancen la edad de 18 años, el ejercicio de la titularidad del derecho a la intimidad dependerá en parte de su capacidad natural y juicio para poder discernir el alcance del mismo. Esta cuestión requiere diferente respuesta según la edad concreta del menor y del ámbito en el que nos encontremos. En este sentido, se alude mayoritariamente en la doctrina al “criterio de la madurez”. Este criterio en muchas ocasiones genera inseguridad jurídica por ser un concepto indeterminado. La tendencia del legislador en sus disposiciones en el Código Civil, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, es la de otorgar cada vez más relevancia a la capacidad natural del menor según se acerca a la edad de los dieciocho años. Así, en el punto segundo de la Exposición de motivos de esta ley se explica que el espíritu del legislador es el “reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”⁶².

JAREÑO afirma que se pueden citar distintos artículos en los que progresivamente se reconocen distintas facultades al menor⁶³. En el artículo 162.1. CC se exceptúan de la representación legal de los menores no emancipados aquellos actos relativos a derechos

⁶² Punto segundo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) BOE-A-1996-1069 que formula lo siguiente: “este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

⁶³ Jareño Leal, Á. “Intimidad e imagen del menor de edad. Protección penal y civil”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y nuevas tecnologías: Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 151-165.

de su personalidad, entre los que está el derecho a la intimidad “de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar sobre sí mismo”. Por otro lado, artículos como el 177.1 CC reconocen la edad de doce años para poder prestar consentimiento para ser adoptado y se establece la edad de catorce años para poder contraer matrimonio con dispensa judicial y otorgar testamento en los artículos 48 CC y 663 CC, respectivamente. Podemos entender entonces, que es a partir de estas edades cuando la madurez del menor parece tomar cierto peso o consideración. Son los dieciséis años la edad a partir de la cual el espectro de facultades de menor se ensancha y esto lo podemos ver primeramente fuera del Código Civil en el artículo 6 del Estatuto de Trabajadores por el cual se les permite comenzar a trabajar, la Ley 41/2002 que pone de límite los dieciséis años para poder prestar consentimiento acerca de intervenciones médicas y la Ley Orgánica 2/2010 que permite la interrupción voluntaria al embarazo a partir de esta edad sin autorización de los representantes legales.

El criterio de la madurez en el ámbito del derecho a la intimidad aparece en la Ley Orgánica 1/1982 de protección del Honor, Intimidad e Imagen en el apartado 1 del artículo 3 en el que se dice 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.” En este sentido se pronuncia la AP de Tarragona en su sentencia nº 135/2015 de 8 de abril en el fundamento jurídico primero, en el que señala que:

si el menor ha adquirido un grado de madurez y capacidad de decisión tal que pueda autónomamente ejercer su derecho, su capacidad de decisión no podrá ser sustituida ni anulada por sus progenitores o representantes, quienes no podrán más que complementar u orientar la decisión de éstos al abrigo de lo dispuesto en el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁶⁴.

En todo caso, y en relación con el derecho a la intimidad, la STS nº 778/2000 de 19 de julio señala que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero:

considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que se contraría a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales⁶⁵.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 8 de abril 135/2015 FJ 1.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio 778/2000 FJ 3.

5.1.2. La capacidad del menor de edad para prestar consentimiento en redes sociales

Para que los menores de edad puedan otorgar consentimiento en redes sociales e Internet, hay una serie de especialidades que difieren respecto del consentimiento que puede prestar cualquier adulto. En términos generales, el artículo 4 apartado 11 del RGPD⁶⁶ se define el consentimiento del interesado en el tratamiento de sus datos personales con adjetivos como libre, inequívoco, específico e informado por el cual se acepta el tratamiento de sus datos personales.

En el caso de los menores de edad este consentimiento va a tener una serie de especialidades. En España, el artículo 7 de la LO 3/2018 establece como umbral mínimo la edad de catorce años para poder decidir sobre el tratamiento de sus datos personales y, en definitiva, de su derecho a la intimidad en redes sociales. También en el RGPD se establecen obligaciones adicionales que garantizan, en todo caso, una mayor protección de los datos de los menores por motivos que se especifican en el considerando 38 entre los que cabe destacar que estos suelen ser menos conscientes del riesgo y las consecuencias del tratamiento de sus datos.

El principal problema que gira en torno al carácter inequívoco y libre de la prestación de consentimiento por menores de 14 años es la verificación de la edad. Para TORRES, el riesgo no reside en el hecho de que accedan menores, mayores de 14 años a las redes sociales, lo que puede ser cuestionable desde la perspectiva del criterio de la madurez, sino el hecho de los menores “no engañan en cuanto a su nombre y apellidos, ni en ningún otro tipo de dato personal, pero sí lo hacen en lo que se refiere a su año de nacimiento”⁶⁷. Estos menores no son conscientes del riesgo que puede entrañar que proporcionen datos falsos acerca de su edad para poder acceder al uso de una red social, cuando no se les permite legalmente.

