



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Protección de los menores en las redes sociales. En especial,
el derecho a la propia imagen.

Autor/es

JORGE NALDA GIRAUTA

Director/es

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



Protección de los menores en las redes sociales. En especial, el derecho a la propia imagen., de JORGE NALDA GIRAUTA
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES.
EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**

ALUMNO:

JORGE NALDA GIRAUTA

TUTOR:

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO ACADÉMICO 2018-2019

Al Derecho, por demostrarme que nunca estuve equivocado. A mi familia, por acompañarme en esta gran vocación.

ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

Art.: Artículo.

CE: Constitución española de 1978.

CC: Código Civil de 1889.

DA: Disposición Adicional.

ERC: Esquerra Republicana de Catalunya.

Et al: y otros.

F.J: Fundamento Jurídico.

GT29: Grupo de trabajo del artículo 29 sobre protección de datos.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LO: Ley Orgánica.

LO 1/1982: 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.

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

LO 1/1996: 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.

LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

PP: Partido Popular.

P.: página.

PP.: páginas.

PSOE: Partido Socialista Obrero Español.

RD: Real Decreto.

RGPD: 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)

SAN: Sentencia emitida por la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia emitida por la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia emitida por el Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

INDICE

1. RESUMEN/ ABSTRACT _____	5
2. INTRODUCCIÓN. _____	6
3. ERA DIGITAL Y REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. MENCIÓN AL MENOR DE EDAD EN SU ACCESO A LAS REDES SOCIALES _____	7
4. NORMATIVA EUROPEA Y NACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. _____	9
4.1. Novedades normativas desde la UE: el nuevo reglamento en materia de protección de datos. Referencia al menor de edad. _____	9
4.2 Desde España. _____	10
5. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR EN LAS REDES SOCIALES _____	15
5.1. Asentamiento constitucional y civil. Mención al artículo 18 de la Constitución española, y la LO 1/1982, de 5 de mayo. Reflejo jurisprudencial. _____	16
5.2. La equivalencia entre dato personal y propia imagen. _____	18
5.3. El menor y su imagen en el ciberespacio, en concreto, dentro de las redes sociales. _____	20
5.3.1 Publicación de imágenes de los menores de catorce años. _____	24
5.3.2. Publicación de imágenes de los mayores de catorce años. _____	26
6. PARTICULARIDADES JURÍDICAS DEL ACCESO DEL MENOR A LAS REDES SOCIALES. _____	27
6.1. Descripción contractual de la red social. _____	27
6.2. ¿Gratuidad o contraprestación? El ‘pago con los datos’ _____	29
6.3. Consentimiento general ¿Consentimiento único o pluralidad de consentimientos? _____	30
6.4. El consentimiento específico y reforzado del artículo 7 RGPD. _____	32
6.5. ¿Única edad válida de acceso? _____	33
7. LAS REDES SOCIALES MÁS PROBLEMÁTICAS EN LA ACTUALIDAD EN VIRTUD DEL DERECHO DE IMAGEN. ¿QUÉ HACEN POR NUESTROS MENORES? _____	37
7.1. Facebook _____	38
7.2. Instagram _____	41
7.3. TikTok _____	42
7.4. Twitter _____	43
8. CONCLUSIONES. _____	46
9. BIBLIOGRAFÍA. _____	47

1. RESUMEN/ABSTRACT

RESUMEN: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

El acceso de los menores a las redes sociales más conocidas se ha convertido en un fenómeno de gran preocupación para la ciencia jurídica del siglo XXI, la cual deberá abordar de forma más estricta el papel de los diversos sujetos participantes. La edad de acceso, los consentimientos que hay que dar, además de las particularidades que posee la red social para reconocerla como contrato, son algunos de los elementos que serán tratados en este estudio.

Palabras clave: menores, redes sociales, contrato, edad, consentimiento.

ABSTRACT: THE PROTECTION OF MINORS IN SOCIAL MEDIA PLATFORMS. SPECIFICALLY, THE RIGHT OF SELF-IMAGE.

The access minors have to the most used social media platforms has become a situation which causes great worry for 21st century legal science, which will have to strictly regulate what the different participating members in such tasks do. The access age, the consent required, other than the distinctive features that social media platforms possess allowing it to be recognized as a contract, are some of the elements that are looked upon in this report.

Key words: minors, social media platforms, contract, age, consent.

2. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del siguiente trabajo, se estudiará un segmento del mundo digital o *ciberespacio*, como son las redes sociales, un análisis de rabiosa actualidad para nuestro ámbito jurídico. La inserción del Derecho dentro de Internet, con el objetivo de la búsqueda de una regulación protectora, tiene un auge de actividad desde los últimos años del siglo XX hasta su paulatino asentamiento en nuestros días.

Más en concreto, la intervención del menor de edad dentro de las redes sociales, es uno de los aspectos más preocupantes, al ceder el usuario información, comunicarse con terceros, o incluso permitir el acceso a una gran cuantía de datos digitales, que la ciencia jurídica debe de proteger de forma garante en su normativa.

Para ello, se propone, ante la aparición de una verdadera era tecnológica del siglo XXI, un análisis sobre la normativa existente a día de hoy dentro del plano europeo y nacional, con sus respectivas novedades fruto de las reformas, en aras de la protección de los datos de carácter personal del menor, junto con las particularidades civiles que entraña la red social como contrato.

Se entiende que dentro de las redes sociales, la imagen del menor, es uno de los elementos más importantes que merecen su protección, y por tanto, su análisis, demostrándose la equivalencia con el dato de carácter personal, unido a la plasmación de la normativa actualmente existente. En complemento a lo explicado anteriormente, se pondrá en la práctica las diversas redes sociales que dentro de la actualidad de este trabajo, son las más usadas y preocupantes dentro del acceso por parte del menor, y las medidas de protección que tales redes configuran para su privacidad, amoldándose a las nuevas exigencias normativas de la actualidad.

3. ERA DIGITAL Y REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. MENCIÓN AL MENOR DE EDAD EN SU ACCESO A LAS REDES SOCIALES

El contacto con el *ciberespacio* se ha convertido, dentro de nuestro embrionario siglo XXI, en una actividad más que corriente y asumida por la sociedad mundial en la búsqueda de una mejor calidad de vida, con el fin de encontrar sencillez en sus gestiones y la comodidad que las mismas reflejan. La relevancia y evolución del mundo digital, ha llegado a canalizarse en un auténtico acontecimiento histórico, llegando a ser considerado por los expertos de la ciencia tecnológica, como el quinto entorno físico a nivel mundial: tierra, aire, mar, agua, y por último, el ciberespacio. ¹

Este fenómeno revolucionario, que evidentemente ha sido convertido en una potencia de masas, es un vehículo tendente a la mejora para así descubrir nuevos caminos que depararán a la sociedad tecnológica venidera. Todas estas visiones esperanzadoras, pueden llegar a cumplirse siempre que en su actividad se plasme un aprovechamiento, que más que positivo, sea responsable y consciente de la gran riqueza tecnológica que disponemos a día de hoy. ²

Los *datos* configuran la gran riqueza que Internet posee en el uso diario de los *cibernautas*. Sin embargo, el marco de igualdad y respeto en el uso de los mismos no deja de ser un escenario utópico. La búsqueda de una mayor seguridad, confianza y protección para los usuarios en general, es una de las grandes preocupaciones que se transmiten a una ciencia jurídica que experimenta un proceso de madurez acorde al auge de los acontecimientos históricos y avances de la tecnología, y más en concreto, en el mundo de Internet, para conseguir así, el goce pacífico de la identidad digital con la que interacciona el usuario³

La relación entre la vinculación típica de las fronteras geográficas y el Derecho, no debería de responder en tales términos cuando hablamos del marco de Internet. Un espacio de gran complejidad, pues tiende a tener su propia normativa por sus características y particularidades, de modo que no sólo se evitan conflictos entre jurisdicciones y legislaciones estatales sino que también se hace posible la elaboración de soluciones normativas adaptadas a las particularidades de tal contexto, fruto de las estructuras de autorregulación de la propia Red por los diversos participantes dentro de la misma, cuyo

¹ECIJA BERNAL, A.: “Ciberespacio, ciberderecho y ciberabogados”. *Diario La Ley*, 2017, no 8944, p. 2.

²DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. BOE, Madrid, 2018, pp. 21-67.

³DE LA QUADRA SALCEDO, T; PIÑAR MAÑAS, J.L.: *op. cit.* pp. 21-67.

consenso generalizado es un gran obstáculo debido a la gran heterogeneidad existente, a la hora de buscar esa pretendida autorregulación del ciberespacio.⁴

Ante una sociedad cada vez más tecnológica, el menor de edad resulta ser el sector de población más vulnerable y, por tanto, más desprotegido en su uso diario de las redes sociales. Según TRONCOSO REIGADA, “todos los nacidos a partir de 1995, son considerados como *digital babies* o *digital natives*, sujetos que coinciden con el auge de estas sociedades digitales al igual que con el exponencial crecimiento de los problemas que se derivan en el acceso a las mismas.”⁵

Ante la gran problemática de la seguridad y la protección de datos, que cada vez es más amplia y amenaza con nuevas situaciones, la atribución de responsabilidades y culpas, no deriva únicamente en los adultos, que no dejan de ser tutores o representantes legales del usuario menor de edad, con sus consiguientes deberes en la protección de los mismos, sino también en la escasez de conciencia que suele manifestar el adolescente en el acceso a las redes sociales. La intimidad y privacidad ha variado en grado según los años de crecimiento tecnológico, y por tanto, el contenido y las facultades de protección y conocimiento, deben de ir al mismo compás que sigue el desarrollo digital. Se está llegando incluso a determinar la existencia de un nuevo modelo de privacidad dentro de las redes sociales para los nuevos menores usuarios, siendo de gran necesidad, un mayor detenimiento en la búsqueda de una mejor protección por la gran complejidad que desprenden.⁶

La identidad digital es un foco de gran preocupación a la hora del amplio abanico de información y documentos que exponen a un público cada vez más numeroso, que crece exponencialmente en virtud del número de enlaces transmitidos en cadena, provocando que la ciencia jurídica deba de introducirse en una nueva era de avance para buscar la protección y garantía óptima del uso de las redes sociales por parte del sujeto que tratamos.⁷ En palabras de PEREZ DÍAZ⁸, “se deberían hacer todos los esfuerzos necesarios en materia de protección jurídica integral de los menores en Internet, la cual es

⁴DE MIGUEL ASESENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 109-110.

⁵GIL ANTÓN, A.M.: *El Derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Editorial Dykinson, 2013, p. 64.

⁶RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Menores y redes sociales: cuestiones legales”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2015, no 8, pp. 33-43.

⁷LAMBEA RUEDA, A.: “Entorno digital, robótica y menores de edad”. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 4, pp. 183-232.

⁸PÉREZ DÍAZ, R.: “La imagen del menor en las redes sociales”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2018, no 3, p. 74

mucho más necesaria si cabe en el S. XXI, ya que nuestra normativa vigente no es capaz de dar respuesta a la realidad social y virtual y por ende, proteger a los menores de las lesiones en sus derechos de la personalidad que con mayor frecuencia se ciernen sobre ellos como usuarios que son de los Dispositivos móviles, Internet y redes sociales.” La búsqueda de una modificación dentro de la LOPDH, más actualizada acorde a las nuevas exigencias que la sociedad digital, en proyección hacia la problemática del creciente y desmesurado uso por parte del menor de las tecnologías de la comunicación demanda, unido al llamamiento hacia el trabajo participativo entre los poderes públicos y los diversos agentes y entes de la sociedad, provocarían una mejora bastante notable del sistema tan complejo que está siendo analizado y vivido en nuestros días.⁹

4. NORMATIVA EUROPEA Y NACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

4.1. Novedades normativas desde la UE: el nuevo reglamento en materia de protección de datos. Referencia al menor de edad.

Desde Europa ya existía preocupación con respecto a la protección de los datos personales de los usuarios. Cronológicamente, es de destacar el Convenio 108, emitido por el Consejo de Europa, como un gran antecedente comunitario, siendo adoptado en 1981 (España firmó en 1982), en el cual los países participantes manifiestan su posición común sobre la necesidad de establecer un marco de criterios a la hora de proteger los derechos y libertades fundamentales dentro de la materia de los datos de carácter personal.¹⁰ Con la Directiva 95/46 CE, se amplió el concepto de dato de carácter personal incluyendo imagen y sonido, nace la figura del encargado de tratamiento, además de ofrecer medidas aplicables tanto a ficheros automatizados como a los manuales.¹¹

Definitivamente, las inquietudes van aún más disminuyendo en este caso con el RGPD. Un trabajo legislativo iniciado en 2012 con la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, con la idea futura de realizar un trabajo armonizador para todos los diversos Estados miembro en materia de datos personales de personas físicas. No debe de olvidarse, que el Reglamento, posee un alcance de carácter general, además de una eficacia

⁹PÉREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* p. 77.

