UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La protección de los menores no emancipados en la red informática

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Annabelle Gutarra Cordero

Directora

Rosa María Moreno Flórez

Madrid

© Annabelle Gutarra Cordero, 2022

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La protección de los menores no emancipados en la red informática

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

ANNABELLE GUTARRA CORDERO

DIRECTORA

PROFA. DRA. ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ

Madrid, 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

La protección de los menores no emancipados en la red informática

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

ANNABELLE GUTARRA CORDERO

DIRECTORA

PROFA. DRA. ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ

Madrid, 2021

AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis Doctoral no ha permeado solamente a la 'hoja deshabitada' que palidece porque urge de alguna palabra cierta… Esta Tesis Doctoral ha contado con su "Consejo de Paz y de Guerra" en el entresijo emboscado de sus dificultades y aciertos. Es por tal motivo que quiero agradecer a mi amada e inseparable familia por cobijarme y 'embridarme' en los momentos de cansancio e imprevistos. Reconozco de manera nostálgica a mis amigos y amigas por comprender con paciencia mis silencios, mis 'ausencias' y mis retornos inesperados.

Le agradezco inmensamente a los Profesores y Profesoras de la Universidad Complutense de Madrid por la formación académica brindada y sus instructivas pláticas. Igualmente, quiero agradecer al Prof. Dr. José Ignacio Rubio San Román por su apoyo, por sus buenos consejos y por haberme permitido escoger el tema de esta Tesis Doctoral.

La 'hoja deshabitada' dejó de palidecer y fue poblándose con palabras buenas, honestas y ciertas que surgieron gracias al respaldo incondicional de mi Directora de Tesis, Profa. Dra. Rosa María Moreno Flórez, a quien le agradezco por sus conversaciones ilustradas, los recursos pedagógicos brindados, el tiempo dedicado, su generosidad, su comprensión y sus impecables diligencias y emprendimientos.

A mi madre, quien lo presagió…

A mis “hijas todo” que me arroparon con su certeza.

ÍNDICE

ABREVIATURAS……ix

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO I.
EL RECONOCIMIENTO DE LA CIUDADANÍA DIGITAL DEL MENOR EN EL RÉGIMEN JURÍDICO

A. **El reconocimiento jurídico del menor de edad usuario de la red**…….11
1. Perspectivas históricas sobre la concepción del menor de edad…….. 11
B. **Evolución internacional del régimen jurídico del menor de edad**……... 26
C. **Génesis de internet y el advenimiento de las redes sociales**…….. 45
D. **El menor de edad y su derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información**……..... 53
1. Breve deslinde de ambas libertades……..64

CAPÍTULO II.
LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL MENOR DE EDAD: APLICACIÓN EN LAS REDES SOCIALES

A. **La capacidad civil del menor de edad en el Ordenamiento Jurídico español y en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño**……75
B. **La capacidad del menor no emancipado y los contratos de las redes sociales**…….. 89
C. **El contrato de adhesión como 'régimen jurídico' de los contratos de las resdes sociales**…….. 98
1. Los contratos de *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat*…….103
a. La red social *Facebook* y algunos de sus servicios…… 104
i. Registro y creación de la identidad digital en la red social *Facebook*…….....106
ii. Generalidades del contrato de la red social *Facebook*……...109
iii. El perfil post mortem y el contacto de legado…….117
iv. Solicitud de la eliminación de la cuenta de *Facebook* de un menor de edad fallecido o con discapacidad……119
v. Breve mirada al producto de *Facebook* llamado *Instagram*…....120
D. **La red social *Twitter* y su servicio de *microblogging***…….....123
1. Generalidades de los términos y condiciones del contrato de *Twitter*…….....124
E. **Generalidades de la aplicación *WhatsApp* y sus términos**

y condiciones del servicio…….…....134
F. Aproximación a *Snapchat*: La red social 'fantasma'……..141
G. La precariedad de la autonomía de la voluntad de los usuarios de *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat*…….143
1. Algunos paradigmas de los contratos de las redes sociales…….....143
2. Referencia a la autonomía de la voluntad y los contratos celebrados con los proveedores de servicios de las redes sociales…….....144
3. Algunos contornos de la autonomía progresiva del menor de edad…….....149

CAPÍTULO III.
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

A. La revolución informática……..…. 157
B. Una breve mirada a la evolución del derecho a la protección de datos……...161
C. Los peldaños jurídicos alcanzados por la derogada Directiva 95/46/CE…….....170
D. El nuevo Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y el Consejo…….....175
1. Protecciones específicas del RGPD al tratamiento de datos de los menores de edad…….183
E. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales…….……...186
F. La protección de datos en Puerto Rico y Estados Unidos: Contrastes con el Ordenamiento Jurídico español…….……...189
1. El Ordenamiento Jurídico de Puerto Rico y la ocupación del campo…….……189
2. Algunos antecedentes del derecho a la protección de datos en Estados Unidos…….…. 193
3. Algunos contrastes…….….. 195
4. *Children's Online Privacy Protection Act*……..…….....211

CAPÍTULO IV.
LA TUTELA DE ALGUNOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR NO EMANCIPADO EN LA RED INFORMÁTICA

A. Generalidades de algunos derechos de la personalidad del menor afectados en la red informática……... 223
B. Peculiaridades del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen…… 234
1. El derecho al honor……... 234
2. El derecho a la intimidad…….. 243
a. Algunos atisbos sobre los cimientos del derecho a la intimidad: El *right of privacy*…… 243
b. Tratamiento constitucional y jurisprudencial en España, Puerto Rico

y Estados Unidos de América……252
3. El derecho a la propia imagen……. 260
a. Ámbito de protección ante intromisiones ilegítimas de las que son víctimas los menores……..... 280
b. Los rasgos biométricos más almacenados con el uso de la web…… 285

CAPÍTULO V.
LOS DEBERES DE LOS PROGENITORES Y LOS TUTORES ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A. El deber de vigilancia y educación de los progenitores o tutores…….293
B. La protección de los datos e información personal de los menores de edad en las administraciones escolares españolas y puertorriqueñas…….. .303
C. Algunos riesgos y peligros en la red informática…… 313
1. Escenarios de los peligros: La web superficial y la web profunda…….. 315
2. El acoso sexual en internet o *cybergrooming*…….. 319
a. El *social gaming* como método de aproximación a la víctima…….. 324
3. La pornografía infantil……. 329
4. La trata humana: la esclavitud contemporánea…… 342
5. El acoso cibernético o *cyberbullying*……... 351
6. El *sharenting* y el castigo a través de la humillación pública…….. 357
D. La responsabilidad civil por los daños causados por los menores en la red….. 366
1. Trascendencia de las potestades del paterfamilias y la responsabilidad civil de los menores de edad ……. 367
2. Consideraciones generales relativas a la responsabilidad civil del menor de edad …… 368
3. La responsabilidad civil de los progenitores y tutores ……..... 370

CONCLUSIONES 377

BIBLIOGRAFÍA 383

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA 411

RESUMEN ……. 423

ABSTRACT ……424

ABREVIATURAS*

ACLU	American Civil Liberties Union
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AP	Audiencia Provincial
ARPA	Advanced Research Projects Agency
ARPANET	Advanced Research Projects Agency Network
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CALEA	Communications Assistance for Law Enforcement Act
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CFR	Code of Federal Regulations
CIPA	Children's Internet Protection Act
CISPA	Cyber Intelligence Sharing and Protection Act
CÓD. CIV. ESP.	Código Civil español
CÓD. CIV. PR	Código Civil puertorriqueño
CÓD. PEN. ESP.	Código Penal español
CÓD. PEN. PR	Código Penal de Puerto Rico
COPPA	Children's Online Privacy Protection Act
CONST. EE.UU.	Constitución de los Estados Unidos de América
CONST. ESP.	Constitución Española
CONST. PR	Constitución de Puerto Rico
DACO	Departamento de Asuntos del Consumidor
DPR	Decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico
ECPA	Electronic Communications Privacy Act

FBI	Federal Bureau of Investigation
FCC	Federal Communications Commission
FISMA	Federal Information Security Management Act
FOIA	Freedom of Information Act
FTC	Federal Trade Commission
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal
LPR	Leyes de Puerto Rico
LPRA	Leyes de Puerto Rico Anotadas
Marq. Sports L. Rev.	Marquette Sports Law Review
MLAT	Mutual Legal Assistance Treaty
NDCAC	National Domestic Communications Assistance Center
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
RCL	Repertorio Aranzadi Cronológico de Legislación
Rev. Der. Priv.	Revista de Derecho Privado
Rev. Der. Priv. U.E.C.	Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia
Rev. Jur. U.I.P.R.	Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico

Rev. Jur. U.P.R.	Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico
RGD	Revista General del Derecho
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
STA	Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TSPR	Tribunal Supremo de Puerto Rico
UE	Unión Europea
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
US	United States Supreme Court
USC	United States Code

*Las abreviaturas y las citas se han realizado en conformidad con el formato establecido por: THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION R. 15.8(c)(v), at 154 (Columbia Law Review Ass'n et al eds., 21st ed. 2020). Se han utilizado además la guía de LINDA J. BARRIS, UNDERSTANDING AND MASTERING THE BLUEBOOK (Carolina Academic Press, 4ta ed. 2020) y el Manual de Citación Uniforme de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, (Facultad de Derecho, 1ra ed. 2019). Por su parte, la bibliografía se aparta del formato del *Bluebook* para adherirse al formato establecido en la regulación española UNE 50-104-94, utilizando como guía a JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, PRONTUARIO DE CITAS: SEGÚN LA NORMA UNE 50-104-94 (EQUIVALENTE A LA ISO 690: 1987) (2007).

INTRODUCCIÓN

El advenimiento de la red informática conllevó una serie de réplicas apremiantes de desarrollo tecnológico que amplificaron de manera inimaginable los alcances más voraces y distendidos de la globalización. Esta 'industrialización digital' allanó el camino para el anclaje de nuevos ágoras virtuales capaces de identificar las diversas tipologías de usuarios, sus complacencias, preferencias y necesidades. Esta huella digital demarcada entrañó, a su vez, un nuevo reconocimiento de existencia manifiesta a través de una denominada *identidad digital*.

El señuelo de que *no se es relevante o no se existe,* si no se tiene esta existencia alterna o *identidad digital* capaz de dejar rastros en las redes sociales de mayor popularidad ha bifurcado el concepto de sociedad, aislando por un lado a la sociedad que se enriquece con la interacción 'cara a cara' entre personas y, por otro lado, imponiendo como paradigma de una sociedad a la que se le reconoce como la *sociedad de la red informática*.

No obstante, la configuración de este entorno mediático audaz y trepidante propende a la manifestación de una dualidad con exteriorización positiva y negativa como consecuencia del ejercicio de sus múltiples y variados usos. En su ostentación positiva, trasluce el acceso rápido a ingente y diversa cantidad de información educativa, ilustrativa, comercial y de entretenimiento, además del pivote que entronca al derecho a la libertad de expresión al abrirse una senda telemática con repercusión transatlántica. En su ostentación negativa, se exterioriza la cesión monumental e inusitada de datos e información de carácter personal y, por ende, la exposición al riesgo como parte de una cotidianidad en la cual el sujeto discurre a través de avenidas cibernéticas que carecen de espacios fronterizos y dilaciones temporales.

Es por tal motivo que los desafíos mencionados justifican la imprescindible necesidad de identificar y entender los riesgos que subyacen las nuevas tecnologías con la intención de indagar posibles medidas protectoras que salvaguarden aquella parte del entorno individual, familiar y social que el individuo no interesa compartir, divulgar y

mucho menos lesionar. Como corolario inescapable de lo anterior, se deberá ponderar que las rectificaciones como medios correctivos que pretenden subsanar las indiscreciones e intromisiones ilegítimas ya no son tan eficaces ni suficientes para mitigar las lesiones causadas en medio del alcance territorial mediático y la amplia redundancia de la inmediatez.

Se entraña correlativamente que los riesgos podrían transformarse en peligrosos escollos insospechados cuando los usuarios virtuales están encarnados por menores de edad que no gozan de la madurez suficiente ni de la orientación necesaria para encarar las consecuencias de sus travesías cibernéticas y narrativas telemáticas. La falta de discernimiento de algunos menores de edad sobre los costos o beneficios personales de sus difusiones en las esferas pública o privada deberían ser razones suficientes para proveerles de protecciones especiales y de la adecuada y oportuna educación en el manejo de las tecnologías informáticas que le provean de las destrezas necesarias para su empoderamiento y, subsiguientemente, del progreso en ascenso de su autonomía.

Al amparo de esta preocupación, el argumento que se pretende sustentar en esta Tesis es el que sostiene que las alternativas de la autorregulación y la autodeterminación de información son medidas insuficientes en el entorno de aquellos menores de edad que no gozan de madurez suficiente en lo concerniente a la sociedad de la red informática, a menos que los progenitores y tutores cumplan con el deber de educación y vigilancia que imponen las obligaciones derivadas de la patria potestad o la tutela en vías de empoderarlos para que puedan ejercer su autonomía progresiva en pos de disfrutar de sus derechos de libertad de expresión, acceso a la información y educación en las comunidades virtuales. A su vez, lo anterior obliga intrínsecamente a los progenitores y tutores a educarse en lo concerniente a internet y, sobre todo, a asumir la responsabilidad primaria de no arrogarse indiscriminadamente los derechos de la personalidad del menor de edad a cargo al exponerlo en las esferas públicas de las redes sociales. Por consiguiente, se deberán concebir las alternativas de la autorregulación y la autodeterminación de información en la red informática como las metas que deberán alcanzar los menores de edad al pasar por el proceso educativo tecnológico que le permita ejercer en lo venidero su autonomía de la voluntad como cibernauta.

No obstante, se debe considerar que habrá muchas personas a las que se les ha privado de la asistencia del Estado para que puedan ejercer su derecho de acceso a la red informática. En estas carencias relevantes merecen que se distingan las disparidades perceptibles al acceso de las personas a la tecnología informática, intensificando las desigualdades sociales y los patrones estructurales de violaciones de derechos civiles. Este proceder que mimetiza sagazmente el 'dogma de las desemejanzas y disimilitudes' pretende situar su narrativa 'exculpatoria' alrededor de conceptos raciales basados en determinismos geográficos y socioeconómicos cuando la realidad versa en torno a las mismas personas de las comunidades marginadas que han sufrido históricamente y sistemáticamente tensiones, injusticias y atropellos similares. No hay que olvidar que detrás de esa perversa narrativa prejuiciada y limitante se esconden la codicia hacia el poder, el control, el monopolio de la información y la pretensión de 'colonizar' nuevos espacios y comunidades a las que se pretenden seguir subyugando de diversas maneras. Ahora bien, de no ser tan viable la conectividad en ciertos espacios, las únicas personas que tendrán la posibilidad de resolver esas dificultades a través de grupos de presión o *lobbies* serán las pertenecientes a clases con capacidades económicas profusas y no aquellas comunidades que, aunque enclavadas en países con economías robustas, han sido rezagadas o marginadas sistemáticamente en sus servicios esenciales (el sistema eléctrico y los alcantarillados) por los gobiernos correspondientes. Si a esto se suma que la mayoría de las poblaciones que carecen de acceso a internet están concatenadas a la pobreza; ¿cómo podrían los integrantes que las componen adquirir el equipo computacional y pagar las tarifas de interconexión? Obviamente, esta brecha digital imposibilitará que algunos progenitores o tutores puedan empoderar a los menores de edad a cargo en lo atinente a la sociedad informática, ya que no ostentarán las destrezas ni la experiencia telemática que sobreviene por el uso de la red.