⁶⁶ Artículo 4.11) 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 (Reglamento general de protección de datos) (DOUEL núm. 119 de 4 de Mayo de 2016).

⁶⁷Torres, J. “Los menores ante las nuevas tecnologías: beneficios y riesgos” en *Educación S. XXI*, conferencia llevada a cabo en la Fundación Abanca, Ourense el 24 de abril de 2018.

En este sentido se pronuncia el Grupo de Trabajo del artículo 29⁶⁸ en relación a las Directrices sobre el consentimiento afirmando que, aunque en el RGPD no se establecen mecanismos directos de forma explícita para llevar a cabo esta verificación, esto “está implícito en el Reglamento ya que, si un niño da su consentimiento a pesar de no tener edad para prestar un consentimiento válido en su propio nombre, el tratamiento de los datos no será lícito”⁶⁹. Así, los responsables del tratamiento de datos deben adoptar todas las medidas para poder verificar que el usuario que se registra en las redes sociales tiene la edad suficiente para poder prestar consentimiento. Y más aún, dado que la edad mínima de los menores de edad puede variar entre Estados, porque así se habilita en el artículo 8 RGPD, los responsables deben conocer las legislaciones nacionales al operar mundialmente y verificar el umbral mínimo permitido para los menores de edad de acuerdo con cada norma nacional vigente. En caso de no alcanzar la edad mínima para poder prestar consentimiento de forma autónoma, será necesaria la autorización de los progenitores.

Sin embargo, el Grupo de Trabajo del artículo 29 del Reglamento 2016/679, advierte que la verificación de la edad puede conllevar a su vez un tratamiento excesivo de datos íntimos. Se barajan distintos mecanismos para poder llevar a cabo el procedimiento, pero lo cierto es que en la práctica resultan muy complejos e ineficientes. Aunque la solución más eficaz sería la aportación del DNI electrónico⁷⁰, lo cierto es que su uso está lejos de convertirse en generalizado a corto y medio plazo. Por otro lado, el aportar el DNI escaneado por los sujetos menores de edad conlleva riesgos de manipulación y más aun teniendo en cuenta la habilidad de los menores de manejar herramientas de Photoshop y multimedia. Por tanto, habría que proponer otras soluciones de mejora para hacer que el

⁶⁸ El Grupo de Trabajo se creó de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Se trata de un órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad. El artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE definen sus principales funciones. Sitio web: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358&tpa_id=6936.

⁶⁹ Grupo de trabajo del artículo 29. Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 10 de abril de 2018 pp.28-29. Disponible en http://www.avpd.euskadi.eus/contenidos/informacion/20161118/es_def/adjuntos/wp259rev01__es20180709.pdf

⁷⁰ Davara Fernández de Marcos, L., *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos: Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*. Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2016, p.18.

consentimiento prestado por los menores sea correctamente verificado y garantizar así que sea válido y lícito para el tratamiento de los datos.

Por último y siguiendo con las especialidades en torno al consentimiento en redes sociales por menores, el hecho de que éste deba ser informado no indica otra cosa, sino que el lenguaje utilizado sea sencillo y adecuado al posible entendimiento de los menores. Aunque se requiera autorización previa de los representantes legales por no alcanzar la edad mínima para hacerlo de forma autónoma, la información detallada debe ser comprensible para cualquier menor involucrado en la red social correspondiente.

5.2. Tratamiento de los derechos de los menores en redes sociales

5.2.1. Difusión no consentida de imágenes

Las redes sociales se erigen como plataformas en las que la publicación y difusión de contenido multimedia de carácter personal es muy frecuente y habitual. La facilidad de uso y la rápida difusión hace que cualquier persona, dentro o fuera del círculo de contactos de un usuario pueda acceder a imágenes y vídeos. La difusión de imágenes puede contar con el consentimiento del afectado o sin el mismo. Es, precisamente dentro de la segunda categoría donde se vulneran los derechos de personalidad de los menores.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no toda difusión no consentida de imágenes de menores de edad vulnera el derecho a la intimidad de los mismos, sino que pueden entrar en juego otros derechos de personalidad como el derecho a la propia imagen. El derecho a la intimidad, exige en todo caso que se vulnere un ámbito íntimo de la persona o que pueda revelar datos íntimos del mismo⁷¹. Por esta razón, la publicación de una fotografía que permita la identificación de un menor sin su autorización que a su vez permita identificar el ámbito personal y familiar del mismo vulnerándolo, se estará

⁷¹Aba Puente, L.M., "Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?" en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:(semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tirant lo Blanch, 2009.

produciendo una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar del menor. En este sentido, puede suceder que una fotografía de un cuerpo desnudo no vulnere el derecho a la propia imagen de un menor y sí su derecho a la intimidad si ha sido publicada sin su consentimiento, y en el otro extremo puede vulnerarse el derecho a la propia imagen, y no el derecho a la intimidad de un menor con la difusión de una fotografía del mismo carácter no íntimo. De esta misma manera, el derecho al honor se verá vulnerado en la difusión de imágenes de menores que sean vejatorias o difamatorias de tal manera que menoscaben su reputación.

