

3.2 Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Aragón

Son diversas las cuestiones jurídicas que subyacen en la relación de los menores con las redes sociales. Las redes sociales constituyen un fenómeno actual que tiene implicaciones jurídicas y responsabilidades que son desconocidas en su mayor parte por los usuarios, pero especialmente por los menores de edad. En ellas existen infinidad de perfiles de menores que no cuentan con la edad mínima exigida por la red social pero que, por el contrario, se alzan como usuarios activos y con un ágil manejo la red social.

Se refleja en este texto todo el bagaje normativo del que nos hemos dotados en aras a la protección de la infancia, incluido el mundo virtual. Así, el marco de salvaguarda de la intimidad de los menores lo encontramos en la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Convención de los Derechos del Niño en cuyo artículo 16 señala que «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación». Por su parte el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge el derecho que toda persona tiene a que se respete su vida privada y familiar.

En nuestro marco normativo interno, el artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, derechos vinculados a la personalidad del individuo que puede conformarlos en las distintas etapas de su vida. En desarrollo de estos derechos 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 que no hay intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto consentimiento expreso y su artículo 3 posibilita que los menores presten por sí mismos el consentimiento si las condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil, debiendo, en los restantes casos, otorgar consentimiento su representante legal por escrito.

Cuando de menores hablamos se ha de partir de que la protección de sus derechos se fundamenta en su *interés superior* y que la protección de datos se constituye como un derecho fundamental independiente y autónomo de la intimidad «que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué,

pudiendo oponerse a esa posesión o usos (...) (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), regula la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales como derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la CE. Por tratamiento de datos de carácter personal se entiende cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, tanto si se hace de forma automatizada como no automatizada, como por ejemplo la recogida, el almacenamiento o la modificación de dichos datos, siempre que sean parte de un sistema de archivo o fichero estructurado.

La LOPDGDD, en relación con el tratamiento de los datos personales de un menor, en su artículo 7.1 dispone que únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años, con excepción de los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento; y en su apartado 2 considera lícito el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

Esta Ley incorpora a nuestro derecho el Reglamento (UE) 2016/679 y contiene disposiciones (arts. 12, 28, y 73) que afectan a las obligaciones del responsable y encargado del tratamiento de datos de menores de edad, al derecho de los titulares de la patria potestad para ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años, los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica, y considera infracción grave el tratamiento de datos personales de un menor de edad sin recabar su consentimiento, cuando tenga capacidad para ello, o el del titular de su patria potestad o tutela.

También prevé esta norma en su artículo 84 en relación con la protección de los menores en internet, la intervención del Ministerio Fiscal ante 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, instando para ello las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM).

Finalmente, en relación con los derechos de los menores ante internet, la disposición adicional decimonovena de la citada norma prevé un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar sus derechos 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. En este sentido y a la espera de esta regulación, el Consejo de Ministros de 30 de enero de 2024 ha acordado la creación un comité de personas expertas para el desarrollo de un entorno digital seguro para la juventud y la infancia.

Por su parte la LOPJM en su artículo 4.3 considera «intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor» cualquier utilización de su imagen o de su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menosprecio de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales, atribuyendo al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones sin perjuicio de aquellas que sean titulares sus representantes legales.

A su vez, la violencia contra los menores a través de las TIC se contempla expresamente en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que garantiza los derechos fundamentales del menor a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, concepto que expresamente comprende la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

El artículo 13 de esta LO otorga a los menores la legitimación para la defensa de sus derechos e intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia, a través de sus representantes legales o de un defensor judicial. Establece en su artículo 19 el deber de comunicar contenidos ilícitos en internet a toda persona, física o jurídica, que advierta la existencia de contenidos disponibles en internet que constituyan una forma de violencia contra cualquier niño, niña o adolescente.

Prevé para el uso seguro y responsable de internet campañas de educación, sensibilización y difusión sobre el uso seguro y responsable de internet y las tecnologías de la información y la comunicación, sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como el *ciberbullying*, el *grooming*, la ciberviolencia de género o el *sexting*, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad; también se fomenta la implementación y el uso de mecanismos de control parental que ayuden a proteger a las perso-

nas menores de edad del riesgo de exposición a contenidos y contactos nocivos, así como de los mecanismos de denuncia y bloqueo.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento se evidencia una protección general de la intimidad y privacidad del menor frente a las redes sociales, que incluye el tratamiento de sus datos personales. No obstante, toda esta regulación no da solución adecuada a la totalidad de las cuestiones derivadas del acceso a redes sociales.

La falta de un control adecuado del uso de estas redes por los menores y la exposición por parte de sus representantes legales de contenidos que pueden contener datos e imágenes del menor, (*sahrenting*) los pueden convertir en víctimas potenciales de terceros al tiempo que proyecta en su futuro una determinada identidad digital o conjunto de informaciones sobre su imagen o reputación.

