

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DIGITAL Y SHARENTING

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada*

Con infinita admiración al
Prof. Carlos LASARTE

1. INTRODUCCIÓN

Parece como si este cada vez más avanzado siglo y milenio estuviera dispuesto a reproducir, con las evidentes diferencias y transformaciones que hay siempre, incluso en lo que se presenta como mera repetición, alguna de las revoluciones acaecidas a lo largo de nuestra historia, pero desde el punto de vista digital y a la vez social. Los beneficios del progreso son indudables, como también lo son las nuevas incertidumbres y cambios de paradigma; las renovadas tecnologías llevan años transformando el proceso de aprendizaje y capacitación, e introduciendo nuevos conceptos sociales y jurídicos, que, en muchas ocasiones, son insuficientes para la variedad de conflictos a los que se tiene que hacer frente.

La Sociedad Digital, constituye en la actualidad un tema de gran preocupación social puesto que nuestra vida personal, familiar y profesional se desarrolla continua e intensamente en ella. Nos enfrentamos ante un fenómeno de indiscutible presencia y de impacto en los fundamentos y parámetros de legitimidad de un Estado social y democrático de Derecho. Las múltiples, aunque en casos insuficientes, normas en la materia ponen de manifiesto la importancia de erradicar y controlar estas situaciones sumamente nocivas para el Estado y la ciudadanía. Parece obvio desde semejante perspectiva, compartida por instituciones internacionales y nacionales, que tal fenómeno individual, colectivo y global requiere de respuestas adecuadas a su magnitud, especialmente desde la jurídica.

El principal vehículo que se instaló en nuestro país, y que nos lleva a participar en esta nueva sociedad son las redes sociales en línea o sitios de redes sociales (SNSS). Desde que se implantaron, hace años, se han configurado como un fenómeno cuyo alcance está por determinar y que afecta de forma muy importante a la esfera jurídico personal de los sujetos, a la de su personalidad, muy especialmente a la intimidad y privacidad. La principal preocupación se ha circunscrito a que los sujetos usuarios exteriorizan no sólo su intimidad —extimidad—, sino también la de sus hijos o familiares cercanos menores de edad, y desconocen en mayor medida la utilización que, de estos datos, se puede hacer¹.

La Agencia Española de Protección de Datos, en el documento de “Protección del menor en Internet”, publicado en febrero de 2020 pone de manifiesto que el acceso a contenidos digitales se ha convertido en una realidad en la que no hay ningún colectivo de individuos que no esté de alguna manera expuesto. Cerca del 85% de la población española tiene acceso a internet desde el hogar y, en particular, casi el 70% de menores de 15 años dispone de un teléfono móvil. Es preciso, por tanto, equilibrar y compatibilizar el acelerado avance tecnológico y de la comunicación con el adecuado desarrollo vivencial de estas personas y el respeto social a sus derechos.

El Derecho de Familia, uno de los más reformados en los últimos tiempos, no puede permanecer ajeno a los desafíos y retos que la sociedad digital proyecta sobre él, principalmente en la propia esencia de la patria potestad, en el ejercicio, titularidad o guarda y custodia conforme a la protección de los hijos en el entorno digital. La tradicional redacción del artículo 154 del Código civil ha de adaptarse a las nuevas necesidades digitales, puesto que prácticamente toda la normativa actual descarga en los progenitores una serie de obligaciones, a las que atenderemos en los siguientes epígrafes, como garantes principales del bienestar y de la protección de los derechos que puedan ser vulnerados en las redes sociales, principalmente. Es hecho notorio que el acceso a dispositivos electrónicos y a los servicios de la sociedad de la información viene produciéndose a edades cada vez más tempranas, y que el único camino es adaptarse, hablemos de personas o de derechos. No se puede, en aras de la responsabilidad parental intentar imponer prohibiciones de escasa eficacia, sino que, con los menores de edad, deben establecerse los mecanismos de control necesarios y acordes, a su grado de madurez y al desarrollo de su personalidad que, con las debidas restricciones, impidan que puedan entrar en contacto con contenidos o recursos de los que pueda derivar en algún perjuicio para su correcta formación y estabilidad emocional².

1 OROZCO PARDO, Guillermo, “Intimidad, privacidad, “extimidad” y protección de datos del menor”, en *La protección jurídica de la intimidad*, pág. 385. Valencia 2010.

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

Es sobradamente sabido que siendo menor no se ostenta la plena capacidad de obrar, y además que en los derechos fundamentales de los menores rigen las normas de la capacidad natural del menor, su grado de madurez. Pero en el marco que nos compete, crece con las nuevas tecnologías, es usuario fiel a las mismas y tiene un nivel de conocimiento en su utilización bastante elevado, lo cual no implica que no esté expuesto a los riesgos derivados de ellas, y que, a cualquier edad pueda actuar sin el consentimiento de sus padres. Esa madurez se debe concretar en el acceso y utilización de la información por el menor en la red, a través de su perfil, contenidos, videos o imágenes expuestas. Para que esta situación se de con ciertas posibilidades de éxito es fundamental, adaptar los contenidos del artículo 154 al entorno digital, puesto que como garantes deben velar por el uso adecuado en el ciberespacio, educarlos en el entorno digital, supervisar sus actuaciones en las redes, procurándoles una formación integral. En este trabajo se expondrá la normativa en la materia, rezagada aún ante el progreso tecnológico, y se analizarán las principales cuestiones del entorno digital que inciden en el ejercicio de la patria potestad, así como la protección de la que dispone el menor cuando son sus propios padres los que suben sus imágenes a las redes sociales.

