

Los menores e internet. Riesgos y derechos

Especial consideración de la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia



Carmen Florit Fernández

Hoy día es muy habitual que los progenitores de los menores compartan imágenes de sus hijos en las redes sociales. Sin embargo, estas conductas conllevan grandes riesgos generalmente desconocidos por aquellos que precisamente los generan. Estos peligros son a veces de especial gravedad, como en el caso del *grooming*. Además, según lo establecido por el artículo 4 de la LOPJM estas conductas están radicalmente prohibidas, sin que inexplicablemente el Ministerio Fiscal actúe. Los menores, por el simple hecho de ser personas, detentan derechos fundamentales que no pueden ser vulnerados ni siquiera por quienes ostentan los derechos inherentes a la patria potestad sobre ellos. En la presente obra se expondrá el problema descrito, esto es, los derechos de los menores vulnerados en internet, los riesgos que ello conlleva, la inexplicable dejadez del Ministerio Fiscal y las posibles soluciones. Además, se aportan varias sentencias de especial importancia en estas cuestiones. La edad de los menores cuyos derechos están siendo en estos momentos vulnerados puede hacer pensar en una posible ola de reclamaciones judiciales en un futuro próximo cuando sean suficientemente maduros y conscientes del perjuicio creado a su persona.



ISBN: 978-84-19045-54-6



9 788419 045546

Carmen Florit Fernández

Los menores e internet. Riesgos y derechos

Especial consideración de la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

2022
Barcelona



© ABRIL 2022 CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ

© ABRIL 2022



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19045-54-6

ISBN digital: 978-84-19045-55-3

D.L.: B 7186-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

NOTA PERSONAL DE LA AUTORA

Los derechos de los menores en Internet: territorio comanche.....	13
---	----

CAPÍTULO I

El fenómeno de las redes sociales, la nueva L.O. 8/2021 y los riesgos para la seguridad y la salud de los menores	21
1. El fenómeno de las redes sociales. Evolución y motivos de su auge	21
2. Riesgos para la seguridad y la salud de los menores: <i>huella digital</i> , identificación y localización, acoso escolar, abusos sexuales, <i>grooming</i> , imágenes compartidas en carpetas de pedófilos y <i>morphing</i>	28
3. La nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.	34
3.1. Breve comentario acerca de la nueva Ley Orgánica 8/2021.....	34

3.2. Puntos de la nueva Ley Orgánica 8/2021 que inciden en la cuestión de la exposición y explotación de menores en Internet por parte de sus progenitores	35
--	----

CAPÍTULO II

Patria potestad: contenido y límites	49
1. Contenido de la patria potestad	49
2. Límites de la patria potestad: el interés superior del menor en la conculcación de sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a su propia imagen.....	53

CAPÍTULO III

El menor y su capacidad	55
1. Concepto y capacidad del menor de edad. El interés superior del menor	55
2. Capacidad natural del menor. Especial consideración de su consentimiento	60
3. Libre desarrollo de la personalidad del menor	64

CAPÍTULO IV

El menor como detentador de derechos fundamentales y en especial del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya su propia imagen	67
1. Derecho al honor	68
2. Derecho a la intimidad	68
3. Derecho a la propia imagen.....	69

4.	El artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	69
5.	Otras normas fuera del ámbito civil	72
5.1.	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales	73
5.2.	Código penal.....	74

CAPÍTULO V

	Menores expuestos en Internet por sus progenitores: <i>sharenting</i> , <i>oversharenting</i> e <i>instamamis</i>	77
1.	<i>Oversharenting</i>	77
2.	Supuestos legales de excepción a la prohibición	80
2.1.	Consentimiento del menor en la intromisión en su intimidad	82
2.2.	Usos sociales.....	83
2.3.	Ponderación del interés público histórico, científico o cultural relevante	84

CAPÍTULO VI

	Menores explotados en Internet por sus progenitores: trabajo infantil y mera explotación económica de su intimidad.....	87
--	---	----

CAPÍTULO VII

	Conclusiones reflexivas	91
--	-------------------------------	----

1.	Sobre la Ley Orgánica 8/2021: mera declaración de intenciones.....	91
2.	Sí, la intromisión ilegítima en los derechos al honor, imagen, intimidad personal y familiar del menor es un acto de violencia: creación involuntaria de la <i>huella digital</i>	92
3.	No, los padres no pueden publicar imágenes de la intimidad de sus hijos, porque va en contra del interés superior del menor, que debe informar cualquier medida que afecte a un menor, y porque no está justificada legalmente la intromisión ...	93
4.	No, los padres no pueden explotar a sus hijos, ni exhibiendo su mera intimidad, ni haciendo que trabajen como niños artistas sin control de la Autoridad Laboral.....	96
5.	Sí, publicar datos, imágenes o vídeos de los menores es muy peligroso	96
6.	El Ministerio Fiscal debe actuar ya	97
7.	La Agenda 2030 de Naciones Unidas y la erradicación de todo tipo de violencia contra los niños, en especial su explotación, como Objetivo de Desarrollo Sostenible	98
	Bibliografía	101
 ANEXO		
	Jurisprudencia relevante.....	105
1.	Sentencia 208/2015 de la Audiencia provincial de Pontevedra, de 4 de junio.....	105
2.	Sentencia 57/2017 de la Audiencia Provincial de Lugo, de 15 de febrero	115