Frente a este escenario arbitrario e injusto, se perfilan a las instituciones educativas como los entes llamados a educar a aquellos menores de edad que no cuentan con los recursos económicos necesarios para tener el acceso a la tecnología informática. De manera concurrente, estas instituciones deberán reforzar las destrezas de aquellos menores de edad que gozan del privilegio de contar con los recursos económicos suficientes y, por ende, con alguna formación telemática iniciada en el hogar. Si se analiza este recuadro educativo se advertirá que la brecha digital se sigue perpetuando porque habrá desigualdades persistentes en grupos académicos del mismo nivel.

La salvedad de puntualizar y denunciar brevemente las injusticias y los impedimentos causados por la brecha digital a personas y grupos marginados tiene la intención de aclarar que a muchos de los progenitores o tutores ni a los menores de edad a su cargo, le impactan algunos de los argumentos y propuestas expuestas en esta Tesis porque han sido omitidos e 'invisibilizados' por sectores o gobiernos hegemónicos.

Discutidos los lineamientos de las salvedades, se debe puntualizar que, esta Tesis le da una mirada a los Ordenamientos Jurídicos español y puertorriqueño con relación al andamiaje legal que protege a los menores de edad no emancipados en su devenir en la red informática. Se indaga además sobre la jurisprudencia, directivas, convenios y tratados promulgados por la Unión Europea que disponen protecciones a los derechos de la personalidad del menor y a la protección de sus datos e información de carácter personal, en los cuales España haya sido signataria como Estado miembro. De la misma manera, se inquiere sobre la jurisprudencia, leyes federales y tratados internacionales que atienden protecciones similares en Puerto Rico y Estados Unidos. Ahora bien, la referencia que se hace tanto al Ordenamiento Jurídico español como al Ordenamiento Jurídico puertorriqueño a lo largo de esta Tesis se ha pretendido hacerla siguiendo el método comparatista que se considera más correcto, es decir, consignando, en cada uno de los apartados, la regulación que se ofrece para cada materia, o el tratamiento jurisprudencial que se ha dado por los respectivos tribunales. Ello no obsta para que, en algunos puntos, se haya manejado jurisprudencia de otras instancias o tratamiento legislativo de otros sistemas jurídicos.

Por ser el tema uno tan amplio que se puede abordar desde diversas perspectivas y vertientes del Derecho, se aboca su estudio y su argumentación a aquellos asuntos medulares estructurados en cinco capítulos principales con sus respectivos subtemas y acápites. Estos capítulos principales abordan y exploran asuntos relacionados al reconocimiento de la ciudadanía digital del menor en el régimen jurídico; la autonomía progresiva del menor de edad y su aplicación en las redes sociales; la tutela de algunos derechos de la personalidad del menor no emancipado en la red informática; y los deberes de los progenitores y los tutores ante las nuevas tecnologías.

El Capítulo I, titulado *La ciudadanía digital del menor en el régimen jurídico*, se enmarca en las convergencias entre la concepción de la niñez y la minoría de edad, los

regímenes jurídicos proteccionistas de la infancia y la sociedad informática que trasciende fronteras y postula a un menor de edad, actor social cada vez más presente y activo, a quien se le reconoce su derecho a participar en la red informática al amparo de su derecho a la educación, derecho a la libertad de expresión y su derecho a la libertad de información.

Igualmente, se discuten cómo las construcciones sobre la niñez sufrieron múltiples transformaciones desde los precedentes prehistóricos hasta la Era Moderna y cómo el constructo social de la minoría de edad todavía subsiste vinculada a la oposición binaria entre la *dependencia* del menor y la *protección* requerida de parte de las figuras maternas y paternas o en la forma del tutor o tutora o el *parens patriae* del Estado. Esta narrativa abarcará a la Era de la Información y el advenimiento de las redes sociales, postulando a un menor de edad 'ciudadano digital' que funge como usuario, consumidor y objeto de propaganda. Asimismo, se fundamenta la legitimidad de los menores de edad a expresarse y obtener información a través de la red informática en confluencia con sus derechos constitucionales.

Consecuentemente, la narrativa de este capítulo aflorará la hipótesis y algunos matices de su argumentación al establecer que las personas u organismos llamados a proteger al menor de edad tendrán que ejercer sus deberes de vigilancia y educación concernientes a internet, lo que conllevará la responsabilidad *a priori* de estar educados, informados y adiestrados en el manejo de las nuevas tecnologías informáticas. Los progenitores o tutores deberán tramitar la 'alfabetización digital' que empodere al menor de edad en el ejercicio del pleno disfrute de sus derechos y libertades.

En el Capítulo II, titulado *La autonomía progresiva del menor de edad: aplicación en las redes sociales*, se realiza un análisis relativo a la capacidad del menor de edad y de su capacidad de consentir a la posible adherencia a los contratos de las redes sociales. Asimismo, se estudia el contrato de adhesión como 'régimen jurídico' de los contratos de las redes sociales y se examinan y analizan los contratos de *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat* con el objetivo de auscultar cuán claros e inteligibles resultarían para el menor de edad y cuán abusivas pudieran resultar sus cláusulas.

Igualmente, se discuten los contornos jurídicos de la autonomía progresiva del menor de edad y cómo su reconocimiento se evidencia en varias leyes y convenios. De hecho, este reconocimiento desatará ciertas tensiones entre su ejercicio y el deber de educación y vigilancia que se les impone a los progenitores o a los tutores. Estas tensiones se pueden desatar sobre todo cuando los progenitores o tutores insisten en la representación sin considerar los intereses de aquel menor de edad que goza de madurez suficiente. La posible evitación de algunas de estas tensiones obligan a plantearse un tipo de figura jurídica de 'asistencia' y no de representación, ya que se ajustaría más al reconocimiento de una autonomía progresiva del menor de edad.

En el Capítulo III, titulado *La evolución del derecho a la protección de datos de carácter personal*, se comienza estableciendo los imperativos paradigmáticos respectivos a la revolución tecnológica como agentes catalizadores de nuevos escenarios virtuales que provocaron intensos cambios en las dinámicas interpersonales en sus diversos contornos. Asimismo, se concibe necesario estimar algunas estadísticas que sustentan la premisa de la ingente cantidad de datos de carácter personal de los menores de edad que pudieran acumularse en el ciberespacio, incluso sin tenerse la concreción del lugar donde se encuentran localizados sus archivos máster. En igual sentido, se destaca cómo el uso intenso de la telemática se puso de relieve durante la pandemia de la COVID-19, convirtiéndose a las plataformas virtuales en las alternativas idóneas de trabajo, educación y socialización ante un distanciamiento social necesario que, a su vez, acrecentó la cantidad de datos e información que discurren y se almacenan en la red.

Se discute el desarrollo jurídico del derecho a la protección de datos de carácter personal, haciendo un sucinto análisis de los logros alcanzados por Leyes, Directivas y Convenios promulgados con anterioridad a la normativa vigente. Considerados y discutidos los diferentes esfuerzos jurídicos ratificados o legislados, se procede al estudio del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En este mismo capítulo, se delinean los contrastes significativos entre el Ordenamiento Jurídico de Puerto Rico y Estados Unidos con el Ordenamiento Jurídico español respectivos a la protección de datos de carácter personal. Lo anterior obliga a

discutir la *Children's Online Privacy Protection Act* como la legislación federal más prominente con respecto a la protección de aquellos niños o niñas de doce años o menos o, dicho de otra manera, menores de edad, menores de trece años en su tránsito en la web.

En el Capítulo IV, titulado *La tutela de algunos derechos de la personalidad del menor no emancipado en la red informática,* se identifican el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen como los derechos de la personalidad de los menores de edad que pueden ser más vulnerados en internet como medio masivo de comunicación. Se determinan las peculiaridades de cada uno de estos derechos, su reconocimiento constitucional y el tratamiento jurisprudencial de los Ordenamientos Jurídicos de España, Puerto Rico y Estados Unidos.

Sobre el derecho al honor, se estudia la consideración de que éste tiene también una vertiente íntima y personal al esbozarse la doctrina sobre la valoración de la estimación del individuo por la sociedad. Se aborda jurisprudencia que concibe el derecho al honor bajo la óptica de dos aspectos conexos como lo son: la inmanencia y la trascendencia. Por consiguiente, se detrae de otros derechos y se caracteriza como valor y derecho autónomo.

Respectivo al derecho a la intimidad, se hace necesario auscultar algunos atisbos sobre sus cimientos, reconocimiento constitucional y algunas doctrinas que emanan de la jurisprudencia de las diversas jurisdicciones que se comparan. Estos atisbos pondrán de relieve cómo los primeros casos amparados en el derecho a la intimidad versaban en su mayoría sobre controversias atadas al derecho de propiedad. Sin embargo, esta limitada concepción de intimidad cambiará según vayan evolucionando las tendencias políticas y filosóficas del 'individualismo', cuya propuesta pretenderá derrocar las posturas absolutistas de la época y planteará que el individuo es titular de sí mismo y por ende tiene la necesidad de un 'espacio personal' al que los demás no deberían tener acceso sin su consentimiento.

En el acápite correspondiente al derecho a la propia imagen, se analiza el ámbito de protección ante intromisiones ilegítimas. En igual sentido, se discute cómo son los mismo progenitores los que en muchas instancias exponen sin decoro alguno a los menores de edad en la esfera pública. De hecho, en muchas ocasiones, éstos crean

álbumes virtuales en las redes sociales que comprenden imágenes de los ultrasonidos en diferentes etapas de gestación, así como del día a día del menor en sus diferentes fases de maduración. Cuando este menor de edad llegue a su mayoría de edad habrá acumulado una cantidad descomunal de imágenes que quedan almacenadas en plantillas en la red.

En el mismo contexto y por entender que dimana de la incardinación terminológica de este derecho, se discuten los rasgos biométricos más almacenados con el uso de la web y se explican sus modalidades y los posibles medios de almacenaje. Además, se explica cuándo estos datos recopilados a través de sistemas de identificación y autenticación telemática se convierten en verdadera información personal.

En el Capítulo V, titulado *Los deberes de los progenitores y los tutores ante las nuevas tecnologías,* se estudian y analizan las leyes y la jurisprudencia que dilucidan lo referente a los deberes de educación y vigilancia impuestos por la patria potestad y la tutela. Igualmente, se exploran cuáles serían las responsabilidades de los progenitores y tutores ante la participación de sus hijos e hijas, tutelados y tuteladas menores de edad en la sociedad de la red informática, ya que este entorno virtual como nueva alternativa de socialización y aprendizaje también alberga nuevos riesgos, peligros y actividades ilegales.

Los anteriores lineamientos obligan a discutir la estructura o configuración de la red y los escenarios más usuales para la realización de un sinnúmero de fechorías y delitos cometidos contra la integridad moral y física de los niños, niñas y adolescentes. De la misma forma, será imprescindible, aludir, delinear y pormenorizar los peligros y riesgos habituales que inciden en las situaciones de transgresión, abuso y degradación de los menores de edad. Entre estos escollos pervertidos y despreciables, se estudian y se ejemplarizan con hechos verídicos y fatídicos: el acoso sexual en internet o *cybergrooming*; la pornografía infantil; la trata humana o la esclavitud contemporánea; el acoso cibernético o *cyberbullying*; el *sharenting* y el *shaming* o castigo a través de la humillación pública.

Por consiguiente y comprendiéndose que en los cauces debatientes y peligrosos de inseguridad jurídica que emanan de la deslocalización, desregulación y del mismísimo caos estructural característico de la propia naturaleza de la web, en conjunción con la

factible inmadurez y falta de educación de un menor de edad en cuestión, se afronta la contingencia de que el victimario sea encarnado por un niño, una niña o un adolescente. Esta posibilidad entraña consustancialmente la obligación de abordar, en este capítulo, el tema respectivo a la responsabilidad civil por los daños causados por los menores de edad en la red informática.

Cabe consignar que, en cada capítulo de esta Tesis, se pretende exteriorizar, fortalecer y reforzar su argumento, procurando hacer evidente la necesidad y obligatoriedad de proteger y empoderar a los menores de edad para que puedan desplazarse en el ciberespacio sin sufrir aquellos embates que puedan causarles sus indiscreciones por falta de madurez y educación informática. Se debe vislumbrar que detrás de la pantalla de un monitor o teléfono inteligente puede merodear un delincuente inescrupuloso que se ‘disfrace’ de un ‘amigo’ gentil y generoso.

CAPÍTULO I.

EL RECONOCIMIENTO DE LA CIUDADANÍA DIGITAL DEL MENOR EN EL RÉGIMEN JURÍDICO

A. El reconocimiento jurídico del menor de edad usuario de la red

1. Perspectivas históricas sobre la concepción del menor de edad

La globalización ha propulsado una concepción de la minoría de edad como una fase de inocencia que debe ser protegida por las sociedades y, más específicamente, por las figuras de autoridad en la institución de la familia. No obstante, esta noción es un constructo social relativamente reciente atado a su vez a un incremento en el valor de la 'edad' como una unidad de medición. Las construcciones de la niñez como un lapso peculiar de la vida humana y de la edad como el determinante de esta etapa han sufrido múltiples transformaciones centradas en las relaciones de poder entre adultos y 'no adultos'. La idea moderna de la minoría de edad está vinculada a la oposición binaria entre la *dependencia* del menor y la *protección* requerida de parte de los progenitores, ya sea en su forma propia o en la forma del tutor o el *parens patriae* del Estado.