2. A PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Los riesgos principales que soporta la utilización de las redes se han basado inicialmente, en la vulneración del derecho a la intimidad, honor y propia imagen, así como de la privacidad, y en el posible acoso que se pueda derivar de la utilización de los mismos, ya que no siempre los menores, conocen la trascendencia de sus actos a través de la Red ni las implicaciones que pueden suponer para sus vidas y las de sus compañeros³.

3 La Memoria Fiscal de 2020 indica, en cuanto al incremento de la criminalidad en el entorno tecnológico, que “la utilización masiva por niños, niñas y adolescentes de estas herramientas para todo tipo de comunicaciones y las limitaciones que les son propias, por su edad y falta de madurez, para prevenir los riesgos que asumen al mantener determinados contactos en la red (propiciados en buena medida por las posibilidades que ofrecen estas tecnologías para ocultar la verdadera identidad de sus interlocutores) ha acrecentado su vulnerabilidad ante acciones ilícitas que afectan muy seriamente a sus derechos y a su normal desarrollo y evolución y que son planificadas y ejecutadas por auténticos depredadores sexuales. Esta situación ha ido agravándose con el paso de los años, a medida que las tecnologías han ido capilarizando las relaciones personales y sociales, y ha encontrado en las medidas de confinamiento derivadas de la infección por COVID-19 un perverso entorno facilitador. Los parámetros no pueden ser más evidentes y sobre ellos han llamado la atención organismos e instituciones nacionales o internacionales: los y las menores obligados a la utilización permanente de los dispositivos informáticos, incluso para la realización de sus actividades escolares incrementando, de esta forma, su exposición al riesgo de ser víctimas de agresores sexuales; sus progenitores, tutores o guardadores, en ocasiones más preocupados por las circunstancias sanitarias, económicas o sociales que por la atención a la actividad *online* de sus pupilos; una buena parte de la población adulta más

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un Derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española, dando así una regulación expresa desde la norma fundamental de la protección de la intimidad y la privacidad en el sector de las nuevas tecnologías. De esta manera, nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁴.

Podemos concretar en materia de menores las siguientes leyes: por un lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su art. 4 que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y considera intromisión ilegítima en estos derechos cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales; por otro, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considera en su art.2 que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en estos derechos “cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”, matizando en el art. 3 que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.

ociosa y sin otro medio de entretenimiento y/o diversión que el que ofrecen las tecnologías y, por último, los cuerpos policiales y organismos estatales volcando sus esfuerzos para atajar la pandemia y en proteger la seguridad y salud pública”.

4 En este sentido se pronunciaba la conocida STC 292/2000, de 30 de noviembre al indicar que “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 C.E. debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 C.E.), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 C.E.)”. También manifiesta que “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”. COLÁS ESCANDÓN, A.M, en cuanto al artículo 18.1 indica que lo que “garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.”, en “La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores”, En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.9/2017, pág.10.

En el año 2015 se llevó a cabo una reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, mediante las cuales se introdujeron importantes reformas sobre todo en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el Código civil. Concretamente la LO 8/2015, se centra en la adaptación del interés superior del menor a las nuevas circunstancias y necesidades sociales, pero no se centra en la protección de sus derechos fundamentales en el entorno digital y de la inteligencia artificial. Hubiera sido el momento idóneo para regular de manera detallada el menoscabo que pueden sufrir los derechos de la personalidad con las nuevas tecnologías. Llevamos más de veinticinco años con la redacción de los derechos de los menores orientados a su protección más propia de los medios de comunicación tradicionales, que de las plataformas digitales. Algunos de los derechos recogidos en la LO 1/1996 difieren mucho de la concreción actual que se les debería dar en el entorno digital: el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, puede vulnerarse con efectos masivos en las redes sociales; el derecho a la integridad física y moral se adecua con las nuevas formas de violencia que se ejercen contra los menores por medio de estas nuevas tecnologías; o el derecho a la libertad de expresión que puede lesionar intereses de otras personas en milésimas de segundo ante el conocimiento de cientos de seguidores, éstos junto con los demás recogidos en esta ley resultan fácilmente vulnerables en la sociedad digital⁵.

En el Ordenamiento jurídico español, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se fija en catorce años la edad a partir de la cual el menor puede prestar su consentimiento válido para el tratamiento de sus datos personales. Siendo menor de dicha edad, solo será válido si cuenta con el de los titulares de la patria potestad o tutela tal y como establece el artículo siete. Dada la insuficiencia normativa de esta ley en cuanto a la protección de derechos de los menores en el entorno digital, la disposición adicional 19^a estableció un mandato al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de dicha norma, remitiera al Congreso un proyecto de ley destinado a garantizar los derechos de los menores sobre el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la violencia que sufren en la Red. El anteproyecto preparado no salió adelante, pero sí la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, mediante la cual se pretende dar una respuesta integral a las situaciones de violencia sufridas por menores, incluyendo la violencia digital. No se trata por tanto de una regulación adaptada a la protección en los nuevos escenarios digitales, aunque insiste en que el ámbito de las nuevas tecnolo-

5 NÚÑEZ ZORRILLA, M^a. C., “Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos”, En *Actualidad Civil* núm.12. Sección Derecho Digital. LA LEY 14811/2019, págs.. 4 y ss.

gías es un lugar adecuado para el ejercicio de la violencia. Tras la definición de la violencia, incluida la digital, se enumeran una serie de conductas constitutivas de violencia, incluyendo aquí la difusión pública de datos privados. Como bien señala ANDREU MARTÍNEZ, la remisión a “dato privado” sugiere que no se trate de cualquier dato personal “sino únicamente la de aquéllos que afectan más especialmente a la intimidad de la persona y que se hacen públicos sin consentimiento de la misma. (...) Aquí entraría particularmente la difusión de imágenes (fotografías o videos) de la persona en un ámbito privado, especialmente las que tienen un contenido íntimo o sexual. De hecho, la Ley presta especial atención a la protección de la imagen de los menores, que se considera uno de los fines de la norma”⁶

No se puede obviar que existe una serie de riesgos especialmente en los colectivos más vulnerables como es el caso de los menores, puesto que cualquier suceso en la infancia puede tener importantes repercusiones en su desarrollo como adultos. Los padres o tutores deben tomar medidas para protegerlos de las amenazas del entorno digital al igual que se hace en el mundo físico, y la industria ha de proporcionar herramientas para ayudar a salvaguardar su intimidad y bienestar.

