



***Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales**

María Planas Ballvé

*Profesora asociada. Universitat Autònoma de Barcelona
Profesora colaboradora. Universitat Oberta de Catalunya
Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

El fenómeno *sharenting* (compartir en las redes sociales imágenes o datos personales de nuestros hijos menores de edad) u *oversharenting* (sobrexposición en Internet de los menores de edad) supone una intromisión ilegítima al derecho fundamental y de la personalidad del honor, de la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas menores de edad.

La particularidad del mismo radica en que esta intromisión ilegítima se comete precisamente por las personas que tienen el deber de proteger este derecho (los titulares de la patria potestad) y supone un daño (como tal indemnizable) consistente en su pérdida de intimidad y de la posibilidad de ejercitar libremente su personalidad decidiendo por sí mismos cómo crean su huella digital.

Palabras clave: *sharenting*; *oversharenting*; menores de edad; derecho a la intimidad.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Planas Ballvé, M. (2020). *Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *Revista CEFLegal*, 228, 37-66.



Sharenting: Exposed minors in social networks

María Planas Ballvé

Abstract

The sharenting phenomenon (sharing social images and/or personal data of our minor children) or oversharenting (Internet overexposure of minors) implies an illegitimate interference with the fundamental right and personality of honor, of personal and family intimacy and the image of minors. It is becoming more and more fervent that children have formed, without their consent, their fingerprint on social networks.

The particularity of it is that this illegitimate interference is committed precisely by the people who have the duty to protect this right (the holders of parental rights) and it involves damage (as such a salvageable) consisting of their loss of privacy and of the possibility of freely exercising their personality deciding for themselves how to create their fingerprint.

Keywords: sharenting; oversharenting; minors; privacy's rights.

Citation: Planas Ballvé, M. (2020). *Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *Revista CEFLegal*, 228, 37-66





Sumario

1. Introducción
 2. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen
 - 2.1. Aproximación a los derechos de la personalidad
 - 2.2. Concepto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen
 3. El ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad por parte de menores de edad
 - 3.1. Protección del *nasciturus*
 - 3.2. Capacidad de obrar progresiva
 - 3.3. La edad
 - 3.4. Reconocimiento de la autonomía
 4. Sistemas de protección
 - 4.1. El papel de los responsables parentales
 - 4.2. Intervención del Ministerio Fiscal
 5. Internet y las redes sociales
 - 5.1. Estado de la cuestión
 - 5.2. Privacidad e Internet
 - 5.3. La huella digital
 - 5.4. El consentimiento en las redes sociales
 - 5.5. Conductas lesivas y riesgos
 6. El interés superior del menor de edad
 7. Resarcimiento por el daño causado con la intromisión ilegítima
 - 7.1. Legitimación activa
 - 7.2. Acciones
 8. Estado de la cuestión en sede de derecho comparado
 - 8.1. La protección digital del menor de edad en el estado de California
 - 8.2. La doctrina europea: el derecho al olvido y a un futuro abierto
 - 8.3. *L'art. 226-1 Code pénal* de Francia
 9. Propuesta de guía de buenas prácticas
 10. Conclusiones y reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Actualmente estamos viviendo una revolución tecnológica que ha creado un entorno digital donde los menores de edad se pueden encontrar indefensos en relación con sus derechos de la personalidad, concretamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y de los datos personales¹. En efecto, cuando alguien busca en el buscador Google su nombre es posible que encuentre información y fotografías suyas de años atrás que no quiere que sean públicas. Muchas veces estas imágenes fueron subidas a las redes sociales por los responsables parentales sin el consentimiento de su titular, en ese momento menor de edad. Es muy probable que los hijos no estén de acuerdo con esas publicaciones o que incluso lleguen a sentir vergüenza de su imagen en Internet².

El uso de nuestra intimidad e imagen en las redes sociales es cada vez más común. Los usuarios de estas plataformas con su actividad virtual configuran su identidad digital. Ahora bien, muchas veces en esta intimidad que es compartida en las redes sociales se incluye la imagen, los datos personales o la intimidad de menores de edad³. Sin ser plenamente conscientes, se está creando y definiendo la identidad digital de los menores de edad sin su consentimiento. Como veremos, esta práctica comporta una intromisión ilegítima a su derecho a la intimidad personal y familiar y de la propia imagen⁴. Por ello, consideramos que es preciso que los ciudadanos hagan un uso saludable de Internet.

Podemos definir *sharenting* como la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores

¹ Vid. Lambea Rueda (2018, p.184 y ss.) sobre la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad, Gil Antón (2015, p. 45) establece que «el derecho a la intimidad, al ser un derecho de la personalidad, puede ser vulnerado con mayor facilidad en la medida que avanzan los medios tecnológicos».

² Gaëlle y Karen (2019, p. 4) son claros al respecto: «Adolescents are oftentimes embarrassed about the content their parents share on social media».

³ Steinberg (2017, p. 849) y Bari (2017-2, p. 265) sostienen que en los EUA el 92 % de los menores de dos años tienen presencia en redes sociales.

⁴ Vid. Solé Resina (2018, p. 419), que pone de manifiesto que el uso de la información digital puede ocasionar «que se vulneren los derechos fundamentales de las personas, especialmente los derechos a la personalidad, a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen». En el mismo sentido, Lambea Rueda (2018, p. 185) está atento sobre este fenómeno e indica: «Es importante ser conscientes de las consecuencias de la huella digital, y cómo se va conformando nuestra identidad y biografía digital». También Tintoré Garriga (2017, pp. 43 y ss.)

de edad. En inglés «sharing representations of one's parenting or children online». Cuando las familias comparten en sus perfiles personales detalles de la vida de sus hijos se crea un conflicto entre el derecho a la intimidad de los padres y de los hijos menores de edad. Los menores de edad no tienen control sobre la información de su persona que comparten sus progenitores o responsables parentales (Blum-Ross y Livingstone, 2017, p. 110). Si esta actividad no se controla y los menores de edad siguen sufriendo estas intromisiones ilegítimas es muy probable que este fenómeno evolucione hacia el que algunos autores llaman *oversharenting*⁵.

Así pues, con la publicación en los perfiles de imágenes, vídeos, etc. de los hijos menores de edad se está llevando a cabo un determinado ejercicio del derecho a la intimidad de sus hijos. Como se sabe, este derecho es el derecho a mantener una esfera privada constituida por aquellas manifestaciones de la propia vida que uno no quiere que sean conocidas. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 18 del CE y regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen⁶.

El objetivo de este trabajo de investigación es encontrar respuesta a cómo se puede proteger a los menores de edad respecto de sus responsables parentales por las intromisiones ilegítimas a su intimidad y propia imagen con su actividad en redes sociales⁷.

2. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen

2.1. Aproximación a los derechos de la personalidad

Son derechos de la personalidad el conjunto de derechos inherentes y esenciales a la persona sobre las sus cualidades morales y físicas. Tal y como sostiene Egea Fernández (2017, p. 86) son «el conjunto de derechos con los que se trata de proteger la integridad y la inviolabilidad de la persona». Constituyen la manifestación inadiestriable de la personali-

⁵ Vid. Yiseul Choi y Lewallen (2018, p. 145), que son conscientes de esta problemática y afirman que *oversharenting* es el término utilizado para conceptualizar «the phenomena of sharing too much information about one's children online».

⁶ BOE n.º 155, 14 de mayo de 1982.

⁷ De acuerdo con Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 759), la mayoría de estudios se centran en la responsabilidad de los prestadores de servicios y no en los responsables parentales: «Most of the research on children's privacy focuses on third party threats. Little work has been done on children's privacy at home and in their relationship with their parents, that is, privacy from their parents». Priego Fernández (2012, p. 48) sostiene que «el tratamiento de la intimidad o la vida privada en internet es adentrarse en un terreno de contradicciones y posiciones enfrentadas».

dad del individuo. La persona es la base del derecho civil. Atendiendo a su naturaleza, este derecho solo lo puede ejercer su titular, con lo que, en consecuencia, no forman parte del ámbito de la representación legal.