El texto *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime,* publicado en 1960, ha pretendido desarrollar una narrativa inteligible de la 'idea de la niñez'.[1] Sin embargo, desde entonces, ha surgido un debate historiográfico en torno a la diversidad de experiencias de la niñez y de variables de la oposición binaria dependencia-protección. Oposición binaria que a su vez, suscitó ciertas tensiones por otorgarle intrínsecamente cierto poder al responsable de la variable 'protección', al cederle la potestad de disciplinar y vigilar.[2]

[1]PHILIPPE ARIÉS, L'ENFANT ET LA VIE FAMILIALE SOUS L' ANCIEN RÉGIME 503 (1960). *Véase* HUGH CUNNINGHAM, THE INVENTION OF CHILDHOOD (2006).
[2] SUSAN GRIESHABER, RETHINKING PARENT AND CHILD CONFLICT 68 (2004).

A través de la historia, las experiencias individuales de la niñez han estado regidas por condiciones como el ingreso familiar, el acceso a la educación, las expectativas de trabajo infantil, la movilidad suscitada por conflictos bélicos, las normativas, tanto legales como religiosas, y los prejuicios sociales en torno a clase, raza, género y sexualidad; es por tal motivo que se ha alcanzado el consenso historiográfico de que el grado de dependencia del menor de edad varía de acuerdo a los retos ecológicos y a las dinámicas estructurales de cada orden sociocultural.[3]

A pesar de que en múltiples sociedades contemporáneas se definen como *naturales* los impulsos de protección de parte de las figuras 'paternales' y se concibe a la niñez como un episodio que debe gozar de ciertos *privilegios*, las relaciones de poder entre adultos y niños en los grupos prehistóricos yacen distantes de dichas nociones. El concepto de la niñez en la Prehistoria se limitaba a la idea del 'no-adulto', cuya protección aportaría a la supervivencia de la especie.[4] Por lo tanto, no se valoraba la protección de la dignidad del menor como una distinta a la dignidad del adulto y se exponía al menor de edad a experiencias laborales, bélicas y sexuales que hoy son condenadas por múltiples regímenes coetáneos.

La Antigüedad trajo consigo la palabra escrita y, con ella, el lector de la Historia se percata de que el advenimiento de la 'civilización' lo que logró fue confirmar la generalización vertiginosa de la desigualdad con instituciones complejas de esclavitud y prostitución infantil.[5] El Código de Hammurabi (c. 1750 A.E.C.) eludió resolver o atenuar el abismo existente entre los menores y los adultos de las primeras civilizaciones mesopotámicas, circunscribiéndose a regular las sucesiones, la herencia de la condición de esclavo y las expectativas de que fueran las nodrizas, escogidas por los progenitores, las encargadas de la lactancia y la crianza de su hijos e hijas.[6]

En el caso de la Antigua Grecia, su estructura política patriarcal dictaba que los menores, al igual que las mujeres, fueran concebidos como ciudadanos sin derechos

[3] Raymond Grew, *On Seeking Global History's Inner Child*, 38 Journal of Social History 849-58 (2005).
[4] Daniel Justel Vicente, *El estudio de la infancia en el mundo antiguo,* en NIÑOS EN LA ANTIGÜEDAD: ESTUDIOS SOBRE LA INFANCIA EN EL MEDITERRÁNEO ANTIGUO 16-18 (Daniel Justel Vicente, ed., 2012).
[5] Lloyd deMause, *The evolution of childhood*, en THE HISTORY OF CHILDHOOD 1-6 (Lloyd deMause, ed., 2006).
[6] LEONARD W. KING, THE CODE OF HAMMURABI 24-39 (Leonard W. King, trad. 2015).

políticos, es decir, que los niños 'varones' personificaran el 'potencial' de ciudadanía. La infancia se concebía como una fase poco deseable del desarrollo humano, se promovía la 'maduración' más rauda posible y se glorificaban a los menores con 'rasgos adultos'.[7] Más aún, la filosofía platónica de la educación proclamaba que la producción intelectual se reservaría para la élite infantil 'masculina'.[8] El pensador Aristóteles reafirmó posteriormente esta ideología con su argumento filosófico de que la condición de la esclavitud resultaba ser una infancia perenne.[9] De hecho, el pensamiento aristotélico concibió a la infancia como un estadio ofuscado con el exceso y la gratificación inmediata del placer, mientras que conectó a la adultez 'masculina' con el ejercicio del autocontrol.[10]

Esa segregación simultánea por razón de clase, género y edad persistiría y se intensificaría en el Mundo Romano debido al arribo de la institución del *paterfamilias.* Esta institución generó un 'Estado dentro del Estado' en la República Romana: el *paterfamilias*, un hombre dominante, era quien poseía la *patria potestas,* o autoridad absoluta sobre la vida de sus descendientes.[11] La *patria potestas* no sólo le concedía al *paterfamilias* la soberanía sobre la labor y las transacciones económicas de los miembros de la unidad familiar, sino además le otorgaba obligaciones filiales y la prerrogativa sobre el mecanismo de *emancipatio*.[12] Todavía más, dicha soberanía le otorgaba la potestad de vender, castigar físicamente y hasta asesinar a sus hijos e hijas al presunto 'cabecilla del hogar'. Por lo tanto, la 'potestad' del *paterfamilias* se refería entonces a la posesión del cuerpo del menor como su propiedad y posible dispositivo, en algunas instancias, de sus desvaríos, caprichos y ofuscaciones. Esta atribución se cedía consecuentemente al esposo de la hija en un matrimonio *cum manu*,[13] pero la mantenía el padre si el régimen se acordaba *sine manu.*[14]

---

[7] PETER N. STEARNS, CHILDHOOD IN WORLD HISTORY 39 (2011).
[8] PLATO, REPUBLIC 220 (2014). RUPERT CLENDON LODGE, PLATO'S THEORY OF EDUCATION 303 (1st ed., 2014).
[9] Keith Bradley*, Images of Childhood in Classical Antiquity*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD THE WESTERN WORLD 19 (2013).
[10] ARISTOTLE, RHETORIC 301 (1823).
[11] JACKSON J. SPIELVOGEL, WESTERN CIVILIZATION, VOL. I, 130 (2012).
[12] Nikolaus Benke, *On the Roman father's right to kill his adulterous daughter*, en THE POWER OF THE FATHERS: HISTORICAL PERSPECTIVES FROM ANCIENT ROME TO THE NINETEENTH CENTURY 9 (Margaret Lanzinger, ed., 2015).
[13] *Cum manu* quiere decir literalmente 'con mano' y se refiere a la cesión de la autoridad del paterfamilias al linaje del esposo de la hija. WILLIAM L. BURDICK, THE PRINCIPLES OF ROMAN LAW AND THEIR RELATION TO MODERN LAW 221 (2004).
[14] *Sine manu* quiere decir literalmente 'sin mano' y se refiere a la no cesión de la autoridad del paterfamilias al linaje del esposo de la hija. WILLIAM LIVESEY BURDICK, THE PRINCIPLES OF ROMAN LAW AND THEIR RELATION TO MODERN LAW 221 (2004). Saskia T. Roselaar, *The Concept of Conubium*

La institución del *paterfamilias* incrementó las ya elevadas tasas de infanticidio de la Edad Antigua. Muchos menores de edad fueron abandonados, 'expuestos' físicamente para ser vendidos, esclavizados y mutilados con la pretensión de legitimar la mendacidad.[15] La predominancia de la 'exposición' alimentó la intensificación de la industria de la prostitución infantil a través del secuestro de aquellos menores descartados.[16]

Durante la Era de la República Romana, los patricios[17] administraban el devenir político-económico, coartando el ejercicio de la ciudadanía de los plebeyos. Este tipo de opresión provocó un conflicto denominado como la "Lucha de los órdenes", batalla persistente de los plebeyos para la adquisición de derechos políticos plenos, lucha que culminó con la publicación de las Doce Tablas (449 A.E.C.), texto emblemático del Derecho Romano.[18] La Tabla Cuarta de dicha normativa dictó claramente que el padre tendría el derecho de la vida y la muerte de un hijo nacido dentro de un matrimonio, lo que le permitiría encerrarlo, azotarlo, encadenarlo, venderlo o matarlo. Igualmente, esta tabla instituyó la responsabilidad del *paterfamilias* de exterminar a cualquier recién nacido que presentara rasgos de alguna presunta 'deformidad'. En consecuencia, las relaciones de poder entre padres e hijos durante la Edad Antigua no resaltaban la dependencia del menor, sino más bien la potestad absoluta del padre sobre la vida y los cuerpos de su prole.

El advenimiento del Cristianismo trajo consigo la influencia del tropo de la filiación, ya que el Nuevo Testamento representa la relación ideal del individuo con Dios como una entre un Padre e Hijo.[19] Las interpretaciones bíblicas del Cristianismo temprano oscilaron en su cosmovisión en torno a la niñez: mientras algunas vertientes de exégesis bíblica plasmaron a los menores como 'regalos de Dios en su imagen y semejanza', otros comentarios enfatizaron en la corrupción de la infancia por el pecado original. Al mismo

---

in the Roman Republic, en NEW FRONTIERS: LAW AND SOCIETY IN THE ROMAN WORLD 118 (Paul J. du Plessis, ed., 2013).

[15] IRENE V. INTEBI, ABUSO SEXUAL INFANTIL: EN LAS MEJORES FAMILIAS 63-65 (2008).

[16] DAVID BRION DAVIS, INHUMAN BONDAGE: THE RISE AND FALL OF SLAVERY IN THE NEW WORLD 40 (2006).

[17] Los patricios eran aristócratas que provenían de las familias de los senadores originales o *patres*.

[18] Guillermo Fatás Cabeza, *La Ley de las Doce Tablas*, en MATERIALES PARA UN CURSO DE HISTORIA ANTIGUA 355 (Tórculo, ed., 1994).

[19] Margaret L. King, *Children in Judaism and Christianity,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 39 (Paula S. Fass, ed., 2013).

tiempo, el canon cristiano enfatizó en el deber de los menores de honrar a "su padre y a su madre" y la responsabilidad de los progenitores de 'disciplinar' y controlar la naturaleza pecaminosa de la niñez.[20] De hecho, las interpretaciones bíblicas tempranas se dividen en torno a la relación del menor con el placer, ya que, en ciertas instancias, se representa al menor como libre de los apetitos carnales y, en otras, como un ser de "pasiones descontroladas".[21] Por otro lado, el culto medieval hacia la figura del niño Jesús promovió cierta curiosidad sobre la psiquis del infante.[22] Es en la producción artística del siglo XIII donde se concretiza en la iconografía religiosa una tendencia de representación de la infancia como fase distintiva y posiblemente favorable. El culto del niño Jesús se extendió para cobijar la devoción por los ángeles infantes y la maternidad mariana.[23]

Durante el Medievo, aparecieron códigos que pretendieron establecer edades determinantes que definieran al 'menor'. Por ejemplo, la normativa sálica de los francos determinó que el *wergeld*[24] de un varón menor de doce años sería tres veces mayor que el de un adulto, mientras que el *wergeld* de una niña sería el mismo de un adulto.[25] El Código Visigodo (c. 650), o *Forum Judicum*, declaró los quince años como la mayoría de edad en su Libro IV, Título III, Sección I.[26] Mientras tanto, las *Siete Partidas* (c. 1265) de Alfonso X el Sabio estipuló la mayoría de edad como catorce años en el caso de los niños y adolescentes y doce años en el caso de las niñas.[27] No obstante, estas definiciones no cargaron consigo un énfasis en el deber de los guardianes con la protección de la dignidad de los menores, sino, al contrario, el castigo corporal hacia los menores se continuó ejercitando como una prerrogativa del padre. Por otro lado, las definiciones de

[20] Marcia J. Bunge & John Wall, *Christianity*, en CHILDREN AND CHILDHOOD IN WORLD RELIGIONS: PRIMARY SOURCES AND TEXTS 85 (Don S. Browning & Marcia J. Bunge, eds., 2009).
[21] Blake Leyerle, *Children and "the Child" in Early Christianity*, en THE OXFORD HANDBOOK OF CHILDHOOD AND EDUCATION IN THE CLASSICAL WORLD 559 (Judith Evans Grubbs & Tim Parkin, eds., 2013).
[22] David Herlihy, *The Making of the Medieval Family: Symmetry, Structure, and Sentiment,* en MEDIEVAL FAMILIES: PERSPECTIVES ON MARRIAGE, HOUSEHOLD, & CHILDREN 205 (Carol Neel, ed., 2004).
[23] Philippe Ariès, *The Discovery of Childhood,* en THE GLOBAL HISTORY OF CHILDHOOD READER 9 (Heidi Morrison, ed., 2012).
[24] WILLIAM RULLKOETER, THE LEGAL PROTECTION OF WOMAN AMONG THE ANCIENT GERMANS 44 (1900).
[25] Edward James, *Childhood and Youth in the Early Middle Ages*, en YOUTH IN THE MIDDLE AGES 12 (P.J.P. Goldberg & Felicity Riddy, eds., 2004).
[26] THE VISIGOTHIC CODE: FORUM JUDICUM (S.P. Scott, trad., 2009).
[27] *Véase* ALFONSO X, LAS SIETE PARTIDAS: ANTOLOGÍA, (Francisco López Estrada & María Teresa López García-Berdoy, eds. 1992).

mayoría de edad se tendieron a basar en el consenso social en torno al punto final de la pubertad, límite que se trazó con edades diferentes en distintos ordenamientos jurídicos.[28]

Durante la transición entre el Medievo y la Edad Moderna temprana, la élite generó manuales de crianza por género y sometió a los menores a la supervisión de órdenes militares y de instituciones religiosas con el anhelo de que se produjera en el futuro una alianza familiar que extendiera el poderío y la herencia de su linaje. Esta transición hacia los rigores del estado moderno no se manifestaría en las familias agrarias, ya que las expectativas laborales dictaban que los menores de seis a trece años tendrían que asistir en tareas suplementarias a las agrícolas y domésticas, mientras que los infantes de cinco años ya estarían obligados a atender a los todavía menores.[29] El desarrollo del estado moderno a su vez exacerbaría la separación de la esfera adulta y la infantil, imaginando a la educación como la formación de un 'ciudadano incipiente' y propulsando el sistema criminal juvenil como el castigo de los jóvenes que desafiaran los límites de la conducta concebida como infantil y participaran en actividades 'legítimamente adultas'.[30] La noción de madurez durante esta transición histórica estableció la edad de seis años como la edad de distinguir entre el 'bien y el mal' y los catorce años como la 'edad de la discreción', es decir, la edad de capacidad de comprender la ley.[31]

La institución de la familia burguesa renacentista trajo consigo un interés característico hacia la crianza de los hijos e hijas mayores de dos años.[32] Debido a la percepción desfavorable de la lactancia en la burguesía del Renacimiento, los menores residían con madres campesinas que se encomendaban a dicha tarea por un período de dos años; el grado de desnutrición de estas mujeres campesinas acrecentó la mortalidad infantil por la falta de transmisión de nutrientes necesarios para la supervivencia. Ahora bien, después de la edad de dos años, los menores de la burguesía renacentista eran expuestos a una crianza singularmente estricta y centrada en el concepto de la disciplina. Los infantes y jóvenes eran usualmente forzados a consumir una dieta basada en sabores

[28] STEARNS, *supra* nota 7, en la pág. 5.
[29] Joanne M. Ferraro, *Childhood in Medieval and Early Modern Times*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 63 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[30] James Schmidt, *Children and the State*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 174 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[31] Stephen Lassonde, *Age, Schooling, and Development*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 213 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[32] JACKSON J. SPIELVOGEL, WESTERN CIVILIZATION, Vol.II, 341 (2012).

amargos, a alimentarse de pie, a no dormitar más de seis horas y hasta a pernoctar enclaustrados en baúles rígidos y fríos. La burguesía renacentista tendía a considerar que el control sobre las actividades corporales de los menores resultaría en el perfeccionamiento del carácter requerido para la continuación del legado capitalista de los predecesores.