3. EL EJERCICIO DIGITAL DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas y obligaciones que les incumben. Igualmente respecto a su sostenimiento y educación, con reflejo normativo en el artículo 154 del CC, que determina que “la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Esta función comprende, entre otros, el deber y la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral⁷. Como bien indica LASARTE se habla de potestad puesto que los poderes o facultades, que en este caso tienen los progenitores, no

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

7 Se añade al artículo 154 por Disposición Final 2.2. de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, la siguiente redacción “3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.

deben atender a sus intereses particulares, sino que el ejercicio de tales poderes implica tener en consideración el cuidado, la vigilancia y los intereses de los hijos. La idea del beneficio de los hijos supone que la responsabilidad paternal se encuentra sometida y dirigida a la formación integral de los menores y que debe configurarse como un ejercicio continuado de paciencia y comprensión⁸. Toda actuación, en este sentido, debe estar guiada por el interés del menor como aspecto inherente y criterio prioritario en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tal y como se recoge en la LOPJM⁹. Novedoso es, por su actualidad y proximidad temporal, la referencia al “ejercicio positivo de la responsabilidad parental” que hace la LO 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, considerándolo como un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia, tal y como se recoge en el Preámbulo¹⁰.

Cierto es, y en el tema que nos ocupa, que el ejercicio de la patria potestad no se debe ejecutar solamente en la tradicional perspectiva de contacto físico, educando o vigilando, sino que debe trasladarse al mundo digital. Los peligros y riesgos a los que los menores se enfrentan no solamente pueden estar en la calle o en el colegio, sino que la vulneración de sus derechos se puede producir desde cualquier dispo-

8 LASARTE, C. “*Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*”. Revisión y actualización coord. por SÁINZ- CANTERO CAPARRÓS, B., págs. 10 y 332, Marcial Pons, Madrid, 2021. Afirma CALZADILLA MEDINA, que “La potestas que desde antaño ostentan ope legis los padres para con sus hijos menores de edad con independencia de su filiación (biológica o adoptiva) no es un derecho subjetivo ni un poder de los padres (patria) sobre los hijos (aunque durante mucho tiempo fue el titular de la patria potestad el centro de atención en lo que a la definición y planteamiento de esta figura se refiere), sino una función conformada por un conjunto de deberes y facultades que se articulan en beneficio e interés del menor no emancipado (favor filii), o en su caso de mayores de edad con capacidad modificada judicialmente.”, en CALZADILLA MEDINA, M.A., “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm.74, pág.3. Editorial Aranzadi, 2017.

9 La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, determina en su Preámbulo que “los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones”. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

10 A continuación, se indica que “la Ley establece una serie de medidas destinadas a favorecer y adquirir tales habilidades, siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia y dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y de violencia de género en el ámbito familiar”. El interés del menor así como la protección y el reconocimiento de sus derechos se regulan en la LOPJM, y fueron objeto de una importante revisión por la LO 8/2015, y la 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

sitivo. Según el informe del 2020 de EU Kids Online, en nuestro país, los menores entre nueve y dieciséis años se conectan a Internet más de tres horas diarias¹¹. En relación con el uso de las redes sociales, según el informe «Riesgos y seguridad en internet: los menores españoles en el contexto europeo» de EU Kids Online, el 40% de los menores españoles de entre nueve y trece años tiene un perfil propio en al menos una red social¹². Las redes sociales más utilizadas son Instagram, Snapchat, Facebook, YouTube y TikTok que acumula más de 800 millones de seguidores. Gran parte de la configuración actual de la patria potestad se relaciona con el uso de las nuevas tecnologías. El artículo 5 de la LOPJM reconoce el derecho del menor a la utilización de internet, al hilo del derecho a la información al indicar que “se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, trasladando a los padres la supervisión de esa información en base al deber de velar por ellos, que recoge el artículo 154 CC. La función de los padres es primordial puesto que son los primeros garantes del bienestar de los hijos y quienes deben protegerles de los riesgos que plantean las nuevas tecnologías, concretamente del acceso a contenidos ilícitos que puedan afectar a su desarrollo y de los riesgos en relación con la vulneración de su privacidad¹³. Como se ha mencionado con anterioridad, la LOPDGDG mantiene en catorce años la edad a partir de la cual el menor puede prestar su consentimiento, siendo sólo lícito con menor edad si ha sido prestado por el titular de la patria potestad o tutela. Esta Ley dentro de lo que denomina “derechos digitales” contiene un mandato en el artículo 84, dirigido a los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales, los cuales 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. Esta haz de facultades que se descarga sobre los titulares de la patria potestad supone un compromiso obligado al conocimiento de internet, y de las redes sociales, cuyo principal problema radica, en muchos casos, en que los hijos son nativos digitales frente a los padres. En este sentido, DE LA TORRE OLID, tras comparar, con toda razón, situaciones del ejercicio de la patria potestad en el entorno digital y material, afirma que “la realidad digital, aunque permita hablar de nativos digitales, no pue-

11 <https://www.is4k.es/de-utilidad/recursos/eu-kids-online-2020-resultados-del-estudio-en-19-paises>

12 GARMENDIA.M, GARITAONANDIA. C, MARTÍNEZ. G, CASADO.M. A, “Riesgos y seguridad en internet. Los menores españoles en el contexto europeo”. www.ehu.es/aukidsonline.net. 2011, pág.34.