Los derechos de la personalidad, pueden ser, a su vez, derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución (arts. 14 a 29 CE), lo que implica que se les aplique una regulación específica más garantista: disfrutan de reserva de ley para la regulación de su contenido esencial en ley orgánica (art. 53.1 CE) y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los caracteres de los derechos de la personalidad son los siguientes⁸:

- Se trata de derechos innatos, inherentes a la persona, que se adquieren junto con la personalidad al nacimiento, y mientras existe la persona no puede ser privada de ellos.
- Son derechos absolutos oponibles *erga omnes*, en el sentido que todo el mundo debe respetarlos.
- De contenido extrapatrimonial, con lo que su vulneración podrá comportar que se imponga al infractor el deber de pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados.
- Son personalísimos, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inextinguibles e inembargables⁹.

De su carácter personalísimo deriva el hecho que estos solo puedan ser ejercitados por su titular y que, como veremos, sus representantes legales deberán llevar a cabo un papel de acompañamiento, siempre y cuando no se disponga de capacidad natural o, dicho en otras palabras, el nivel de madurez y de entendimiento del acto de los mismos lo requiera.

Las personas menores de edad se encuentran precisamente en un momento en el que su personalidad está en pleno proceso de desarrollo y por esto se consideran especialmente vulnerables. Las intromisiones de sus derechos que puedan sufrir serán mucho más graves que las que puedan sufrir las personas mayores de edad o con plena capacidad de

⁸ Vid. Ysas Solanes (2013, p. 836 y ss.) y García Rubio (2013, p. 614 y ss.).

⁹ La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia, lo prevé expresamente para estos derechos en su artículo 1.3:

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

obrar. Es por esto que se encuentran hiperprotegidas y que el ordenamiento jurídico debe ser especialmente garantista para que sea efectiva esta protección (Lama Ayma, 2006, p. 120 y ss. y Gaëlle y Karen, 2009, p. 4).

2.2. Concepto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

El derecho al honor, la intimidad y la imagen propia se encuentran reconocidos como derechos fundamentales en el artículo 18.1 del CE («Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»), y regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia¹⁰. También debemos tener en cuenta que estos derechos están vinculados al artículo 10 de la CE sobre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social») y el artículo 39 de la CE, sobre la protección de la familia.

Por un lado, el honor se puede conceptualizar como la estimación de la persona en y para la sociedad. Lo que se protege con el mismo es la reputación personal que los otros tienen de la persona. También se incluye el prestigio profesional¹¹.

Por el otro, la intimidad personal y familiar se puede definir como el derecho a mantener una esfera privada formada por las manifestaciones de la propia vida que el titular no quiere que sean conocidas¹². Es aquel espacio interior donde solo tienen acceso la propia persona y las personas que aquella autoriza¹³.

¹⁰ BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996.

¹¹ De acuerdo con Gil Antón (2015).

¹² En la STC 134/1999, de 15 de julio (BOE de 18 de agosto de 1999), el tribunal afirma que lo que garantiza el artículo 18.1 de la CE «es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada». *Vid.* también las STC 187/1999, de 25 de octubre (BOE de 30 de noviembre de 1999), STC 115/2000, de 5 de mayo (NCJ051946), STC 83/2002, de 22 de abril (NCJ049762) y STC 196/2004, de 15 de noviembre (NSJ015917).

¹³ *Vid.* Gete-Alonso Calera (2018, p. 276): «La privacidad en las comunicaciones on line, se halla, por ejemplo, en aquellos en los que se establece la exclusividad entre dos personas (el correo electrónico o mensajería privada entre usuarios de redes sociales)».

En tercer lugar, el derecho a la imagen propia, que supone una manifestación del derecho a la intimidad, constituye el derecho a determinar la información gráfica formada a partir de los rasgos físicos personales que pueden tener difusión y el derecho a tener la opción de impedir la publicación o reproducción de la imagen o de los caracteres esenciales en cualquier medio, con independencia de la finalidad perseguida¹⁴.

Se constata, por tanto, que existe un fundamento constitucional para la obligación de protección y asistencia del menor de edad en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Estos derechos tienen un doble contenido: el negativo y el positivo. Así, el aspecto negativo implica que no se trata de un carácter absoluto porque su nivel de protección dependerá del comportamiento de la persona: no es lo mismo una persona que es muy cauta con su vida privada y no hace exposiciones públicas de la misma, que una persona que vive constantemente exponiendo públicamente su faceta privada. En cambio, el aspecto positivo implica el control del mismo por su titular, es decir, el propio titular es el que decide lo que forma parte de su esfera privada y la dota de protección.

3. El ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad por parte de menores de edad

Los titulares de los derechos de la personalidad son las personas físicas, sean o no menores de edad. Es decir, es irrelevante la capacidad de obrar de los mismos. Esto es así de acuerdo con las siguientes premisas. En primer lugar, la capacidad jurídica de la persona física se adquiere con su nacimiento. También porque uno de los rasgos característicos de los derechos de la personalidad es que se trata de derechos innatos, inherentes a la persona. Se ha reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 1/1996, en la Carta Europea de Derechos de los Niños.

En sede de derecho civil español, es en el artículo 162.2. 1.º del CC donde se prevé que se exceptúa de la representación legal «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Este precepto fue objeto de reforma en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁵, donde se introdujo la posibilidad de intervenir de los responsables parentales en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia en los casos en los que el menor no tuviera madurez suficiente.

¹⁴ Según Gil Antón (2015, p. 69), «el derecho a la propia imagen se encuentra delimitado por la voluntad de su titular, que es a quien corresponde decidir si se permite o no la captación y difusión de la imagen».

¹⁵ BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015.

En derecho civil catalán, la norma establecida en el art. 211-5 a) del CCC¹⁶ establece que el menor de edad puede hacer por sí mismo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a los derechos de la personalidad¹⁷. Este criterio se puede encontrar idénticamente reproducido en el artículo 222-47.2 a) del CCC, para la tutela¹⁸, y en el artículo 236-18.2a) del CCC para la potestad parental¹⁹. La LDOIA, en su artículo 17.1, también reconoce la capacidad del menor al incorporarlo como un principio general que integra su estatuto jurídico, cuando establece que, a excepción que la ley limite el ejercicio, los menores y los adolescentes pueden defender y ejercitar por sí mismos sus derechos.

De estas normas se desprende que el menor de edad deberá ser el que presta su consentimiento por sí mismo, concretamente al caso que nos ocupa, sobre la actividad virtual en Internet. Además, este consentimiento deberá ser expreso (art. 2 LO 1/1982). Ahora bien, en la práctica, se constata que los responsables parentales llevan a cabo el ejercicio del derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos menores edad sin su consentimiento, cometiendo una intromisión ilegítima de sus derechos²⁰.

Se trata de uno de los actos en los que se permite intervenir al menor, ya que su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la su personalidad²¹.

¹⁶ Ammerman Yebra (2018, p. 262) no está de acuerdo:

Nos parece una limitación innecesaria que no solo contraviene el espíritu de la propia LO 1/1996, que pretende dotar de mayor autonomía al menor, sino también del propio artículo 3 LO 1/1982, que nada dice sobre la posibilidad de los responsables parentales, limitándola a los casos en que el menor carezca de capacidad natural.

¹⁷ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 597).

¹⁸ Este precepto nos dice que se exceptúa la representación legal del tutor en «els actes relatius als drets de la personalitat».

¹⁹ Se excluye de la representación legal del ejercicio de la potestad «els actes relatius als drets de la personalitat».

²⁰ Ysas Solanes (2013, p. 837) sostiene que al expresar el consentimiento a la intromisión «no implica la absoluta abdicación de los derechos, sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran».