Fue el siglo XVIII el que formó la idea de la niñez como la *Edad de la Inocencia*, una fase de la vida a ser salvaguardada de la sexualidad y la guerra.[33] Los fenómenos simultáneos de la Ilustración y la Revolución Industrial promovieron la valorización del grado de dependencia del menor y el advenimiento de una 'conciencia de edad'. Ahora bien, estos efectos repercutieron aisladamente en la existencia de los retoños de familias nucleares burguesas, ya que la Revolución Industrial notablemente legitimó la explotación infantil. La Ilustración originó un mayor interés en la medición de la edad, una celebración del derecho a la intimidad de la unidad familiar y un énfasis en las campañas de alfabetización y de la propagación de la educación pública; todos estos elementos se encontraban imbricados en un discurso moderno que, después de la Revolución Francesa, racionalizó el patriarcado y la negación de la permanencia de la desigualdad socioeconómica bajo el lema de "los talentos y las virtudes". De hecho, en *Emilio, o de la educación*, JEAN-JACQUES ROUSSEAU hace un llamado a "amar" y "respetar" la infancia como una fase de inocencia natural que no debe ser quebrantada, además de concebir la memoria de la niñez como base de la identidad del adulto.[34]

El Código Napoleónico (1804) evidenció cómo la Francia post-revolucionaria plasmó las nuevas concepciones en torno a la minoría de edad.[35] Este código civil estableció categóricamente que el padre sería el administrador económico de la unidad de la familia, figura a la cual la esposa estaría requerida de probar constantemente su 'obediencia'. En el Título IX se impuso que el padre sería el guardián, el manejador de bienes y la figura única de autoridad en la toma de decisiones en torno a los menores, fusionando la noción de potestad con su concepto propio de 'poder paternal'. Dicho título además proclamó que ese poder incluiría el derecho del padre de someter a sus

[33] Paula S. Fass*, Is there a story in the history of childhood?,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD THE WESTERN WORLD 6 (2013).
[34] Larry Wolff, *Childhood and the Enlightenment: The Complications of Innocence*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 86 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[35] CODE NAPOLEON; OR, THE FRENCH CIVIL CODE (George Spence, trad., 1827).

descendientes menores de dieciséis años al cautiverio durante un período máximo de un mes.[36] En el título X, el Código Napoleónico declaró la mayoría de edad como los veintiún años.

Una mirada superficial hacia la historia humana podría llevar a la conclusión de que los valores de la Ilustración con su acento en los derechos humanos incidieron en la victoria del paradigma del Romanticismo de la *Edad de la Inocencia*. Una cavilación meticulosa en vez revela que la narrativa longeva del devenir humano había impuesto sobre los hombros de la infancia, la adolescencia y la juventud la carga de la explotación laboral y la dominación parental de sus cuerpos. Este relato persistió tras la Ilustración y se revivió en los rostros acongojados de los niños, niñas y jóvenes sometidos a la esclavitud a través de todo el planeta. Esa narrativa trágica es un relato perpetuo para aquellos menores que han pervivido sin haberse aproximado, tan siquiera, al concepto de los privilegios propios de la etapa de la minoría de edad. Lo que sí impuso el pensamiento ilustrado fue la justificación de una jerarquía basada en el nivel de educación y la obcecación con la colección cuasi-enciclopédica de datos de los pueblos en torno a las tasas de mortalidad, de natalidad, de patologías y de productividad fabril. [37]

---

[36] El artículo 375 aludía a que el padre que tenía motivos "muy graves de disgusto por la conducta de un hijo", tenía a su alcance los siguientes medios de corrección:

> 376. Si el hijo no ha entrado en los 16 años podrá el padre hacerle arrestar por algunos dias que no pasen de un mes; y para este efecto el presidente del tribunal del distrito deberá despachar la orden de arresto quando aquel la pida [sic].*
>
> 377. Llegando ya á entrar en los 16 años hasta la mayor edad ó hasta la emancipación, podrá el padre pedir el arresto de su hijo por espacio de 6 meses a lo mas; para lo qual acudirá al presidente del dicho tribunal, quien después de haber conferenciado con el procurador imperial, dará la orden de arresto ó la negará, pudiendo en el primer caso acortar el tiempo del arresto que pidiese el padre [sic].*
>
> 378. Ni en uno ni en otro caso habrá otro escrito ni formalidad judicial sino la orden misma de arresto, y sin explicar en ella los motivos. El padre solo estará obligado á firmar una obligación de pagar todos los gastos y de suministrar los alimentos convenientes [sic].*
>
> 379. El padre es siempre dueño de abreviar el arresto que haya él ordenado ó pedido. Si después de haber salido de él, cayere el hijo en nuevos extravíos, se podrá mandar de nuevo el arresto del modo prescrito en los artículos precedentes [sic].*

*Código Napoleónico con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, Título I, Libro IX.

[37] Lassonde, *supra* nota 31.

La Ilustración y la Revolución Industrial transformaron dramáticamente la institución de la familia. Mientras históricamente se esperaba que los menores contribuyeran económicamente a sus hogares y asistieran en los cuidados de los ancianos, la familia burguesa posindustrial se aferró a la fórmula nuclear y separó a sus descendientes del quehacer adulto.[38] Esta metamorfosis, en parte, se debió a la intensificación de la 'conciencia ilustrada de la edad', pero, del mismo modo, el Estado adquirió control sobre aspectos antes estructurados dentro de la unidad familiar.[39]

El auge de la educación pública debido a medidas reformistas decimonónicas y la concesión de atención médica de parte del Estado incidió no sólo en una obcecación con el simbolismo de la edad, sino además generó la urgencia de que el curso de la niñez se viera extendido y formalizado de acuerdo con los estándares educativos, convirtiendo a la profesionalización como el nuevo rito de paso a la adultez del mundo todavía más globalizado.[40] La pedagogía moderna se tornó en el nuevo centro de transmisión de costumbres, relaciones interpersonales, normas de etiqueta y conceptos de progreso, siendo la educación, y no el hogar, la nueva institución 'civilizadora' y modernizante.

Las transformaciones expeditas de la noción de la niñez del siglo XVIII al siglo XIX dilucidaron y acentuaron todavía más en las pautas de consumo. Antes del siglo XVIII, los juguetes pertenecían tanto a la esfera de los adultos como a la de los niños y niñas. No obstante, los juguetes pasaron a las manos de los infantes como objetos importantes de entretenimiento y de desarrollo de diferentes destrezas en esta coyuntura histórica.[41] El discurso osciló alrededor de la idea de que los juguetes no sólo pertenecían al círculo de la niñez burguesa, sino además que resultaban ser el instrumento propio para la preparación para la adultez. Este artificio a su vez suscitó que los progenitores alojaran fantasías alrededor del estilo burgués de la vida 'infantil'. Por otro lado, el siglo XIX trajo consigo nuevos códigos de vestimenta específicamente para los menores y con colores distintos por género, segregándolos todavía más del mundo de los adultos.[42] Del mismo

[38] THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF WOMEN IN WORLD HISTORY 233 (Bonnie G. Smith, *ed.*, 2008).
[39] Krishna Kumar, *Childhood in a Globalizing World*, 41 ECONOMIC AND POLITICAL WEEKLY 4030-4034.(2006).
[40] Lassonde, *supra* nota 31.
[41] Patricia Crain, *Childhood as Spectacle*, 11 AMERICAN LITERARY HISTORY 543-545 (1999).
[42] Hugh Cunningham, *Histories of Childhood,* 103 THE AMERICAN HISTORICAL REVIEW 1195-1208 (1998).

modo, a finales del siglo XIX, se exacerbaron los esfuerzos en construir espacios estrictamente 'infantiles' para los menores de la clase élite con el objetivo de proteger el 'derecho a jugar', espacios como los parques públicos, campamentos de verano, museos especializados y bibliotecas de literatura infantil.[43]

A su vez, la vida familiar burguesa fue inmortalizada en álbumes de fotografías tras la invención de este medio. Los álbumes familiares redundaron en la disociación de la vida privada y la vida pública familiar.[44] La fotografía resultó ser el mecanismo de edición de la proyección de las familias para cultivar cierta reputación de la cotidianidad familiar y su unidad. Simultáneamente, las familias burguesas se esmeraron por proteger ciertos elementos de su intimidad que pudieran perjudicar su prestigio social. La producción de álbumes familiares conllevó la generación de unas líneas visuales de tiempo que ensalzaron el rol de los progenitores en la formación de los hijos. Esta reflexión se ofuscó con la imagen del menor de edad como emblema de los anhelos y la naturaleza del carácter de los progenitores. Tanto así que, a mediados del siglo XIX, aparecieron las novelas con protagonistas infantiles de Charles Dickens y Mark Twain, cuyas narrativas trágicas enfatizaron la nostalgia y cultivaron una alegoría entre el crecimiento del menor y el proceso de 'salvación' del lector adulto.[45] Esta presunta redención estribaba en 'redescubrir al menor' que se encarnó en la niñez, a través de la lectura, como artilugio vivencial de 'un estadio más simple' que le permitía al adulto desconectarse brevemente de las obligaciones que le imponía la adultez.

Igualmente, se sumaron nuevos componentes en la escolarización, como la clasificación de la enseñanza por niveles, la adjudicación de calificaciones académicas y la asignación de tareas y proyectos para ser realizados en el hogar.[46] Las fantasías sobre los juegos de la niñez enriquecieron a corporaciones multinacionales dedicadas a este consumidor potencial. El surgimiento de nuevos fabricantes y proveedores de servicios apañados por campañas publicitarias multimillonarias encauzaron a muchos menores de

[43] Marta Gutman, *The Physical Spaces of Childhood,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 258 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[44] DENNIS SHERMAN & JOYCE SALISBURY, FÁBRICAS, CIUDADES Y FAMILIAS EN LA ERA INDUSTRIAL: CIVILIZACIONES DE OCCIDENTE 500 (2008).
[45] RICHARD LOCKE, CRITICAL CHILDREN: THE USE OF CHILDREN IN TEN GREAT NOVELS 5 (2011).
[46] PETER N. STEARNS, GROWING UP: THE HISTORY OF CHILDHOOD IN A GLOBAL CONTEXT 54 (2005).

edad hacia el consumismo, propulsando la 'recreación comercial' y la 'sed de la aventura'.[47] Este consumismo suscitó, a su vez, una competencia y presión entre pares, amigos y familiares, añadiéndole nuevas políticas y tensiones a la infancia, a la adolescencia y a la juventud.[48]

El Siglo XX exhibió el estampido de nuevas tecnologías informáticas, innovadoras investigaciones científicas y oportunidades económicas inéditas extensivas a un mercado global. Lo anterior propulsó iniciativas respectivas a aprovechar las convergencias entre la ciencia, las tecnologías y la posibilidad de explotación de energías renovables que finalizaran con la era de los combustibles fósiles en vías de la protección del ambiente y de una economía sustentable.[49] Es por tal motivo que el economista JEREMY RIFKIN ha denominado a esta etapa de desarrollo como: la *Tercera Revolución Industrial.* Según RIFKIN, estos desarrollos advinieron con mayor fuerza a finales de los 1990s y se intensificaron con su mayor producción a principios del Siglo XXI.[50]

Tras la Segunda Guerra Mundial, aumentaron las expectativas de apoyo económico durante la educación universitaria de los hijos, transformando la concepción de las transacciones económicas entre progenitores e hijos de la clase media.[51] Simultáneamente, los 'marcadores de edad' se emplearon como medición de la madurez del menor, como por ejemplo en los Estados Unidos, donde la edad de dieciocho años se instituyó como punto de verificación de la posibilidad de residir fuera del hogar por ser la edad de la consecución del derecho al voto y a unirse a la milicia. Este fenómeno, a su vez, dio paso a la tendencia de "compresión de edad"[52], en la cual las industrias comenzaron a mercadear "productos para adultos" a los menores como mecanismo de prueba de su camino hacia la falta de dependencia.[53] Por lo tanto, durante la posguerra, las relaciones económicas entre progenitores y sus dependientes se rigieron por el miedo

[47] LISA JACOBSON, RAISING CONSUMERS: CHILDREN AND THE AMERICAN MASS MARKET IN THE EARLY TWENTIETH CENTURY 164 (2004).
[48] STEARNS, *supra* nota 46, en la pág. 62.
[49] JEREMY RIFKIN, THE THIRD INDUSTRIAL REVOLUTION: HOW LATERAL POWER IS TRANSFORMING ENERGY, THE ECONOMY, AND THE WORLD 37-39 (2011).
[50] *Id.*
[51] Paula S. Fass, *The Child-Centered Family? New Rules in Postwar America*, en REINVENTING CHILDHOOD AFTER WORLD WAR II 9 (Paula S. Fass & Michael Grossberg, eds., 2012).
[52] Stephen Lassonde, *Ten is the New Fourteen: Age Compression and the "Real" Childhood*, en REINVENTING CHILDHOOD AFTER WORLD WAR II 52 (Paula S. Fass & Michael Grossberg, eds., 2012).
[53] *Id.*

a la filiación económica sostenida hasta la adultez, a la vez que múltiples industrias se beneficiaron de ese mismo temor. Asimismo, surgieron ofertas vacacionales y destinos turísticos centrados en los gustos 'infantiles' formados por el mercado como respuesta a la aprehensión sincrónica del descontento o angustia de niños, niñas y jóvenes.[54]