En las redes sociales muchas de las fotografías publicadas permiten asemejar al titular del derecho, lo cual se puede identificar como un dato de carácter personal y debe ser protegido si el menor no ha dado su consentimiento para ello. El principal problema reside en la tendencia por los menores de publicar todo tipo de fotografías sin ningún tipo de filtro o pensamiento reflexivo detrás de ello. Se publican fotos del día a día en las que pueden aparecer más personas aparte del titular de la fotografía y no se suele pedir permiso para ello, bien porque no suelen darle la relevancia que deberían o bien porque puede el menor involucrado no esté incluso ni registrado en la red social.

En cualquier caso, se establecen mecanismos legales y dentro de las propias redes sociales, para poder revocar la publicación de estas fotografías que pueden vulnerar el derecho a la intimidad de menores que no han prestado su consentimiento para ello. Aquí, la rápida difusión hace que, aunque la fotografía pueda ser eliminada en un espacio de tiempo muy corto, el daño provocado en los derechos de la personalidad del menor que se ve tan influenciado por estas intromisiones, es elevado. Estas imágenes pueden ser objeto de posterior burla o incluso chantaje, lo que da lugar en casos extremos a delitos de ciberacoso y child grooming, que se tratarán más adelante.

5.2.1. Difusión por los padres

Los progenitores son los responsables, de acuerdo con el artículo 84 de la LO 3/2018, de garantizar el uso equilibrado de las redes sociales por los menores para

asegurar así el desarrollo y preservación de sus derechos de personalidad. Además, el apartado 2 del artículo 7 de la misma ley los hace responsables en todo caso de prestar su autorización para el uso de las redes sociales cuando los jóvenes son menores de catorce años.

En este sentido podemos hacer referencia a una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015⁷² en la que se acepta como prueba datos proporcionados por la progenitora de una menor que obtuvo accediendo a su cuenta privada en una red social. Así, se determina justificada la posible intromisión de los progenitores en las redes sociales de sus hijos si el interés superior del mismo lo requiere por la gravedad de las circunstancias y, además, si el menor no tiene un grado de madurez suficiente por el que el que los padres deben ejercer cierto control para asegurar su seguridad y sus derechos de personalidad. Este conflicto en materia de protección del derecho a la intimidad de los menores por sus progenitores en redes sociales por tanto tiene su límite en el criterio de madurez del mismo.

El segundo problema en este ámbito reside en el caso de que sean los propios progenitores los que hacen uso de las redes sociales publicando imágenes de sus hijos que pueden poner en riesgo su derecho a la intimidad⁷³. La difusión por los padres se puede realizar de dos formas. El primer caso se trata de imágenes difundidas en perfiles propios de los progenitores, en los que además de compartir fotografías suyas pueden publicar imágenes de sus hijos. El segundo caso que últimamente está proliferando es la creación de perfiles sobre menores de edad por sus progenitores desde edades muy tempranas en los que se publican constantemente vídeos y fotografías de su día a día. En este último caso, se conforman como cuentas llevadas públicamente por los progenitores sin que el menor en muchas ocasiones tenga ningún tipo de conocimiento o discernimiento sobre ello.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre 864/2015

⁷³ Jareño Leal, Á. “Intimidad e imagen del menor de edad. Protección penal y civil”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y nuevas tecnologías: Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 159.

Esto plantea diversos conflictos ya que es el propio responsable de preservar la dignidad del menor el que le está sobreexponiendo e introduciéndole públicamente en el mundo del Internet y las redes sociales desde muy temprano.

Podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de junio de 2015⁷⁴ en la que se falla que es necesario el consentimiento de ambos progenitores si ostentan los dos la patria potestad para poder difundir fotografías de sus hijos en las redes sociales y en caso de que no se haga, se incurrirá en responsabilidad. Se puede deducir por tanto que cuando ambos progenitores dan su consentimiento para la posible difusión de imágenes del menor no habría ningún problema siempre que no se vulneren los derechos del menor. Además, hay que tener en cuenta según VALLILENGUA, la relevante cuestión de que uno de los progenitores se oponga a la difusión de las imágenes del menor. La jurisprudencia ha venido admitiendo que es necesaria la concurrencia de ambos consentimientos en el caso de que sean cotitulares de la patria potestad⁷⁵. Con la publicación de fotografías, uno de los posibles derechos que pueden verse afectados es el derecho a la intimidad del menor. Si existe consentimiento de los padres, pero se está vulnerando este derecho y los intereses del menor, será irrelevante dicha autorización. Este límite proviene del principio básico que justifica la especial protección del menor, el interés superior del menor, consagrado entre otros muchos textos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, reformada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.