²¹ Entre los actos que afectan a la situación jurídica personal, además de los actos relativos a los derechos de la personalidad, también se permite intervenir al menor de edad por sí mismo en la emancipación y habilitación de edad a partir de los 16 años; vecindad civil y nacionalidad (arts. 14.3, 15.1, 20 y 21 CC); consentimientos para el internamiento y para modificarlo, consentimientos en el ámbito de las intervenciones clínicas y tratamientos médicos (art. 9.3.c de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 2002]); consentimientos sobre la donación de células, tejidos u órganos (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica [BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007]); ejercicio del derecho de asociación y de asociaciones juveniles (arts. 2.1 LODA y 7.2 LOPJM).

El artículo 4.3 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 Civil²², define intromisión legítima en los siguientes términos:

Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Para que una intromisión de estos derechos sea considerada legítima es preciso el consentimiento expreso de su titular, aquí el menor de edad. Tal y como sostenía Díez-Picazo, las intromisiones legítimas no son *numerus clausus*, con lo que hemos de entender que los menores se encuentran *hiperprotegidos*, y por ello, si es necesario, el Ministerio Fiscal y entidades públicas de protección de menores deberán actuar (art. 4.4 LO 1/1996). Esta hiperprotección será mayor conforme menos años tenga el menor de edad²³.

En la misma línea, se ha establecido en el Reglamento 679/2016, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y de la libre circulación de estos, que esta hiperprotección se debe a la su menor consciencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos²⁴.

En efecto, el consentimiento, que debe ser expreso, es el elemento legitimador de la intromisión a su intimidad, y de ahí su importancia²⁵.

²² En adelante Ley Orgánica 1/1996 (BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996).

²³ Vid. Priego Fernández (2012, p. 40). También Gil Antón (2015, p. 86): «Se limita a ejemplificar algunos de ellos, por lo que no estamos ante un *numerus clausus*»; (2015, p. 100): «Sector de la población que requiere una mayor protección». En el mismo sentido, Sziron y Hildt (2018, p. 2) afirman: «The younger the child, the higher the degree of protection required».

²⁴ Vid. exposición de motivos n.º 38 donde se establece:

Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse, en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños.

²⁵ Sobre esto, Gete-Alonso Calera (2018, p. 275) nos dice que «la falta de consentimiento solo puede suplirse, para hacer legítima a la intromisión, por la autorización judicial que, tampoco, siempre podrá decidir en todo».

3.1. Protección del *nasciturus*

Muchas veces el fenómeno *sharenting* comienza antes del nacimiento del hijo cuando los padres comparten en redes sociales datos o imágenes del feto. Cada vez son más populares las ecografías 3D o 4D y cada vez más frecuente que se exhiban en los perfiles de padres.

Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del CC, el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que, con posterioridad, nazca con los requisitos establecidos en el artículo 30 del CC (nacer con vida y que se haya producido el entero desprendimiento del seno materno). El concebido es considerado «hijo» respecto de sus progenitores. Cuando el legislador nos hace referencia a «efectos que le sean favorables», debemos entender que la protección del mismo debe ser amplia y que comprende todos los aspectos de la persona del concebido, en especial los bienes de la personalidad²⁶.

De acuerdo con la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa, el ser humano en gestación es titular de sus datos personales, y si los datos identifican al feto (por ejemplo, ecografías), solo este puede ser tenido por su sujeto portador y afectado como lo sería de haber nacido²⁷.

Además, de acuerdo con el artículo 6.1.2.^a de la LEC, se otorga capacidad para ser parte en el proceso «al concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables», por los que comparecerán «las personas que legítimamente les representarían si ya hubieran nacido». Por ello, el *nasciturus* podría interponer, para protegerse de la intromisión ilegítima, la acción de cese (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982), la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982), así como la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del CC.

Podría afirmarse que como no tiene personalidad jurídica —esta se adquiere con el nacimiento—, no puede ser titular de derechos, entre ellos los de la personalidad. Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el derecho». Por ello podemos defender que antes del nacimiento el *nasciturus* también debe ser protegido.

²⁶ Vid. Corripio Gil Delgado (2018, p. 161).

²⁷ Recomendación n.º R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos.

3.2. Capacidad de obrar progresiva

Como se sabe, las personas menores de edad tienen personalidad jurídica desde el nacimiento (art. 30 CC) y con ello capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad de obrar, que tiene como presupuesto la capacidad natural, es la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones. Por su parte, la capacidad natural, considerada como la capacidad de tomar conciencia de la trascendencia jurídica de los actos jurídicos, los autoriza a actuar autónomamente de sus padres o tutores en el ámbito concreto de sus actos²⁸.

Cuando decimos que dependerá de la madurez, que equivale a la capacidad natural, nos referimos a la capacidad cognitiva, intelectual y volitiva de la persona en general y del menor de edad. La problemática se encuentra en la dificultad de determinar en la práctica cuándo el menor cumple con las condiciones de madurez necesarias para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, siendo preciso una valoración *ad hoc* de su madurez.

El artículo 2 de la LO 1/1982 nos dice que cuando las personas menores de edad no puedan actuar por sí mismas, porque no tienen la capacidad natural o, dicho en otros términos, madurez suficiente, lo harán sus representantes legales: los padres o, en su caso, los tutores legales. Ahora bien, estos deberán tener en cuenta la opinión o deseos de sus hijos menores de edad. Los menores deberán ser escuchados e informados de acuerdo con su capacidad natural y, en todo caso, a partir de los 12 años²⁹.

3.3. La edad

El ordenamiento jurídico no nos define quién es el menor de edad, sino que establece un sistema en el que llegada una edad (18 años) se presupone que la persona física tiene plena capacidad de obrar. Así, serán menores de edad los que no son mayores de 18 años (art. 12 CE).

Por un lado, el ordenamiento jurídico fija unas edades concretas en las que se podrán llevar a cabo determinados actos: a los 14 años se podrá otorgar testamento (art. 663 CC), a partir de los 12 años se podrá consentir la adopción (art. 177 CC) o a partir de los 16 años se podrá solicitar la propia emancipación (art. 317 CC)³⁰.

²⁸ Vaquer Aloy (2013, p. 247): «El consentiment evita que la intromissió en aquests drets es pugui considerar il·legítima». También *vid.* Gete-Alonso Calera (2018, p. 272).

²⁹ *Vid.* Egea Fernández (2017, p. 85).

³⁰ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 580).

Por el otro, la normativa internacional diferencia entre el niño (persona menor de 12 años) y el adolescente (persona entre 12 y 18 años)³¹.

Ahora bien, en algunos casos, no solo se tiene en cuenta la edad, sino la madurez de la persona, esto es, la capacidad natural. La persona menor de edad tiene limitada su capacidad de obrar y en consecuencia se encuentra sometida a los sistemas de guarda (patria potestad, tutela o curatela), lo que no se traduce en que no tenga autonomía.

Se considera que el criterio de la edad de la persona no ha de ser el único elemento para determinar si puede o no llevar a cabo el acto jurídico, sino al contrario: es la madurez o capacidad natural, y ello es debido a que estos actos suponen una manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Ahora bien, será difícil valorar si se tiene o no ese nivel de madurez suficiente que le permita ser conocedor, que comprenda la trascendencia de sus actos³².

3.4. Reconocimiento de la autonomía

Cuando decimos que los menores de edad adoptan un papel activo nos estamos refiriendo al reconocimiento de su autonomía. En otras palabras, participan en los asuntos que les afecten. La protección del menor de edad pasa por darles este papel activo, por reconocerles su autonomía.

Autonomía, en sede de menores de edad, significa que estos individuos tienen libertad para gobernar sus propios actos. Ellos son los que toman la decisión sobre la realización del acto jurídico³³. Aquí nos referimos al ejercicio de su derecho a la intimidad o a la propia imagen, como manifestación de su personalidad. El menor de edad tiene que poder decidir si crea o no su huella digital por medio de las redes sociales y no sus padres. Y, si cabe, también deberá escoger cómo la crea, cuál es el contenido de la misma. Tiene que tener derecho a vetar que determinada información sobre su persona sea pública. Debe ser él mismo el que la construye³⁴.