Con los medios masivos de información, los abismos entre adultos y niños se transmutaron en enormes hoyos negros de sentido. La obsesión con la distribución del 'tiempo infantil' se incrementó aún más y múltiples instituciones educativas se volvieron obsoletas. Simultáneamente, la Era de la Información devino en el advenimiento de la 'cultura de la juventud' y la 'identidad de la adolescencia', fenómenos que se encuentran en su cénit desde la década de los 1980s.[55] La globalización produjo una estructura comercial precisamente basada en la generación artificial de experiencias para audiencias segregadas por razón de edad. El "éxtasis de la comunicación" descrito por JEAN BAUDRILLARD repercutió en la emergencia de familias tildadas de "post-edípicas", unidades familiares con autoridad parental diluida por la soberanía de los medios masivos de información, especialmente la red informática.[56] Las fantasías sobre los juegos de la niñez enriquecieron a corporaciones multinacionales dedicadas al simulacro de la minoría de edad y la corporación *Disney* propulsó la idea del menor 'universal y genérico' que puede ser moldeado por productos mediáticos y simulacros placenteros y 'positivos'[57]

Con el advenimiento de las redes sociales en el siglo XX, se postula al menor de edad como usuario, consumidor y objeto mismo de propaganda a través de sus proyecciones o representaciones en su perfil virtual. Se revela a un menor de edad inmerso totalmente en la red informática que 'demuestra' ostentar vastas destrezas telemáticas. Se configura una generación de presuntos "nativos digitales"[58] a la que pertenecen aquellos

---

[54] Gary Cross, *Play, Games, and Toys*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 271 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[55] Peter N. Stearns, *Globalization and Childhood*, 38 JOURNAL OF SOCIAL HISTORY 845-48 (2005).
[56] Jean Baudrillard, *The Ecstasy of Communication,* en POSTMODERNISM: CRITICAL CONCEPTS 41 (Victor E. Taylor & Charles E. Vinquist, eds., 1998).
[57] Daniel Thomas Cook, *Children and Consumers: History and Historiography*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 291 (Paula S. Fass, ed., 2012).
[58] Los conceptos "nativos digitales" e "inmigrantes digitales" fueron acuñados por MARC PRENSKY en el 2001. Prensky considera a los "nativos digitales" como los integrantes de las generaciones nacidas a partir de 1980 que despliegan vastas destrezas en las tecnologías informáticas. El perfil de un "nativo digital" ostenta las siguientes características: dominio como "nativo hablante" del lenguaje telemático, destrezas impresionantes de la tecnología digital, consumo diario de una gran cantidad de tiempo en la navegación de la red informática, un registro abundante de 'amigos virtuales' y de 'sitios virtuales' visitados, creatividad en el uso eficiente de diversos programas informáticos y tendencia a la exposición de

menores de edad que desde etapas muy tempranas tienen acceso a las tecnologías, lo que propicia el desarrollo de destrezas en la informática con un aparente despliegue de 'amplio' dominio. Junto a estos supuestos "nativos digitales" convergen en la red, muchas "personas renuentes a la sumersión total de su uso, pero que pergeñan"[59] con cierta inseguridad en las vías y avenidas virtuales; a este segundo grupo se le ha denominado como "inmigrantes digitales".[60]

En este punto, cabe precisar que la atribución del calificativo de "nativo digital" no conllevará necesariamente que estas personas tengan las destrezas ni el reconocimiento de los riesgos y peligros que subyacen en internet y que la edad no deberá exhibirse como un factor determinante para dicha clasificación, ya que algunos adultos pertenecientes a generaciones anteriores a la computación despliegan extensas destrezas telemáticas. Igualmente, se debe significar que no todas las personas tienen el acceso a la tecnología, ya sea por razones económicas o porque viven en lugares en los cuales las señales inalámbricas o satelitales se dificultan.

Ante el lineamiento respectivo a la presunta correlación directa de las edades y las pericias telemáticas, se propugna que la dicotomía o brecha generacional no debería levantarse como un muro de contención que impida a un adulto ejercer el deber de supervisión y vigilancia hacia un menor de edad que se tenga al amparo de su protección. Como corolario inescapable de lo anterior, hace unos años entendí que a estas entidades activas en la informática, debía adicionarse la 'entidad pasiva' en oposición, así fue que acuñé el concepto de *objector digital* y lo concreté con el siguiente tenor:

> [A] quella persona que opone reparo al uso de internet y se aferra al uso de los sistemas análogos, a pesar de tener acceso a tecnologías digitales. Su conceptualización no está atada necesariamente al aspecto generacional, sino más bien a la actitud y disposición del aprendizaje relacionado a las nuevas tecnologías. Cuando un objetor digital tiene algún contacto con la red informática, este contacto se logra casi siempre a través

imágenes e información personal en espacios públicos de internet. De otra parte, Prensky considera "inmigrantes digitales" a aquellos navegantes virtuales que no pertenecen al grupo de los "nativos digitales", pero que incursionan en la sociedad de la red informática, adaptándose a un nuevo lenguaje y entorno social ante los cuales imponen cierta resistencia. MARC PRENSKY, DIGITAL NATIVES, DIGITAL IMMIGRANTS 1-3 (2001). *Véase* JOHN GORHAM PALFREY & URS GASSER, BORN DIGITAL: UNDERSTANDING THE FIRST GENERATION OF DIGITALS NATIVES 1 (2008).

[59] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, 32 CUADERNO DE INVESTIGACIÓN EN LA EDUCACIÓN UPR 107 (2017).

[60] *Id.* en la pág 23.

> de un tercero que lo dirige en el uso. De otro modo, reduce el uso a dos o tres actividades en la red informática a las cuales se ve obligado por razón de su oficio o trabajo. El objetor digital no disfruta de discurrir por la web porque piensa que va a cometer algún error que pueda incluso averiar al equipo telemático que está utilizando. A veces los miedos suscitados por la tecnología lo llevan a racionalizar y propugnar a los sistemas análogos como medios más confiables y seguros, aunque sean menos efectivos para las tareas que necesitan o quieren realizar. En otras instancias, el objetor digital no siente miedo de la tecnología informática, pero prefiere los sistemas análogos porque disfruta del arraigo de la costumbre de su uso.[61]

La consideración de la concepción del "objetor digital" es necesaria porque este comportamiento pasivo ante las nuevas tecnologías podría "acarrear la consecuencia de la disparidad en el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de protección"[62] de parte de los progenitores, tutores y educadores hacia el menor de edad cibernauta. Ante esta posible realidad, se debe elucidar que para que un adulto a cargo pueda educar, vigilar y empoderar a un menor de edad en el panorama global de la web, deberá tener unos conocimientos básicos sobre las correspondientes tecnologías informáticas.

Este asentamiento estructural de variados tipos de emisores y receptores ante una comunicación tecnológica más versátil y ubicua, traslució con mayor intensidad y diversidad en el Siglo XXI. Esta extraordinaria relevancia tecnológica quedó modulada en función de los extraordinarios desarrollos y "cambios más profundos y sistémicos" de la digitalización,[63] la amplitud del despliegue de la tecnología *3D* y la inclusión prominente de sus usos en la salud, los impresionantes adelantos en el desarrollo de la 'neurotecnología', las maniobras extensivas en las aplicaciones de la inteligencia artificial en correlación con el vigor alcanzado por las nuevas, variadas y transformadas plataformas de redes sociales. Cabe destacar que esta representación acentuada de la red informática, le proporcionó el entorno digital necesario a numerosos grupos con inquietudes diferentes para expresar, debatir, denunciar y convocar en pro de la defensa de derechos civiles y la discusión de temas tan diversos como el terrorismo, el racismo sistémico, el discrimen institucionalizado, la pobreza, el sexismo, la corrupción y el calentamiento global.[64] Este crecimiento audaz tecnológico en conjunción con los

[61] Acuñé el término de *objector digital* en el artículo de revista académica arbitrada de la Universidad de Puerto Rico, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital, supra* nota 59, en la pág. 109.
[62] *Id.*
[63] KLAUS SCHWAB, THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION 6 (2016).
[64] *Id.* en la pág. 9.

‘movimientos de defensa’ que emergieron de la web, llevaron a algunos a considerar la coyuntura de que sobrevino una *Cuarta Revolución Industrial* en el siglo presente.

Algunos progenitores, reaccionando al auge de la tecnología informática y viendo que sus hijos e hijas participaban activamente en las redes sociales, abandonaron los álbumes de antaño y establecieron simulacros de la paternidad y la maternidad en álbumes de la ciudadanía virtual, olvidándose en algunas ocasiones de la vulnerabilidad de la minoría de edad ante la excesiva difusión de su imagen e información personal. Además, se puso de relieve polémicamente el discurso de la ansiedad de la paternidad y la maternidad, es decir, la narrativa de la cualidad de guardián legal como una sobrecogedora, sacrificada y repleta de imprevistos.[65] Asimismo, los medios globalizados de información han transmitido tramas consistentes de adolescentes ‘competentes’ en negociaciones de poder con adultos ‘vergonzosos’.[66] Estas políticas de poder ocurren en diversos escenarios, incluyendo al hogar y al recinto escolar, entre otros. Este panorama invita a plantearse si estas dinámicas promueven tensiones adicionales que afecten a los menores de edad por ser los que se encuentran en un escalafón más bajo en las jerarquías que imponen una presunta ‘obediencia’.

No obstante, las políticas de poder y las imposiciones jerárquicas fueron más intensas e inquietantes cuando la trágica pandemia de la COVID-19 irrumpió alrededor del mundo, provocando *incalculables pérdidas humanas*, desbordante desasosiego y profuso miedo. La lucha contra esta temida pandemia obligó a los ‘cierres’ de comunidades enteras, suspensión de clases presenciales, ‘cuarentenas’, distanciamientos sociales, creación de ‘burbujas familiares’ y a la falta de proximidad con aquella otredad que nos invita a alcanzar nuestra propia identidad. Esta imprevista ‘nueva normalidad’ provocó que muchos menores de edad se vieran distanciados de sus ‘pares’ y amigos. Algunos menores de edad acrecentaron el uso de la red informática por concebirla como el medio idóneo para mantener algún contacto social más allá de su ‘burbuja familiar’. El ágora virtual se impuso como ‘el medio de comunicación’ que mantendría la continuidad de la dinámica afectiva con la familia extendida, la gobernanza, el trabajo, los cursos

[65] PAULA S. FASS, THE END OF AMERICAN CHILDHOOD: A HISTORY OF PARENTING FROM LIFE ON THE FRONTIER TO THE MANAGED CHILD 221 (2016).
[66] SANDRA SMIDT, THE DEVELOPING CHILD IN THE 21st CENTURY: A GLOBAL PERSPECTIVE IN CHILD DEVELOPMENT 7 (2013).

académicos, la citas médicas y las compras de mercancías y víveres. El encierro se hizo cada vez más largo y muchos niños, niñas y adolescentes se vieron afectados porque incrementaron las políticas de poder y las tensiones en la 'burbuja familiar'.

En fin, aludidas en líneas precedentes determinados discursos sobre la concepción de la minoría de edad, se puede colegir que esta narrativa ilustra una vez más los consensos sociales en torno a estas políticas del cuerpo atadas al rol de los progenitores o adultos a cargo, quienes en muchas ocasiones se arrogan decisiones sobre los derechos fundamentales del menor de edad. Se evidencia cada vez más cómo el reconocimiento trunco de la dignidad individual del menor está imbricado a la imposibilidad de ejercer sus propios derechos o de hacerlos cumplir ante el fundamento de su capacidad y del concepto jurídico indeterminado de la madurez. A pesar de que el mundo contemporáneo ha desvelado unas normativas de protección de derechos esenciales de la niñez y la juventud, aún se identifican algunos retazos de las políticas de la 'cosificación' del menor de edad, que urgen la continua revisión o promulgación de nueva legislación protectora que fortalezca positivamente el régimen jurídico del menor de edad ante las nuevas tecnologías.

B. Evolución internacional del régimen jurídico del menor de edad

Los nuevos enfoques reformistas confluyeron para la realización de profundos afanes dirigidos a reconocer un régimen de protección a la infancia. Estos nuevos planteamientos pretendían eliminar todo tipo de explotación de los menores de edad y se dirigían a promover su bienestar físico y emocional para lo cual la educación se hacía imprescindible. Estas inquietudes quedaron plasmadas en diversos textos que proclamaban una nueva concepción del menor de edad. Una de las publicaciones más influyentes de la época lo fue el libro *The Century of the Child*, el cual estampó nuevas visiones sobre los derechos del niño respecto a su salud, su individualidad, su educación y su derecho a ser protegido. La manifestación que en el texto alude a que "[t]odo individuo que tiene su corazón en el lugar correcto no espera a un ángel, sino que se apresura a salvar a un niño del peligro",[67] en conjunción a otras configuraciones

[67] ELLEN KEY, THE CENTURY OF THE CHILD 321(1909).

propuestas como la que abraza la noción de que "[l]os niños deben tener el derecho de escoger a sus propios padres",[68] invitaron a la reflexión sobre la necesidad de gestionar nuevas salvaguardas de protección hacia esa parte de la población.

Las embrionarias configuraciones sobre la infancia acapararon la atención de nuevas voces que se alzaron reclamando el reconocimiento de los derechos de la infancia. Entre estas voces, hubo unas voces más decididas y determinadas en concebir una nueva estrategia de lucha en pro de la niñez. Entre esas voces altruistas, se encontraba la activista británica EGLANTYNE JEBB, quien junto a su hermana DOROTHY BUXTON, fundaron la iniciativa *Save the Children Fund* el 19 de mayo de 1919 en Londres. A través de esta organización, consiguieron recaudar suficiente dinero para poder alimentar a miles de niños y niñas austríacos y alemanes víctimas de los efectos de la Primera Guerra Mundial.[69] Cabe recordar que la pertinencia de esta fundación respondió a que una de las tácticas utilizadas por los adversarios combatientes para desmoralizar y someter al enemigo era reduciéndole sus suministros de alimentos. Aún después de las negociaciones de paz y el cese del fuego, el bloqueo de alimentos se mantuvo vigente hasta el 14 de marzo de 1919.[70]

Otro de los grandes aciertos y contribuciones de Eglantyne Jebb fue concebir y adoptar un principio de universalidad para *Save the Children Fund,* el cual establecía que todo niño o niña, sin consideración de su nacionalidad, religión ni raza, sería protegido por la fundación. Este principio se replicaría consecuentemente en otros proyectos y declaraciones a favor del bienestar de la niñez.

Sin embargo, más allá de todas las ayudas y la solidaridad que le brindó inconmensurablemente *Save the Children Fund* a diversas poblaciones de niños y niñas

---

[68] *Id*. Según algunos sicólogos y pedagogos, Ellen Key, con esta frase, intenta proyectar su fuerte convicción sobre la infancia como "la portadora de las antorchas" que dirigirán e inspirarán a otros en la búsqueda de una mejor 'civilización'. Micha de Winter, *The child in the developmental psychology and pedagogy: on infantilization and participation,* en BEYOND THE CENTURY OF THE CHILD: CULTURAL HISTORY AND DEVELOPMENTAL PSYCHOLOGY 162 (Willem Koops & Michael Zuckerman, coords., 2003). *Véase* PHILIP E. VEERMAN, THE RIGHTS OF THE CHILD AND THE CHANGING IMAGE OF CHILDHOOD 77 (1992).