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

de degenerar en asimilar que esa naturalización excusa la educación. No se nace con el dominio tecnológico al igual que una condición natural no dota de suficiente capacidad para desenvolverse en el medio material”. En esta línea asevera que dicho planteamiento tampoco excusa a los titulares de la patria potestad de su deber de educar en el ámbito material o digital, desde un orden moral¹⁴.

Esta situación se ha intentado minimizar con los dispositivos de control parental, que en ocasiones dependiendo de la edad y madurez del menor pueden constituir una vulneración de derechos de la personalidad, pero que han asumido como una responsabilidad necesaria para proteger el interés del menor y así evitar el acceso a contenidos que pudieran perjudicar su desarrollo, o con constantes recomendaciones de prevención y actuación, publicadas por la AEPD. La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su artículo 45, dedicado al papel de las administraciones públicas en cuanto al uso seguro y responsable de internet, establece que se reforzará y apoyará el rol de los progenitores a través del desarrollo de competencias y habilidades que favorezcan el cumplimiento de sus obligaciones legales y, en particular, las establecidas en el artículo 84.1 de la LOPDGDG, antes mencionado. Desde cualquier perspectiva en la que nos situemos con la actual normativa o contexto, se intenta dotar a los menores de la protección necesaria, así como a los titulares de la patria potestad que están pasando de un modelo de ejercicio analógico a uno digital, en el que acrecen sus obligaciones de protección y supervisión con el uso de internet.

Dicho lo anterior y en una pretendida adaptación de la normativa actual a la patria potestad digital, el artículo 154 del CC determina que dicha responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Como bien señala DÍAZ MARTÍNEZ, “son los progenitores titulares los que, caso por caso, determinan de manera efectiva, con su actuación, dónde radica el interés del menor. Sin embargo, el Derecho contempla una participación del menor en la determinación de su propio interés, reconociéndole un ámbito de cierta autonomía, que dependerá de su edad y grado de madurez y de la esfera en que haya de tomarse la decisión. Tal participación del menor puede tener su cauce en un simple derecho a ser oído en asuntos que le afecten, en la esfera personal o familiar, o funcionar reconociéndole un espacio de actuación directa, limitando entonces las facultades de representación legal que, en principio, reconoce el art.162.1 a los titulares de la patria potestad”¹⁵. En este artículo, el Código Civil exceptúa de la representación

14 DE LA TORRE OLID, F., “La revisión del régimen de la patria potestad en un entorno digital. Equilibrios Horizontal y vertical en Igualdad”, En *Los retos de la igualdad en un escenario de transformación digital*, págs. 276 y ss. Madrid, 2020.

15 DÍAZ MARTÍNEZ, A. « La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional». En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2013 parte Comentario, pág. 7.

paterna, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo, pero añade en previsión de que no suponga una exclusión total puesto que sería incongruente con la esencia del art.154, que los progenitores podrán intervenir en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia¹⁶.

El conflicto entre los deberes y obligaciones de los padres y la posible vulneración de los derechos fundamentales de los hijos no es cuestión baladí, puesto que el menor tiene derecho a su intimidad y privacidad en la sociedad digital, protección que se ha reforzado con la LO 8/2021 de 4 de junio, al entender como violencia digital la difusión pública de datos privados, como se ha indicado. Conforme al ordenamiento jurídico, y concretamente al art. 162 CC, mientras más madurez se vaya alcanzando más se va restringiendo la disponibilidad de sus progenitores en estos derechos, y podría ser ilegal el control de los padres a través de aplicaciones o accediendo directamente a sus redes sociales¹⁷. La cuestión es que, en ocasiones, los menores están expuestos a muchos riesgos, incluso a ser víctimas de delitos como ocurre en el caso fallado por la Sentencia del Tribunal Supremo 10 de diciembre de 2015, sobre ciberacoso. Se confirma la validez como prueba, de un delito de abuso sexual, de los datos obtenidos por una madre de la cuenta abierta por su hija menor de edad en Facebook. La madre accedió a esta cuenta sin que conste que la menor hubiera otorgado su permiso al respecto, ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso. Creo que, en aras del equilibrio en la ponderación del ejercicio del derecho de la menor de edad y la obligación de la madre de velar por la integridad física y moral como titular de la patria potestad, el Tribunal Supremo indicó que el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto y puede

16 GIL MEMBRADO, C señala que “ la reforma operada por la Ley 26/2015 de Protección de la Infancia en el Código Civil -aunque con posterioridad- adopta una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una recuperación de las funciones inherentes a la patria potestad, por un lado, al eliminar del artículo 162.2. 1º el inciso «u otros». Con ello, se pasa de exceptuar el ejercicio de la patria potestad en relación con «Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», a, tras la reforma, restringir la excepción a la representación en «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Queda así la autonomía de la menor limitada a los derechos de la personalidad, al desaparecer el inciso «u otros». Además, se añade tras la reforma un segundo párrafo en el artículo 162.1º que viene a limitar doblemente la autonomía del menor al sujetar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de los responsables parentales «en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia», En “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica de fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y la adolescencia” En *Actualidad Civil*, Nº1, Sección Derecho de los Contratos/ A fondo, págs. 4 y ss. 2017.

17 BARTOLOMÉ TUTOR, A., indica en base a esta excepción que seguirán interviniendo los padres, pero con una labor más de tipo asistencial en aquellos supuestos en los que no haya representación legal como tal, pero sí se mantienen los deberes de asistencia y cuidado, en *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, 2015, pág. 300.

verse sometido a restricciones en aquellos casos en los que se constate un interés constitucionalmente prevalente. Apunta en cuanto al ejercicio de la patria potestad que no se puede descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de ejercer un control sobre ellos.