¹⁰BUREAU VERITAS INFORMACIÓN.: *Ley de protección de datos personales. Manual práctico para la protección de los datos personales de las personas físicas*, Fundación Confemetal, Madrid, 2009 pp. 26-27.

¹¹BUREAU VERITAS INFORMACIÓN.: *op. cit.* 27-28

directa en todos los Estados miembros de la Unión Europea.¹² La ya antigua Directiva 95/46/CE, debía quedarse atrás para abrir camino al avance normativo en materia digital. Desde diversos foros dedicados a la materia, se advirtió de la necesidad de reformarla, tratándola como un texto normativo de la era “pre-Internet”. A pesar de que nadie puede poner en cuestión su elevada importancia, el momento de una reforma había llegado, como así lo manifiesta su artículo 94, con efectos desde el pasado 25 de mayo de 2018.¹³

Se ha afirmado que este nuevo Reglamento adiciona nuevos derechos, y muchos de los principios siguen estando en esta reforma, pero el RGPD, otorga un avance más amplio a la hora de proteger los datos personales de los europeos. Ejemplo de ello es el artículo 5.2 del RGPD, denominado principio de *accountability* o “responsabilidad proactiva”. También, la exigencia de llevar un registro de las actividades de tratamiento, mayor preocupación por las medidas de seguridad, además de contar con autoridades independientes para asegurar ese control tan buscado y esperado, son muchas de las novedades que trae consigo esta nueva reforma¹⁴. Un avance, si se me permite, a mi parecer, ético-*digital*, debido a pasar de la gestión de los datos, al uso responsable de los mismos.

Ya, como novedad únicamente dirigida hacia el menor de edad, resulta llamativa su protección respecto a sus datos personales, fijando en dieciséis años la edad para prestar un consentimiento lícito a un tratamiento de datos personales¹⁵. Así queda reflejado dentro del artículo 8.1 RGPD: “*Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años.*” “El RGPD informa dentro del mismo punto primero del artículo mencionado, la posibilidad de regular una edad diferente con el siguiente límite impuesto: “*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esa no sea inferior a 13 años*”, dejando así la puerta abierta a los legisladores nacionales.

¹²SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: Carencias, interrogantes y retos del legislador”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2017, no 23, pp. 168-191.

¹³ALONSO MARTÍNEZ, C., et al.: *Reglamento general de protección de datos: Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Editorial Reus, 2018, pp. 13-14.

¹⁴ALONSO MARTÍNEZ, C.: *op. cit.* pp. 13-14.

¹⁵SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *op. cit.* pp. 176-177.

En relación a la evolución de la normativa, tal y como se ha especificado anteriormente respecto de la protección de la intimidad dentro de los menores, la doctrina evidencia la supuesta irresponsabilidad de gestión por parte de los mismos, con la paralela necesidad de concienciarles mejor a la hora de mostrar su privacidad. En nuestros días, se piensa que a los sujetos analizados les importa publicitar más su intimidad, que preservarla del conocimiento de terceros, lo que por su parte, ha provocado reflexiones a la hora de buscar límites en la actualidad.¹⁶

Europa, y desde la aplicación directa y efectiva de esta normativa, ha querido realizar, para forjar de momento, un continente europeo completamente actualizado, para hacer frente a toda la problemática, que no es escasa, y así dotar a los operadores jurídicos, de un instrumento eficiente, acompañado de las normativas propias de sus Estados Miembro.

4.2. Desde España

Ya, desde nuestra Carta Magna, en referencia a la cuestión que nos atañe, el artículo 18 CE regula el derecho a la propia imagen, como uno de los datos personales más relevantes a proteger dentro del mundo digital, con la normativa correspondiente. Este precepto, unido a la existencia de la LO 1/1982 como otra fuente normativa en tal área, serán analizados en apartados posteriores, a la hora de constatar la relación entre un dato de carácter personal y la imagen, como información exteriorizada del usuario informático.

Siguiendo dentro de nuestro Texto Fundamental, que transcribe el artículo 39.2 CE, encontramos otro fundamento constitucional de cara a la protección, específicamente, del menor de edad: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos (...)*” Es notorio destacar, que el articulado de la Constitución, fue creado en una etapa en la cual el mundo digital era un mundo a conocer en futuro, y mucho más, las redes sociales. Así, en nuestra actualidad, la información de ayuda contra este tipo de problemas, intenta paliar de alguna forma las situaciones negativas del menor dentro del ciberespacio.¹⁷

La LO 1/1996 se apoya en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016), que ofrecía una información acerca de la edad supuestamente

¹⁶SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *op. cit.* pp. 168-191.

¹⁷RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *op. cit.* pp. 33-43.

sensible en el acceso a la tecnología, siendo en este caso, los menores comprendidos entre los 10 y 15 años. Se destaca dentro de su Objetivo cuarto, la protección del menor con relación a los medios de comunicación y a las tecnologías de la información, advirtiendo del creciente y masivo uso, y la baja edad con la cual comienzan a acceder.¹⁸

Dentro de la LO 26 /2015, cabe destacar, en virtud de su artículo 21, en la letra n), la obligación de las Entidades Públicas y diversos entes competentes, dentro de los procesos de acogimiento residencial, de establecer las *medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales*. Este ejemplo normativo, conecta en cierto modo, con la garantía entroncada por el artículo 39.2 CE, anteriormente mencionado.

Es de resaltar, dentro de un análisis en el cual uno de los temas trascendentales es el mundo digital, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Más en concreto, en su artículo 18, se hace referencia a la posible afección hacia el menor, dentro de la elaboración de los Códigos de Conducta¹⁹.

Más necesario, es detenerse dentro del análisis de la existencia de un nuevo entramado normativo, como es la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. El 7 de diciembre de 2018, entró en vigor dicho texto normativo, a pesar del retraso, siendo aprobado el 10 de noviembre de 2017 el Anteproyecto por el Consejo de Ministros. Una nueva Ley Orgánica para adaptarse al Reglamento General de Protección de Datos, y así, hacer frente a los diversos retos que propuestos desde Europa con su correspondiente legislación.²⁰

En palabras de PIÑAR MAÑAS (antiguo Director de la Agencia Española de Protección de Datos) en diversos artículos ofrecidos al Consejo General de la Abogacía Española, es “una nueva Ley que podría haber estado dispuesta para su entrada en vigor, coincidiendo con la aplicación del RGPD, pero la tramitación parlamentaria, se demoró”²¹.

El autor achaca de tal manera, el *descompás* de la actividad normativa europea, frente a la respuesta española. También, apoya el objetivo anteriormente expuesto, de

¹⁸LAMBEA RUEDA, A.: *op. cit.* pp. 183-232.

¹⁹Constituyen un método de autorregulación ofrecido por las diversas instituciones y entidades para regularse a sí mismos con respecto a la normativa de protección de datos, y así demostrar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el RGPD.

²⁰RUBIO TORRANO, E.: “Del Reglamento europeo a la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”. Aranzadi civil-mercantil. *Revista doctrinal*, 2018, no 6, pp. 19-26.

²¹PIÑAR MAÑAS, J.L.: Artículos del Consejo General de la Abogacía Española. *En vigor la nueva y esperada Ley Orgánica de Protección de Datos*.

otorgar las garantías ofrecidas desde el marco comunitario, a la hora de preocuparse por la protección de los datos personales como un derecho fundamental. Yendo más allá, se avanzó en proteger los derechos digitales de los ciudadanos, como una de las novedades, introducida ya en el nombre del texto normativo en cuestión. Sin embargo, el autor mencionado, termina añadiendo, que tal reforma, “puede llegar a poner en cuestión algunos principios del derecho a la protección de datos”.²²

Analizando el Preámbulo de la nueva LOPD, se denota la existencia del tratamiento de los datos personales como un derecho fundamental, siendo uno de los objetivos marcados por el legislador²³, como se venía destacando desde hace años, por parte del Tribunal Constitucional²⁴. Dentro de la actividad que ha conllevado la creación de la LOPD, los debates parlamentarios han sido variopintos de cara a valorar la importancia del avance que ha conllevado esta nueva normativa. Así, por un lado, el diputado RALLO LOMBARTE (PSOE), en respuesta al antiguo Ministro de Justicia CATALÁ, resalta la escasa protección hacia el menor con la reforma.²⁵ Sin embargo, por otro lado, la senadora VINDEL LOPEZ (PP), argumenta con la gran necesidad de esta reforma, y la gran respuesta que ha otorgado en este caso la protección al menor de edad en el siglo XXI.²⁶

En la versión definitiva, la referencia al menor de edad, es tratada en diversos artículos de la LOPD: Se dedica en primer lugar, desde su artículo 3, en su punto tercero, regula las personas autorizadas para acceder a datos personales del menor fallecido: “*En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.*”

Su artículo 7, referencia a los diversos consentimientos, que posteriormente, se abordarán con mayor detalle. Dentro del artículo 12, en el sexto punto, dedica un espacio a los titulares de la patria potestad dentro del ejercicio que conlleva el ejercicio de los

²²PIÑAR MAÑAS, J.L.: *op. cit.*

²³MINERO ALEJANDRE, G.: *Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente.* Anuario Jurídico y Económico, LJI, 2019, Madrid, p.13.

²⁴STC 94/1998, de 4 de mayo “*Nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención.*”

²⁵Sesión plenaria del Congreso de los Diputados núm. 99, 15 de febrero de 2018, Diario de Sesiones nº104. p. 37.

²⁶Comisión de Justicia, Senado, 15 de noviembre de 2018, Diario de Sesiones nº 374, p. 7.

derechos ARCO²⁷(acceso, rectificación, cancelación y oposición): *“En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición (...)”*. Unos derechos que por supuesto, son de carácter personalísimo, mediante la correspondiente solicitud, tal y como establece la AEPD²⁸ a la hora de ejercerlos.²⁹

En conexión, dentro de la LSSI, en el artículo 16, se regula la figura de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, estableciendo en su punto primero las causas por las cuales no asumen responsabilidad en el tratamiento

El artículo 28, establece las diversas obligaciones para los diversos encargados del tratamiento de los datos, dedicando, en su punto segundo, letra e), una referencia al menor de edad, como persona vulnerable.

El artículo 84 de la Ley Orgánica, puede ser aprovechado en integridad:

- 1. 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.*
- 2. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”*

A su vez, es de destacar, el artículo 92 (más derivado hacia el sector educativo), que enlaza con el relevante artículo séptimo, en virtud del análisis del consentimiento: *“Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos*

²⁷Véase Resolución de la AEPD R/00214/2015: publicación en redes sociales Facebook y YouTube, de fotografías del menor sin recabar consentimiento a los padres. El colegio, a su vez, tampoco garantizó el procedimiento para reconocer los derechos ARCO.

²⁸ BUREAU VERITAS INFORMACIÓN destaca Instrucción 1/1998, de 19 de enero de la AEPD p.114

²⁹BUREAU VERITAS INFORMACIÓN: *op.cit.*, pp. 114-115.

personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.”

A pesar de que el plano de los consentimientos será analizado en apartados posteriores, ha de constatarse, que este nuevo entramado normativo, establece que el consentimiento del menor se podrá prestar a partir de los catorce años de edad.³⁰

Finalmente, la DA decimonovena de esta ley, hace referencia al conjunto de derechos garantizados al menor, dentro del plano de Internet: *“En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías.”*

Para finalizar el análisis de esta reforma, dentro del Preámbulo en su apartado IV, se realiza una tarea reflexiva sobre la importancia de la revolución que ha propiciado Internet, a la hora de constituir un medio en el cual, muchos de los diversos tipos de actividades sociales o económicas, se realizan dentro de la Red. A su vez, invita a *“digitalizar la CE”*, y más en concreto, el contenido de su artículo 18, a la hora de renovar esa protección de los datos personales, situación que ya desde la justicia del plano ordinario, constitucional y europeo, han afirmado. Es por tanto, una etapa más que necesaria, para buscar esa verdadera *“constitución tecnológica”*, y acrecentar así, el rango constitucional dentro de esta era digital en la que convivimos en la actualidad.

5. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR EN LAS REDES SOCIALES

Anteriormente a la mención del derecho a la propia imagen del menor dentro de las redes sociales, interesa asentar el plano conceptual, normativo y jurisprudencial que nos ofrece desde una perspectiva general este derecho. Una vez realizada su conceptualización, nos enfocaremos dentro de lo concerniente al mundo digital.

³⁰OBISPO TRIANA, C.: “La esperada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos llegará por Navidad”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2018, no 946, pp. 6-7.