Como conclusión decir que normalmente se asegura el libre desarrollo de los derechos de personalidad de menores en las redes sociales también, pero se debe ejercer cierto control para asegurar el derecho a la intimidad de los mismos que es más dado a sufrir intromisiones ilegítimas y vulneraciones en Internet. Este control ejercido por los progenitores debe consistir en una serie de actuaciones que promuevan la concienciación de los menores del uso responsable de las redes sociales y actividades encaminadas a

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de junio 208/2015

⁷⁵ Vallilengua, L. G. “Los derechos al honor, a la intimidad ya la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, vol. 14, 2016, p. 188.

evitar la difusión de imágenes y datos sensibles y personales que pueden causar un grave perjuicio para los menores de edad.

5.3. Vulneraciones en redes sociales

En el mundo digital, Internet y las redes sociales se configuran como herramientas para los menores que les permiten abrir caminos para relacionarse, aprender e informarse, así como potenciar sus oportunidades. Sin embargo, ha servido a la vez para amplificar la violencia tradicional dando espacio y cabida a nuevas formas de vulneración como son el child-grooming y el ciberacoso, entre otros. La posibilidad amplia de acceso hace que los menores de edad se convierten en potenciales víctimas de agresiones de diversa naturaleza al facilitar los canales de comunicación para estas amenazas. Según datos del Informe de 2018 del Comité Español de UNICEF, al menos un 12% de los menores han sufrido cualquier forma de ciberbullying en el último año. Estos riesgos afectan en mayor proporción a las chicas, siendo un 24,2% el porcentaje de chicas menores de edad que había sido contactada por un adulto que buscaba algún tipo de actividad sexual en el pasado año⁷⁶.

5.3.1. Ciberbullying

El ciberbullying va más allá del tradicional acoso, ya que suele suponer una actividad que se produce fuera del horario y espacio de los centros escolares y su rápida viralidad hace que la difusión de esta agresión sea más extensa. En este sentido, la impotencia de la víctima es mucho mayor y se ve desamparada y sin herramientas eficaces que frenen este tipo de vulneraciones. Podemos definir el ciberbullying entonces como “acto agresivo e intencionado llevado a cabo de manera repetida y constante a lo largo del tiempo, mediante el uso de formas de contacto electrónicas por parte de un grupo o

⁷⁶ Montiel, I., Carbonell, E., y Pereda, N., “Multiple online victimization of Spanish adolescents: Results from a community sample”, en *Child abuse y neglect*, vol. 52, pp. 123-134. citado en Casado, M.A., Garitaonandia, C., Jiménez, E., Garmendia, M., Karrera, I. y Moreno, G., "Los Niños Y Las Niñas De La Brecha Digital En España", UNICEF Comité Español, Madrid, 2018, p. 22.

de un individuo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente”⁷⁷. Este acoso suele ser repetido a lo largo del tiempo y en muchas ocasiones el principal problema reside en que los agresores se esconden tras el anonimato.

Además, hay una dificultad añadida, y consiste en el hecho de que, aunque las autoridades puedan identificar la dirección IP del usuario y cerrar el perfil desde el que se producen las agresiones, la rapidez con la que se puede crear otro perfil y continuar con el acoso hace que se magnifique la impotencia del menor que es víctima.

Las agresiones típicas se suelen efectuar entre iguales, es decir, entre menores y compañeros de clase, y el lenguaje suele ser mucho más agresivo y fuerte que el que se podría dar en un acoso físico cara a cara, precisamente por la seguridad que el anonimato le ofrece al agresor que se siente empoderado tras una pantalla. En este sentido, los daños psicológicos que generan a la persona que sufre este acoso son incontables y suelen precederse de conductas como el robo de contraseñas de cuentas, realización de comentarios ofensivos y publicación de fotografías de carácter sensible o vejatorio, acoso a través de mensajería instantánea, suplantaciones de identidad por las que el acosador se hace pasar por la víctima denigrando su imagen, entre otros muchos⁷⁸. Podemos citar aquí la Sentencia nº 356/2017 de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se afirma que se pueden cometer delitos de suplantación de identidad, delito de calumnias y/o injurias, delito contra la intimidad y en el caso específico, ciberbullying o *stalking* con la actividad gravosa que consiste en “crear un perfil falso en cualquier red social, simulando ser la víctima y utilizando su imagen sin su consentimiento, naturalmente con intención de difamar, humillar, acosar (...)”⁷⁹.

También se suele hacer correr falsos rumores sobre la víctima que suelen provocar reacciones entre otros compañeros que acaban cometiendo acoso y marginación hacia el menor y enrolándose en el círculo del agresor o simplemente ignorándole y saliendo de

⁷⁷Smith, PK. “What good schools can do about bullying” en *Childhood*, vol. 7, 2000, pp.193-212, citado en Garaigordobil, M. "Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión" en *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, vol. 11, n. 2, 2011, p.235.