3.	Sentencia 539/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de mayo.....	129
4.	Sentencia 31/2014 del Tribunal Supremo, de 14 de julio.....	144
5.	Sentencia del Tribunal de la Haya de 1 de octubre de 2018 ...	155
	Glosario	163

NOTA PERSONAL DE LA AUTORA

Los derechos de los menores en Internet: territorio comanche

Le propongo un juego al lector. Imagine que un día cualquiera usted enciende el televisor y pone un canal. En la pantalla aparece el interior de una casa con imágenes tomadas de manera que podríamos decir algo casera o no profesional. Alguien lleva la cámara en una mano y va paseando por la vivienda enfocando las distintas estancias. Una voz nos va contando que se acaba de despertar y va a la cocina a hacer el desayuno. Vemos su otra mano preparando un desayuno convencional: café con leche, tostadas y unos cuatro vasos de leche con cacao. A continuación, gira la cámara y vemos su rostro. Nos anuncia que es hora de despertar a los niños para llevarles al colegio. La cámara vuelve a enfocar hacia delante. Entra en un dormitorio a oscuras y enciende la luz. Aparece dormido un niño de unos ocho años que al notar la presencia de la cámara se tapa la cara con la almohada. Charla un rato con la persona que lleva la cámara y le vemos salir de la cama, levantarse e ir a desayunar. Se repite la misma escena con un niño de siete

1 En honor a un cartagenero de pro, Arturo Pérez-Reverte, de parte de una paisana.

años y una niña de cuatro años, a la que le cuesta levantarse de la cama de sus padres y baja de espaldas deslizándose por el borde, apoyando primero los pies porque no llega al suelo. Por último, el cámara deja en otro cuarto la cámara sobre un mueble enfocando una cuna para tener ambas manos libres, saca a un bebé que apenas tiene unos meses de vida de la cuna y mientras lo lleva con un brazo vuelve a coger la cámara con el otro y va a la cocina donde el resto de sus hijos está ya desayunando... Y así un día entero en el que les vemos ir al colegio, salir del colegio, merendar, charlar con su madre sobre lo que les ha pasado en el colegio: Juan se ha peleado con un amigo pero ha sacado un notable en matemáticas, Pablo se ha comido todo el bocadillo y María se ha hecho pis (la autora de los vídeos nos adjunta en la pantalla un enlace a un vídeo anterior en el que enseña y explica cómo le va a quitar el pañal a María, con María incluida sentada en el orinal a la edad de tres años, después no duda en enseñar a la cámara orgullosa el producto de tanto esfuerzo al fondo del orinal)...

Creo que no estoy muy equivocada si afirmo que a la mayoría de espectadores les parecería un escándalo y no entenderían por qué la madre de estos niños muestra la vida íntima de sus hijos sin reparo y para todo el mundo.

Pues bien, este tipo de vídeos abundan en Internet, y los autores de los mismos obtienen grandes beneficios económicos con ellos.

¿Cómo es posible esto? ¿Es Internet un mundo aparte en el que los derechos de los menores están desprotegidos? Rotundamente, la respuesta es sí.

Los motivos de que esto esté ocurriendo, ya no sociológicos, sino desde el punto de vista práctico-legal son, entiendo, los siguientes: por un lado, el hecho de que las mismas personas que deberían velar por la protección del honor, la intimidad y la propia imagen del menor, esto es, sus padres, son precisamente quienes los están conculcando; en segundo lugar, porque los menores lo son, es decir, que para comprender que están violando sus de-

rechos y para pedir ayuda en su defensa son en la mayoría de los casos muy inmaduros aún -muchos son bebés-; y en tercer lugar, por la inexplicable y decepcionante dejación de funciones del Ministerio Fiscal.

La mayoría de los progenitores comparten digitalmente los datos y fotografías de sus hijos menores con buenas intenciones, evidentemente no con el objetivo de causar una daño al niño, pero en algunos casos nos encontramos con conductas que constituyen intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de los menores que no pueden quedar amparadas por el mero hecho de ser sus representantes legales quienes las lleven a cabo².