5.1 Asentamiento constitucional y civil. Mención al artículo 18 de la Constitución española y LO 1/1982, de 5 de mayo. Reflejo jurisprudencial.

El artículo 18 de la Constitución española regula el derecho a la propia imagen, sin realizar la tarea definitoria del mismo. De todos modos, desemboca en el conjunto de rasgos físicos de la persona humana, provocando así, la existencia de un bien de la personalidad que merece protección, desde un doble sentido: permitiéndose la tarea de captación, reproducción o publicación de su figura o contorno, y por otro lado, desde un sentido negativo, siendo la de evitar las tareas anteriormente mencionadas.³¹

El carácter del derecho de la personalidad, vinculado con la dignidad humana del derecho fundamental a la propia imagen, nos lleva a decir, que la titularidad corresponde a cualquier persona por el mero hecho de serlo, y por tanto, se atribuye a toda persona física por el mero hecho de serlo, sean los nacionales, los extranjeros, los mayores, y cómo no, los menores de edad.³²

Por tanto, desde el punto de vista constitucional, este derecho se describe en definitiva, como una representación humana visible y reconocible, uno de los factores de proyección desde el plano externo de la figura humana, individualizándola e identificándola del resto.³³ Parece evidente, que, si no es posible reconocer o identificar a una persona concreta sin necesidad de acudir a procedimientos técnicos o periciales, la imagen de que se trate resulta irrelevante para el derecho. Es por ello que si la imagen no es reconocible la persona, no estamos, en realidad, ante su *propia imagen*. El derecho fundamental a la propia imagen, queda circunscrito, pues, a la protección de la imagen personal o individual, a la imagen como atributo de la personalidad humana.³⁴

Desde el plano civil, en palabras de DE VERDA Y BEAMONDE, “no deja de seguir la estela de lo enmarcado en el ámbito constitucional, siendo la figura del ser humano, fruto de respeto tanto por los poderes públicos, como por parte resto de la ciudadanía, y más en concreto, dentro de la actividad en el ciberespacio”. Puede suscitarse el conflicto entre lo establecido dentro del artículo 18 de la Constitución, y lo que aborda la Ley Orgánica 1/1982, de cinco de mayo. Para desmentirlo, y de nuevo, en palabras DE

³¹DE VERDA Y BEAMONDE; J.R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar ya la Propia Imagen*. 2007. Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 149-150.

³²PASCUAL MEDRANO, A.: *El Derecho Fundamental a la Propia imagen*. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p.107.

³³LORENTE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos al honor, a la intimidación personal y familiar, ya la propia imagen del menor*. 2014. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I. pp. 56-57.

³⁴PASCUAL MEDRANO, A.: *op. cit.* pp. 65-69.

VERDA Y BEAMONDE³⁵, simplemente, desde el plano civil, “la terminología se extiende a otros ámbitos de protección (voz o nombre), lo que hace por tanto, un efecto expansivo garante dentro de su tutela, de unos elementos, que no dejan de ser también, bienes de la personalidad.”

Los siguientes ejemplos jurisprudenciales nos sirven para aclarar definitivamente, lo explicado anteriormente. Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 81/2001, de 26 de marzo, deja bien claro el carácter autónomo del elemento que estamos analizando, manifestando en sus palabras, que la propia imagen “*se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho de determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, así como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (...)*”³⁶. Sigue el mismo Tribunal en su STC 12/2012³⁷, definiéndolo como “*(...) el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública*”

No debemos de olvidarnos, a pesar de su polémica, de la inclusión de la voz dentro del contenido de protección del derecho a la propia imagen. La postura mayoritaria rechaza este concepto extensivo de la imagen, entendiendo que no es suficiente a la hora de alcanzar el derecho fundamental establecido en la CE, sino únicamente derivándose en una acción civil por el uso sin consentimiento de los mismos, con el objetivo de un fin con ánimo de lucro. Unido a la voz, el nombre desemboca dentro de un derecho de naturaleza patrimonial, pero no dentro de la categoría constitucional.³⁸

No obstante, es una cuestión que no ha quedado resuelta, que requiere de algún comentario por parte del Tribunal Constitucional, que, en el F.J Tercero de la STC 117/1994, de 25 de abril, afirma que “*el derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par que los del honor y la intimidad, forma parte de los derechos de la personalidad, y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como*

³⁵DE VERDA Y BEAMONDE, J.R.: *op. cit.* pp. 159-163.

³⁶GIL ANTÓN, A.M.: *op. cit.* pp. 62-63.

³⁷STC 12/2012 de 30 de enero (RTC 2012, 12)

³⁸GÓMEZ CORONA, E.: *Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet. Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Universidad de Valencia, 2011, pp. 452-453.

posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de esta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen su identidad o su voz”

5.2. La equivalencia entre dato personal y propia imagen

Antes de entrar en el grueso del asunto a analizar, no todos los *datos* dentro del ámbito digital a tratar, van a contar con la misma categorización jurídica. Hay algunos que quedan sometidos tanto al RGPD y al PDCDig. La definición de dato personal según el RGPD en su artículo 4.1: *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; “Pues bien, encontramos así, desde la normativa europea, una identificación del término definido con el otro elemento que a continuación estudiamos, como es la imagen, siendo este, un elemento que identifica y da a conocer una información física a terceros usuarios. ³⁹*

La normativa de protección de datos, no define la imagen como un dato personal. Ante ello, la AEPD realizará tal equiparación, cuando permita la identificación de personas. En este sentido, es relevante el documento⁴⁰ elaborado debido a la publicación de diversas fotografías de una alumna menor en la realización de diversas actividades extraescolares.⁴¹ Sin embargo, como apunta REBOLLO DELGADO ⁴², “la imagen posee dos vertientes, y la elección de una u otra, dependerá de las circunstancias que en cada

³⁹ CAMARA LAPUENTE, S.: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad” en CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J.A. (Dirs.): *El Mercado digital en la Unión Europea*. Reus, Madrid, 2018, pp. 187-188.

⁴⁰ PEREZ DÍAZ, R. destaca en su obra el Informe 0194/2009 de la AEPD, p.2.

⁴¹ PEREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* p. 2.

⁴² REBOLLO DELGADO, L.: “La imagen como dato”. *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, núm. 2, 2009, pp. 177-201.

hecho resulten afectadas a la hora de tratar, bien del derecho a la propia imagen, o bien en su caso, a la imagen como dato”.⁴³

De forma extensiva al concepto anteriormente definido, el TJUE⁴⁴, en el apartado 44 de su sentencia de 19 de octubre de 2016 recordó, que para determinar si una persona era identificable, había que considerar el conjunto de los medios que pueden ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a dicha persona. Por tanto, para que un dato pudiera ser calificado de dato personal, no era necesario que toda la información debiera encontrarse en poder de una sola persona.⁴⁵

Es de destacar el derecho a la autodeterminación informativa, como lo define la doctrina, o también conocido como “*habeas*” data, que deriva del artículo 18.4 CE. Desde la LORTAD, la primera ley de desarrollo del artículo 18.4 CE, ya se establecía como objeto del derecho la protección de la *privacidad*, tal y como rezaba su Exposición de Motivos, pero no se hablaba de la *intimidad*. Según el legislador, la privacidad vendría así a configurar un espacio más amplio que la intimidad. Una situación que a lo largo del tiempo y la evolución de la normativa, ha sido un debate constante, y para paliar omisiones, la consideración de la imagen como dato, no habría poseído efecto alguno de no ser por la DT Primera de la LO 1/1982.⁴⁶

La imagen humana, tal y como se describe en la normativa concerniente, es uno de los datos personales más relevantes dentro del ciberespacio, y en concreto, dentro de las redes sociales, convirtiéndose en una de las fuentes más importantes de información que se ofrece en tales espacios por la sociedad usuaria, y en concreto, por el menor. Es por ello, que en este caso, y con más razón, se debe de afirmar la equidad tan obvia que entraña la imagen, como uno (y quizás, el más trascendente) de los tantos datos personales relevantes de protección. El Tribunal Constitucional⁴⁷, defiende la equivalencia introducida anteriormente, estableciendo, que la propia imagen “*es un instrumento básico de identificación y proyección exterior, así como un factor imprescindible para su propio*

⁴³SAN Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 20 de abril de 2009: “*las imágenes a las que se refiere la consulta tendrán la consideración de datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que en ellas aparecen*”

⁴⁴“*El hecho de que la información adicional necesaria para identificar al usuario de un sitio de Internet no esté en poder del proveedor de servicios de medios en línea, sino del proveedor de acceso a Internet de ese usuario, no parece que pueda excluir que las direcciones IP dinámicas registradas por el proveedor de servicios de medios en línea constituyan, para éste, datos personales (...)*”

⁴⁵ CONCELLÓN FERNANDEZ, P.: “*El concepto de Dato Personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección*”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, pp. 151-152.

⁴⁶ GÓMEZ CORONA, E.: *op. cit.* pp. 463-465.

⁴⁷STC 99/1994 FJ 5º.

reconocimiento como individuo (...)” El tratamiento de la imagen como dato personal , entraña gran dificultad, debido a la cantidad de datos traducidos en *bites*⁴⁸, siendo superado con los grandes avances que supone desde otro sentido una mayor cautela en el uso.⁴⁹ Ante ello, los organismos competentes en tal materia, como la AEPD, deberán de garantizar ese control hacia cualquier menoscabo de los datos personales del menor. ⁵⁰

La imagen se convierte en un dato personal de gran protagonismo dentro de Internet y las redes sociales, al ser un fenómeno de carácter audiovisual de gran vulnerabilidad. ⁵¹ No podemos dudar por tanto, del enorme desarrollo producido dentro de la denominada sociedad Web. 2.0 en yuxtaposición a la imagen, y por ende, a la evolución de su propio derecho fundamental, que debe caminar de la mano con la realidad social existente, de cara a evitar todo tipo intromisiones ilegítimas. ⁵²

Por ende, la imagen como dato, para quedar así, sometida a una regulación de protección de datos, sea desde la LO 3/2018, o el nuevo Reglamento General de protección de datos de carácter personal, necesita realizar, un determinado tratamiento, que le ha permitido acceder a un documento, espacio o fichero, relativos a una persona identificada, o identificable, es decir, a un dato de carácter personal. Una vez conseguidos estos requisitos, es indiferente el medio en el cual se realice la actividad a la hora de usar el recurso de la imagen.⁵³

5.3. El menor y su imagen en el ciberespacio, en concreto, dentro de las redes sociales.

Dentro del acceso del menor al mundo digital, siendo por lo normal, al diverso número de redes sociales existentes, las tendencias de opinión sobre su estancia en las mismas colisionan. Los hay partidarios de la defensa de la absoluta privacidad de los datos personales que le confieren como usuario de Internet, mientras que por otro lado, coexisten con aquellos que apoyan la libertad de la comunicación pública digital forjando así el desarrollo de su personalidad, predominando la autonomía del menor ⁵⁴

⁴⁸ Unidades básicas de información en los sistemas binarios.

⁴⁹ REBOLLO DELGADO, L., et al.: *op. cit.* pp. 22-23

⁵⁰ Véase la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, procedimiento núm. E/02643/2018, en su FJ III: Tratamiento ilícito de los datos personales de una afectada, ante la red social *YouTube*, por una difusión de imágenes en diversos sitios de Internet, con la consiguiente eliminación de los diversos videos con su imagen durante el año 2015, cuando esta era menor de edad.

⁵¹ GÓMEZ CORONA, E.: *op. cit.* pp. 457-460.

⁵² GIL ANTÓN, A.M.: *op. cit.* pp. 21-22.

⁵³ REBOLLO DELGADO, L.: *op. cit.* pp. 24-25.

⁵⁴ GIL ANTON, A.M.: *op. cit.* pp. 207-208.