⁷⁸Antón, A. M. G. “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los Derechos Fundamentales”, cit. 37, pp.243-244.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo 356/2017 FJ 2.

su red de contactos para no verse envuelto en dicho acoso también por miedo. SASTRE refleja como el 3,3% de los menores reconoce haberse implicado como ciberagresor en alguna ocasión⁸⁰. Precisamente la fácil manipulación de los menores por su condición vulnerable hace que proliferen conductas de acoso entre muchos más menores por no verse marginados de su círculo de amigos que suelen ejercer presión de grupo. Así, se ha equiparado la agresión con la omisión en el caso del ciberacoso y acoso en las aulas.

Con todo, parecen vitales a ojos de LUENGO ciertas iniciativas de interés desde diferentes instancias como pueden ser campañas de concienciación entre los menores y en las aulas para evitar tanto este tipo de agresiones como fomentar la denuncia de las mismas y reducir la impasividad de la mayoría de los menores de edad ante estos comportamientos⁸¹.

5.3.2. *Child-grooming*

La red de contactos de los usuarios más jóvenes suele ser muy grande en la medida que éstos aceptan solicitudes de amistad aún sin saber muy bien quién es la persona detrás del perfil o acceden al poder ver que es “amigo de un amigo”. Así, las redes sociales pueden servir para aumentar el círculo de amistades en torno a aficiones o pasiones en común, pero a la vez aumenta las probabilidades de mantener contacto con personas cuyas intenciones no son tan positivas.

Las prácticas de extorsión y chantaje son las que más proliferan en el caso de los menores de edad, y en concreto en el ámbito de las redes sociales recibe el nombre de *child grooming*. Esta extorsión sucede cuando hay un contacto online entre un individuo y un menor de edad, que ganándose su confianza en muchas ocasiones haciéndose pasar por otra persona de menor edad y con gustos parecidos, les chantajea bajo amenazas para que el menor acceda a peticiones de carácter sexual.

⁸⁰ Sastre, A. *Yo a eso no juego: Bullying y cyberbullying en la infancia*. Save the Children, 2016, p.11.

⁸¹ Luengo Latorre, J.A., “Menores e intimidación en la red: cuando los demás son objetos”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y nuevas tecnologías: Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, p 184.

Este chantaje suele ser continuo, ya que en muchas ocasiones el menor accede a estas peticiones por miedo a revelar a sus familiares o amigos lo que está sucediendo y admitir haberse dejado embaucar por un desconocido, y estas imágenes o vídeos con connotaciones sexuales son objeto de otro posterior chantaje amenazando con su difusión a padres y amigos para que el menor siga accediendo a más peticiones, que en algunos extremos terminan con el contacto físico de carácter sexual⁸². El menor suele pensar que el acosador quedará satisfecho con el primer envío de imágenes y por ello se suele dejar convencer. Sin embargo, el acoso continúa y esta vez el agresor cuenta con mucho más contenido de carácter sensible del menor que se siente presionado y sin salida. Por ende y como indica GIL ANTÓN, acaba convirtiéndose en un círculo vicioso del cual el menor difícilmente encuentra una salida por vergüenza y arrepentimiento⁸³. La seguridad detrás de la pantalla y bajo una identidad diferente hace que los acosadores se empoderen y encuentren en las redes sociales un canal de comunicación y chantaje muy efectivo.

En la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 se ha introducido en el Código Penal el nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el artículo 183 bis y ter que se refiere al *child grooming* como “a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor”⁸⁴.

Hay que matizar el concepto de *child grooming*, ya que éste en sí mismo no tiene por qué implicar una actividad sexual, sino simplemente una serie de actos encaminados a seducir al menor de edad para ganarse su confianza y reducir sus inhibiciones y así garantizar su probabilidad de éxito cuando le plantee alguna petición⁸⁵. Estas actividades varían desde el envío de imágenes eróticas, comunicación a través de una webcam hasta un encuentro

⁸² Luengo Latorre, J.A., “Menores e intimidad en la red: cuando los demás son objetos”, en Lázaro, Mora, Sorzano (Coord.), *Menores y nuevas tecnologías: Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012, p.182

⁸³ Antón, A. M. G. “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los Derechos Fundamentales”, cit.37, p.243.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero 97/2015 FJ 1.

⁸⁵ Juan Montiel, I., Carbonell Vayá, E.J., y Salom García, M., "Victimización infantil sexual online: online grooming, ciberabuso y ciberacoso sexual" en *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, p.6.

de carácter sexual. Podemos citar en este sentido el trabajo de WEBSTER y otros autores, que definen el online *grooming* como:

El proceso por el que un individuo se hace amigo de un joven (de 16 años o menos) para tener un contacto sexual online, a veces con la participación de webcams que permiten compartir la explotación con otros abusadores de menores, y que puede extenderse a un encuentro físico para cometer un abuso o agresión sexual⁸⁶.