En esta línea, sobre como configurar una responsabilidad parental en las nuevas realidades tecnológicas, resulta interesante el planteamiento que realiza VELILLA ANTOLÍN, al considerar la patria potestad digital como deber de velar por la integridad física y moral de los hijos como uno de los aspectos más claros en el ejercicio de la patria potestad digital. Basa este aspecto en el conocimiento de los progenitores de saber cómo funciona internet y el alcance del envío que pueden hacer sus hijos cuando mandan mensajes, navegan, publican o participan en redes sociales. El planteamiento es que “los padres, como titulares de la patria potestad, pueden y deben intervenir en la vida digital de sus hijos, controlando sus amistades, su entorno, con el fin de evitar males mayores y siempre con el máximo respeto a su intimidad, de acuerdo con la madurez del menor y en su beneficio, tal y como establece nuestra regulación del Código Civil”¹⁸.

Al hilo de lo expuesto se reafirma la idea de que el deber de velar¹⁹ por lo hijos en el mundo digital conlleva el previo conocimiento por los progenitores, de los riesgos existentes en el ciberespacio para así poder educarlos con responsabilidad y precaución. No se puede obviar la responsabilidad civil que asumen los padres en relación con los hijos menores en base a sus deberes *in educando* e invigilando respecto de los daños que puedan ocasionar a terceros. La red no es ajena a esta obligación en cuanto a los contenidos, información o publicaciones de los menores en el entorno digital. En esta línea y en cuanto a las competencias de la normativa sobre protección de datos, la LO 8/2021 de 4 de junio, ampara en su artículo 52 que las personas mayores de 14 años, podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa. Además, el apartado quinto de dicho artículo plantea el supuesto de que si la autoría de los hechos cometidos corresponde a una persona menor de 18 años, responderán solidariamente con ella sus progenitores de la mul-

18 VELILLA ANTOLÍN, N., “Patria Potestad Digital: Menores e Internet”, en *Libro de Familia. Revista Jurídica de Derecho de Familia*, núm.7. págs. 8-10. 2017. www.ajfv.es

19 La SAP de Pontevedra de 25 de octubre de 2017, en un procedimiento de descubrimiento de secretos dicta el sobreseimiento de las actuaciones, en un caso en el que la madre demanda al padre por conocer las conversaciones que mantenían vía whatsapp con la hija común. Indica la resolución que la revisión de conversaciones de whatsapp se realizó con la presencia de la propia menor. Tal revisión se ejercita conforme al art. 154 CC que contiene, en relación con la patria potestad, la obligación de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. El desarrollo de las redes sociales -como lo es el whatsapp- requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores. Ausencia de los requisitos típicos del art. 197 CP. Ni puede hablarse de falta de consentimiento, ni puede calificarse los mensajes como datos “reservados” atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor que ésta no quisiera que el padre conociera.

ta impuesta en razón del incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia para prevenir la infracción.

4. SHARENTING

Tres son las ideas fundamentales como punto de partida en este epígrafe. La primera, el difícil control de la privacidad cuando se publican fotos de los menores por los padres, familiares o amigos más allegados, en Instagram, Facebook o Twitter; la segunda, la importancia de la intervención de los titulares de la patria potestad en la protección del interés del menor, en cuanto al tratamiento de su imagen en las redes sociales, y la tercera, la responsabilidad de ambos en la prestación del consentimiento, para lograr el adecuado respeto a la intimidad y a la imagen, como derechos fundamentales de los menores. Los padres están obligados a salvaguardar su bienestar con independencia del régimen de guarda y custodia que tengan, siempre que ostenten ambos la titularidad de la patria potestad.

Cada vez es más habitual que el menor nazca antes digitalmente que de manera física, puesto que son los propios padres, garantes en la protección de sus derechos, lo que exponen la información personal de los menores, a través principalmente de las propias ecografías, fotografías y vídeos, creándoles una huella digital sin su consentimiento, con la que pueden no estar de acuerdo. Este rescate de datos puede exceder de la propia finalidad inicial de utilizar información publicada en la red del propio interesado²⁰. El sharenting es la práctica por la cual los progenitores publican datos personales, vídeos, fotografías o audios de los menores en las redes sociales. Esta práctica tiene como principal consecuencia la creación de una identidad digital prematura, sin que puedan decidir si querrán tener o no presencia en internet, y poniéndoles en riesgo²¹. La AEPD considera que estas conductas contribuyen a una identidad digital con la que los hijos pueden no estar de acuerdo el día de mañana²².

20 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. “El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?” En *Actualidad Civil*, N° 12, diciembre 2018. LA LEY 15195/2018.

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

22 La AEPD destaca que, un estudio de la Universidad de Michigan revela que más del 50% de los padres suben fotografías de sus hijos que podrían resultarles vergonzosas. Otro estudio elaborado en el Reino Unido pone de manifiesto que los padres habrían publicado en redes sociales un promedio de 13.000 vídeos o fotos de su hijo o hija antes de que cumpliera los 13 años, mientras que un informe de AVG alerta de que la imagen de 8 de cada 10 bebés está en Internet antes de que estos cumplan 6 meses

En el estudio sobre “Sharenting: Adicción a Internet, autocontrol y fotografías on line de menores”, se pueden encontrar algunas de las causas de este deseo, a veces compulsivo, de sobreexponer a los hijos en las redes sociales. Se pueden extraer de la literatura citada en el estudio, los siguientes aspectos: a) los motivos de publicar imágenes de familiares menores de edad se encuentran el orgullo y el afecto de la familia hacia el menor; b) se trata de una necesidad intrínseca sentimental de querer compartir ese momento; c) genera problemas de privacidad en relación a los intereses de protección de datos de la persona menor de edad, ya que en su mayoría son expuestos sin su consentimiento; d) esto ha empezado a generar sentimientos de frustración y/o vergüenza en los preadolescentes por el tipo de contenido que publican sus familiares sobre ellos que puede traducirse en incomodidad digital e influir en la autoestima y en el desarrollo de la identidad; y d) el sharenting es una de las causas de la falta de información y formación sobre el uso de redes y, en particular, sobre la privacidad y seguridad en línea²³.