³¹ Vid. Gete-Alonso Calera (2018, p. 272 y ss.).

³² Sobre la edad, Gil Antón (2015, p. 93): «Existe una tendencia [...] que aboga precisamente no por el criterio de la edad cronológica, sino por la autodeterminación informativa del menor, precisamente basada en los criterios de la madurez suficiente, lo cual puede ser un criterio válido en principio, pero difícil de determinar».

³³ Vid. Gete-Alonso Calera (2005, p. 11).

³⁴ De acuerdo con Lama Ayma (2006, p. 114), «experimentar con la propia imagen forma parte del aprendizaje vital y de la evolución del ser humano».

4. Sistemas de protección

4.1. El papel de los responsables parentales

Los responsables parentales en el ejercicio de la potestad parental deben velar para que los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad sean respetados y no sufran intromisión ilegítima alguna³⁵. Esto no quiere decir que podrán actuar en su nombre, sino lo contrario, los actos relativos a esta tipología de derechos serán llevados a cabo por sí mismos, siempre que su capacidad natural les permita. Así, de entrada, como regla general, se excluye la representación. Decimos de entrada porque podrá ser que no se disponga de esta capacidad, supuesto en el que sí que se requerirá de tal representación.

Siempre que sea posible, el papel de los responsables parentales debe ser el de asistencia³⁶. Por un lado, los menores son los titulares de estos derechos y siempre que la capacidad natural lo permita, ellos son los que llevarán a cabo su ejercicio; y, por el otro, de acuerdo con el principio del interés superior del menor de edad, en la medida que sea viable estos deberán tener un papel activo³⁷.

El contenido personal de la función parental incluye el deber de cuidar y el deber de educar (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 283 y ss.). Estos deberes justifican el papel que los padres deben tener: vigilancia y control de las actividades del menor en el ámbito digital. Nótese que decimos actividades del menor y no de sus responsables parentales, con lo que serán los menores los que deberán crear por sí mismos, con su actividad en redes, su huella digital.

4.2. Intervención del Ministerio Fiscal

El artículo 4.4 de la Ley Orgánica 1/1996, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, preceptúa que corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones

³⁵ Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 761): «The primary role and responsibility of parents is to protect their children».

³⁶ En este sentido, Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 762) sostienen que «since children are immature, they are in need of adult guidance».

³⁷ *Vid.* Ysas Solanes (2013, p. 851): «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten [...] se excluye la representación legal de los padres aquellos actos relativos a derechos de la personalidad».

para garantizar el respeto y la protección de estos derechos y «podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública³⁸.»

En la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad o propia imagen de los menores se establece:

Los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad o por sus sustitutos y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y el Ministerio Fiscal).

Algún sector de la doctrina propone modificar la norma porque la comunicación de los padres del consentimiento de sus hijos al Ministerio Fiscal no es eficaz ni el método más adecuado (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 278).

5. Internet y las redes sociales

5.1. Estado de la cuestión

Cuando los responsables parentales deciden compartir en las redes sociales información personal sobre sus hijos menores, intencionadamente o no, pueden estar cometiendo una violación de su derecho a la intimidad y propia imagen. Así lo ha establecido la jurisprudencia. A modo de ejemplo podemos hacer referencia a la STS de 14 de julio de 2014³⁹, en la que se consideró intromisión ilegítima de estos derechos cuando se publican fotografías a través de direcciones de Internet. Normalmente esta actividad se lleva a cabo sin el consentimiento de los menores, ya sea porque tienen una edad demasiado corta para poder expresarla o porque los padres no son conscientes de que se lo deberían consultar. Es posible que cuando los niños o adolescentes tengan capacidad natural suficiente para

³⁸ Tal y como explica Lama Ayma (2006, p. 170), «aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo la intromisión en su derecho a la imagen, cuando dicha intromisión sea contraria a su personalidad o a sus derechos fundamentales deberá intervenir el Ministerio Fiscal aunque el menor pueda prestar válidamente su consentimiento por tener madurez suficiente, debiendo el Ministerio Fiscal actuar a posteriori para proteger el interés del menor».

³⁹ RJ 2014/4529.

comprender la trascendencia de estos actos, no estén de acuerdo con la huella digital que ha sido creada sin su consentimiento por sus padres⁴⁰.

La actual generación de personas menores de edad es la que más presencia tiene en Internet y en consecuencia la que sufre más intromisiones ilegítimas de sus derechos a la intimidad personal y familiar y la propia imagen⁴¹.

5.2. Privacidad e Internet

Los menores de edad, para el correcto y libre desarrollo de su personalidad necesitan privacidad y que sean ellos mismos los que decidan cómo actuar públicamente. Es en la minoría cuando la personalidad sufre su mayor desarrollo, lo que implica que el ordenamiento jurídico debe establecer un sistema de hiperprotección⁴².

Podemos clasificar tres niveles de protección. El nivel de protección más alto es aquel en el que no se publican imágenes de los menores ni se incluyen elementos en las mismas que puedan identificarlos. Se esperará a que los mismos tengan capacidad natural para que veten o no ese contenido. Es frecuente que los usuarios utilicen emoticonos tapando las caras de los menores, con lo que no se les puede identificar, o que se publiquen imágenes de espalda, o una parte del cuerpo (manos, pies), con lo que no se identifica al menor⁴³. De esta forma no estamos cometiendo una intromisión ilegítima sobre su derecho a la intimidad personal y familiar ni a la propia imagen.

⁴⁰ En efecto, tal y como establece Gil Antón (2015, p. 99), «cada persona define qué parcelas de su existencia desea compartir y cuáles prefiere salvaguardar». Gaëlle y Karen (2019, p. 4) destacan la importancia de que sea el propio adolescente el que diseña su huella digital: «Through sharenting, parents thus shape the digital identity of their children even before they become active in the online world themselves. This online representation might contradict with the way adolescents strive to represent themselves».

⁴¹ Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 760): «The literature suggest that today's children are the most watched over generation in memory and that the monitoring of children is seen as a central characteristic of modern childhood».

⁴² Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 772) lo afirma en los siguientes términos: «Children need physical privacy in order to develop their individuality and their self-reliance, as well as for the sake of their creativity and other attributes important to personal development».

⁴³ Algunos de los *influencers* de Instagram que utilizan esta técnica de protección de la intimidad e imagen de los menores de edad son el futbolista @marcbartra y su esposa @melissajimenez (6.300.000 y 650.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019), la actriz @elenafuriase (396.000 seguidores en abril 2019), el torero @cayetanorivera y @evagonzalezoficial (398.000 y 1.100.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019).

Un segundo nivel de protección es el que los padres configuren sus cuentas de las redes sociales como privadas. Esta configuración no garantiza que no se cometa una intromisión ilegítima porque dependerá de lo cautelosos que sean los responsables parentales a la hora de seleccionar sus *amistades*. Así, por ejemplo, no será lo mismo que un usuario tenga un perfil privado con 50 amistades, de las cuales una parte importante es familia y amigos que conoce personalmente, a otro que, aun teniendo una cuenta privada, tiene 2.500 amistades. En este caso es mucho más difícil de controlar, saber qué uso harán de la imagen de su hijo menor de edad.

Además, se debe tener en cuenta que cuando se publica una imagen, post o información en redes existe la posibilidad de filtrar entre las amistades quién puede tener acceso.

En Instagram, por ejemplo, cuando se publican *historias* (contenido que si no lo configuras como destacado es publicado durante solo 24 horas en el muro) se pueden configurar para que solo sea visible entre la lista de «Mejores amigos» (los usuarios la configuran entre sus amistades).