Derechos como el honor, la intimidad y la propia imagen no implican ejercicio, lo que obvia, por tanto, la cuestión de la capacidad de obrar. El contenido del derecho a la propia imagen es básicamente un deber general de abstención o de respeto de los demás. Ahora bien, la posibilidad de consentir en estos derechos las intromisiones, incluyendo un contenido positivo, y ante la falta de plena capacidad de obrar del menor o de la persona incapacitada, produce siempre problemas.⁵⁵ Unas intromisiones, que están reguladas dentro del artículo 7 de la LO 1/1982, y que, ni mucho menos, configuran una lista cerrada. Ahora bien, dentro del plano de las redes sociales, ni la LO/1982 ni la LOPJM hacen mención a tales medios. Pese a ello, nuestros tribunales⁵⁶, están a favor de considerar intromisión ilegítima cuando se publican fotografías de menores dentro de tales sitios web de Internet.⁵⁷

Según CASTILLA BAREA⁵⁸, “se considera intromisión ilegítima aquella injerencia de un tercero en el ámbito protegido de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de otra persona, sin que tal conducta pueda ampararse ni en el consentimiento del titular del derecho lesionado ni en la concurrencia de ninguna otra causa de justificación que permita excluir el reproche jurídico”. Más en concreto, el art. 20 de la *Carta Europea de los Derechos del Niño* se refiere expresamente a las intromisiones ilegítimas en los derechos del menor al establecer que “*Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor (...)*”. Por tanto, todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.⁵⁹

Ante una intromisión ilegítima en el menor, estos pueden prestar el consentimiento en su honor, intimidad o imagen, “*si lo permiten sus condiciones de madurez*” (como así lo establece el artículo 3.1 LO 1/1982), siendo esto por su edad y grado de desarrollo. Por otro lado, cabe preguntarse si la prestación del consentimiento anteriormente mencionado vale por sí sola, o por otro lado, se necesita acudir a otras normas de protección de sus intereses personales, como por ejemplo la representación legal o exigiendo un complemento de su capacidad.

⁵⁵PASCUAL MEDRANO, A.: *op. cit.* pp. 108-109.

⁵⁶PÉREZ DÍAZ destaca STS, 14 de julio de 2014 (RJ 2014, 4529), p.1.

⁵⁷PEREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* p. 1.

⁵⁸CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 88-89.

⁵⁹LORENTE LÓPEZ, M.C.: *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 118-119.

En la nueva redacción del artículo 162.1 CC, se excluyeron de la representación legal de los hijos por sus padres “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”. La voluntad del legislador ha querido atribuir al menor de edad no emancipado con madurez suficiente la plena capacidad de obrar para ejercitar sus derechos de la personalidad. El anteriormente expuesto artículo tercero de la LO 1/1982, inspirado en el art. 162.1 CC, estableciendo dos situaciones. Para aquellos menores e incapaces con madurez suficiente, el consentimiento para la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen se prestará “*por ellos mismos*”. En cambio, para los menores sin la madurez suficiente, la prestación del consentimiento deberá realizarse “*mediante escrito por su representante legal*”. Esto se convierte en una circunstancia relativa, dependiendo de cada menor, por lo que carece esta situación, de una seguridad jurídica. Todos estos riesgos que entrañan para este la decisión de permitir intromisiones en sus bienes de la personalidad, quedan salvados por el artículo 4.1 LO 1/1996, a la hora de hablar de los posibles menoscabos en su honor o sea contrario a sus intereses.⁶⁰

Como se explicaba en anteriores puntos, el derecho a la propia imagen ofrece información más que notoria sobre las características de apariencia física de la persona en cuestión. Más relevante es esta situación, cuando el usuario es menor de edad, pues imagen y personalidad, se configuran como un bloque indisoluble a la hora de exteriorizar tales conocimientos a terceros. En palabras de DE LAMA AYMÁ, “experimentar con la propia imagen forma parte del aprendizaje vital y de la evolución del ser humano”, siendo esta reflexión de gran atribución hacia los sujetos estudiados.⁶¹ El Tribunal Supremo⁶², en esta línea, se pronuncia argumentando que “*la imagen , como el honor y la intimidad, constituye un derecho fundamental de la persona consagrado en el art. 18.1CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión.* “

⁶⁰VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 309-311.

⁶¹DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 114.

⁶² DE LAMA AYMÁ destaca STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 2661), p.114

Pues bien, la LOPM, en su artículo 4.1, establece que “*los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...*” La abundancia de regulación del menor desde cualquier plano de regulación geográfico, sin olvidar en ningún momento, el contenido jurídico ofrecido por los servicios de Internet, combinado con los usos sociales acorde a la realidad que toca vivir, produce numerosos obstáculos.⁶³ Pero es necesario, incidir en que ningún derecho es absoluto, y cuando su protección recae sobre un menor, la garantía de protección debe de ser más relevante. Al no poderse privar de tal configuración legal, sea menor o mismamente haya adquirido la mayoría de edad, LÁZARO GONZALEZ argumenta con que “*cualquier limitación de los derechos, requieren de una justificación legítima que debe poder expresarse en la motivación de la decisión*”⁶⁴

En concreto, dentro del mundo de las redes sociales, el marco de acción se convierte en un modo de comunicación y expresión casi ilimitado, y que, para el menor, se convierte en un emplazamiento idílico para ejercitar esa libertad de expresión que en algunos lugares, no se le es permitida. Así pues, a sensu contrario, tales espacios, necesitan un marco de protección riguroso, sea por los sujetos que acceden, por la información ofrecida en un mundo digital tan amplio de información, en este caso, de documentos transformados en fotografías o imágenes.⁶⁵

En yuxtaposición a lo anterior, señala MORALES PRATS, que actualmente, “con el desarrollo de las redes sociales, se ha dejado pequeño el concepto de intimidad”⁶⁶. Ante el ya notable y experimentado crecimiento de las redes sociales, la transmisión y plasmación de fotografías, destaca la denominada intimidad informática. El menor de edad, ofrece dentro de las redes sociales, un desglose de información fruto de su voluntad, lo que provoca una libertad y licitud en el acceso por parte de terceros, que en algunos momentos, aprovechan de forma ilícita.⁶⁷

⁶³GIL ANTON, M.A.: *op. cit.* pp. 212-213.

⁶⁴LAZARO GONZALEZ, I.: *Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia*. Lección inaugural del Curso Académico 2010-2011, Universidad Pontificia de Comillas.

⁶⁵GIL ANTÓN; Ana María.: *op. cit.* pp. 244-245.

⁶⁶MORALES PRATS, F.: “Internet Riesgos para la Intimidad”. *Cuadernos del Poder Judicial*, 2001, pp. 63-81.

⁶⁷GARCÍA GONZALEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia, 2010, p. 114.

Los problemas se plantean, sobre todo, porque gran cantidad de los usuarios que acceden a este modelo de la realidad digital, son menores de edad, lo que exige, por tanto, estar ante una presente vigilancia continua por parte de todos los sectores de protección. En palabras de GÓMEZ CORONA “los cambios que se están operando en estas redes para extremar las cautelas con los menores de edad no resultan, a mi juicio, suficientes. Si perdemos la conciencia de lo privado, lo reservado, difícilmente se podrá intervenir en su defensa”⁶⁸ Nos encontramos en un plano en el cual, las actividades descritas se convierten en ejercicios cotidianos por parte de los menores adolescentes. Imágenes, fotografías, que al fin y al cabo, son catalogadas como información sensible.⁶⁹

Pero el mayor problema que se da con la imagen del menor en las redes sociales, es con las publicaciones y tratamientos de la imagen realizadas por terceros, que sin, su consentimiento, realizan cotidianamente. Desde la AEPD⁷⁰ o incluso desde el GT29⁷¹, han trabajado sobre estas situaciones más que comunes. Los tribunales a su vez se han pronunciado sobre estas prácticas tan habituales, declarando la infracción por falta de consentimiento, en este caso, dentro de la red social de Facebook⁷². En definitiva, unas prácticas socialmente aceptadas, que incluso desde las políticas de privacidad de la red social mencionada dejan plasmado⁷³

5.3.1. Publicación de imágenes de los menores de catorce años

Se deberán de reunir en tal caso dos requisitos: por un lado, que el menor tenga una edad menor a los catorce años, y por otro lado, que los padres o representantes legales estén de acuerdo y den su consentimiento. Tal y como recoge el TS⁷⁴, “*siempre que no medie consentimiento de los padres o representantes legales de los menores, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contrario al ordenamiento jurídico*”. Puede surgir el problema, cuando los progenitores no se ponen de acuerdo o están separados o

⁶⁸ GÓMEZ CORONA, E.: *op. cit.* pp. 462-463.

⁶⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L.: *op. cit.* pp. 16.

⁷⁰ Informe 0241/2011 de la AEPD: utilización de red social con fines publicitarios.

⁷¹ Dictamen 5/2009 del GT29.

⁷² GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra SAN, de 2 de enero 2013 (1447/2013); SAP Asturias de 21 de julio de 2017 (RJ 258, 2017), p.22.

⁷³ Política de privacidad de Facebook: “*Otras personas pueden usar nuestros Servicios para compartir información sobre ti con los destinatarios que elijan. Por ejemplo, una foto en la que aparezcas, mencionarte, etiquetarte...*”

⁷⁴ STS de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6055)

divorciados⁷⁵, generando un vacío legal ante tal situación. Algunos juristas consideran que la guarda y custodia supone la facultad de decidir sobre aquellas decisiones diarias del menor, entre las cuales se puede añadir el hecho de subir una foto a una red social, o cualquier ubicación.⁷⁶

Pero otros, encaminan dicha faceta hacia la figura de la patria potestad, y el hecho de que uno de ellos tenga la custodia no significa que el progenitor que no la tenga pierda la función de tales actuaciones, y los tribunales, en ciertas sentencias⁷⁷ así lo entienden. Para PÉREZ DÍAZ, “no es una cuestión de custodia, sino de patria potestad”. Ambos progenitores pueden publicar dichas fotografías, si los dos son titulares de la patria potestad. La sensibilidad que entraña la situación, exige la aprobación de la ex pareja⁷⁸. Si alguno de los dos se opone⁷⁹, se ofrece un procedimiento de jurisdicción voluntaria amparado en el 156 CC.⁸⁰ Por tanto los titulares de la patria potestad pueden intervenir, cuando sus hijos ejerzan los derechos de la personalidad, tendrán el derecho de velar por sus hijos a la hora de proteger sus intereses frente a terceros, supliendo o complementando al sujeto en cuestión.⁸¹ En virtud de esto, y compartiendo las palabras de ALÁEZ CORRAL⁸², “sea en este aspecto de la vida del menor o en cualquiera, actúan bajo una fórmula de *autoprotección* a la hora de ejercitar sus derechos, ya la vez de *heteroprotección*, que ha de recibir en complemento por parte de los titulares de la patria potestad.”

Otra situación que podemos encontrarnos, es la publicación de fotografías en redes sociales de menores junto con sus progenitores, por la fama o interés público que estos últimos poseen, sea, por ejemplo, a efectos de publicidad.⁸³ Esto no resulta amparado por el Tribunal Supremo, pues la esencia del debate no debe de proyectarse sobre la fama que

⁷⁵ GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra SAP Barcelona, de 22 abril de 2015 (80120/2015): se mediaba una petición en un procedimiento de divorcio y se solicitaba por la madre la prohibición de publicación de fotografías del hijo común, p.21.

⁷⁶ Véase Resolución de la AEPD R/00330/2011: directora de una escuela de música utiliza la imagen del menor de catorce años a efectos de publicidad, sin el consentimiento de los padres.

⁷⁷ GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra SAP Barcelona, Sección 18ª de 22 de abril de 2015 (JUR 2015, 164632), p.21.

⁷⁸ GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra SAP Pontevedra, cuatro de junio de 2015 (78714/2015): concreta con que la publicación de imágenes de los menores precisa del consentimiento de ambos progenitores, y no sólo del progenitor custodio, p.21.

⁸⁰ PÉREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* pp. 3-6.

⁸¹ BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los Derechos de la Personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 164-165.

⁸² ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 2003, pp.59-61.

⁸³ Véase Expediente de la AEPD E/03594/2016: fotografías publicadas por un tercero que no es tutor del menor para su colegio y academia musical.

estos poseen, sino que aparece un sujeto de especial protección, como es el menor de edad, y merece tener una especial protección.⁸⁴

5.3.2. Publicación de imágenes de los mayores de catorce años

Una vez que el menor cumple los catorce años, es éste y no sus padres quien debe de dar el consentimiento⁸⁵ como titular para tales publicaciones, salvo que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela.⁸⁶ Se presupone que a los catorce años se tiene ya unas condiciones de madurez suficientes⁸⁷ La Memoria 2000 de la AEPD, analiza la madurez de los mayores de catorce años a la hora de prestar el consentimiento, dando una respuesta positiva, a la hora de realizar determinados actos jurídicos.⁸⁸

A pesar de ello, los condicionantes del consentimiento son debatidos. Por un lado, hay tendencias a analizar cada caso por individual dependiendo del menor. Por otro lado, se diferencian lo que son las tareas de acceso a la red, y por otro lado, realizar actuaciones que puedan perjudicar a su imagen, una vez que se ha accedido. Pero también, es de encontrarse, posturas negativas que niegan rotundamente que la edad de catorce años sea suficiente a la hora de prestar un consentimiento maduro. También, podemos preguntarnos cuál es la posición del menor cuando posee notoriedad pública⁸⁹. Analizando el contenido del 8.2 LO 1/1982, aunque específicamente no se le mencione, con el fin de la búsqueda a favor del interés del menor, se tiende a una interpretación estricta del precepto en cuestión.⁹⁰

⁸⁴ GIL MEMBRADO, C destaca en su obra STS, de 14 de julio 2014 (95253, 2014), p.21.