También debo advertir que el tema que aquí se trata se hace desde un punto de vista meramente de Derecho civil, incardinado en el estudio del contenido de la patria potestad y sus límites, aunque para ello deba referirme en algunos aspectos irremisiblemente al punto de vista penal y al constitucional, sin la profundidad que exigiría tratar estas perspectivas ampliamente.

En cuanto a los términos utilizados en el título de esta obra, y a los que me voy a referir en ella, podemos definir la idea del *sharenting* como el fenómeno frecuente por el que los progenitores comparten en las redes sociales todo tipo de información personal, especialmente fotografías, de sus hijo³. Proviene de la unión de dos palabras inglesas, «share», compartir y «parenting», paternidad. Cuando además esta actividad supone una sobreexposición excesiva podemos hablar de *oversharenting*. Por su parte, el término

2 Ammerman Yebra, Julia, «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis, p. 255.

3 Ammerman Yebra, Julia, cit., p. 254.

instamamis se refiere a todas aquellas mamás⁴ con perfil en Instagram, además de en otras redes sociales, donde publican reiteradamente fotos de sus hijos generalmente menores de edad. No obstante, al final se ha incluido un glosario de términos.

Debo pedir disculpas al lector, porque es sencillamente imposible para mí despojarme de mis circunstancias personales al tratar el tema que bien se anuncia en el título de esta obra.

Me gustaría hacer una llamada a la coherencia, no en el sentido de la consabida congruencia procesal, sino en el más sencillo de sentido común. El fin que debemos perseguir en toda medida que afecte a un niño es su felicidad, esto es, la protección de su interés superior. Pero, ¿qué es esto? Los juristas utilizamos el tan manido término en abstracto y, sin embargo, creo que es realmente fácil de concretar y convertirlo en algo palpable, sin teorizar. El interés superior del niño consiste sin duda en la consecución de su felicidad bien entendida, no en el sentido de satisfacer sus caprichos constantes, sino el de proporcionarle estabilidad, seguridad y amor. Y esto lo afirmo sabedora de que el interés superior del menor desde un punto de vista jurídico es indeterminado, debe establecerse en cada caso y que viene a referirse a una vertiente triple: como un derecho sustantivo, como una norma de procedimiento y como un principio general. Pero en el fondo y desde el punto de vista de una madre, condición de la que ya he manifestado mi imposibilidad para despojarme, es lo que acabo de mencionar más arriba: amor, seguridad y estabilidad.

Si algo me ha dado la «maternidad numerosa» –muy numerosa a juicio de algunos– es un conocimiento de los niños. Quizá no total, pero desde

4 Por generalizar, pues son abrumadora mayoría las madres que hacen esto frente a otros familiares, pero por supuesto también podemos hablar de *instapapis*, *instabuelos* o *instatíos*. Incluso, los *instacoles*.

luego sí me ha proporcionado el instinto suficiente para poder llegar a entender lo que les conviene y por el contrario, también lo que les hace daño.

Quiero llamar la atención, en fin, sobre el hecho de que solemos, todos, hablar del menor como si sólo fuera un proyecto de adulto. Y no lo es. Ninguno de nosotros sabemos cuánto viviremos, ni tampoco si un niño llegará a ser adulto. Es cierto que al niño se le debe preparar para ser un ciudadano de bien, y persiguiendo este fin le vamos dando las herramientas necesarias para defenderse en la vida. Pero se nos suele escapar que el niño debe ser feliz ahora, mientras sea un niño, y que tan importante es el ahora de ese niño como su posible futuro.

Me entristece enormemente ver cómo a muchos niños hoy día se les está exponiendo públicamente sin ningún pudor, y en algunos casos explotando económicamente, dándole un terrible ejemplo y aprovechándose del hecho de que ellos puedan percibirlo como un mero juego sin consecuencias y que les puede convertir en famosos personajes expuestos al paio de los curiosos que les observan, algunos sin ninguna mala intención y otros con intenciones más que peligrosas.

Desde hace mucho tiempo observo pasmada la insensibilización ante esta cuestión que está dejada de la mano de Dios por parte de las autoridades. El Ministerio Fiscal, por mandato expreso legal, debe velar por la protección de los menores, pero en este caso ha hecho total dejación de esta labor fundamental.

Hasta ahora sólo disponemos de jurisprudencia que decida en la cuestión cuando los progenitores separados no están de acuerdo, pero es de esperar un aluvión de demandas de personas que habiendo sido menores cuando les exponían ampliamente o explotaban económicamente al ser mayores y conscientes de los hechos demanden a sus progenitores, bien solicitando la cesación de la utilización de la imagen bien solicitando el producto de su

explotación⁵. Esto ya ha ocurrido en Italia, donde se ha condenado a una madre a pagar una indemnización a su hijo por la utilización indiscriminada de su imagen en las redes sociales⁶.