<https://www.aepd.es/es/es/prensa-y-comunicacion/blog/por-un-sharenting-responsible-tambien-en-verano>. El sharenting creció de forma exponencial durante el confinamiento y su práctica es habitual con la llegada de las vacaciones, por lo que es importante reflexionar antes de publicar este tipo de contenidos en la red. Para ello, conviene recordar la campaña ‘10 razones para el sharenting responsable’, lanzada por PantallasAmigas con la colaboración de la Agencia Española de Protección de Datos, que aborda las cuestiones que los padres deben tomar en cuenta antes de subir imágenes a la Red y cuyo contenido se encuentra en <https://www.pantallasamigas.net/sharenting/> y en la web de menores de la AEPD (<https://www.tudecideseninternet.es/aepd/>). En cuanto al Derecho a la intimidad del menor y publicaciones en Facebook, DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor”, En *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 752, Noviembre 2015, págs3622 y ss.

23 HINOJO LUCENA, F.J. AAVV, “Sharenting: Adicción a Internet, autocontrol y fotografías on line de menores”, En *Revista Científica de Educomunicación*, Comunicar núm. 64, págs. 98 y 99. 2020 www.revistacomunicar.com. Hay que destacar algunas de las conclusiones del estudio “En cuanto a la privacidad, más de la mitad de los adultos destacan que cuentan con el permiso del niño para publicar las fotografías. La otra mitad, cercana al 50%, no cuenta con el consentimiento del menor (Brosch, 2016). Esto se vincula con uno de los principales problemas del sharenting, la publicación de imágenes sin importar las repercusiones que puede tener en el menor. A este respecto, los adultos encuestados comparten este tipo de fotografías a pesar de que la mayor a cree que no es adecuado compartir imágenes del menor en la red. Además, son firmes en la creencia de que no invaden su privacidad, lo cual contrasta con la ley de protección de datos del menor (Büscher & Eberlin, 2017). Este hecho repercute en la idea acerca de que el sharenting no supone ningún riesgo para el menor. De modo que los adultos a menudo no tienen en cuenta la perspectiva del otro, ya que las fotografías presentan información sensible que puede generar sentimientos de vergüenza y frustración en los afectados (Choi & Lewallen, 2018; Lipu & Siibak, 2019; Ouvrein & Verswijvel, 2019). Sin olvidar el riesgo que supone la publicación cuantiosa de fotografías que facilita a los ciberdelincuentes el robo de imágenes y en la peor situación, la suplantación de la identidad del menor (Otero, 2017). Esto genera un problema añadido a la problemática del sharenting, puesto que los adultos no son conscientes de los riesgos reales de compartir las fotografías en Internet. A lo que se suma el hecho de reenviar fotografías entre los contactos, lo cual aumenta la difusión de las imágenes. En casos particulares, estas imágenes pueden volverse virales o convertirse en memes, siendo la imagen del menor un objeto de gracia y/o burla”. En este sentido y de mayor actualidad, ROMERO RODRÍGUEZ, J.M y AAVV,

La mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma automática e imprudente, con independencia de que la red sea abierta o privada, da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del mayor de catorce años que se exige. Tanto desde la perspectiva de la protección del derecho a la propia imagen como el de la protección de datos de carácter personal se requiere el consentimiento del titular del derecho para excluir una intromisión ilegítima. Conforme a la normativa citada a lo largo de este trabajo, la difusión y publicación de fotografías, cuando no se tiene la edad establecida por la LOPD-GDG, requiere el consentimiento de ambos progenitores con independencia del régimen de guarda y custodia que tengan, siempre que ostenten ambos la titularidad de la patria potestad, protegiendo el interés del menor. Dicho planteamiento en cuanto al ejercicio conjunto de la patria potestad, se basa en el artículo 156 del CC al regular que se ejercerá por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro²⁴. Otorga validez a los actos que realice uno de ellos conforme al uso social, con lo que podemos plantearnos si en la publicación dentro de las redes de imágenes de los hijos cabría una interpretación conforme al uso social²⁵, y, si es uno el que las publica con el beneplácito del otro, puede exis-

“Sharing images or videos of minors online: Validation of the Sharenting Evaluation Scale (SES)”, En *Children and Youth Services Review* 136, 2022.

24 Destacar en base a lo contenido en el artículo 156 en cuanto a discrepancias entre los progenitores para la publicación de imágenes de menores de edad en sus redes sociales, la Resolución nº: R/03162/2016, de 29 de diciembre de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre reclamación contra Facebook. Denuncia el padre de las menores, que la madre de las mismas ha publicado fotografías en la mencionada red, sin su consentimiento y que no atiende dicha red social, a su petición de eliminación. Del examen de la documentación aportada, se observa que existen controversias entre los progenitores para la publicación de las imágenes de las menores de edad, y que es el artículo 156 el que regula las relaciones paterno-filiales, y en concreto lo referente a la patria potestad de los hijos no emancipados. Es por ello, que indica la AEPD, que no es competente para interpretar las previsiones del Código Civil, por lo que en tales supuestos no tiene capacidad para resolver la discrepancia, que habría de ser planteada ante la sede judicial que corresponda. En consecuencia, procede inadmitir dicha reclamación de Tutela de Derechos.