[69] INTERNATIONAL SAVE THE CHILDREN ALLIANCE ANNUAL REVIEW, *Children can't wait,* https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/2475 (última visita 8 de julio de 2019).

[70] *Id.* en la pág 27.

en diferentes regiones del mundo, todavía EGLANTYNE JEBB aspiraba a llevar la gestión de protección a un nivel de atención mucho más alto y eminente. Lo anterior, la motivó a exponer contundentemente lo siguiente:

> Los niños del mundo necesitan urgentemente una mejor protección, porque son ellos quienes pagan el precio más alto por nuestras políticas económicas miopes, nuestros errores políticos, nuestras guerras. Los adultos pueden pasar por un período de estrés y tensión y tal vez no sea peor para ellos, una vez que se ha terminado, pero si no damos a los niños sus necesidades físicas y restringimos sus ventajas educativas, en consecuencia, bien pueden ser discapacitados para el resto de sus vidas.[71]

La meta trazada por EGLANTYNE JEBB se acercó y descolló hacia el punto de inflexión más prominente cuando la Sociedad de las Naciones[72] adoptó los cinco principios fundamentales que ella había concebido un año antes. Como consecuencia de estos principios y las nuevas nociones de la infancia y sus debidas protecciones, surge la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, considerada el primer gran esfuerzo en defensa del mejor interés del menor. La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño germinó como consecuencia de la hecatombe propiciada por la Primera Guerra Mundial, durante la cual muchos menores de edad fueron víctimas y testigos de un trágico panorama saturado de crueldades, horrores y atrocidades.[73]

---

[71] EGLANTYNE JEBB, *International Save the Children Alliance* (2008), https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/2475. (última visita 28 de julio de 2019) (traducción suplida). La versión original es en inglés y lee como sigue:

> The world's children stand in urgent need of better protection, because it is they who pay the heaviest price for our short-sighted economics policies, our political blunders, our wars. Adults can pass through a period of stress and strain and perhaps be none the worse for it, once it is over, but if we fail to give children their physical requirements and we restrict their educational advantages, they may well be handicapped in consequence for the rest of their lives.*

**Id.*

[72] La Sociedad de las Naciones, también conocida extraoficialmente como la Liga de las Naciones, se concibió en la "Conferencia de Paz de París" con el objetivo de promover la paz y las relaciones internacionales tras la Primera Guerra Mundial. LUIS M. MARCANO SALAZAR, FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES 103 (2005).

[73] Cónsono a las inquietudes formuladas en el libro *The Century of the Child* y a las afirmaciones protectoras hacia los menores de edad expuestas en la Declaración de Ginebra de 1924, se gestaron esfuerzos colaterales dirigidos a la protección de la infancia y la juventud en diversas partes del mundo. Por ejemplo, en el 1913, Argentina llevó a cabo el Primer Congreso Americano del Niño como parte de la celebración del primer centenario de su independencia. En ese Primer Congreso Americano del Niño se realizaron una serie de recomendaciones relacionadas a la creación de centros correccionales especializados en menores de edad, a la viabilidad de la imposición de la educación obligatoria, a la creación de mecanismos apropiados de protección para menores enfermizos o con ciertas enfermedades catastróficas. De la misma forma, se

El texto de esta Declaración decreta cinco artículos que aluden a las responsabilidades de los adultos hacia los menores sobre las situaciones y condiciones en las cuales debía ser protegido. Estos artículos declararon lo siguiente:

> Artículo 1 - *El niño debe ser capaz de desarrollarse de un modo normal, tanto material como espiritualmente.*
> Artículo 2 - *El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser tratado; el niño atrasado debe ser estimulado; el niño extraviado debe ser devuelto; huérfanos y niños abandonados deben ser recogidos y asistidos.*
> Artículo 3 - *El niño debe ser el primero en recibir ayuda en casos de desastres.*
> Artículo 4 - *El niño debe estar en situación [posición] de ganarse la vida y debe ser protegido contra toda explotación.*
> Artículo 5 - *El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades se deben poner al servicio de sus hermanos.*[74]

Es obligatorio puntualizar que el articulado destaca el paradigma del mejor desarrollo integral del menor como responsabilidad directa del adulto. Su artículo 4 utiliza

---

planteó la prohibición del acceso al trabajo a los menores de catorce años y la limitación del tiempo de trabajo ejercido por todos los menores de edad con el propósito de prevenir la explotación y salvaguardar su integridad física y emocional. Este Primer Congreso Americano del Niño resolvió llevar a cabo nuevos congresos dirigidos a formular nuevas protecciones que ensalzaran la calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior dio paso a la celebración del Segundo Congreso Americano del Niño celebrado en Uruguay en el 1919, en el cual el doctor Morquio, fundador de la. Sociedad Uruguaya de Pediatría, impartió una ponencia en la que propuso la creación de una Oficina Internacional Americana de Protección a la Infancia. La propuesta sugerida por el doctor Morquio fue atendida en el Tercer Congreso Americano del Niño, realizado en Brasil en el 1922. El debate de esta propuesta culminó con la aprobación referente a la creación de una Oficina Internacional Americana de Protección a la Infancia. Esta oficina está adscrita desde 1949 a la Organización de Estados Americanos y es conocida como el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Este Instituto Interamericano ha realizado grandes aportaciones relacionadas a la protección de los menores de edad como organismo interesado en viabilizar acuerdos y compromisos con los diversos gobiernos que redunden en mejores y más amplias salvaguardas a la infancia y la juventud. John Barret, *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes,* en BULLETIN OF THE PAN AMERICAN UNION VOL. XLIII, (dir. John Barret, 1916).

[74] Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño (traducción suplida) (énfasis suplido). El texto original es en francés y lee como sigue:

> Article 1 - *L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement.*
> Article 2 - *L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.*
> Article 3 - *L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse.*
> Article 4 - L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation.
> Article 5 - L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères.

específicamente una variante de la palabra protección, enunciando que: "El niño […] debe ser protegido contra toda explotación".[75] Esta premisa referida a un concepto generalizado de la explotación pretendió proteger al menor de una servidumbre involuntaria que en muchas ocasiones se iniciaba en el hogar y se trasladaba a lugares externos.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño fue acogida por la Sociedad de las Naciones, también conocida como la Liga de las Naciones, y fue ratificada nuevamente diez años después. Los Estados signatarios se comprometieron a incorporar los principios de protección en sus legislaciones nacionales. Sin embargo, aunque esta Declaración no era vinculante, puso al relieve la necesidad de promulgar unas protecciones específicas hacia los menores de edad.

En el epicentro de múltiples posturas que planteaban diversas concepciones del menor de edad y de las protecciones que debían dársele, surge el "estado del bienestar" en medio de la crisis de la Gran Depresión. Esta postura de protección y vigilancia del bienestar como medida democrática culmina con el arribo de la Segunda Guerra Mundial.[76] Estos fenómenos sociales y políticos inspiraron a otros sectores a la creación de nuevos movimientos proteccionistas para que promovieran la institucionalización de instrumentos de salvaguardas.[77]

Este punto de inflexión promovió el planteamiento de la confirmación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño por los organismos internacionales emergentes, como la Comisión de los Derechos Humanos, la cual pertenecía al Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Concomitante, la Comisión de Derechos Humanos estaba finalizando la redacción de un instrumento vinculante de protección y salvaguardas de los derechos humanos, reconocida como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que tuvo que retrasar la gesta de

---

[75] *Id.*

[76] La Segunda Guerra Mundial dejó una estela de miseria, enfermedades y desesperación reflejada en la niñez europea. Es por tal motivo que se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (conocido por sus siglas en inglés, UNICEF) en el 1946. En el 1953, UNICEF se convirtió en una organización internacional permanente. UNICEF, *Historia de los derechos del niño*, https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia (última visita 28 de mayo de 2019).

[77] EUGEEN VERHELLEN, LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: TRASFONDO, MOTIVOS, ESTRATEGIAS, TEMAS PRINCIPALES 70 (2002).

una declaración que pudiera atemperar la Declaración de Ginebra.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 en París. Esta Declaración reconoció en su artículo 25, inciso 2, que la infancia tenía el derecho a cuidados y asistencias especiales. Asimismo, promulgó que todos los niños, no importara su origen, tenían derecho a igual protección social. La protección social referente está aludida en el inciso 1 del mismo artículo, el cual dispone lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.[78]

A este artículo 25 se le rememoró como uno innovador porque reconoció una nueva categoría de derechos, los cuales no habían sido plasmados expresamente en otros instrumentos internacionales. Ahora bien, cabe señalar que la inclusión de estos derechos tuvo que ser negociada porque en un principio algunos países mostraron cierta resistencia. Esta resistencia pudo disiparse al lograr la culminación de una Declaración que equilibraba el interés por diversas clases de derechos.

Superado el óbice de la aprobación y la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se propendió a la redacción de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959. Esta declaración articulaba diez principios protectores de la niñez y la infancia,[79] entre

---

[78] Art. 25, inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

[79] Los diez principios protectores de la niñez y la infancia de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959. Estos principios leen como sigue:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.

los cuales se reconoció "[e]l derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social […][80] [y] [e]l derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación".[81]

Asimismo, surgieron innumerables documentos reconociendo una serie de derechos que cobijaban al menor, la infancia y la juventud. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, reconoció en su artículo 24, inciso 1, que:

> Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.[82]

Se debe aclarar que la frase "las medidas de protección que su condición de menor requiere", concibe la 'naturaleza' del individuo menor de dieciocho años, sin pretensión alguna de imputarle alguna debilidad intrínseca al individuo por el mero hecho de ser menor de edad.

Otro gran acierto ante la búsqueda de nuevas salvaguardas o de nuevos refuerzos a las políticas públicas ya existentes, lo es el tratado propuesto por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo atinente a las leyes laborales respectivas a los menores de edad. Este Consejo se congregó en Ginebra el 6 de junio de 1973 para adoptar un Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo en la que se proclamó en su artículo 1, la siguiente disposición:

---

7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.*

* HUMANIUM, *Declaración sobre los Derechos del Niño*, https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/ (última visita 25 de julio de 2020).

[80] El principio citado es el principio número 2 de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.

[81] El principio citado es el principio número 9 de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.

[82] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

> Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

Ahora bien, se debe aclarar que el artículo 2, inciso 3 de este Convenio advierte que la norma general será que "la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años". De lo expuesto en el mismo artículo se puede asumir que éste detenta cierta incongruencia porque será poco probable que la edad mínima de quince años coincida con la edad en que el menor finalice su etapa escolar. Sin embargo, la mera aproximación no debería representar un gran inconveniente si se regulan y se consideran otros factores como el tiempo dedicado al empleo, el tipo de trabajo y sus condiciones; factores que pudieran incidir en un bajo rendimiento escolar de parte del menor de edad.

Una valoración similar se consideró en el ámbito concerniente a aquellos trabajos que podían representar la asunción de riesgos de parte de un niño o una niña. Es por tal motivo que en el artículo 3, inciso 1 del mismo Convenio se dispuso que si el tipo o naturaleza del trabajo fuera uno de índole o características peligrosas que pudiera poner en riesgo "la salud, la seguridad o la moralidad" del menor, la edad mínima de admisión a esta categoría de empleo o trabajo no deberá ser inferior a los dieciocho años. Cabe significar que este tipo de legislación merece la más incisiva supervisión de parte de las autoridades nacionales e internacionales porque la trata humana relativa a los menores de edad se disfraza o esconde reiteradamente detrás del manto de un alegado 'trabajo o empleo legal'.

Al régimen jurídico internacional reseñado, se suman otras legislaciones protectoras que pretendieron atender el ámbito que protege los procesos penales de los menores de edad. A estas preocupaciones, respondieron Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, conocidas como las "Reglas de Beijing", las cuales establecieron los principios y condiciones aceptadas por las Naciones Unidas a ser contempladas en el manejo y tratamiento adecuado de la delincuencia juvenil. El principio fundamental número 3

prioriza la atención hacia los jóvenes y recalca que "los jóvenes deben desempeñar una función activa y de asociación en la sociedad, y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control".

Sin embargo, la baza decisiva del reconocimiento del menor de edad como individuo portador autónomo de derechos fundamentales surgió cuando varios dirigentes mundiales decidieron que los menores de dieciocho años precisaban de cuidados y protecciones especiales y que era necesario reiterar el reconocimiento de sus derechos humanos. Fue así como se estableció el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que protege a los menores de edad en una gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. A este tratado se le denominó como la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.[83] Cabe destacar que en el Preámbulo de esta Convención se destacó lo siguiente:

> Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,
>
> Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, […]
>
> Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", […]
>
> Han convenido en lo siguiente: […]

De la esencia semántica de algunos considerandos del preámbulo y artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, se puede traslucir que se prefiere la adopción del término "niño" en vez del concepto "menor de edad". Esta consideración se justifica porque las definiciones y delimitaciones de la minoridad establecidas nacionalmente por los Estados Partes podrían variar.

[83] Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

También se debe resaltar que la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 pretende vincular y adherir el reconocimiento del "niño" a lo determinado en la Carta de las Naciones Unidas.[84] Esta Carta consigna de manera esperanzadora a aquellas regulaciones que preservan la dignidad y la igualdad de las personas. Esta proclamación se extiende, por supuesto, a los menores de edad. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño ha querido enfatizar esta inclusión dentro de un documento que pretende atribuir al menor de edad cierta autonomía en la acreencia de sus protecciones. Igualmente, la alusión realizada a la Declaración de los Derechos del Niño aprovecha la coyuntura para atribuirle a la falta de madurez del menor la razón por la cual deberá ser protegido de manera especial.

Una cuestión de umbral que se debe puntualizar es que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño introduce el concepto de interés superior del menor al referir que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del menor".

La conceptualización relativa al interés superior del menor se repite en siete instancias en la Convención sobre los Derechos del Niño. En el artículo 18, inciso 1, se les impone a los progenitores o a los representantes legales como principio rector del ejercicio de los deberes y obligaciones que conllevarán la crianza y el pleno desarrollo del niño o niña que deberán encaminar.

---

[84] La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas dispone que los pueblos de las Naciones Unidas se comprometen:

> [A] preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, [sic]
> a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en 1a dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, [sic]
> a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, […].

LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, *Preámbulo,* https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble (última visita 10 de julio de 2020).