Recientemente, además, se ha publicado la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. A pesar de que la elaboración de esta norma era el momento preciso para poner freno a esta situación, no ha hecho absolutamente nada novedoso. La Ley de 1996 hace mucho más en su artículo 4.

Tan consternada estaba viendo en el trámite parlamentario la deriva de la nueva norma que decidí ponerme en contacto con varios Diputados nacionales⁷ y les hice llegar un informe sobre la exposición y explotación de los menores en Internet por parte de sus padres y la propuesta que entendía se debía hacer para atajar el problema⁸.

5 Así lo afirma Gutiérrez Mayo: «En mi opinión, en el denominado caso de las Instamiamis e Instapapis los hijos, alcanzada la mayoría de edad, podrían denunciar a sus progenitores por la comisión de un delito contra la intimidad, en concreto el previsto en el artículo 197.7 del Código Penal», Gutiérrez Mayo, Escarlata, «Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales», en <https://elderecho.com/posibles-consecuencias-legales-los-progenitores-la-publicacion-fotos-hijos-menores-edad-redes-sociales>, consultada el 5 de mayo de 2021.

6 <https://es.euronews.com/2018/01/09/sentenciada-a-pagar-10-mil-euros-a-su-hijo-si-publica-fotos-suyas-en-facebook>. Consultado el 10 de enero de 2021.

7 Sólo tuve éxito con Luis Gestoso y Teresa López, a los que agradezco desde aquí que me atendieran tan amablemente y pusieran auténtico interés en el informe que les hice llegar.

8 En el Anexo I de la Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de la Ley Orgánica, sólo una propuesta proveniente, además, de un particular, propone prohibir la exposición de menores en las redes sociales.

En la presente obra expondré las causas y consecuencias de este problema, los peligros que entraña para la seguridad física y psíquica de los menores y la propuesta que creo que paliaría esta situación, para lo que se realizará un estudio de las cuestiones legales que deben sin duda intervenir en las conclusiones finales.

Desde un plano extrajurídico y, por muy obvio que pueda parecer, quisiera recordar que muchos de los padres que publican la vida de sus hijos en la red lo hacen porque creen que están compartiendo su propia vida, sin darse cuenta de que lo que están compartiendo son las vidas de sus hijos, que no les pertenecen⁹. La paternidad supone una inmensa responsabilidad que en primer lugar impone el deber de velar por los derechos fundamentales de los hijos (la vida, la integridad física y psíquica, la educación, los alimentos, etc., y sí, también su derecho a honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar) y que en ningún caso otorga el derecho de conculcar, mediante una intervención ilegítima, dichos derechos sin una justificación legal expresa que arroge dicha potestad.

9 Parafraseando a la Ministra de Educación, Isabel Celaá a propósito del «pin parental». <https://www.elmundo.es/espana/2020/01/17/5e21b8c7fc6c-83fe618b4643.html>. Consultado el 24 de junio de 2021.

NOTA PERSONAL DE LA AUTORA

Los derechos de los menores en Internet: territorio comanche

CAPÍTULO I

El fenómeno de las redes sociales, la nueva L.O. 8/2021 y los riesgos para la seguridad y la salud de los menores

CAPÍTULO II

Patria potestad: contenido y límites

CAPÍTULO III

El menor y su capacidad

CAPÍTULO IV

El menor como detentador de derechos fundamentales y en especial del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ya su propia imagen

CAPÍTULO V

Menores expuestos en Internet por sus progenitores: *sharenting*, *oversharenting* e *instamamis*

CAPÍTULO VI

Menores explotados en Internet por sus progenitores: trabajo infantil y mera explotación económica de su intimidad

CAPÍTULO VII

Conclusiones reflexivas

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO

Jurisprudencia relevante

GLOSARIO



Carmen Florit Fernández

(Cartagena, 1981) es Doctora *cum laude* en Derecho Civil por la Universidad de Murcia, Máster de Abogacía y acreditada por ANECA. Tras años ejerciendo como abogado ha dirigido varios Proyectos de Investigación, siempre en el ámbito de la protección del menor, dedicándose actualmente en exclusiva a labores docentes y de investigación. Ha publicado numerosos artículos científicos en revistas de impacto y colaborado en obras de las mejores editoriales jurídicas, abordando el estudio de múltiples cuestiones controvertidas en el ámbito del Derecho de Familia: las uniones *more uxorio*, la filiación del *concepturus* y la explotación de los menores en el ámbito deportivo y en las redes sociales, entre otras. Actualmente es profesora de Derecho Civil en la Universidad Europea, la UNED y la Universidad Rey Juan Carlos.