25 El uso social además de en el artículo 156 del CC, está regulado en la LO 1/1982 en cuanto a la delimitación que hace, en su artículo segundo, de la protección del derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma. Indicaba ya la STS de 17 de noviembre de 1992, sobre los usos sociales que actúan como verdaderas pautas normativas que llenan de sentido los mandatos abstractos. Los usos sociales legítimos de Internet, a los que se hace referencia constantemente, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien retuiteando el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al art. 2.1 de la Ley mencionada ley, tal y como recoge la STS 476/ 2018, de

tir consentimiento válido, o incluso puede derivarse de la publicación de ambos. Cuestión, quizás más controvertida sería que suba las fotos uno de ellos y el otro no lo denunciara, en aras a determinar la existencia del consentimiento tácito, siempre que vayan destinadas a familiares y a amistades cercanas, con los previos consentimientos en relación a la privacidad de la red que se esté utilizando. Ante esto, y en caso de no haber acuerdo en cuanto a las publicaciones en redes sociales, y siguiendo lo preceptuado en el artículo 156, es probable que exista disconformidad en cuanto a la publicación de fotos en los casos de crisis matrimoniales, por lo que se deberá tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado que dictó las medidas sobre guarda y custodia, para que determine a cuál de los progenitores le corresponde tomar la decisión²⁶.

Podemos agrupar las situaciones mayoritarias emanadas de la jurisprudencia menor, en cuanto al desacuerdo de los progenitores en la publicación de datos de los menores, en torno a tres:

4.1. Permisividad de las publicaciones restringidas y controladas

En este sentido la SAP de Barcelona, de 22 de abril de 2015, señaló, sobre la prohibición hacia la madre de publicar fotografías en redes sociales del hijo menor, que el derecho de imagen pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro en el caso de acceder a dichas redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de

20 de julio. Los usuarios de redes sociales deban asumir los actos que se consideran consustanciales al concepto, naturaleza, función y esquema de las redes, de esta forma se aplicará el concepto de usos sociales a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, tal y como contempla la ley en defensa del derecho al honor, intimidad y propia imagen (STS 91/ 2017, de 15 de febrero.). El Tribunal Constitucional, en su sentencia 27/ 2020 de 24 de febrero ha ponderado a favor de la protección del derecho a la imagen frente a la libertad de información, y más concretamente, cuando el origen de esa información gráfica deviene del Facebook personal en el que tenía fotos subidas. Tal y como recoge MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., la justificación es completamente lógica y equilibrada en relación con las funciones y objetivos de la red, que permiten consultar, acceder, comentar o likes de acuerdo con los usos sociales pero que no ampara la utilización y publicación por terceros, en “Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero”, En *Actualidad Civil*, N° 4, Sección Derecho digital. Abril 2020, Pág.9. LA LEY 4687/2020. Sabido es, que los ciudadanos mostramos, en las redes sociales, datos de carácter personal que compartimos voluntariamente con nuestros seguidores o con personas que no conocemos, pero este hecho no puede vulnerar nuestra esfera privada permitiendo la difusión por terceros sin el consentimiento inequívoco del usuario, máxime si se trata de menores de edad.

26 GIL MEMBRADO, C.” Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, en la Ley Digital. LA LEY 1773/2018, págs. 11 y ss.

restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren. Sabido es que, en principio, uno puede configurar su red social con las personas que autoriza para que vean lo que publica y en torno a la protección de privacidad que se le ofrece, en cuanto a imágenes, contenido o etiquetas. Añade además la SAP, que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia, que en ninguno de los supuestos concretos estudiados se había producido, también podría tener repercusión en el régimen de guarda establecido.

Inciendo en que una de las funciones inherentes a la patria potestad es el control parental en el uso de las nuevas tecnologías por parte de los hijos menores de edad, la Audiencia Provincial de Asturias, en el auto núm.31-2019 de 13 de marzo, plantea un caso en el que la madre solicita que se prohíba cualquier acceso de la menor a internet sin su consentimiento, ya que el padre le había facilitado un teléfono móvil con el que accedía a Instagram y otras redes sociales, con el consentimiento del padre, igualmente él publicaba fotos de la niña. La hija de los interesados tiene 13 años, a esa edad es común disponer de un móvil y su acceso a las redes sociales debe ser restringido y controlado por sus padres, para evitar que dicha difusión pueda hacerse de forma generalizada con acceso por personas no autorizadas y que los datos que se difundan, en particular las imágenes de la niña sean inadecuadas por revelar actitudes o comportamientos impropios de su edad. Se valora que el acceso de la menor a las redes sociales está suficiente y correctamente supervisado por parte de su padre mientras se encuentra en su compañía, y que no existe un ejercicio irresponsable de tal supervisión, al no constar ningún acceso inapropiado de la menor, todas las fotos que “sube” a la misma son previamente supervisadas por él, tratándose además de un perfil con una configuración privada y, por lo tanto, sujeto a unas condiciones de privacidad definidas que no permiten un acceso indiscriminado. Todo lo cual resulta también predicable respecto de las fotos que de forma limitada y con acceso controlado publica el padre a través de su perfil privado en la red.

El planteamiento hecho coincide con lo desarrollado en este trabajo, en relación a la adaptación digital de la responsabilidad parental. Reconoce la Audiencia que, en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, incumbe llevar a cabo un control parental en el uso de las nuevas tecnologías de los hijos. Las prohibiciones absolutas, en la revolución tecnológica a la que nos enfrentamos, pueden llegar a ser contraproducentes por restringir más allá de lo necesario las posibilidades de relación que dichas tecnologías ofrecen, condenando al menor a una situación de aislamiento digital. Deben conocer y controlar la forma en que sus hijos se desenvuelven al acceder a los contenidos que circulan por la red y manejar los

recursos que ésta proporciona a la hora de entablar relaciones con otras personas afines por razones de edad, gustos o aficiones.