En Facebook, en las historias temporales y en las publicaciones del muro, se puede publicar seleccionando listas de «Amigos», «Amigos, excepto...», «Amigos concretos», «Familia» o «Mejores amigos».

En la aplicación de chat WhatsApp se permite que la imagen de perfil (que podría estar compuesta por la imagen de los hijos menores de edad) sea visible solo entre los contactos que han estado previamente guardados en nuestra agenda de contactos. Con esta medida contralamos que solo nuestros contactos tengan acceso a la imagen. WhatsApp también permite publicar historias. Así, sobre las «historias» la aplicación permite configurar la privacidad del usuario a tres niveles «Mis contactos», «Mis contactos, excepto...» y «Solo compartir con...».

El nivel de protección mínimo es aquel en que no se configura la privacidad de las cuentas de las redes, con lo que cualquier usuario de la red social en cuestión tiene acceso a las publicaciones. Es lo que se conoce como cuenta pública. Es en estos casos cuando la intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen será más grave, porque no se está llevando a cabo ningún control por parte del titular de la cuenta, aquí el responsable parental, sobre quién tiene acceso a la imagen y a los datos del menor de edad.

5.3. La huella digital

La huella digital puede conceptualizarse como el conjunto de información sobre la persona creada voluntariamente a través de la actividad virtual: páginas web, correo electrónico

nico, post en blogs o imágenes subidas en redes sociales, entre otras. Tal y como indica Solé Resina es el «rastro que se deja en Internet»⁴⁴.

Esta huella se irá formando a partir de la información contenida en Internet sobre la persona. Debe ser creada voluntariamente y en el caso de los menores de edad esta voluntariedad puede no estar garantizada porque ha estado formada a través de intromisiones ilegítimas llevadas a cabo por terceras personas, en muchos casos, por los responsables parentales que, en lugar de llevar a cabo el papel de protección que el ordenamiento jurídico les ha encomendado, han hecho *sharenting* u *oversharenting*. ¿Son conscientes los responsables parentales que con su actividad en redes se está ocasionando una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad? (en todo caso, como hemos dicho, la intención del daño en la intromisión es irrelevante). ¿Saben que están creando una huella digital sin que conste la voluntariedad del titular del derecho, esto es, del menor⁴⁵?

En muchos casos los responsables parentales no tienen el conocimiento ni la información suficiente para saber que su actividad digital está ocasionando una intromisión ilegítima de un derecho fundamental. Es muy probable que si se dispusiera de esta información, concienciación, educación, etc., los padres llevarían a cabo una actividad en redes sociales más responsable con el derecho a la intimidad personal y propia imagen de los menores de edad⁴⁶.

5.4. El consentimiento en las redes sociales

La importancia del consentimiento del menor de edad en las redes sociales radica en el hecho de que este es el elemento legitimador de la intromisión al derecho fundamental⁴⁷. Deberemos tener en cuenta, caso por caso, la capacidad natural del menor, esto es, la po-

⁴⁴ Solé Resina (2018, p. 419) añade que «la huella en la red global proporciona una información sobre la persona, que en cantidad y calidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera Internet era mucho más difícil de obtener y recopilar». En el mismo sentido, Ammerman Yebra (2018, p. 254), cuando alude al fenómeno *sharenting*, explica que se está creando una «identidad digital de los menores [...]». Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores». También Sziron y Hildt (2018, p. 1): «There is now the awareness that children 0-5 are increasingly users of digital media themselves, which may lead to creating a digital footprint without knowing it».

⁴⁵ Vid. Gaëlle y Karen (2019, p. 8): «While parents share photos and information about their children online in order to boost their self-presentation as a parent, they also shape the digital identity of their children».

⁴⁶ Steinberg (2017, p. 847): «Most parents act with good intentions when they share personal information and photos of their children online. [...] But parents often share without being fully informed of the consequences of their online disclosures and many are unaware of the long-term consequences of their posts».

⁴⁷ Vid. Gil Antón (2015, p. 69): «El consentimiento del sujeto es determinante, [...] y respecto de los menores e incapacitados, la prohibición de captación y reproducción es absoluta y sin excepciones». En el mismo sentido, Gete-Alonso Calera (2018, p. 277): «Para legitimar la intromisión, la persona debe prestar su consentimiento expreso».

sibilidad de entendimiento y comprensión de la trascendencia del acto. De acuerdo con Gete-Alonso Calera remitimos a la capacidad natural nos permite afirmar que el menor de edad a partir de los 12/14 años deberá ser el que preste el consentimiento a la intromisión de su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Es decir, deberá consentir o no que sus padres publiquen en sus perfiles su imagen o vídeos, pudiendo, por tanto, vetarlas (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 278).

Hasta ahora, en el Estado español, la edad a partir de la cual se podía prestar el consentimiento en redes sociales eran los 14 años (art. 13.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de protección de datos de carácter personal, actualmente derogada). Ahora bien, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales⁴⁸ se establece que la edad mínima será los 14 años (art. 7 LO 3/2018).

La problemática es más grave en los casos en los que los menores de edad tienen una edad menor, ya que en estos supuestos es difícil darles un papel activo porque carecen de capacidad natural y muchas veces son los responsables parentales los que deberían asistirlos y los que precisamente cometen esta intromisión ilegítima⁴⁹. Ahora bien, si su nivel de madurez y de comprensión de la trascendencia del acto le permite entender, se deberá consultar al menor sobre el contenido de su persona en la publicación, y si este considera que no debe ser público, podrá incluso vetar esa publicación⁵⁰.

5.5. Conductas lesivas y riesgos

A continuación se hará referencia a una serie de conductas que son especialmente lesivas y que implican graves riesgos, más a allá de la intromisión ilegítima del derecho a la personalidad.

a) Suplantación de identidad y *bullying*

Cuando los responsables parentales, aunque no sean conscientes⁵¹, publican información o detalles sobre los menores de edad, por ejemplo, el lugar, el nombre completo, la edad o

⁴⁸ BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁴⁹ Ponen de manifiesto esta problemática Sziron y Hildt (2018, p. 2), y sostienen que «young children, ages 0-5, are not able to make autonomous decisions, and lack awareness of and ability to control possible negative consequences of their online activity and privacy».

⁵⁰ Gaëlle y Karen (2019, p. 18) destacan la importancia de la opinión, en su caso de los adolescentes: «Deleting these pictures immediately is very important according to these adolescents, in order to limit the potential impact of it».

⁵¹ De acuerdo con Steinberg (2017, p. 850): «Some parents are lulled into a false sense of security that the data they share about their children will not be seen beyond a select audience».

fotografías, se está facilitando que terceras personas puedan robar su identidad. Por ello, los padres, además de estar cometiendo una intromisión ilegítima, se deberían plantear que las imágenes que cuelgan en sus perfiles pueden ser copiadas o reproducidas. Alguno de los «amigos» que ha tenido acceso a las mismas las puede compartir o colgarlas en alguna web no deseada, dejándose de tener el control sobre las mismas.

Corremos el peligro de la viralización a través de «memes». Así, por ejemplo, en determinados momentos circulan a través de los grupos de WhatsApp imágenes o vídeos de carácter burlesco sobre menores de edad. Para nosotros puede ser una broma o un momento divertido. Sin embargo, nos debemos plantear si ese efecto dominó de transmisión de esa imagen consta con el consentimiento del menor e incluso si sus responsables parentales al compartir esas imágenes creían que era posible que se produjera este efecto viral, perdiéndose por completo el control de las imágenes y de su uso.

b) *Digital kidnapping*

En ocasiones, cuando los padres publican en redes sociales imágenes sobre sus hijos, estas son compartidas por terceras personas sin el consentimiento del menor ni del responsable parental. Se trata, en definitiva, de la difusión no consentida de fotografías por terceros⁵².