Este artículo lee como sigue:

> *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*[85]

Sobre la acogida de la configuración del principio o concepto *el interés superior del menor,* concretado con la pretensión de afianzar y adelantar todos los esfuerzos dirigidos a asegurar y desplegar mejores y amplias protecciones hacia la infancia y la juventud, se debe significar que algunos tratadistas han desdorado el concepto al enfatizar lo doblemente problemático que resulta lidiar con la cualidad de un concepto jurídico indeterminado enmarcado en el plano internacional.

Sobre este particular, CHATIN articula lo siguiente:

> Esta noción del interés superior del niño que debería constituir un factor de progreso y unificación del Derecho, conduce en el plano internacional a que en ausencia de cooperación, haya un resultado diametralmente opuesto y lleve a todos los Estados a una noción estrictamente individualista y nacionalista de protección de los niños. [86]

Otros tratadistas han sugerido la redacción de un texto de carácter internacional que establezca los parámetros que determinen o fijen los límites relativos al interés superior del niño porque de lo contrario se podría estar ante "un elemento centrífugo",[87]

---

[85] Énfasis suplido.

[86] LOUIS CHATIN, LES CONFLITS RELATIFS À LA GARDE DES ENFANTS ET AU DROIT DE VISITE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 112 (1985) (traducción suplida). El texto original es en francés y lee como sigue:

> Cette notion de l'intérêt de l'enfant qui apparaissait dvoir constituer un facteur de progrès etd'unification du droit, conduit au plan international, en l'absence de cooperation, à un résultat diamétralement oppose et ramène tous les Etats à une même notion strictement individualiste et nationaliste de la protection des enfants.

[87] ALEGRÍA BORRÁS, *La evolución de la protección del niño en el Derecho Internacional Privado desde el Convenio de Nueva York de 1989*, en LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES 14 (Francisco Aldecoa Luzárraga & Joaquim J. Forner Delaygua, dirs.) (Emili González Bou & Natacha González Viada, coords., 2010).

sobre todo en los casos en que haya familias conectadas a diversos Estados signatarios que pueden interpretar ideas diversas de tratamiento.[88]

La preocupación por la ausencia de concreción del concepto *interés superior del menor* lideró los esfuerzos encaminados a tratar de despojarle de su indeterminación como concepto jurídico. Es a tales efectos que, el Comité de Derecho del Niño en su Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, lo describe como uno de triplicidad conceptual. Esta triplicidad consiste en: a) un derecho sustantivo que estriba en que el interés superior del niño "sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida […];" b) un principio jurídico interpretativo fundamental que insiste en que "si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo"; c) una norma de procedimiento que puntualiza que "[l]a evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales". Resulta evidente la preocupación del Comité de Derecho del Niño por dar unas directrices que impartan cierta concreción a este concepto que potencia aquellas protecciones brindadas a este sector de la sociedad y, así, lo reitera en el apartado 32 de su informe al señalar lo siguiente:

> El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando

[88] *Id.*

> plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.[89]

De su parte, el Tribunal Supremo español ha tratado de delimitar el concepto de *interés superior del menor* observando la directriz de individualidad de cada niño o niña aduciendo en la STS 47/2015, 13 de febrero de 2015 que "[e]s el interés del menor el que prima [..], de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso […] El interés en abstracto no basta".[90]

A la luz de estas inquietudes y consideraciones, el apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, enfatiza que introdujo cambios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, protección jurídica del Menor de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los cuales se encontraba el desarrollar y reforzar el derecho del menor de edad a que su interés superior[91] fuera prioritario. Este mismo apartado postula que el principio de *interés superior del menor de edad* es un concepto jurídico indeterminado y que uno de los propósitos de las modificaciones realizadas es dotarlo de contenido para que no se exponga a diversas interpretaciones. Ante la plétora de contenidos alternativos, adopta las directrices de la triplicidad conceptual esbozada en el informe del Comité de Derecho del Niño en su Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, estableciendo lo siguiente:

> Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.

[89] Apartado 32 del Comité de Derecho del Niño en su Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
[90] STS de 13 de febrero de 2015, FJ 3 (RJ 2015/47).
[91] *Véase* FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, EL INTERÉS DEL MENOR (2da ed., 2008); FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, EL INTERÉS DEL MENOR (2000).

> Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

La meta de esta pieza legislativa de impartirle concreción al principio del interés superior del menor redundó, como se aludiera parcialmente, en la reforma realizada al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.[92] Este artículo establece los criterios generales a seguir a efectos de la interpretación y aplicación de este principio. Entre estos criterios se encuentran el priorizar la protección del derecho a la vida y desarrollo del menor, el satisfacer sus necesidades físicas, educativas y afectivas, el considerar sus sentimientos y opiniones, el asegurar su participación progresiva "en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal", su desarrollo en un entorno familiar adecuado y la preservación de su identidad y sus convicciones, todo lo anterior, "garantizando el desarrollo armónico de su personalidad".[93]

---

[92] Es necesario advertir que el apartado 5 del artículo 2 de esta ley ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
El nuevo texto indica:

> 5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:
> [...]
> c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

[93] El artículo 2, inciso 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según modificada, establece que estos criterios generales se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

> a) La edad y madurez del menor.
> b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
> c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
> d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
> e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus

Al margen del análisis anterior sobre el principio del interés superior del menor, es meritorio mencionar que 196 países han firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho, España es uno de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas que firmó y ratificó dicha Convención mientras Estados Unidos de América es el único país adscrito a la Organización de las Naciones Unidas que, al día de hoy, no ha ratificado este convenio.[94] Una de las especulaciones que se ha suscitado sobre el hecho de que Estados Unidos todavía no haya ratificado la Convención, oscila alrededor de las leyes penales cuestionables respectivas a los menores de edad. En efecto, cada estado o territorio tiene su propia ley de menores en el área criminal y algunas de estas leyes permiten arrestar, esposar, procesar y sentenciar como adultos a menores de dieciocho años.[95]

En este punto, se hace imperativo precisar que Puerto Rico está bajo la opresión colonial de los Estados Unidos de América y que cualquier ley federal o jurisprudencia que emane de su Tribunal Supremo tendrá un rango jerárquico más alto y prioritario que la propia Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (en adelante la Constitución de Puerto Rico).[96] Por lo tanto, la Convención sobre los Derechos del Niño no es vinculante para la jurisdicción de Puerto Rico, aunque le ha servido de guía en la legislación de varias normas protectoras de los menores de edad.

Ahora bien, se debe llamar a la atención que la comunidad internacional se siente presuntamente empeñada con hacer valer este compromiso por lo que verifica y se asegura que se cumpla con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior equivale a que los Estados Partes deberán someter informes periódicos a un

---

capacidades y circunstancias personales.
f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.
Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

[94] NOTICIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*, https://news.un.org/es/story/2015/10/1341401 (última visita 25 de julio de 2020).

[95] Una de las especulaciones que se ha suscitado sobre el hecho de que Estados Unidos todavía no haya ratificado la Convención, oscila alrededor de las leyes penales severas respectivas a los menores de edad. Cada estado o territorio tiene su propia ley de menores en el área criminal y algunas de estas leyes permiten arrestar, esposar, procesar y sentenciar como adultos a menores de dieciocho años.

[96] Pueblo de Puerto Rico v. Sánchez Valle, 136 S. Ct. 1863 (2016); Commonwealth of Puerto Rico v. Sánchez Valle, et al., 579 US ___ (2016).

organismo compuesto por expertos en el tema de protección a la infancia y a la juventud, denominado como el Comité de los Derechos del Niño. Los informes deberán plantear y describir la situación de la infancia en el país respectivo y las medidas correctivas y de seguridad tomadas para que los derechos proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño puedan ejercerse y no se transgredan. Además, deberán constatar la armonización de sus leyes y políticas públicas con las normas contempladas en dicha Convención.

Indefectiblemente, los logros y progresos alcanzados en la protección de los derechos de la infancia desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, rebasan las expectativas vislumbradas, ya que promovió el surgimiento de otros instrumentos nacionales e internacionales que continuarían estableciendo o reiterando garantías de protección hacia los menores de edad. De esta forma, prosiguieron sus esfuerzos, entre otros instrumentos internacionales, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños, de 25 de octubre de 1980, el cual estableció las bases de protección del menor de edad en el plano internacional sobre los efectos perjudiciales que supondrían un traslado, retención ilícita o un secuestro. El preámbulo del Convenio de la Haya afirma la importancia crucial que merecen los intereses de los menores de edad, expresando este postulado de la manera siguiente:

> Los Estados signatarios del presente Convenio,
>
> Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia,
>
> Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,
>
> Han resuelto concluir un Convenio a tal efecto y han acordado las disposiciones siguientes: […]

A este Convenio de la Haya de 1980, se le sumaron dos esfuerzos que quedaron plasmados en sendos convenios que salvaguardarían el mejor interés del menor. Uno de éstos lo fue el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, el cual reconocía que el niño debía crecer

en un ambiente familiar que le permitiera el desarrollo armónico de su personalidad. De la misma forma, surgió el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, otorgado en la Haya el 19 de octubre de 1996 (en adelante el Convenio de la Haya de 1996).[97] En el preámbulo de este Convenio se confirmó "que el interés superior del niño merece una consideración primordial […]." Enfocados en ese principio, este Convenio facilitó la inclusión de estructuras de cooperación que promovieron una colaboración e intercambio de información más eficientes entre los Estados signatarios.[98]

Se debe aquilatar que el Convenio de la Haya de 1996 pretendía revisar el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores con el objetivo de establecer *medidas de protección* de la persona del menor como de sus bienes, además de determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental. El Convenio de la Haya de 1996 planteó y delimitó el concepto de "responsabilidad parental" de la forma siguiente:

> [L]a autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.[99]

---

[97] Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. La reseña de La Conferencia de la Haya relacionada a este Convenio, señala lo siguiente:

> El Convenio contiene normas uniformes que determinan las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas necesarias de protección. Estas normas, que evitan la posibilidad de decisiones contradictorias, otorgan la responsabilidad principal a las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual, pero también permiten que cualquier país donde el niño se encuentre tome las medidas necesarias de protección provisionales o de emergencia.*

*HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Reseña del Convenio,* www.assets.hcch.net (última visita 27 de julio de 2020).

[98] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Protección de Niños,* https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf (última visita 27 de julio de 2020).

[99] Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, Artículo I, Inciso 1(a) y Artículo I, Inciso 1(c).

Esta autoridad parental incluía la responsabilidad relativa a la persona del niño, a sus bienes y a su representación.[100] La repetición de esta valoración fue sustituyendo aquellas frases más generales que aludían al ambiente familiar, proponiéndola como una análoga al concepto de patria potestad. Se debe puntualizar que este Convenio utiliza de manera paradigmática la expresión "el interés superior del niño", mencionándose en nueve instancias de este Convenio. De esta manera, se reitera este principio de manera prevalente en la legislación encaminada a proteger a los menores de edad.[101]

Entendiendo que todavía se podían crear nuevas protecciones hacia los menores de edad o reforzar las existentes, en marzo de 2006, el Consejo Europeo congregó a expertos en derechos fundamentales para establecer una estrategia comunitaria que constituyera y fomentara políticas de protección a la infancia. A esta estrategia se le denominó: "Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia". Esta Comisión recalcó que, aunque los menores de edad eran titulares de todos los derechos humanos, los derechos de la infancia no debían subsumirse en una corriente general amplia porque determinados derechos eran exclusivos de la infancia, como el derecho a la educación y el derecho a relacionarse con ambos progenitores.

Todos los tratados y esfuerzos reseñados han viabilizado la evolución de un régimen jurídico internacional atinente a propuestas protectoras de la infancia y la

---

[100] Respecto a la autoridad parental, LAGARDE aclara lo siguiente:

> Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (puissance) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (custody) y guarda (guardianship). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, […] ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres.*

*PAUL LAGARDE, *El Informe Explicativo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996,* https://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996 (última visita el 27 de julio de 2020).

[101] El Convenio de la Haya de 1996 fue firmado el 1 de abril de 2003 por España y ratificado el 6 de septiembre de 2010, mientras Estados Unidos de América lo firmó el 22 de octubre de 2010.

juventud. La pretensión perseguida era visibilizar cada vez más al menor de edad como ente acreedor de derechos humanos autónomos con el fin de sustraerlo de posibles daños, maltratos y explotaciones. Es por tal motivo que muchos Ordenamientos Jurídicos nacionales han apoyado esta vertiente 'proteccionista' y han armonizado sus legislaciones con lo promulgado en los tratados internacionales. Un ejemplo reciente es la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Esta normativa española ha precisado su finalidad estableciendo lo siguiente:

> La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

De la misma forma, procura preservar los derechos reconocidos a los menores de edad priorizando la prevención a través de métodos didácticos que los empoderen en la identificación de las formas de violencia ejercidas sobre su persona o la de terceros. Además, afianza integralmente las garantías establecidas para salvaguardar los derechos reconocidos y otorgados a los niños, las niñas y los adolescentes en "los tratados internacionales ratificados por España"[102].

Ahora bien, aunque el paradigma de las protecciones especiales hacia los menores de edad siga inspirando nuevas legislaciones de resguardo ante la aparición de nuevos riesgos y modalidades de violencia, estas legislaciones no serán del todo efectivas si los progenitores o tutores no asumen los deberes de educación y vigilancia ante las nuevas tecnologías informáticas que les imponen el rol 'parental', social y jurídico asumidos, ya que se reconoce a la red informática como un ágora amplio y exorbitante en el cual se ha 'naturalizado' la crueldad, el ensañamiento y el atropello de manera despiadada.

[102] Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Preámbulo - Parte I (BOE-A-2021-9347) (España).

Correlativamente, los centros educativos deberán desempeñar las responsabilidades exigidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación[103] en conjunción con las modificaciones realizadas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ambas leyes obligan a la creación y el establecimiento "de protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia"[104]. En consecuencia, será impostergable la formación y capacitación de los educadores en las nuevas tecnologías informáticas en pos de "garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva".[105]

C. Génesis de internet y el advenimiento de las redes sociales

Mientras la Primera Guerra Mundial se ha proyectado como el evento que propició el surgimiento de un régimen jurídico proteccionista del menor de edad; la Segunda Guerra Mundial se ha perfilado como el agente catalizador del advenimiento de la red informática. En la génesis de esta red de comunicación, inciden el afán por el control y la supremacía bélica, imbricando el cataclismo de la guerra a su entorno.[106] Al igual que la "Gran Guerra" emergió de las negociaciones problemáticas sobre el poderío del mundo a partir de alianzas militares, estas mismas alianzas priorizaron la sofisticación de las tecnologías militares de comunicación y los regímenes jurídicos que pretendieron dar certeza a unas protecciones especiales a los menores de edad.