4.2. Previo consentimiento de ambos progenitores para la publicación de imágenes

La SAP de Pontevedra, de 4 de junio de 2015, en un procedimiento de divorcio, sobre la foto del perfil de Facebook del padre, que era una imagen de su hijo y respecto de otras publicaciones del menor de 18 meses, perfectamente reconocible, determina, en base al derecho a la propia imagen, y al ser un dato de carácter personal en consonancia con el art. 154 CC, que para que se puedan publicar fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 CC.

La SAP de Barcelona, de 15 de mayo de 2018, en un procedimiento de guarda y custodia, el padre solicita la prohibición de publicar fotos del hijo en las redes sociales salvo conformidad de ambos progenitores. La Audiencia resuelve su fallo favorable en esta cuestión en base a los planteamientos que podemos resumir en los siguientes: a) la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que se exige; b) el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

La SAP de Cantabria, de 13 de enero de 2020, trata de un procedimiento de guarda y custodia en el que la madre solicita que se prohíba la utilización de la imagen de la menor sin el previo consentimiento de ambos progenitores. Se aportan dos capturas de la imagen de la menor en una red social sin que conste si la difusión es o no general y pública. En el Fallo se acuerda que la difusión pública de la imagen de la menor en redes sociales sea autorizada por ambos padres titulares de la patria potestad, o por el juez en la situación prevista en el art. 156 CC, sin perjuicio de comunicar la decisión común de los progenitores al Ministerio Fiscal, en el caso de intromisión legítima.

Muy significativo en un procedimiento similar a los anteriores es lo recogido en la SAP de Madrid, de 29 de junio de 2020 “...la publicación de las imágenes de la hija menor común en redes sociales, aunque sean privadas, puede poner en si-

tuación de vulnerabilidad la intimidad, imagen y datos personales de la menor al existir la posibilidad de rastreo de la página de la red social en que se exhiben las imágenes para su posterior indexación, por lo que ha de coincidirse con la madre en la pertinencia de restringir la privacidad de las imágenes de la niña al ser factible que desde una red de ámbito privado se suban fotografías o vídeos para compartirlos en otra”.

En la misma línea la SAP de Tarragona, de 5 de mayo de 2021, sobre desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad decide prohibir a la madre promover la publicación de fotografías o de cualquier información, en redes sociales o cualquier medio, sin el consentimiento del padre, ordenándose a ella, a retirar todas aquellas fotografías que se hallen en la actualidad en las redes sociales cesando las autorizaciones que hubiera prestado, al carecer del consentimiento paterno.

La SJPI de Aoiz, de 8 de febrero de 2021, extiende la prohibición de subir fotos a las redes sociales a las parejas actuales de los progenitores, como de las futuras parejas que puedan tener cualquiera de los dos. La publicación de imágenes es un acto atributivo a la patria potestad, siendo el garante o responsable de la subida de esas fotos, el padre por parte de su pareja.

4.3. Utilización del menor en las redes cuando existe conflicto entre los progenitores

La SAP de Cantabria, de 17 de mayo de 2021, recoge la injerencia del padre en la propia imagen de la menor, en tanto publicó fotografías de ella para fines personales en el conflicto que mantenía con la madre, por lo que además de no venir autorizada, ni menos tolerada, es contrario a su interés al implicar a su hija en una contienda ajena, pero con efectos directos en su vida y desarrollo personal. El padre creó dos páginas en diferentes redes sociales en la que reivindicaba justicia para su hija en relación a la custodia, por la que haría huelga de hambre indefinida. Ilustrándolas con una foto en la playa en la que se reconocía perfectamente la imagen de la hija, otra de él con una camiseta de esa foto, y otra de la niña. Las imágenes han sido difundidas, reproducidas y comentadas por terceros en las referidas redes sociales. La menor fue objeto de una exploración psiquiátrica, a petición de la madre; se emite informe en cuyo contenido se describe que la menor sintió mucha vergüenza cuando su padre publicó su nombre y su foto en la TV y en los periódicos. Constituye, sin duda, una intromisión ilegítima en su intimidad y propia imagen que carece de justificación y del consentimiento de su otra progenitora, perjudicando su interés. La diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1104 CC), como diligencia media, convierte en inexcusable la utilización de la menor para exponer su imagen, completamente innecesaria, en apoyo de unas expresiones reivindicativas en el contexto que mantenía con su progenitora. La injerencia no

consentida objetiva resulta contraria al ordenamiento jurídico y no puede ser de ningún modo justificada.

La jurisprudencia menor demuestra que la publicación de la imagen del menor en una red social forma parte del ejercicio de la patria potestad digital, ejercicio que como se ha ido manteniendo a lo largo del trabajo ha de ser responsable. Si los padres están de acuerdo y se hace un tratamiento responsable y restringido, sin caer en la sobreexposición, no habría mayor problema, siempre que no se vulnere el interés del menor, y que asuman que la responsabilidad parental consiste también en la huella digital que se deja de los hijos durante su minoría de edad. En el caso de procedimientos de separación o divorcio cada vez es más habitual la inclusión de una cláusula, en el convenio regulador, de protección de la imagen del menor en las redes sociales, al menos hasta que cumpla los 14 años exigidos por la Ley. Reiterar una vez más que el entorno digital, como se ha podido comprobar, asume los mismos problemas derivados de los conflictos que, en ocasiones, tienen los padres y que de manera física o digital trasladan a sus hijos por cuestiones de enfrentamiento personal, lo cual no obsta para que sea necesario realizar valoraciones críticas que deriven en nuevas propuestas de actuación e intervención para un efectivo estatuto jurídico de los derechos digitales de los menores amparados, entre otros, por los deberes y responsabilidades de la patria potestad digital.