Con todo lo expuesto se puede concretar lo relevante acerca del concepto del *child grooming* y de la necesidad de dotar de protección a los menores frente a estas transgresiones. La buena o mala utilización de las redes sociales puede vulnerar su derecho a la intimidad con revelación de datos personales que pueden poner en peligro su privacidad y su esfera más íntima. Por tanto y a pesar de la nueva introducción del delito de *child grooming* en el código penal dado su reciente auge, se debe fomentar la integración de prácticas que generen barreras de protección para frenar de forma rápida los posibles casos de extorsión y chantaje a los que los menores se ven expuestos.

⁸⁶ Webster, S., Davidson, J., Bifulco, A., Gottschalk, P., Caretti, V., Pham, T., y Grove-Hills, J. "Scoping Report: European Online Grooming Project." en *Projet European Online Grooming dans le cadre du programme de la Commission européenne «Pour un Internet plus sûr»*, Londres, 2010, p.7 citado en Juan Montiel, I., Carbonell Vayá, E.J., & Salom García, M., "Victimización infantil sexual online: online grooming, ciberabuso y ciberacoso sexual." en *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, p.6.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA

En materia de derechos de personalidad y en concreto el derecho a la intimidad, contamos con una amplia legislación y asentada jurisprudencia. El derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución ha sido desarrollado por 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. No obstante, existen ciertas especialidades en materia de menores de edad que por su especial condición de vulnerabilidad requieren de una protección reforzada de su derecho a la intimidad. El marco de referencia de protección al menor lo encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por la Ley Orgánica 8/2015. Sin embargo, lo cierto es que el concepto de la intimidad debe adaptarse a la realidad de cambios constantes en la que nos encontramos y más concretamente, a la aparición de las nuevas tecnologías en nuestro día a día.

SEGUNDA

Las nuevas tecnologías y en concreto, Internet y las redes sociales, han hecho necesaria una redefinición de los conceptos tradicionales de privacidad e intimidad. Esta nueva era digital plantea una serie de desafíos jurídicos a los que hay que hacer frente para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios. Recientemente han entrado en vigor dos normativas prometedoras en el ámbito de protección de datos personales en las sociedades de información: el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018 (LOPD). Esta regulación cubre ciertos vacíos legales que existían en torno al consentimiento de los usuarios en el tratamiento de datos, así como en cuanto a la introducción explícita de derechos digitales adaptados a las necesidades de protección de los derechos de personalidad de los navegantes (derecho al olvido y derecho de rectificación, entre otros). Asimismo, se introducen novedades respecto a los menores de edad para garantizar su uso responsable y que se

respete en todo caso el interés superior del niño, pero sigue quedando un largo camino a recorrer de cara a la adopción de medidas concretas de protección.

TERCERA

La Observación General nº17 del Comité de los Derechos del Niño (2013), ha mostrado su preocupación por el uso creciente de las redes sociales e Internet por los menores de edad y los peligros que entrañan, pudiendo dar lugar a ciberacosos, adicción y trastornos, entre muchos otros. Los problemas relativos a la utilización de las redes sociales se magnifican si tenemos en cuenta que los usuarios mayoritarios son menores de edad, que utilizan estos servicios de manera autónoma y que la posibilidad de que sufran intromisiones ilegítimas se multiplican por no tener suficiente madurez para valorar las consecuencias de sus actos en las redes sociales. A pesar de las novedades introducidas por el legislador, como puede ser la exigibilidad de consentimiento de los progenitores o representantes legales de los menores en la utilización de estos servicios si son menores a 14 años, lo cierto es que en la práctica reciben un trato casi igualitario al de los adultos.

CUARTA

En línea con la anterior conclusión, siguen sin existir mecanismos eficaces de verificación de edad de los menores en el momento de alta del usuario; problema que reviste de especial importancia en vista de los datos recopilados a lo largo del Trabajo que nos muestran que un alto porcentaje del consentimiento prestado por usuarios menores de edad es inválido. Un gran ejemplo a destacar es el método utilizado por la red social española Tuenti⁸⁷, que cuenta desde 2009 con un protocolo de investigación y borrado de usuarios menores de 14 años mediante la solicitud de una copia de identificación oficial para verificar su edad, dando un plazo de 92 horas para dar de baja

⁸⁷ De Mata, F.B., Cortés, E.Y.M, Ruani, H.M., “Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales” en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 6, n.1, 2014,p.34

el perfil automáticamente. Además, desde 2013 se ha introducido la posibilidad de remisión del DNI electrónico para agilizar los trámites. Lo cierto es que dicha red social está a la cola en popularidad entre los jóvenes, pero la adopción de normas a nivel estatal o europeo que exijan la integración de estos sistemas de comprobación entre las grandes empresas de redes sociales mejorarían la protección de datos de los menores de edad, evitando así muchas vulneraciones que se producen hacia usuarios que no reúnen condiciones suficientes de madurez y suelen ser más indefensos ante estos riesgos.