De otro lado, la LOPDGGDD se refiere únicamente al consentimiento para el tratamiento automatizado de datos de carácter personal de los menores, estando excluido por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) los tratamientos de datos personales que lleve a cabo una persona física en el ejercicio de sus actividades exclusivamente personales o domésticas. Esta cuestión no es inocua pues la mayoría de los tratamientos que llevan a cabo los usuarios afecta a la esfera familiar y de amistad y, por tanto, están excluidos de la aplicación de dicha normativa con la excepción de los datos especialmente sensibles.

Fuera del ámbito del tratamiento automatizado de datos, ha de atenderse a cada caso para determinar si el menor tiene suficiente madurez para prestar el consentimiento ante actos que pongan en riesgo sus derechos a la intimidad o privacidad. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre, considera que tiene suficiente madurez para autorizar la lectura de sus mensajes privados de Facebook una menor que contaba con 15 años de edad «sin que conste en el mismo elemento alguno para pensar que no se encuentra en una situación de madurez».

El concepto de edad y madurez, ya presente en la mencionada 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, es uno de los elementos recogidos en la LOPJM (art. 2), a efectos de ponderar los criterios para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

El acceso de los menores a redes sociales y el tratamiento de sus datos en actividades exclusivamente personales o domésticas queda

encomendado al consentimiento atendiendo a su madurez, pudiendo los menores mayores de 14 años gestionar su privacidad en redes o internet, tener cuenta propia en servicios de estas redes de manera libre sin consentimiento de los progenitores, pudiendo negarse y no autorizar la publicación que les afecte si son los progenitores quienes quieren publicar la imagen del menor de más de 14 años.

A los riesgos derivados del acceso a redes sociales debe añadirse el uso de la inteligencia artificial no regulado. No existe una regulación que limite o controle el acceso por los menores a estos sistemas que permiten la modificación de imágenes y la posterior difusión de contenidos con falsos desnudos, y que ya ha motivado recientes investigaciones policiales a nivel nacional por presunta comisión de delitos de pornografía infantil o revelación de secretos. Esperemos que la reciente aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial Europeo sea el primer marco jurídico general.

Por otra parte, en ocasiones los menores son sobreexpuestos en la red social por sus propios progenitores (*sahrentting*) generando una huella digital de sus hijos que ellos, desde luego, ni han pedido ni autorizado, y cuyos efectos en el futuro pueden ser muy negativos, sin obviar que las imágenes en poder de terceros y a través de la inteligencia artificial, pueden convertirse en contenidos pedófilos o pornografías (*morphing*).

En relación al tratamiento de este tema en las memorias de las fiscalías territoriales, la de la *Fiscalía Provincial de Zaragoza* refiere la instrucción por la Sección de Menores de un procedimiento por delitos de pornografía infantil por hechos sucedidos en entre agosto y octubre de 2.023, en el que el investigado de 17 años, monitor de tiempo libre y entrenador de fútbol sala de niños y niñas, enviaba y solicitaba a los menores fotografías y vídeos de carácter sexual, consiguiendo ganarse la confianza de los mismos para conseguir el intercambio de imágenes, habiéndose encontrado en su domicilio material informático con 212 fotografías y 52 vídeos de contenido pornográfico. Asimismo, se señalan procedimientos en los que el autor es mayor de edad siendo las víctimas del delito menores bien contactados a través de aplicaciones como *WhatsApp* para el envío de fotografías y vídeos de contenido sexual explícito, o víctimas de agresiones sexuales de las que se obtienen fotografías de contenido sexual. Se señala en dicha memoria la importancia de la adopción de las medidas cautelares que contiene el apartado segundo del artículo 13 LECrim, esto es, la retirada provisional de contenidos ilícitos, interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos, o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero»,

ello en consonancia con los artículos 198.8, 143 bis, 156 ter, 189 bis, 270.3, 361 bis, 510.6.^a y 578.4.^º todo ellos del CP.

La memoria de la Fiscalía Provincial de Huesca considera ineficaz la verificación de la edad que exigen las plataformas de redes sociales, para evitar que se registren usuarios menores de edad o bloquear ciertos tipos de contenido, abogando por un sistema de verificación de identidad mucho más exhaustivo, como por ejemplo el DNI digital donde figure la edad real del menor no permitiendo su acceso ni creación de perfil si no cumple con los requisitos legales para ello.

Por último, la Fiscalía de Teruel en su memoria refiere la investigación de un caso derivado del uso de la aplicación *Grinder* y *WhatsApp* para la comisión de hechos delictivos en los que el autor contactó con un menor de 12 años, solicitándole fotos desnudo, semidesnudo, e incluso en poses y acciones sexuales.