Algunos *influencers* que publican repetidamente imágenes sobre sus hijos indican en sus perfiles que no se utilicen las fotos de sus hijos. Ahora bien, para controlar efectivamente que no se difunda su imagen es recomendable configurar las cuentas como «privadas» y controlar las «amistades» de las mismas y, en su caso, vetar al acceso de determinadas personas.

c) Reputación digital

Todas las conductas lesivas anteriormente referenciadas pueden influenciar negativamente en la reputación digital de los menores de edad. De acuerdo con el derecho a un futuro abierto (*child's right to an open future*) deberán ser ellos mismos, cuando tengan autonomía y capacidad para comprender sus actos, los que configuren su huella y reputación digital.

Hay casos en los que los padres crean cuentas en las redes sociales en nombre de sus hijos, muchas veces desde su nacimiento. Los responsables parentales actúan como administradores de las mismas y diseñan un perfil del menor, frecuentemente compartidas con

⁵² En el trabajo de Steinberg (2017, p. 854 y ss.) se ejemplifica: «After posting a Picture of her two daughters, Ashley found it was share by another Facebook page that seemed to share many pictures of little girls».

los hermanos (nacidos o no)⁵³. También se dan casos en los que se crean cuentas de menores de edad que sufren alguna discapacidad, como el síndrome de Down⁵⁴. Ante estas prácticas podemos encontrarnos en supuestos de *oversharenting*. No solo se comparten sus imágenes y datos personales, sino que se crea un perfil que afectará a la reputación digital y a su huella digital.

6. El interés superior del menor de edad

De acuerdo con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor el interés superior del menor es el principio que se deberá tener en cuenta a la hora de elaborar, aplicar e interpretar las leyes. En el caso que nos ocupa, deberemos plantearnos cómo afectan las publicaciones de menores en redes sociales al interés superior del menor de edad⁵⁵.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado en el sentido que el mismo no se puede precisar genéricamente, sino que será caso por caso cuando se concretará su alcance⁵⁶. El Tribunal Supremo ha establecido, además, con su jurisprudencia⁵⁷, que se trata de un principio de orden público.

Si tenemos en cuenta el fenómeno del *sharenting* notaremos que, de acuerdo con este principio, con el objeto de proteger el derecho a la intimidad de los menores de edad, se

⁵³ Algunos ejemplos de menores *influencers* que disponen de cuentas propias en Instagram: @minicavalliers, 9.490 seguidores en abril 2019, cuenta de Constanza (2 años) y Miranda Bruno (aún no ha nacido - *nasciturus*); @eldiariodenaturaydelmar, 84.800 seguidores en abril 2019, cuenta de Natura (2 años) y DelMar Furio (2 meses); @mysweetvalerie, 35.100 seguidores en abril 2019, cuenta de Valeria Pérez (3 años) en su perfil se redirecciona vídeo de su nacimiento en el canal de YouTube.

⁵⁴ Algunos ejemplos de menores de edad con síndrome de Down *influencers* que disponen de cuentas propias en Instagram: @bosco_star, 3 años de edad y 9.100 seguidores en mayo 2019; @pepitamola, 4 años y 240.000 seguidores en mayo 2019. Los hashtags «t21», «t21rocks» o «t21baby» tienen 376.000, 36.300 y 5.300 fotografías respectivamente, en mayo 2019.

⁵⁵ Gete-Alonso Calera (2015, p. 3): «A partir del moment en que se'l pren com a subjecte no només passiu sinó actiu, la qual cosa es tradueix en l'admissió d'autonomia, per donar-li entrada i participació en els assumptes que l'afecten». En el mateix sentit, *vid.* Egea Fernández (2017, p. 85): «Concebem las personas menores de edad com a subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi medi personal i social». También Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 594): «La protección del menor solo se puede conseguir considerándole como un sujeto activo, lo que se traduce en un reconocimiento cada vez mayor de su autonomía».

⁵⁶ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013 p. 587).

⁵⁷ SSTs de 31 de mayo de 2011 (recurso 202/2008) y de 25 de abril de 2011 (recurso 2244/2008).

debería prever alguna norma jurídica que garantice expresamente este interés o diseñar políticas públicas en esta dirección⁵⁸.

Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana prevé expresamente la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia⁵⁹, en su artículo 32.3, que «las personas progenitoras, o los que, en su lugar, ejerzan la guarda, deben acompañar a los niños, las niñas o los adolescentes en su aprendizaje en el buen uso de Internet y de las redes sociales».

Por su parte, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia⁶⁰, abasta la legislación catalana sobre esta materia. El interés superior del niño y del adolescente es uno de sus principios rectores con lo que, de acuerdo a su artículo 3, sobre la responsabilidad ciudadana y pública, existe la obligación de garantizar el respeto efectivo de este principio rector, con lo que las normas y las políticas públicas deberán garantizarlo.

7. Resarcimiento por el daño causado con la intromisión ilegítima

La producción del daño derivado de la intromisión ilegítima mediante la publicación en redes sociales de su imagen permitirá al afectado (en el caso que nos ocupa, el menor de edad) ejercer varias acciones para su resarcimiento. En particular, el afectado puede acudir a la prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para el cese y la compensación del daño por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del CC⁶¹.

Debemos tener en cuenta que no se requiere en la intromisión ilegítima una intención especial de querer perjudicar (*animus iniuriandi*). La voluntad o no de causar el daño es irrelevante y de hecho en muchos casos los padres desconocen que con sus publicaciones las están causando.

⁵⁸ En Italia, por ejemplo, tal y como establece Bari (2017-2, p. 266), la policía italiana invita a los responsables parentales a reflexionar sobre los riesgos de la exposición de la imagen de sus hijos en redes sociales:

Questo pericolo è stato recentemente sottolineato in ambito italiano anche dalla polizia postale, la quale ha invitato gli adulti e in particolare i genitori a riflettere sul fatto che a finire potenzialmente nelle mani sbagliate potrebbero essere non soltanto le immagini inserite sui social network senza restrizioni, e quindi visibili a qualsiasi utente, ma anche quelle diffuse in gruppi privati o anche quelle pubblicate impostando con cura i parametri relativi alla privacy del proprio portfolio.

⁵⁹ BOE n.º 39 de 14 de febrero de 2019.

⁶⁰ DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010. *Vid.* Garriga Gorina (2010).

⁶¹ Sobre las garantías civiles de los derechos de la personalidad *vid.* García Rubio (2013, p. 624 y ss.).

7.1. Legitimación activa

La legitimación para reclamar corresponde al hijo cuando adquiera la mayoría de edad, al Ministerio Fiscal y, cuando la intromisión se haya llevado por solo uno de los titulares de la patria potestad, al otro progenitor en su representación.

A tenor del artículo 7 de la LEC relativo a la comparecencia en juicio y representación «solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Y, en el caso que nos ocupa, en tanto que son menores de edad con la capacidad de obrar limitada, «mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley».

7.2. Acciones

Entendemos que se podrían interponer las acciones de la Ley Orgánica 1/1982 y la de responsabilidad civil extracontractual del 1902 CC.

La acción de cese y la acción de indemnización por daños y perjuicios se encuentran reguladas en el artículo 9.2.uno y dos de la Ley Orgánica 1/1982, en los siguientes términos:

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Por un lado, la acción de cese (art. 9.2.a y b LO 1/1982) deberá conllevar que se eliminen las publicaciones con datos o imágenes de los menores de edad. Se deberán borrar las mismas. El problema puede ser mayor si no se ha llevado a cabo un exhaustivo control de las mismas, por ejemplo, porque la cuenta es pública y terceros han utilizado esas imágenes. De ahí la importancia de la prevención y de controlar *a priori* los datos que compartimos.