QUINTA

Los progenitores tienen un papel muy importante en la utilización de las redes sociales por sus hijos. No sólo tienen que garantizar un uso responsable de las mismas mediante tutorización e información de los posibles riesgos que entrañan, sino que son responsables de asegurar que no se vulnere su derecho a la intimidad, sin que esto suponga una intromisión en su vida privada. En este sentido, hay una creciente tendencia entre los representantes legales de compartir información e imágenes de sus hijos menores de edad en sus propias redes sociales, sin conocer el potencial peligro al que los someten con su sobreexposición. Así, hay que tener en cuenta que en vulneraciones a los derechos del menor su interés superior debe primar siempre como principio básico de protección pudiendo el Ministerio Fiscal intervenir, aunque se cuente con el consentimiento de los progenitores. En este ámbito sería interesante llevar a cabo campañas de concienciación sobre los peligros de las redes sociales e informar acerca de cómo deben actuar los progenitores para que el menor esté debidamente protegido. Asimismo, se podrían desarrollar aplicaciones que, sin entrometerse en la intimidad de los menores, permitan a los progenitores llevar un seguimiento de la actividad que éstos desarrollan en las redes sociales.

SEXTA

Además de posibles vulneraciones al derecho a la intimidad de los menores mediante la difusión de imágenes de forma no consentida o difusión por sus progenitores, los principales riesgos están aparejados a conductas como suplantaciones de intimidad, cyberbullying y child grooming. Este tipo de actuaciones provienen de formas tradicionales de acoso que han encontrado en el anonimato de las redes sociales una forma de propagación más rápida. Además, suelen poner en su foco de mira a los menores de edad como sus potenciales víctimas por ser fácilmente manipulables y, por ende, más propensos a aceptar solicitudes en las redes sociales de desconocidos, a acceder a peticiones inapropiadas por miedo y en general a que les afecten estas vulneraciones en mayor medida que a los adultos. En este sentido, son necesarios programas de concienciación digital en colegios para informar sobre las malas prácticas y sus consecuencias, así como educar en la correcta utilización dado que las redes sociales empleadas de forma adecuada reportan grandes beneficios de cara a las elaciones sociales e interconexión en el mundo globalizado. Asimismo, es apremiante la adopción de medidas concretas de protección frente a las conductas mencionadas como puede ser establecer vías de comunicación anónimas para denunciar posibles ciberacosos de los que son cómplices muchos compañeros en las aulas, o reportar chantajes sexuales en los que se ven envueltos muchos menores, que por vergüenza y miedo suelen ocultar.

SÉPTIMA

En conclusión, se puede decir que es remarcable el desarrollo que ha experimentado la protección al derecho a la intimidad de los menores en el marco de las nuevas tecnologías. A pesar de recientes novedades introducidas en este ámbito de protección de datos de menores de edad, lo cierto es que aún quedan pendientes muchos retos jurídicos relacionados con una regulación más efectiva del tratamiento de datos y medidas específicas de defensa en cuanto a vulneraciones del derecho a la intimidad de menores de edad. De esta manera, se necesitan soluciones que consigan dotar de una seguridad jurídica más sólida en el marco del derecho a la intimidad en las redes sociales, más aún cuando los menores son el principal colectivo involucrado en su uso.

7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA PARA LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO

a) Legislación

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889) BOE-A-1889-4763.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, de 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979) BOE-A-1979-24010.
- Constitución Española, de 27 de diciembre 1978, Jefatura del Estado (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978) BOE-A-1978-31229.
- 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 (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982) BOE-A-1982-11196.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) BOE-A-1990-31312.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) BOE-A-1996-1069.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999) BOE-A-1999-23750.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015) BOE-A-2015-8222.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUEL núm. 119 de 4 de Mayo de 2016).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018) BOE-A-2018-16673.

b) Jurisprudencia

• Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero núm. 22/1984 (RTC 1984\22)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre núm.114/1984 (RTC 1984\114)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio núm. 89/1987 (RTC 1987\89)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre núm.197/1991 (RTC 1991\197)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero núm. 37/1998 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1998)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo núm. 115/2000. (RTC 2000\115)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero núm. 10/2002 (RCL 2002\412)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre núm. 196/2004 (RTC 2004/196)
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre núm. 281/2006 (RTC 2006\28)

- Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio núm. 778/2000 (RJ 2000/6753)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio núm. 427/2009 (RJ 2009\3378)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio núm. 507/2009 (RJ 2009\4455)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre núm. 675/2010 (RJ 2011/1299)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio núm. 405/2014 (RJ 2014/4412)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero núm. 97/2015 (RJ 2015\1405)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre núm. 864/2015 (RJ 2015\6401)

- Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 8 de abril núm. 135/2015 (ARP 2016/1329)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de junio núm. 208/2015 (JUR 2015\163149)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo núm. 356/2017 (JUR 2017\206077)

c) Obras doctrinales

Aba Puente, L.M., "Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?", *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:(semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tirant lo Blanch, 2009.