⁸⁵ Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición del consentimiento, a la hora de analizar un consentimiento verdadero e inequívoco por parte del menor.

⁸⁶ GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de julio de 2018 (JUR 2018/273525) en su FJ 5ª: *“la publicación de fotografías de la menor por parte del padre, ha de tenerse en cuenta que tal actuación afecta al derecho a la propia imagen y requiere el consentimiento del titular.”*

⁸⁷ PEREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* pp. 7-8.

⁸⁸ Memoria 2000 AEPD.: véase apartado 3.2.4 de la misma, sobre el consentimiento del mayor de catorce años, pp. 164-165.

⁸⁹ GIL MEMBRADO destaca en su obra SAP Madrid de 23 de mayo 2011 (238, 2011); STS de 14 de julio 2014 (95253, 2014), p.21.

⁹⁰ PEREZ DÍAZ, R.: *op. cit.* pp. 7-8.

6. PARTICULARIDADES JURÍDICAS DEL ACCESO DEL MENOR A LAS REDES SOCIALES

6.1. Descripción contractual de la red social

Desde la Directiva (UE) 2019/770⁹¹, se puede considerar la definición de red social, equiparándola a la noción de *contenido digital*. Así, en su artículo segundo, define de la siguiente manera el concepto, estableciendo que “*es un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital*”, o por otro lado, “*un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.*” Para aclarar el acierto definitorio de lo anterior, la aportación del GT29 a la hora de abordar el concepto de las redes sociales, otorga gran utilidad en la redacción de sus dictámenes.⁹²

Además, conviene distinguir dentro de las redes sociales, aquellas con perfil público, de libre acceso por cualquier usuario de la red social, y las de perfil privado⁹³, que requieren una aceptación previa de los usuarios para poder acceder a la información.⁹⁴

La situación contractual establecida entre los diversos usuarios y los proveedores de los contenidos digitales que pueden ofrecer las redes sociales, ha provocado numerosas dudas no sólo desde la perspectiva sociológica, sino también a los estudiosos del plano jurídico que focalizan su atención hacia las nuevas tecnologías y el ciberespacio, en concreto.

Quizás, la duda provenga de intentar tratar estos modelos como una compraventa en esencia, que, evidentemente, exige la entrega de una cosa determinada, siendo en este supuesto, imposible encontrar una verdadera cosa tangible. Todo ello, a cambio de un precio determinado o determinable, en dinero, o medio que lo represente, fruto de la contraprestación exigida por este modelo jurídico-contractual (1445 CC). Así fue, en un primer intento, de regular tales modelos dentro de la Propuesta de 2011 del Reglamento

⁹¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

⁹² GIL MEMBRADO, C.: *Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales*, La Ley Digital, 2019, p.1.

⁹³ GIL MEMBRADO, C. destaca en su obra la SAP Barcelona, de 22 de abril de 2015 (80120/2015): solicitud de uno de los progenitores de que se prohíba la publicación de fotografías de su hijo, considera que, si únicamente se dirige a familiares y amistades, no se vulnera el interés del menor, p. 21

⁹⁴ GIL MEMBRADO, C.: *op. cit.* p.2.

(UE) relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL⁹⁵), en el cual, en sus considerandos, siendo más exactos, en el decimoctavo, se muestra de forma bastante completa sobre el valor de los datos como medio de contraprestación a la hora de compararlo con el precio exigido, y por tanto, con el dinero.

En nuestros días, y fruto de un debate jurídico más que prolongado y complejo, podría pensarse, que dentro del análisis de los modelos contractuales, la compraventa no la única tipología que podría calar dentro de estos modelos, pues existen servicios gratuitos, tal y como se expondrá en el siguiente punto, lo que produce un transporte de estos intercambios digitales que ofrecen las redes sociales y derivados hacia otros ejemplos, destacando, entre otros, el contrato de obra, depósito o comodato, o el contrato de suministro, sea de carácter gratuito o no, o incluso, derivarlo hacia una categorización *tertium genus*, que no se sitúe ni dentro de la compraventa, ni dentro de los servicios.

El uso de las redes sociales, se subordina pues, al registro previo del usuario y la celebración de un contrato, que en ocasiones se configura como un contrato marco, en el que se referencia a los diversos servicios que proporciona el prestador. Es normal que sea gratuito, lo que corresponda con que en sus modelos de negocio resultan de gran importancia los ingresos derivados de la publicidad, perspectiva que es ofrecida tanto desde España, como desde la Unión Europea.⁹⁶

El mercado de estos servicios de línea, se caracteriza por el predominio de varios operadores globales que han expandido sus modelos de negocio, ante la facilidad de alcance global que ofrece Internet, lo que produce que a veces los términos contractuales no estén adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea, suscitándose numerosos conflictos legales. Unas prácticas un tanto extremas reflejo de esa tendencia a homogeneizar los términos contractuales a partir del modelo creado para el Estado de origen del prestador, se encuentra en la opción seguida por aquellos proveedores de servicios que en las versiones de las condiciones en idiomas distintos del país de origen afirman que sobre el texto de la traducción que se facilita al usuario al contratar el servicio prevalece la versión de esas condiciones en el idioma original.⁹⁷

⁹⁵O también denominada como propuesta de normativa común europea, siendo un “*instrumento opcional*” que los contratantes pueden elegir, como derecho a la hora de regular su contrato.

⁹⁶DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *op. cit.* pp.107-108.

⁹⁷DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *op. cit.* p.106.

Sea así, o de otro modo, la realidad que nos encontramos dentro de los modelos contractuales, ha ido amoldándose a la evidencia jurídica de que se traten de auténticos contratos, incluso aunque no se hable de ningún precio a cambio. Todo ello ha provocado, unido a la consciencia social de la prestación del consentimiento y el tratamiento de sus datos personales, que tales modelos se dirijan hacia los contratos de adhesión, permitiendo una entrada y asentamiento dentro de esta naturaleza jurídica, como han hecho muchos ejemplos, siendo de destacar *Google Drive*, *Dropbox* o *Instagram* (servicios), *YouTube* (acuerdo legal), o *Twitter* (contrato vinculante)⁹⁸

6.2 ¿Gratuidad o contraprestación? El ‘pago con los datos’

Aunque un proveedor de los servicios digitales no obtenga un cobro en dinero, la prestación que supone, en tal caso, las redes sociales, no significa en absoluto, que tal contrato sea de carácter gratuito. Desde que el usuario, sea un adulto, o un menor de edad en este caso, interactúa con los diversos servicios, y plasma su información, se genera un conjunto de datos de gran valor, destinados a mejoras, personalizar sus prestaciones, etc.

Desde que el menor, cumplidos los requisitos, se registra dentro de cualquier aplicación social, el oferente solicita una serie de datos personales de distintos niveles de sensibilidad. Dentro de las redes sociales, como *YouTube*, o *Facebook*, los prestadores de servicios, se benefician de un creciente número de usuarios atraídos por la gran cuantía de contenidos de libre acceso.

También, dentro de estos aspectos, las obligaciones de “no hacer”, también son trascendentes a la hora de permitir al prestador, recabar datos personales valiosos, sobre los itinerarios, actividades, horarios o incluso lugares que suele frecuentar el menor, garantizando así, una gran estrategia vista desde el marketing económico, y así, elaborar paralelamente, nuevas alternativas para generar beneficios.

En resumen, aunque no se vea una clara y directa contraprestación dineraria dentro del suministro en tal caso, de diversos medios de redes de comunicación, el proveedor, exigirá una serie de actuaciones previas para el usuario analizado, que para que este último obtenga una información que le interesa, debe antes, proporcionar unos datos personales, y que, con las técnicas del *Big Data* aportan información valiosa no solo al proveedor de los servicios de la información digital, sino a otros terceros que pueden verse partícipes de una

⁹⁸CÁMARA LAPUENTE, S.: *op. cit.* pp.173-175.

ganancia conjunta. La realidad que ofrece la Sociología en España, por lo menos, con información del año 2017, declara que al menos un tercio de la población, utiliza contenidos digitales con la condición de que sean en su totalidad gratuitos. Por otro lado, otro tercero, lo tolera a cambio de recibir contenidos publicitarios, restando así un único tercio que opta por pagar por tales servicios, provocando así, que una mayoría de la ciudadanía, ofrezca una cantidad masiva de datos personales, que como se explicó anteriormente, conllevan beneficios que no son a primera vista percibidos.⁹⁹

Todo ello, ha estado y sigue estando en el centro de un debate de tono jurídico, debido a que hablamos de un contrato en el cual no media precio en dinero. Se necesita saber- cuál es entonces la calificación iusprivatista de los mismos. Esto, ha llegado a producir una escisión del modo de entender los datos personales, sea desde la perspectiva *íntima* por un lado, o desde el ámbito comercial o *patrimonial* de los mismos. A pesar de encontrarnos en una situación con muchas respuestas en mente, algunas voces no muy alejadas en el tiempo, proponen en mantener la versión de “*datos como contraprestación*”. Es por ello, que, los usuarios, transformados en consumidores de los servicios de redes sociales y demás tecnologías de la información, pueden percibir que los datos que facilitan, son de hecho, una contraprestación, ya que, el dotar a estos medios de una supuesta gratuidad, podría llegar a producirse, visto desde la perspectiva mercantilista, una práctica de comercio desleal, debido a esa “*camuflada gratuidad*” de lo ofrecido dentro del mundo digital.¹⁰⁰

6.3. Consentimiento del menor y actuación parental

En virtud de la autorización de los titulares de la patria potestad o tutela del menor, el RGPD no dedica espacios para obtener el consentimiento paterno o delegación de autoridad sobre alguien para realizar tales acciones. Ante ello, el GT29, para suplir tal situación, entiendo, necesaria de paliar, ofrece establecer un enfoque proporcionado en paralelo con el artículo 8.2 RGPD y el artículo 5.1 letra c) RGPD, sobre minimización de datos. Un ejemplo de ello, sería recabar los datos de contacto de un padre o tutor legal del menor.

La verificación de la patria potestad o tutela, por medio de correo electrónico, ha servido como un medio suficiente para paliar tales riesgos. Pero cuando el riesgo se eleve a

⁹⁹CÁMARA LAPUENTE, S.: *op. cit.*, pp. 171-173.

¹⁰⁰CÁMARA LAPUENTE, S.: *op. cit.* pp. 178-181.

unos niveles trascendentes, se puede optar, a acudir al medio que ofrece el artículo 7 en su apartado primero, del RGPD, que trataremos en el siguiente punto. El GT29, por tanto, reconoce la complejidad que produce todos estos procesos de verificación, y por ello, se tienden a buscar las medidas más razonables, al mismo compás que se espera la reacción de los responsables mantengan sus medios de tratamiento y tecnologías de revisión en todo momento.¹⁰¹

Es evidente destacar, que con el régimen de la trascendencia jurídica que produce el cambio de la minoría a la mayoría de edad del niño, el tratamiento de los datos personales que habían gestionado sus padres o tutores, puede confirmarse, modificarse o retirarse. Por tanto, si el menor no realiza ninguna acción sobre ello, el consentimiento paterno o sobre el que se delegue para el consiguiente tratamiento de los datos personales, seguirá siendo más que un fundamento para su seguimiento. Es relevante mostrar que, de conformidad con el considerando 38, el consentimiento ofrecido por los padres o tutores, no son necesarios dentro del ámbito de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos de manera directa al niño, como puede ser, por ejemplo, los servicios de protección a la infancia ofrecidos en línea a un menor a través de un chat en línea, no necesitando ni siquiera una autorización previa.

Para concluir, el RGPD establece, que las normas sobre los requisitos de autorización de los padres sobre los menores, no tocará *“las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño”*, y es por ello, que se puede entender la esencia de independencia de tal marco jurídico sobre el entramado del Derecho contractual español.¹⁰² Quien contrata con un menor, deberá cerciorarse si por sus condiciones de edad y en relación al contenido del negocio de que se trate, tiene la suficiente capacidad natural para poder realizarlo. El artículo 1263.1º CC establece que los menores no emancipados *“no pueden prestar consentimiento relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”*. En palabras de O’CALLAGHAN MUÑOZ, *“una declaración de voluntad de la parte contratante, ante la oferta y la aceptación que conlleva para perfeccionar el contrato, en el cual los menores*

¹⁰¹Grupo de trabajo del artículo 29 sobre protección de datos. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/67917/ES WP259 y rev.01*, pp. 28-29.

¹⁰²Grupo de trabajo del artículo 29.: *op. cit.* pp. 29-31.

no emancipados precisan además de un complemento de capacidad para poder celebrarse”.