Por el otro, respecto a la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982) se deberá valorar el daño moral, en este caso entendido en la posibilidad de que uno mismo no pueda desarrollar libremente su personalidad y que, contra su voluntad, se hayan hecho públicos datos de su vida privada. En el caso de que como consecuencia de estas intromisiones ilegítimas los responsables parentales hayan obtenido una ganancia por su explotación comercial, este beneficio se deberá tener también

en cuenta. Esto será especialmente relevante en los casos en los que los sean padres *influencers* (esto es, perfiles con muchos seguidores)⁶².

En tercer lugar, es oponible también la acción por responsabilidad extracontractual por culpa del 1902 del CC, en virtud del cual existe la obligación de reparar el daño (intromisión en el derecho a la intimidad y propia imagen) causado a terceras personas (menores de edad). De acuerdo con el sistema del derecho de daños, quien causa un daño debe repararlo⁶³.

Ante los casos más graves podríamos llegar a cuestiones si estas intromisiones ilegítimas de un derecho fundamental pueden ser susceptibles de suspender o privar la patria potestad.

Téngase en cuenta, además, que estas acciones caducan a los cuatro años desde que el legitimado (aquí el menor de edad) pudo ejercitarlas (art. 9.5 LO 1/1982). ¿Cuándo debemos considerar que las pudo ejercitar? Parece acertado considerar que el plazo de caducidad comenzaría a correr desde que el menor de edad tiene capacidad natural para consentir estas intromisiones.

⁶² Por ejemplo, en los EUA, con el fenómeno Daddy of Five se llegó a retirar la patria potestad. Estos padres publicaban en su canal de YouTube vídeos y fotografías de sus hijos con una actitud muy burlesca y gran parte del contenido fue viralizado. En este caso se les llegó a acusar de maltrato infantil.

⁶³ Por ejemplo, la STS 409/2014, de 14 de julio (recurso 995/2012) establece que la indemnización se establecerá en función de las circunstancias, la difusión y el beneficio obtenido:

Acreditada la intromisión ilegítima en la intimidad del menor, procede de conformidad con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 determinar la cuantía de la indemnización en los términos debatidos en la instancia. La parte demandante solicitó la cantidad de 30.000 euros, que la demandada considera desproporcionada. Se considera, sin embargo, que la cantidad solicitada en la demanda es proporcionada a: a) las circunstancias del caso, en el que se ve afectada una menor de edad, en un asunto en el que podría haberse visto afectada su seguridad, y en el que probablemente, como consecuencia del mismo, se aumentó el miedo o preocupación de la menor; b) la difusión del medio, por vía no solo de la revista, sino también a través de su página web con un número de visitas importante, según la documental obrante en autos; y c) el beneficio obtenido, que afirma la parte demandada fue de 8.702 descontados costes, pero con un dato de ingresos reconocido de más de 120.000 euros entre ingresos directos y publicidad, sin que se estime procedente, en atención a la materia, la condena a difundir el fallo de la sentencia, dado el tiempo transcurrido desde la publicación de la noticia y en interés precisamente de la menor.

También se puede traer a colación la SAP de Pontevedra, de 20 de abril de 1994 (rollo de apelación núm. 219/1993), donde, aunque la madre consintió tácitamente, se consideró que, como no constaba la comunicación al Ministerio Fiscal, el uso de la imagen de la menor vulneraba su interés y se debía indemnizar por el daño producido. Otra sentencia que interesa citar es la SJPI de Valladolid 104/2019, de 28 de junio (procedimiento núm. 1112/2018):

La realidad de un uso no autorizado de la imagen con fines comerciales o publicitarios desde el 22 de octubre del 2018 hasta el 19 de junio del 2019, y, por tanto, presumiéndose que el perjuicio existe por la intromisión ilegítima producida, la valoración del mismo debe reducirse a una suma más reducida de 6.000 €, más acorde a las circunstancias ya descritas, al daño efectivamente producido y al beneficio comercial/empresarial obtenido por dicho uso no consentido.

8. Estado de la cuestión en sede de derecho comparado

8.1. La protección digital del menor de edad en el estado de California

Los EUA han sido los pioneros en la regulación del derecho a la privacidad de las personas menores de edad a Internet. En 1998 se publicó la *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)* en la que se estableció, entre otras medidas, que se debía incluir información sobre la política de privacidad de las webs.

En los EUA, como regla general, los menores de 13 años requieren el consentimiento de sus padres o representantes legales para que puedan tener un perfil propio en redes sociales. Respecto a los padres, se calcula que el 83 % de los mismos tiene un papel activo sobre su actividad parental en las redes sociales. Esta actividad parental comporta, en muchos casos, una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos⁶⁴.

Por su parte, California es el estado de los EUA que se conoce popularmente como el líder de la protección de la privacidad digital⁶⁵. En efecto, la Ley de privacidad de los menores de edad permite, expresamente, que las personas menores de edad puedan eliminar post de las redes sociales⁶⁶.

8.2. La doctrina europea: el derecho al olvido y a un futuro abierto

En sede europea, el derecho al olvido implica la posibilidad de las personas, en este estudio menores de edad, de eliminar los datos personales de Internet (Sziron y Hildt, 2018, p. 2). Estos datos personales han sido proporcionados por los responsables parentales, y de ahí que este fenómeno sea conocido como *sharenting*. Algunos autores afirman que los menores de edad tienen el derecho a un futuro abierto (*child's right to an open future*) en el sentido de que cuando tengan capacidad natural para comprender las consecuencias de su presencia en el mundo virtual, deben tener la posibilidad de esco-

⁶⁴ Gaëlle y Karen (2019, p. 3): «Several of them admit that they sometimes share inappropriate things, which might have some consequences for their children».

⁶⁵ Vid. Steinberg (2017, p. 863): «One state offers additional protections to children to protect their privacy in the online context: California».

⁶⁶ Cal. Business & Profession Code, Chapter 22.1 Privacy Rights for California Minors in the Digital World [22580 - 22582].

ger cuál y cómo debe ser su huella digital. En definitiva, son ellos y no sus responsables parentales los que la deben configurar⁶⁷.

8.3. *L'art. 226-1 Code pénal* de Francia

Debemos hacer referencia a este Estado porque es en Francia donde aparece por primera vez el concepto de interés superior del menor de edad. Es por ello que no nos debe sorprender que sea precisamente en este Estado donde se regule expresamente la responsabilidad civil y penal de los responsables parentales por la intromisión ilegítima del derecho a la imagen y a la intimidad de sus hijos menores de edad.

Así, el Código Penal francés permite a los menores de edad demandar a sus padres por publicar fotografías en Internet⁶⁸. En efecto, el artículo 226-1 del *Code pénal* dispone que pueden ser sancionados con 45.000 euros y con una pena de un año de prisión por la publicación de imágenes sin su consentimiento.

9. Propuesta de guía de buenas prácticas

A continuación se propone una guía de buenas prácticas que deberían tener en cuenta los responsables parentales y que tiene por objetivo proteger el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los hijos menores de edad en las redes sociales:

- a) Familiarizarse y conocer las normas de privacidad de las diferentes redes sociales para poder saber el impacto que tienen las publicaciones. Tener en cuenta que muchas veces las opciones de privacidad permiten bloquear perfiles determinados que nos puede interesar que no tengan acceso a nuestro contenido⁶⁹.
- b) Activar un sistema de alerta como Google Alert que nos permita saber y controlar cuándo se publica en alguna página web información sobre nuestro hijo menor de edad. También se deberían activar las notificaciones de las aplicaciones en nuestros dispositivos para controlar los comentarios y saber lo que se está mencionando en redes sobre ellos.

⁶⁷ En este sentido, Sziron y Hildt (2018, p. 1) sostienen: «The child's right to an open future is a set of autonomy rights-in trust. Children cannot exert these rights yet, but these rights can be violated before the child acquires the capability to act autonomously».

⁶⁸ Vid. Chazan (March, 1, 2016) y Blum-Ross y Livingstone (2017, p. 110).

⁶⁹ Steinberg (2017, p. 867) propone «educate parents about their use of social media consistent with the recognized need to protect children's privacy».