Parada Vaca, O. "El principio de protección del interés superior del menor", *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 22, 2016, pp.11-12.

- Antón, A. M. G. “La privacidad del menor en internet”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, vol. 3, 2013, pp. 60-96.
- Antón, A. M. G. “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, vol. 10, 2012, pp.209-255.
- Calaza López, S. “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista de Derecho UNED*, n.9, 2011, pp.43-59.
- Casado, M.A., Garitaonandia, C., Jiménez, E., Garmendia, M., Karrera, I. y Moreno, G., “Los Niños Y Las Niñas De La Brecha Digital En España”, *UNICEF Comité Español*, Madrid, 2018.
- Chéliz Inglés, M. “El derecho al olvido digital. Una exigencia de las nuevas tecnologías, recogida en el futuro reglamento general de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 5, 2016, pp. 255-271.
- Cillero, M. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.", *Justicia y Derechos del Niño*, n.125, 1999.
- Davara Fernández de Marcos, L. *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos: Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*. Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2016.
- De Mata, F.B., Cortés, E.Y.M, Ruani, H.M., “Estudio comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 6, n.1, 2014, pp. 31-43.
- Echeburúa, E. y De Corral, P., “Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto”, *Adicciones, [S.l.] Revista electrónica*, vol. 22, n. 2,

2010, pp. 91-96, (disponible en <http://m.adicciones.es/index.php/adicciones/article/view/196/186>; última consulta 15/03/2019).

Fernández Esteban, M.L., "El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del artículo 18 de la Constitución", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.17, 1999, pp. 523-544.

Fernández Villazón, L.A. "El nuevo Reglamento europeo de protección de datos.", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 19, n.1, 2016, pp.395-441.

Fujimoto, G. "El derecho del niño al juego, las artes, las actividades recreativas.", *RELADEI. Revista Latinoamericana de Educación Infantil* 3.1, 2014, pp. 113-124.

Garaigordobil, M. "Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión", *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, vol. 11, n. 2, 2011, pp. 233-254.

Garmendia, M., Garitaonandia, C., Martínez, G., y Casado, M. A., "Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea", *Quaderns del CAC*, vol. 15, n. 38, 2012, pp. 37-44.

Gómez Mayor, R., "Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)", *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 6, 2016, pp. 243-280.

Hernández Prados, M.A. y Solano Fernández, I.A., "Ciberbullying, un problema de acoso escolar", *RIED: revista iberoamericana de educación a distancia*, vol. 10, n.1, 2007, pp. 17-36.

- Juan Montiel, I., Carbonell Vayá, E.J., & Salom García, M., "Victimización infantil sexual online: online grooming, ciberabuso y ciberacoso sexual.", *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, pp.203-224.
- Lázaro, I., Mora, N. y Sorzano, C. *Menores y Nuevas Tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, Tecnos, Madrid, 2012.
- López Ortega, J. J., Donato Ramírez, M. A., Jiménez Pérez, A., Salon Piedra, J. D., Serrano Lucero, C. P., Valenzuela Ylizarbe, F., ... & González Vaz, C., *El Derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Martínez de Pisón, J. "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *AFD*, La Rioja, 2016.
- Ochaíta, E., Espinosa, M. A., Gutiérrez, H., De-Dios, M. J., & Maciá, A., "Programación y contenidos de la televisión e internet: La opinión de los menores sobre la protección de sus derechos", *Informes, Estudios y Documentos. Madrid: Defensor del Pueblo*, 2010.
- Ortiz, A. I. H., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Dykinson, Madrid, 2002.
- Rabadán Sánchez-Lafuente, F. "La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal", *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 18, n.2, 2015, pp.185-211.
- Sastre, A., *Yo a eso no juego: Bullying y cyberbullying en la infancia*, Save the Children, Madrid, 2016.

Seguin, V. S. “Intimidad, privacidad y honor en Internet” en Llaneza, P. (Coord), *TELOS 85: Los derechos fundamentales en Internet*, Fundación Telefónica, Madrid, 2010, pp.69-79.

UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2017: niños en un mundo digital. Resumen, 2017.

Vallilengua, L. G. “Los derechos al honor, a la intimidad ya la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, vol. 14, 2016, pp. 161-190.

Webster, S., Davidson, J., Bifulco, A., Gottschalk, P., Caretti, V., Pham, T., & Grove-Hills, J. “Scoping Report: European Online Grooming Project”, *Projet European Online Grooming dans le cadre du programme de la Commission européenne «Pour un Internet plus sûr»*, 2010, p.7.

d) Otra documentación

- Informe número 393/2006 del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Disponible en <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013258.pdf>
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.