103

Pero, ¿una red social puede integrarse en la redacción de este artículo si la consideramos como un contrato? En palabras de NIETO ALONSO, “la redacción de tal artículo se trata de una plausible fórmula abierta que razonablemente no establece un elenco cerrado que el menor no emancipado puede realizar por sí mismo y sin necesidad de representación legal. Una de las cuestiones para resolver tal asunto puede ser los usos imperantes en el momento de la conclusión del acto, y conlleva una interpretación de esta norma según el artículo 3.1 CC, tanto al criterio sociológico como al teleológico o finalista.”¹⁰⁴

6.4. La pluralidad de otros consentimientos. Referencia al artículo 7 RGPD

La complejidad actual que conlleva seguidamente un reforzamiento de su control para el usuario a la hora de adentrarse dentro de los diversos servicios digitales de la comunicación, muestra que además del consentimiento aceptado, existen otro tipo de cláusulas que son determinantes, no negociadas y de pura adhesión, como pueden ser las “*políticas de privacidad*”, las “*condiciones de uso*” o incluso los “*términos legales*”, que cada empresa de los servicios que estudiamos, posee. Condiciones que aparecen a la hora de registrarse, instalar, acceder o utilizar las redes de comunicación. El mismo *banner*¹⁰⁵ que advierte e informa sobre el uso de *cookies*¹⁰⁶ y su vinculación dentro del momento de navegación en tal ubicación, implica de tal forma consentir la instalación de esos chivatos, formando por tanto las *cookies* del amplio número de cláusulas sobre privacidad, restringiéndose únicamente a los datos obtenidos.

Por ende, desde la técnica jurídica, se habla de dos consentimientos distintos: por un lado, encontramos el propio de la celebración del contrato en el cual se configura la red social en la cual el usuario desea acceder, y por otro lado, el de tratamiento de los datos personales, siendo este último, revocable tal y como ofrece el artículo 7.3 RGPD: “*El*

¹⁰³O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 1280-1281.

¹⁰⁴ NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”. *Revista de Derecho Civil* vol. III núm. 3, 2016, pp. 9-11.

¹⁰⁵Forma de publicidad en Internet consistente en la inclusión de un elemento publicitario gráfico en una determinada página web, con el objetivo de atraer tráfico hacia tal ubicación.

¹⁰⁶Compilación de información que permite a los diversos sitios web una experiencia más personalizada a los usuarios, sea en el idioma o la publicidad, entre otros factores, pudiendo ser habilitadas o deshabilitadas, para evitar así, dejar información en tal página.

interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo". Por tanto, todo el entramado de información previa, provoca que el usuario, acepte unas *condiciones generales*, en segundo lugar unas condiciones generales denominadas como "*políticas de privacidad*", y finalmente unas complementarias, que, en el ejemplo de *Twitter*, se denominan como reglas de uso", aunque nombradas como "*políticas de uso aceptable*" o "*directrices de comunidad*".¹⁰⁷

Merece dedicar una referencia final, a mostrar la existencia dentro de la nueva regulación europea, sobre su artículo 7. Un precepto que refuerza el consentimiento dentro de los datos personales, y que ha ayudado a mejorar los vacíos existentes dentro de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, garantizando así, un consentimiento en el que predomina una gran carga de información y una libertad en la emisión del mismo, características que se ausentaban dentro de la PDCDig.¹⁰⁸

6.5 ¿Única edad válida de acceso?

Los nuevos hábitos de conexión del menor, dentro de la tecnología de las redes sociales, sea por su atractivo derivado hacia una adicción cotidiana, unido a la disponibilidad del mismo de diversos dispositivos de mejor alcance, sean *tablets* o *Smartphone*, provoca la siguiente equivalencia: cuanta mayor disponibilidad y facilidad, mayores riesgos. Por ello, se propone que por los diversos actores implicados dentro de la esfera de acceso del menor al entorno de las redes sociales, se proporcionen un conjunto de medidas tendentes a proteger todas las posibles consecuencias en su contra.¹⁰⁹

Como veremos, el nuevo Reglamento europeo de protección de datos personales, ha venido en suplir tales lagunas existentes en la normativa comunitaria anterior, en relación con los menores. Dentro de lo que nos ocupa, la regulación de la franja de edad,

¹⁰⁷CÁMARA LAPUENTE, S.: *op. cit.* pp. 193-195

¹⁰⁸CÁMARA LAPUENTE, S.: *op. cit.* pp. 199-201.

¹⁰⁹ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: "Los menores y sus derechos en la sociedad digital" en DE LA QUADRA, Salcedo, T.; PIÑAR, Mañas, J.L.: *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 420-423.

sigue la línea de la COPPA¹¹⁰ estadounidense, permitiendo a los Estados miembro, esa libertad de fijar sus “*propias*” edades de madurez para el menor, en aras al consentimiento el tratamiento de sus datos personales, quedando entre los 13 y los 16 años (artículo 8 RGPD). Una horquilla que, por tanto, España, entre otros países, ha respetado en su LOPD a la hora de fijar su “*normativa digital*” para proteger a sus menores. Sin embargo, quedan muchos aspectos por concretar y detallar.¹¹¹

Por tanto, el RGPD, establece que “*los Estados miembros pueden establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años*”. De este modo, hasta los 14 años (como ofrece la nueva LOPD), los niños no podrán, por ejemplo, crearse solos una red social, sino que deberán usar los datos de sus tutores o representantes legales. Así, esto ha sido también objeto de debate dentro de la actividad política de cara a la reforma de la LOPD. Un ejemplo de ello, ha sido la aportación del senador ESTRADÉ PALAU (ERC), al defender la gran aportación que ha supuesto la incorporación a la LOPD del consentimiento de los menores de catorce años, ya que antes, en sus palabras, “sólo estaba recogido a nivel reglamentario a través del RD 1720/2007.”¹¹²

Pero también, debemos de añadir dentro de este análisis, y sobre todo dentro de estos ámbitos digitales en los cuales, el desconocimiento e inseguridad prima cada vez más en su uso, el elemento de la suficiencia particular de juicio por parte del menor. Un criterio que, evidentemente, se ha calificado de imperfecto. La inteligencia, la educación, formación, ambiente social o el desarrollo físico y mental, son algunos de los parámetros a tener en cuenta en yuxtaposición a la edad, a la hora de toma de decisiones de un menor. Dentro de las regulaciones al uso, tales factores no están analizados, pues únicamente, se fijan los criterios objetivos, siendo la edad en este caso.¹¹³

Siendo rigurosos con todos los posibles planos geográficos y actores, el responsable del tratamiento debe de conocer las distintas legislaciones nacionales, teniendo en cuenta el público al que van dirigidos sus servicios. En particular, debemos de destacar, que el

¹¹⁰Children’s Online PrivacyProtectionAct, es decir, Ley estadounidense de protección de la privacidad infantil en internet, aplicada a los sitios web y demás aplicaciones dirigidos a menores de trece años público en general con usuarios de este grupo de edad.

¹¹¹DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: *op. cit.* pp. 423-426.

¹¹²Comisión de Justicia, Senado, 15 de noviembre de 2018, Diario de Sesiones nº 374, p.6.

¹¹³GIL ANTÓN, A.M., *op. cit.* pp. 153-154.

responsable del tratamiento de un servicio de carácter transfronterizo a nivel digital, no sólo debe ceñirse a la normativa donde tenga el establecimiento principal, sino que a su vez, deberá de seguir la de todos aquellos donde presta el servicio. Posteriormente, se analizarán algunas de las principales redes sociales, pero todas tienen en particular, que su influencia, llega a muchos usuarios de diversos países, y es por ello, que la cautela en el seguimiento de varias normativas, es algo más que obvio dentro de su actividad jurídica previa.

Si los usuarios declaran que superan tal edad fijada, el responsable de la red social en cuestión, llevará a cabo las comprobaciones necesarias, para así, verificar que tal declaración es real y cierta. Una posible carencia en este sentido por parte de RGPD, es la ausencia de una fijación explícita de la adopción de medidas de verificación. A ello, se suma lo regulado dentro del artículo 73 de la LOPD, en sus letras a) y b). Si el usuario, por otro lado, declara no alcanzar la edad necesaria, tal y como aparece en los requisitos de accesibilidad digital, se deberá de obtener la autorización de los padres o tutores legales, y comprobar así el responsable, que dicha autorización es emitida realmente por aquellos.

Dentro de la práctica, se suele observar la solicitud hacia los nuevos subscriptores de la red social, de ciertos requerimientos, como el año de nacimiento, entre otras medidas, y en el caso de duda, el responsable, deberá de revisar sus mecanismos de verificación implantados sobre la edad en cada caso concreto, y decidir si merece o no, otras comprobaciones complementarias.¹¹⁴

Una vez demostrada de que, en yuxtaposición a la cantidad de alternativas de acceso del usuario menor, unido a la no existencia de una única edad armonizada desde el punto de vista jurídico español y europeo, se ofrece a continuación, a modo de contraste, una tabla que muestra, dentro del año 2017, el porcentaje de usuarios de dichas tecnologías por parte de los menores de edad, siendo todo ello plasmado por el Instituto Nacional de Estadística (INE).¹¹⁵ La existencia de diversos medios de conexión (dispositivos móviles,

¹¹⁴Grupo de trabajo del artículo 29 sobre protección de datos. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/67917/ES WP259 y rev.01 pp. 28*

¹¹⁵Pueden verse los datos de la encuesta del INE (2017) sobre equipamiento y uso de las TIC en los hogares españoles (http://www.ine.es/prensa/tich_2017.pdf).

ordenadores...) desde estos años, produce, como se plasmaba en líneas anteriores, una oleada de facilidades y por ende, de riesgos en el acceso a Internet y a las redes sociales.

PORCENTAJE DE MENORES USUARIOS TIC POR SEXO Y EDAD (2017)

	ORDENADOR	INTERNET	MOVIL
TOTAL	92´4	95´1	69´1
SEXO			
HOMBRE	91´1	94´9	68´2
MUJER	93´9	95´2	70
EDAD			
10	88´4	88´8	25
11	89´3	91	45´2
12	95´8	95´8	75
13	93´6	96´8	83´2
14	95´1	98´9	92´8
15	92´5	99´2	94

Fuente: INE

Se puede demostrar lo que ofrece la realidad: la proporción del uso de este tipo de tecnologías de información por la muestra de población de edad entre 10 y 15 años, es en tales términos, muy elevada. Es notorio comprobar también, el incremento, a partir de las edades señaladas, del uso de dispositivos móviles. Es por ello, que la pluralidad de medios de acceso a las redes sociales, ha ido creciendo desde las primeras décadas del siglo XXI, facilitando los medios, que, anteriormente, sólo constaban de ordenadores, y algún que otro *Smartphone*.

En paralelo, la actividad política durante la labor de la reforma, también ha trabajado sobre las edades a la hora de emitir enmiendas al articulado de la reforma de la LOPD. Ejemplo de ello, han sido las dirigidas por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En ComúPodem-En Marea, justificando la necesidad de aumentar la protección y buscar nuevas medidas de seguridad para los menores de dieciséis años, ante los sitios web más solicitados o buscados por los mismos.¹¹⁶ Rigurosamente, este mismo grupo parlamentario, a pesar de los resultados que reflejan los datos proporcionados por el INE, destaca la necesidad de abordar, específicamente una normativa propia para la edad de los 16 años.¹¹⁷

7. LAS REDES SOCIALES MÁS PROBLEMÁTICAS EN LA ACTUALIDAD EN VIRTUD DEL DERECHO DE IMAGEN. ¿QUÉ HACEN POR NUESTROS MENORES?

No debemos de finalizar este estudio, sin aludir a algunas de las principales redes sociales que conviven dentro de nuestro día a día. Una gama de servicios¹¹⁸ de comunicación, que va creciendo exponencialmente a medida que avanzan los conocimientos y las tendencias sobre tales sistemas. Como ya se adelantaba, esta gran variedad, ofrece, en este caso, al menor usuario, una forma de lo más variopinta de ofrecer su información más íntima, sea a través de mensajes, fotografías, e incluso vídeos.

Esta lista cerrada que se propone a continuación, resume, en la actualidad, un avance notorio en tales servicios, unido a un mayor riesgo, no sólo dentro del derecho a la imagen del usuario estudiado, sino en cualquier aspecto en el cual sus datos personales pueden verse menoscabados. Sí que es cierto, que debido a las características que representan a estos ejemplos, el derecho a la imagen, es el más polémico y el más controlado, y a la vez, más vulnerado. Fotografías y videos de diversos niveles de intimidad, son ofrecidos cada segundo, en cualquier ámbito geográfico de la sociedad digital.