- c) Cuando se comparte información sobre datos personales de los menores de edad es también recomendable hacerlo de forma anónima para respetar su privacidad y evitar que quede dañada su reputación digital. En la misma línea, y por motivos de seguridad, se debe evitar dar la localización del niño o la niña.
- d) Es importante que las cuentas de las redes sociales sean privadas. Esta configuración permite tener un mayor control sobre quién tiene acceso a esa información o imagen y administrar nuestro público⁷⁰.
- e) Tener la máxima cautela a la hora de compartir información sobre las personas menores de edad. Existe la posibilidad, cuando se comparten imágenes y datos, de filtrar entre un grupo concreto de usuarios. De esta forma las publicaciones solo se mostrarán en el grupo escogido, configurado, por ejemplo, por miembros de la familia.
- f) En la medida que el menor de edad tenga madurez suficiente para comprender los actos, consultarle sobre los mismos y darle la oportunidad de vetar la publicación sobre su imagen si lo estima conveniente⁷¹.
- g) Evitar compartir imágenes de los menores de edad desnudos o semidesnudos. A veces son frecuentes las imágenes y vídeos de bebés a la hora del baño.
- h) Preguntarse sobre los efectos que pueden tener a medio y largo plazo en el libre desarrollo de su personalidad estas intromisiones ilegítimas. Es importante que sean ellos mismos los que, con el libre ejercicio de este derecho fundamental, construyan a su arbitrio su huella digital.
- i) Por parte de las Administraciones públicas diseñar campañas de concienciación o de salud pública. Concretamente se deberían llevar a cabo las siguientes políticas: por un lado, proponer una guía de buenas prácticas para responsables

⁷⁰ SAP de Lugo (Sec.1.ª) 57/2017, de 15 de febrero (recurso de apelación núm. 377/2016):

Falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo, como ya hemos dicho.

⁷¹ Bari (2017-2, p. 268) considera que los menores de edad mayores de 5 años ya tienen un desarrollo de su personalidad que les permite decidir sobre la publicación de su imagen en redes sociales. Sziron y Hildt (2018, p. 1 y ss.) centran su estudio en los menores de 0-5 años por ser en esta franja de edad especialmente vulnerables y según él a partir de los 5 años ya pueden ser conscientes.

parentales. Por el otro, siguiendo el modelo implantado en el Reino Unido⁷², establecer un programa curricular obligatorio en los planes docentes de la enseñanza obligatoria (educación primaria y educación secundaria obligatoria) sobre un buen ejercicio y la responsabilidad del uso de los datos y la imagen en las redes sociales.

10. Conclusiones y reflexiones finales

1. Los menores de edad se encuentran sobrepuestos en las redes sociales como consecuencia de la conducta de los responsables parentales.
2. Se constata que, en sede de derechos de la personalidad, los menores de edad son los que deben llevar a cabo por sí mismos su ejercicio, siempre que dispongan de capacidad natural.
3. Cuando los responsables parentales, sin el consentimiento de sus hijos menores de edad, publican datos o fotografías de estos, están cometiendo una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Es precisamente este consentimiento el elemento legitimador de esta intromisión y de ahí su importancia.
4. Es posible que en los próximos tiempos el fenómeno *sharenting* evolucione hacia lo que algunos estudiosos están comenzando a conceptualizar como *oversharenting*, debido a la sobrexposición de los menores en redes sociales y a la creación por parte de los padres de cuentas/perfiles a su nombre desde su nacimiento.
5. Se propone diseñar políticas de educación y de consciencia sobre la publicación de imágenes y datos de los menores de edad y de sus consecuencias. Se debe procurar hacer un uso saludable de Internet.
6. Los menores de edad, cuando adquieran la capacidad natural, y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán interponer una acción de cesación de la intromisión ilegítima, una acción de indemnización por daños y perjuicios o de responsabilidad extracontractual.
7. En sede de derecho comparado, los EUA y Francia son Estados que están llevando a cabo políticas de protección de estos derechos a los menores de edad. Nos podríamos plantear si pueden ser modelos a seguir o que nos puedan ayudar a diseñar nuestras propias líneas de actuación.

⁷² Vid. Sziron y Hildt (2018, p. 2). En efecto, el Reino Unido ha diseñado el UK Children Commissioners, que se imparte obligatoriamente en las escuelas a menores de edad entre 4 y 14 años.

Referencias bibliográficas

- Ammerman Yebra, J. (2018). El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis (extraordinario), 253-264.
- Bari, C. di (2017-2). L'infanzia rappresentata dai genitori nei social network: riflessioni pedagogiche sullo sharenting. *Studi sulla Formazione*, 20.
- Blum-Ross, A. y Livingstone, S. (2017). «Sharenting» parent blogging, and the boundaries of the digital self. *Popular Communication*, 15(2).
- Cadenas Osuna, D. (2018). El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 789-853.
- Corripio Gil Delgado, M. R. (2018). El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido». *Revista Derecho Civil*, V(4), 139-182.
- Chazan, D. (March 1, 2016). French parents «could be jailed» for posting children's photos online. *The Telegraph*.
- Egea Fernández, J. (2017). Article 211-5: Minoria d'edat. En J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (Dir.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: La persona física i les institucions de protecció de la persona* (pp. 83-90). Barcelona: Atelier Llibres Jurídics.
- Gaëlle, O. y Karen, V. (2019). Sharenting: Parental adoration or public humiliation? A focus group study on adolescents experiences with sharenting against the background of their own impression management. *Children and Youth Services Review*.
- García Rubio, M. P. (2013). Los derechos de la personalidad. En M. C. Gete-Alonso Calera (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 2, pp. 595-632). Pamplona: Civitas.
- Garriga Gorina, M. (2010). Nota a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència. *InDret*, 3.
- Gete-Alonso Calera, M. C. (2005). Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana. *InDret*, 1.
- Gete-Alonso Calera, M. C. (2018). Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana. En J. Solé Resina y V. Almada Mozetic (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)* (pp. 271-288). Madrid: Dykinson.
- Gil Antón, A. M. (2015). ¿Privacidad del Menor en Internet? «Me gusta» ¡¡¡todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con su simple «click»!!! Pamplona: Thomson Reuters.
- Lama Ayma, A. de (2006). *Los derechos de la personalidad de los menores de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lambea Rueda, A. (2018). Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, 4, 183-232.
- Parra Lucán, M. A. y Arenas García, R. (2013). Minoría de edad. En Gete-Alonso Calera, M. C. (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 1, pp. 579-642). Pamplona: Civitas.
- Priego Fernández, V. (2012). La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red. En E. Jordá Capitán (Coord.), *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías* (pp. 35-72). Madrid: El Derecho.



- Shmueli, B. y Blecher-Prigat, A. (2011). Privacy for children. *Columbia Human Rights Law Review*, 42, 759.
- Solé Resina, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual. *Anuario de Derecho Civil*, LXXI(2), 417-440.
- Steinberg, S. B. (2017). Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, 66(839), 849.
- Sziron, M. y Hildt, E. (2018). Digital Media, the Right to an Open Future, and Children 0-5. *Frontiers in Psychology*, 9, 1-3.
- Tintoré Garriga, M. P. (2017). Sharenting y responsabilidad parental. Monográfico: menores y redes sociales. *Revista La Ley Derecho de Familia*, 14, 43 y ss.
- Vaquer Aloy, A. (2013). Els drets de la personalitat. En A. Vaquer Aloy (Coord.), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*. Barcelona: Atelier.
- Yiseul Choi, G. y Lewallen, J. (2018). «Say Instagram, Kids!»: Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram. *Howard Journal of Communications*, 29(2), 144-164.
- Ysas Solanes, M. (2013). Derechos en la esfera moral. En M. C. Gete-Alonso Calera (Dir.) y Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 2, pp. 833-876), Pamplona: Civitas.