Ya, de primeras, la realidad en su momento explicada y criticada anteriormente, nos alerta de que, por encima de la preocupación jurídica, social e incluso política de proteger y concienciar a nuestros menores dentro del uso de las redes sociales desde cualquier

¹¹⁶Enmienda núm. 27, 18 abril 2018: Enmiendas e índices de enmiendas al articulado, p.24.

¹¹⁷Enmienda núm. 2, 18 de abril de 2018: Enmiendas e índices de enmiendas al articulado, p. 3

¹¹⁸Que al fin y al cabo también son encargados del tratamiento como persona jurídica sea pública o privada, decidiendo sobre los diversos ficheros que poseen dentro de sus servicios digitales. Véase GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 145-149.

dispositivo, se impone en muchas ocasiones, la necesidad de “saciar” sus ganas de compartir sus momentos hacia terceras personas, con información corriente y no perjudicial, y en el peor de los casos, en sentido contrario. Esta es la situación frustrante, a la cual el personal competente se enfrenta. Un campo de actuación, que se deja en manos de la “libertad” del menor a la hora de usar los medios y dispositivos.

Esta es, por tanto, la cruda batalla contra la *ignorancia* del menor en estos ámbitos, a la cual se enfrenta una disciplina jurídica que está en constante crecimiento, cambiante y con mucho que evolucionar a pesar de los grandes avances. Analicemos a continuación, las redes sociales propuestas.

7.1. Facebook

Esta empresa, cuenta con un sistema de cláusulas propio, cuyo documento más relevante es el de “*Políticas de Privacidad*”. Una red social, que día tras día, trabaja para paliar las lagunas que les son advertidas con respecto al sector del menor de edad.

Con respecto a temas que nos importan, como la edad, ha de destacarse, que *Facebook*, ¹¹⁹que conforme a la legislación norteamericana fijaba la edad mínima en 13 años, se ha acabado adecuando a la legislación española, siendo en este caso, de 14 años para poder registrarse y poder operar, con los correctos consentimientos emitidos, siendo todo esto, un cambio que fue anunciado en el 2010, con una correcta valoración de la AEPD (tras las sucesivas peticiones que esta exigió a la empresa), en aras a la adaptación de *Facebook* como empresa multinacional a las diversas legislaciones nacionales. ¹²⁰

¹¹⁹<https://www.facebook.com/about/privacy/minors>. Véase Política de uso, en la modalidad de menores de edad.

¹²⁰GIL ANTON, A.M.: *op. cit.* pp. 305-308.

Política de uso de datos → Los menores y la seguridad

Los menores y la seguridad

Nos tomamos las cuestiones de seguridad muy en serio, sobre todo cuando se trata de niños, y animamos a los padres a que eduquen a sus hijos en el uso de prácticas de Internet seguras. Para obtener más información, visita nuestro [Centro de seguridad](#).

Para proteger a los menores podríamos aplicar una serie de medidas de protección especiales (como limitar la capacidad de los adultos para contactar y compartir contenido con ellos), a sabiendas de que esto puede suponer una experiencia más limitada en Facebook para los menores.

Facebook ofrece dentro de sus Políticas de Privacidad, un espacio de referencia al menor de edad.

Fuente: Facebook

Mismamente, se advierte que no se acepta información de menores de catorce años, siendo esto, un asentamiento hacia la nueva regulación dentro de nuestro plano nacional. Si se intentase registrar un menor con una edad inferior, se procederá a la eliminación de la información con la mayor celeridad posible, siendo esto, una medida de gran control por parte de la multinacional. Además, parece que *Facebook*,¹²¹ contribuye además, a establecer medidas de educación¹²², información y formación a los hijos sobre las prácticas seguras dentro de Internet en general, produciendo así, una seguridad para la multinacional, a la hora de intentar paliar el problema del desconocimiento en ciertos menores, además de otros soportes dirigidos a los padres.¹²³

¹²¹<https://www.facebook.com/safety>. Véase el apartado de Seguridad en Facebook.

¹²²Véase Resolución de la AEPD A/01994/2012: menor de diez años que crea un perfil de un profesor de su escuela.

¹²³GIL ANTÓN, A.M.: *op. cit.* pp. 309-310.



Dentro de este apartado, Facebook ofrece medidas para incentivar el uso responsable además de educar del correcto funcionamiento de la red social en cuestión. Fuente: Facebook.

Si nos fijamos en las fotografías y videos, como los elementos que priman dentro de esta red social, ofrece la posibilidad de eliminar los denominados metadatos, antes de cargar los diversos contenidos, además de otros datos personales que no son específicamente retratos humanos fijos o en movimiento.¹²⁴ Tiene particularidad, que los jóvenes menores de 18 años no disponen de un resultado de búsqueda pública, es decir, no es posible encontrar a menores de edad que usen tal red social mediante *Google*, *Bing* u otros medios de navegación. Curiosamente, además, la opción “*Todos*” funciona de manera diferente con tales sujetos: cuando alguien de tal edad establece que sus fotografías, videos u otra información está disponible para “*Todos*”, sólo será visible para sus amigos, o amigos de otras personas que pertenezcan a redes de centros educativos o de trabajo verificados, pero no para “*Todos*” los usuarios de Facebook.¹²⁵ Un conjunto de medidas garantes de control, que muchas personas desconocen, pero que son una salvaguarda de datos personales de menores bastante relevante.

¹²⁴GIL ANTÓN, A.M.: *op. cit.* pp. 311-313.

¹²⁵PHILLIPS, L.F.; BAIRD, Derek; F., B. J.: Facebook para educadores. *A Secretaria Geral de Educação a Distância da Universidade Federal de São Carlos*, 2013, vol. 31, pp. 1-7.

7.2. Instagram

Como noticia positiva, la empresa, ofrece un gran desglose de garantías informativas en aras a la protección de los menores. Evidentemente, las medidas de control se centran exclusivamente dentro del derecho a la imagen, desglosado en la publicación de fotografías y vídeos, que paulatinamente, estos últimos, se han ido incorporando con las mejoras que ofrece la aplicación, y es por ello que las políticas de privacidad dentro de Instagram, se han tenido que fortalecer en la misma dimensión que la influencia de este modelo ejercer sobre los usuarios menores, que, en cumplimiento con la normativa, ya fijan dentro de sus políticas, que se refiere a la edad de catorce años.¹²⁶

A continuación, se puede apreciar, a través de un análisis del “*esqueleto*” del ejemplo propuesto, el cumplimiento con creces de esas medidas educativas y preventivas sea para hijos además de los ejercientes de la patria potestad de los mismos.

The screenshot displays the Instagram help page for parents. It features a navigation menu on the right with categories like 'Privacidad y seguridad', 'Consejos sobre privacidad y seguridad en Instagram', and 'Informes'. The main content area includes sections such as '¿Puedo acceder a la cuenta de mi hijo?', '¿Te ha resultado útil esta información?', and 'Descarga la "Guía para padres sobre Instagram"'. A large blue arrow points from the '¿Te ha resultado útil esta información?' section to the '¿Cómo cambio la forma en que se muestran los anuncios a mi hijo o hija?' section in the navigation menu. Another large blue arrow points from the '¿Cómo puedo informar yo o mi hijo de comportamientos abusivos o de materiales inapropiados/ofensivos?' section in the navigation menu to the '¿Cómo puedo informar yo o mi hijo de comportamientos abusivos o de materiales inapropiados/ofensivos?' section in the main content area.

Enlace permanente [Artículos re](#)

¿Puedo acceder a la cuenta de mi hijo?

Entendemos tu preocupación por el uso que hace tu hijo de nuestra aplicación pero, por desgracia, no podemos proporcionarte acceso a la cuenta ni tomar ninguna medida aunque nos lo solicites. La legislación en materia de privacidad nos impide conceder acceso sin autorización a nadie que no sea el titular de la cuenta.

Ten en cuenta que, puesto que todos los usuarios de 14 años en adelante se consideran titulares autorizados, están incluidos en el ámbito de esta política.

¿Te ha resultado útil esta información?

Sí No

Enlace permanente [Artículos relaciona](#)

▼ Descarga la "Guía para padres sobre Instagram"

Sabemos que muchos padres y tutores se preguntan qué hacen los jóvenes en internet, y sentimos que tenemos una gran responsabilidad a la hora de asegurar que Instagram es un espacio positivo para que puedan conectar y compartir. Por ello hemos creado esta guía, que se ha desarrollado y localizado con la ayuda de organizaciones de seguridad y paternidad de todo el mundo.

Este recurso tiene tres puntos clave: cómo gestionar la privacidad, las interacciones y el tiempo en Instagram. También incluye los conceptos básicos de nuestra aplicación y una descripción de nuestras herramientas, además de una guía de debate sobre cómo los padres y tutores pueden tener una conversación abierta con los jóvenes sobre Instagram.

Descarga la siguiente guía para obtener más información:

- [Estados Unidos \(inglés\)](#)
- [Reino Unido \(inglés\)](#)

▼ ¿Cómo cambio la forma en que se muestran los anuncios a mi hijo o hija?

Privacidad y seguridad

▼ Consejos sobre privacidad y seguridad en Instagram

▼ ¿Quién puede ver las fotos de mi hijo adolescente en Instagram?

▼ ¿Cómo solicito la eliminación de una imagen de mi hijo o hija?

▼ ¿Por qué se ha eliminado una imagen de mi hijo que he publicado en Instagram?

Obtén más información sobre nuestras [Normas comunitarias](#).

Informes

▼ ¿Cómo puedo informar yo o mi hijo de comportamientos abusivos o de materiales inapropiados/ofensivos?

▼ ¿Cómo denuncio a un menor de 14 años en Instagram?

▼ Cómo denunciar casos de acoso o bullying en Instagram.

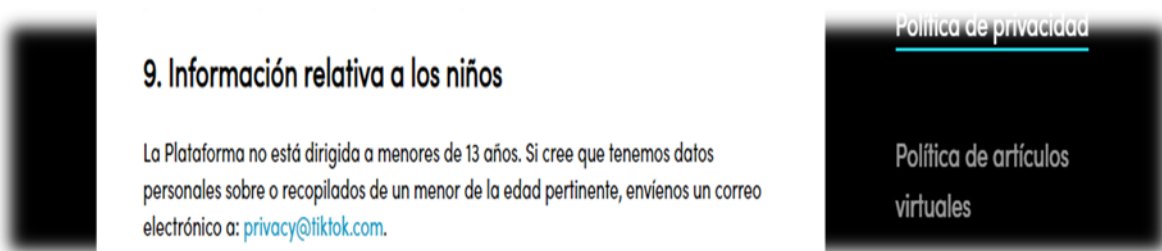
Fuente: Instagram.

¹²⁶<https://help.instagram.com>. Véase política de privacidad.

7.3. TikTok

Si a tal aplicación se le puede sacar una actividad principal, la muestra de vídeos de corta duración por parte de los usuarios, es, en este caso, la más relevante, e incluso, la única. La evolución de la red social *Musically*, es usada a nivel mundial por un elevado número de menores, que, en acompañamiento a secuencias musicales, ofrecen su día a día, en virtud de los lugares o ubicaciones más habituales en los cuales suelen filmarlos. En comparación con otras, es de reciente creación, siendo un ejemplo de gran atractivo para estos sectores de edad.

Tal plataforma, no está dirigida a menores de trece años¹²⁷. En el caso de que los responsables del menor, entiendan que existe una información que debiera de suprimirse o eliminarse, la empresa ya ofrece un contacto para proceder a tales operaciones, no correspondiéndose en este caso, con un control tan riguroso y garante como ofrece la multinacional de *Facebook*.

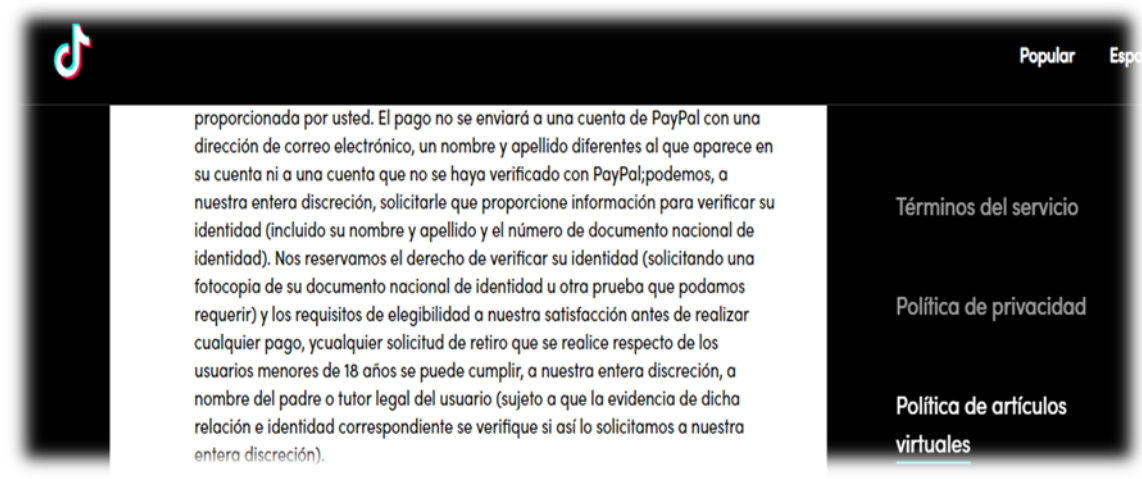


Fuente: TikTok.

Como novedad en diferencia de otras redes sociales, *TikTok*, dentro de su política de artículos virtuales, referencia al menor de edad dentro de los pagos a la hora de adquirir los productos que tal empresa ofrece a nivel digital. La preocupación en tal caso, no deriva hacia su derecho a la propia imagen como dato personal, sino a los diversos datos necesarios para obtener tales servicios de pago, y por tanto, si tiene la edad necesaria para poder realizar tales tipos de contratos.¹²⁸

¹²⁷<https://www.tiktok.com/es/privacy-policy>. Véase Política de Privacidad.

¹²⁸<https://www.tiktok.com/es/virtual-items>. Véase política de artículos virtuales.



Fuente: TikTok.

7.4. Twitter

Twitter, al entrar dentro de su condicionado, se presenta con el siguiente mensaje: “*Tu privacidad es muy importante para nosotros*”. Un mensaje un tanto esperanzador de cara a la protección de los datos de los usuarios. Una cuestión, en contraposición de la multinacional *Facebook*, es la gran cantidad de información exigida cuando un nuevo usuario se registra en una cuenta de *Twitter* en España. Por otra parte, el registro no es necesario en muchos de los Servicios de *Twitter*, como buscar o ver los perfiles públicos de usuarios o listas, lo que puede provocar, que terceras personas, busquen información de los sujetos analizados, y obtener sin necesidad de registrarse o aportar datos, información que les puede servir.

En cuanto a la edad, advierte la empresa responsable, y más en concreto para los menores de trece años, lo que advierte la prestadora de servicios de *Twitter*¹²⁹ es que si los titulares de la patria potestad o tutores legales tienen conocimiento de que el menor ha ofrecido información personal que le identifica de pleno, sin que medie el consentimiento de estos, deben contactar con la empresa, no obstante de que se proceda al borrado de dicha información, e incluso se eliminaría su cuenta de forma íntegra.

¹²⁹<https://twitter.com/es/privacy>. Véase el apartado de privacidad ofrecido por Twitter.

Como conclusión, y a pesar de tal medida explicada en las líneas anteriores, los datos personales van discurriendo por la Red sin que exista un control estricto para evitar tales problemas, o incluso, para exigir el consentimiento del menor afectado, siendo esto, una cuestión concerniente a las imágenes.¹³⁰

1. Quién puede hacer uso de los Servicios

Puede hacer uso de los Servicios solo si accede a firmar un contrato vinculante con Twitter y no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable. En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de Periscope, para hacer uso de los Servicios. Si acepta estos Términos y usa los Servicios en nombre de una empresa, organización, gobierno u otra entidad jurídica, afirma y garantiza que está autorizado a hacerlo y cuenta con los poderes necesarios para obligarla al cumplimiento de estos Términos, en cuyo caso el uso de las palabras "usted", "su" y "sus" en estos Términos hará referencia a dicha entidad jurídica.

Fuente: Twitter.



Nuestros servicios no están dirigidos a los niños y no puedes utilizar nuestros servicios si eres menor de 13 años. Asimismo, has de tener edad suficiente para dar tu consentimiento para el tratamiento de tus datos personales en tu país (en algunos países podemos permitir a tus padres o tutores hacerlo en tu nombre). Debes tener al menos 16 años para utilizar Periscope.

Fuente: Twitter.

¹³⁰GIL ANTON, A.M.: *op. cit.* pp. 315-318.

Pues bien, el analizar íntegramente algunas de las redes que más vulnerabilidad e inseguridad producen al menor usuario, nos ayuda a sacar una conclusión, desde mi parte, negativa desde el punto de vista general. La información y referencia del adolescente usuario, es de escasa a insuficiente. Una situación proporcionalmente indirecta, si atendemos a que, por su edad o desconocimiento, se convierten en un sector potencialmente inseguro. Por ende, la política de privacidad, y las reglas de la edad, quedan relegadas a un análisis más completo observando las regulaciones vigentes, a las cuales, los ejemplos mencionados, se han ido amoldando, olvidando sus normativas vigentes en el país en el cual yace la empresa, como puede ser Estados Unidos. Una plasmación más completa de las reglas jurídicas, ofrecerían, desde mi perspectiva, una información más rápida y sencilla de comprender por los usuarios de tal sector, y así evitar que, a edades tempranas, intenten asimilar una normativa sea nacional, sea europea, que les resultaría compleja, y a la postre, acabarían ignorándola por completo.

Por otro lado, la ausencia de medidas propias e innovadoras de concienciación hacia el menor, no priman en esencia dentro de las redes sociales, únicamente ofreciéndolas la multinacional *Facebook* o *Instagram*, quizás esto sea, por la relevancia que tiene, debido al número de usuarios o el índice de horas de uso de tal aplicación. La creación de un marco educativo que fomente todo lo explicado anteriormente por todos los modelos, y los que quedan sin analizar, dotaría de gran autonomía a las mismas, además de demostrar, que quedan al servicio de la búsqueda de la máxima prevención posible ante una evolución del conocimiento tecnológico que en algunos momentos, amenaza con ser nociva.

8. CONCLUSIONES

La evolución de la tecnología digital avanza hacia la comodidad y sencillez de cara a los usuarios. En contraste, la facilidad que entraña su dominio, provoca problemas con la identidad digital, siendo los menores, uno de los grupos más vulnerados en su intimidad y privacidad. Dificultades, por tanto, que el Derecho, junto con los poderes públicos y otros entes competentes, deberán de intentar paliar.

Desde Europa con el nuevo RGPD y descendiendo hacia España, con la reformada y armonizada LOPD, se da respuesta a las preocupaciones que se suscitaban, especialmente con la protección del menor. Una mejoría notable, pero quedando mucho por trabajar a la hora de conseguir una óptima normativa digitalizada a las querencias de la actualidad.

La imagen visible y reconocible del menor recibe la consideración de dato personal a la hora de fijar su protección constitucional y civil ante las intromisiones de terceros que pueda sufrir en la esfera de sus derechos, en la cual las reglas del consentimiento y madurez estarán presentes para ponderar su tratamiento. La edad de catorce años, será el límite de edad a la hora de analizar el papel de la patria potestad a la hora de consentir las publicaciones en las redes sociales.

Las particularidades que poseen las redes sociales, suscitan un largo debate a la hora de encajarlo en una determinada tipología contractual. La contraprestación que ofrece esta modalidad contractual a partir de la cesión de datos personales del usuario, no se aprecia de forma tan directa como ocurre con otros modelos. Unido a ello, Europa ofrece una flexibilidad a los Estados a la hora de regular su propia edad de acceso, con el límite de los trece años.

Las actuales redes sociales, han tenido que adaptarse a las nuevas exigencias normativas europeas, olvidando el domicilio del que proceden ambas partes, ofreciendo mayores o menores medidas de protección de la privacidad del menor, además de otras medidas de educación tanto a los padres, como a sus hijos, en grado al auge y complejidad que poseen.

9. BIBLIOGRAFÍA

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

ALONSO MARTÍNEZ, C., et al.: *Reglamento general de protección de datos: Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Editorial Reus, Madrid, 2018.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “Los menores y sus derechos en la sociedad digital” en DE LA QUADRA, Salcedo, T.; PIÑAR, Mañas, J.L. *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.

BUREAU VERITAS INFORMACIÓN.: *Ley de protección de datos personales. Manual práctico para la protección de los datos personales de las personas físicas*, Fundación Confemetal, Madrid, 2009.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad” en

CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J.A. (Dirs.): *El Mercado digital en la Unión Europea*. Editorial Reus, Madrid, 2018.

CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P.: “El concepto de Dato Personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

ECIJA BERNAL, A.: “Ciberespacio, ciberderecho y ciberabogados”. *Diario La Ley*, 2017, no 8944.

GIL ANTÓN, A.M.: *El Derecho a la propia imagen del menor en internet*. Editorial Dykinson, 2013.

GÓMEZ CORONA, E.: *Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet. Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, 2011. Universidad de Valencia.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

GARCÍA GONZALEZ, J.: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia 2010.

GIL MEMBRADO, C.: *Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales*. La Ley Digital, 2019.

Grupo de trabajo del artículo 29 sobre protección de datos. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/67917/ES WP259 y rev.01*.

DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. BOE, Madrid, 2018.

DE MIGUEL ASESENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.

DE VERDA Y BEAMONDE; J.R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

LAMBEA RUEDA, A.: “Entorno digital, robótica y menores de edad”. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 4.

LÁZARO GONZALEZ, I.: *Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia*. Lección inaugural del Curso Académico 2010-2011.

LORENTE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, ya la propia imagen del menor*. 2014. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I.

MINERO ALEJANDRE, G.: “Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente”. *Anuario Jurídico y Económico*, 2019, Madrid.

MORALES PRATS, F.: “Internet Riesgos para la Intimidación”. *Cuadernos del Poder Judicial*, 2001.

NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”. *Revista de Derecho Civil vol. III núm. 3*, 2016.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

OBISPO TRIANA, C.: “La esperada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos llegará por Navidad.” *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2018, no 946.

PASCUAL MEDRANO, A.: *El Derecho Fundamental a la Propia imagen*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

PÉREZ DÍAZ, R.: “La imagen del menor en las redes sociales”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2018, no 3.

PÉREZ DÍAZ, R.: “La imagen del menor en las redes sociales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2018, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018.

PHILLIPS, L.F.; BAIRD, Derek; F., B. J.: *Facebook para educadores. A Secretaria Geral de Educação a Distância da Universidade Federal de São Carlos*, 2013, vol. 31.

PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Artículos del Consejo General de la Abogacía Española*. “En vigor la nueva y esperada Ley Orgánica de Protección de Datos”

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Menores y redes sociales: cuestiones legales”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2015, no 8.

REBOLLO DELGADO, L.: “La imagen como dato”. *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá de Henares*. Servicio de Publicaciones, núm. 2, 2009.

RUBIO TORRANO, E.: “Del Reglamento europeo a la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos. Aranzadi civil-mercantil”. *Revista doctrinal*, 2018, no 6.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: Carencias, interrogantes y retos del legislador.” *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2017, no 23.

VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STC 99/ 1994, de 11 de abril 1994	(RTC 797, 1990)
STC 117/ 1994, de 25 de abril 1994	(RTC 2016, 1990)
STC 94/1998, de 4 de mayo 1998	(RTC 1998, 137)
STC 12/2012, de 30 de enero 2012	(RTC 2012, 12)

STS de 14 de julio de 2014	(RJ 2014, 4529)
STS de 30 de junio 2015	(RJ 2015, 2661)
STS de 19 de noviembre 2018	(RJ 2008, 6055)

SAN de 20 de abril de 2009	(RJ 1407/2009)
SAN de 2 de enero 2013	(RJ 1447, 2013)

SAP Madrid de 23 de mayo 2011	(RJ 238, 2011)
SAP Barcelona de 22 de abril 2015	(RJ 80210, 2015)
SAP Pontevedra de 4 junio 2015	(RJ 78714, 2012)
SAP Asturias de 21 de julio de 2017	(RJ 258, 2017)
SAP Santander de 12 de enero 2018	(RJ 1712,2018)
SAP Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio 2018	(RJ 2018, 273525)

STJUE de 19 octubre 2016	(RJ 2016, 779)
---------------------------------	-----------------------

OTROS MATERIALES

Sesión plenaria del Congreso de los Diputados núm. 99. Diario de Sesiones núm. 104	15 de febrero 2018
Enmienda núm. 27: Enmiendas e índices de enmiendas al articulado.	18 abril 2018
Enmienda núm. 27: Enmiendas e índices de enmiendas al articulado	18 abril 2018
Comisión de Justicia del Senado. Diario de Sesiones núm. 374.	15 noviembre 2018

Expediente AEPD E/ 0033594	2016
Instrucción AEPD 1/1998	1998
Informe AEPD 0194/2009	2009
Informe AEPD 0241/2011	2011
Resolución AEPD R/00330/2011	2011
Resolución AEPD R/01994/2012	2012
Resolución AEPD R/00214/2015	2015
Memoria AEPD 2000	2000