La manera vertiginosa en que la red informática ha despuntado en conjunción a los intentos simultáneos de diferentes mentes prodigiosas de la ingeniería que se esforzaron en concebir métodos alternos de comunicación que prevalecieran ante ataques

[103] Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, art. 124 (BOE-A-2006-7899) (España).
[104] Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, art. 34, inciso 1 (BOE-A-2021-9347) (España).
[105] Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, art. 24, inciso 1(l) (BOE-A-2006-7899) (España).
[106] Javier Bustamante Donas, *El computador como metáfora de identidad y control,* en SOCIOLOGÍA DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA 360 (Juan Manuel Iranzo Amatriaín & José Rubén Blanco Merlo, coords., 1995).

armamentistas, ha dificultado la identificación categórica del inventor de internet. Diversas fuentes académicas atribuyen la dificultad a la controversia que suscita la atribución de la invención de la 'conmutación de paquetes' o método de envío de datos e información, ya que sin esta creación primaria era inconcebible el surgimiento de la red informática.[107] Ante esta dificultad, se hará alusión a los puntos coincidentes más importantes en el desarrollo de la web, teniendo en consideración la vorágine de la guerra como marco referencial y propulsor de su desarrollo y de su atmósfera caótica como medio social.

Merece especial mención como uno de los puntos seminales de la computación, el diseño de la *máquina de Turing,* reconocido como uno de los modelos teóricos más reputados.[108] Alan M. Turing fue un matemático y científico computacional británico reconocido como uno de los precursores de la informática. El diseño de su máquina fue concebido en el 1936 a raíz de su interés en realizar tareas intuitivamente computables que dirigidas por una secuencia de instrucciones, diseñadas mediante el uso de algoritmos, dieran lugar a una concatenación de información o de cómputos. Turing fue precursor de la propuesta de viabilidad de la construcción de una máquina a la que se le proveyera de un 'razonamiento' basado en una hoja de instrucciones que se le proporcionaría a la máquina antes de empezar a funcionar. La propuesta del diseño de una máquina universal que fuera capaz de manejar información, tal y como fue concebida por Turing, sirvió de inspiración a muchos ingenieros y matemáticos que concibieron su modelo como uno de gran repercusión en el inicio de la computación. Aunque surgieron nuevos proyectos de informática inspirados en modelos como el de Turing, estos estudios se mantenían como diseños experimentales.

A pesar de sus teorías computacionales, Alan M. Turing ganó prominencia cuando fue reclutado por el Gobierno de Inglaterra durante la Segunda Guerra Mundial con la intención de que descifrara los códigos secretos de la *máquina enemiga* utilizada por los nazis, denominada *Enigma*. Ante este reto, Turing utilizó una máquina de grandes

[107] Internet es un conjunto de redes de comunicación interconectadas globalmente a través de protocolos de control de transmisión. Daniel Jachyra, *How to improve Internet?,* en INTERNET - TECHNICAL DEVELOPMENT AND APPLICATIONS 6 (Ewaryst Tkacz & Adrian Kapczynski, eds., 2009).
[108] DAVID LEAVITT, THE MAN WHO KNEW TOO MUCH: ALAN TURING AND THE INVENTION OF THE COMPUTER 77 (2006).

dimensiones a la que se le denominó *Colossus*.[109] Esta máquina tenía la capacidad mecánica de realizar cálculos combinatorios mucho más dinámicos y veloces que cualquier humano. Estas características en conjunto a la astucia computacional desplegada por Turing, lograron la ruptura y descodificación de los secretos de *Enigma.* Cabe señalar que esta gesta fue determinante en la victoria de los aliados y se le atribuye también el que acortara significativamente la duración de la guerra. Es así como las tensiones militares entre naciones se convertirán en el paradigma que precipitará la urgencia de poseer mayor control de la difusión de la información y de la forma y rapidez como se disemina.

Otro de los sucesos antagónicos que impulsaron el surgimiento del manejo electrónico de la información ocurrió en medio de las hostilidades de la Guerra Fría, cuando la Unión Soviética puso en órbita al primer satélite artificial desde la Tierra, denominado *Sputnik I,* el 4 de octubre de 1957. Este evento alarmó a los Estados Unidos de América por entender que el desarrollo de la tecnología espacial representaría una mayor ventaja militar y un indiscutible recurso de negociación que debilitaba la táctica de la contención que Estados Unidos sustentaba para evitar la expansión de los regímenes comunistas. Esta situación desembocó en una competencia 'espacial', a la cual trató de aproximarse la nación norteamericana al propulsar su primer satélite, el *Explorer I,* el 31 de enero de 1958.[110] La creación del *Sputnik I* reverbera en la motivación de los Estados Unidos de América de fundar la *Advanced Research Projects Agency,* conocida como ARPA por sus siglas en inglés (en adelante ARPA) (hoy, DARPA por sus siglas en inglés de la *Defense Advanced Research Projects Agency*). Esta agencia fue creada con el objetivo de promover la investigación científica para el desarrollo y el mejoramiento de la tecnología militar. La creación de estas nuevas tecnologías se hizo más apremiante ante las crecientes tensiones y hostilidades de ambas potencias, las cuales alardeaban y se amenazaban mutuamente con posibles ataques nucleares.

En 1962, Joseph Carl Robnett Licklider fue contratado para ser el director de la *Information Processing Techniques Office,* grupo de investigación de computación e

[109] *Véase* Stephen Budiansky, *Colossus, Codebreaking, and the Digital Age*, en THE SECRETS OF BLETCHLEY PARK'S CODE-BREAKING COMPUTERS 52-63 (Jack Copeland, ed., 2006).
[110] YOSHIHIDE IGARASHI, et al., COMPUTING: A HISTORICAL AND TECHNICAL PERSPECTIVE 283 (2014).

informática adscrito a ARPA. Licklider fue contratado por ARPA porque se le reconocía como el pionero de la idea de la simbiosis del individuo-ordenador y de la noción de la creación de una red que permitiera la comunicación entre personas. Su escrito titulado "Man-Computer Symbiosis"[111] reorientó la conceptualización y los objetivos de la computación y la tecnología, diseñando y rediseñando programas dirigidos a satisfacer las necesidades y aspiraciones de un "usuario humano".[112] Sin embargo, el momento seminal de la red informática o internet se remonta al 1969, cuando el Departamento de la Defensa de Estados Unidos comenzó un proyecto cuyo objetivo principal era el desarrollo de la comunicación digital capaz de redirigir información en tiempos de guerra a través de "nodos".[113] Esta necesidad surgió debido a que los medios de comunicación más utilizados en esa época ostentaban la arriesgada deficiencia de que sus códigos de comunicación eran susceptibles a ser descodificados y sus estaciones de distribución de información podían ser objetos de ataques bélicos.[114] Esto hacía indispensable la creación de un medio de comunicación que se tornara ubicuo y accesible desde diversos puntos estratégicos. Es por tal motivo que la *Advanced Research Projects Agency Network* (ARPANET), proyecto de ARPA, gestó la creación de una red que en principios sería para uso exclusivo de agencias estatales e instituciones académicas. ARPANET transmitió su primer mensaje experimental el 29 de octubre de 1969 y realizó el primer enlace telemático entre la Universidad de Stanford en Palo Alto, California y la Universidad de California en los Ángeles (UCLA), el 21 de noviembre de 1969.

Esta transformación en que la web pasó de ser un mero receptor a ser un medio interactivo dio paso al advenimiento de lo que se han denominado como redes sociales. Sobres las redes sociales se puede señalar lo siguiente:

> En puridad de principios en la época pre-informática, las redes sociales emanaban de alguna relación, preferencia o interés común entre

[111] Joseph Carl Robnett Licklider, *Man-Computer Symbiosis,* en IRE TRANSACTIONS ON HUMAN FACTORS IN ELECTRONICS 4-11 (1960).
[112] JANET ABBATE, INVENTING THE INTERNET 43 (2000). Los objetivos principales de la teoría de Liclkider, la cual denominó como *Intergalactic Network,* eran facilitar el formulismo, la cooperación entre los individuos y las computadoras en la toma de decisiones y el control de situaciones complejas. Sin embargo, en *la sociedad simbiótica* prevista, los individuos establecerían las metas, formularían las hipótesis, determinarían los criterios y realizarían las evaluaciones correspondientes al proceso. YOSHIHIDE IGARASHI, et al., COMPUTING: A HISTORICAL AND TECHNICAL PERSPECTIVE 285 (2014).
[113] Un nodo es un conmutador o dispositivo de interconexión de enlace de datos y rutas electrónicas. MANUEL CASTELLS, LA ERA DE LA INFORMACIÓN 72 (1999).
[114] SHASHI BANZAL, DATA AND COMPUTER NETWORK COMMUNICATION 647 (2007).

> personas, organizaciones y entidades conectadas entre sí. Sin embargo, en la sociedad de la información, el concepto se naturaliza para camuflar las nuevas formas de interacciones e interactividades sincrónicas que coexisten, pero que no conllevan necesariamente un interés común. La sociedad comprendida por la interconexión de diversas redes digitales propiciaría la comunicación en masa y para masas.[115]

Esta sociedad tecnológica capaz de interconectar globalmente a diversas comunidades se ha conceptualizado como la Sociedad de la Red Informática o "Sociedad Red"[116] será "al mismo tiempo local y global, genérica y personal, en una configuración constantemente cambiante".[117] Estas características no son ajenas a los propósitos bélicos de sus orígenes, ni a la atmósfera caótica que caracteriza a la web por el bombardeo estrepitoso de información en conjunción con su ritmo desbocado y ubicuo.

Por cierto, lo anterior se puso de relieve de manera más contundente después de superada la versión primigenia de este tipo de sociedad, conocida como *World Wide Web* (de sus siglas viene el comienzo de las direcciones de las llamadas 'punto com'). La *World Wide Web* fue creada por Tim Berners-Lee y Robert Cailliau en 1989.[118] Esta tecnología consistía de páginas estáticas que no podían ser alteradas por los usuarios. A mediados de los 90s, despunta la red informática con el ímpetu propiciado por el estreno del primer navegador virtual concebido para sustentar gráficas en el 1993 y la privatización de conexiones troncales (*backbone)* en el 1995.[119] No obstante, no es hasta el surgimiento de la segunda generación de la historia de la web, a la cual se le denominó *Web 2.0,* que afloraron las redes sociales. La *Web 2.0* consiste en una serie de utilidades y servicios de internet que se sustentan en una base de datos, la cual le permite al usuario interactuar, crear e intercambiar contenidos, colocar fotos, vídeos y mantener conversaciones en tiempo real mediante chats.

---

[115] Annabelle Gutarra Cordero, *Los riesgos de la red informática y las responsabilidades de los educadores,* 31 CUADERNO DE INVESTIGACIÓN EN LA EDUCACIÓN UPR 108 (2016).
[116] La "Sociedad Red" es una conceptualización de Manuel Castells. MANUEL CASTELLS, REDES DE INDIGNACIÓN Y ESPERANZA 28 (2015).
[117] *Id.* en la pág. 27.
[118] CHRISTOPHER S. YOO, THE DYNAMIC INTERNET: HOW TECHNOLOGY, USERS, AND BUSINESSES ARE TRANSFORMING THE NETWORK 1 (2012).
[119] El primer *backbone* fue ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network). CHRISTOPHER S. YOO, THE DYNAMIC INTERNET: HOW TECHNOLOGY, USERS, AND BUSINESSES ARE TRANSFORMING THE NETWORK 1 (2012).

Las redes sociales en la red informática se basan en la teoría de los seis grados de separación, esgrimida inicialmente en el 1929 por el escritor húngaro Frigyes Karinthy en su escrito titulado *Chains*. En el 1967, esta teoría se convirtió en la hipótesis de un experimento ("el problema del pequeño mundo") realizado por Stanley Milgram. Esta teoría extrapolada a la red informática señalaría que si un usuario como primer eslabón tiene cien amigos y cada uno de éstos tiene a su vez cien amigos; en un grado de separación, un usuario podría conectarse a cien personas; en dos grados de separación, se podría conectar a aproximadamente diez mil personas; en tres grados de separación, a un millón de personas; en cuatro grados de separación, a cien millones; y en cinco grados, a alrededor de nueve mil millones de usuarios potenciales.[120] DUNCAN J. WATTS aduce sobre esta teoría que: "En otras palabras, si todos en el mundo tienen sólo cien amigos, entonces dentro de seis pasos, puedo conectarme fácilmente a la población de todo el planeta."[121]

Por consiguiente, no es de sorprender que se le denominara como *SixDegrees* a la primera red social de la generación de la *World Wide Web* surgida en el 1997. *SixDegrees* permitía crear perfiles, enviar mensajes, publicar en tablones de anuncios y establecer una lista de amigos. Esta lista de amigos se hizo visible para los demás usuarios de la red en el 1998.[122] De otra parte, se debe aclarar que la red social *CLASSMATES,* fundada por el ingeniero industrial Randy Conrads en el 1995, fue considerada por algunos informáticos como el primer intento de comunicación en la web. Sin embargo, la mayoría de los expertos de la informática le atribuyeron este sitial seminal a *SixDegress* porque entendieron que la infraestructura tecnológica y la dinámica de la comunicación entre usuarios era más parecida a la utilizada por las redes actuales.

Estas nuevas estrategias de comunicación se afianzaron con el advenimiento de las redes sociales o sitios de *microblogging*[123] de mayor relevancia: *MySpace* - red social

---

[120] DUNCAN J. WATTS, SIX DEGREES; THE ECIENCE OF A CONNECTED AGE 37-42 (2004).
[121] *Id.* en la pág. 41. *Cf.* EMILY CHAN, HARVARD BUSINESS SCHOOL CONFIDENTIAL: SECRET OF SUCCESS 68 (2009).
[122]JOHN K. WATERS, THE EVERYTHING GUIDE TO SOCIAL MEDIA 8 (2010). JOSÉ A. REDONDO MARTÍN, SOCIALNETS: LA INSOSPECHADA FUERZA QUE ESTÁ CAMBIANDO NUESTRAS VIDAS Y NUESTROS TRABAJOS 13 (2010).
[123] El servicio de *microblogging* es un servicio de medio de difusión en la red informática que permite al usuario enviar y publicar mensajes breves con un tope de cantidad de caracteres, el cual fluctúa en su mayoría entre 140 a 280. Estos mensajes se publican en la página del perfil del usuario. Una de sus ventajas es presuntamente que el mensaje tiende a ser 'más privado' y el usuario puede tener 'más control de la información'. *Véase* Tingjun Li, *Using Microblogging for the PKM in the Web 2.0 Environment,* en

fundada en el 2003 con sede en Beverly Hills, California; *Facebook* - red social fundada en el 2004 con sede en Palo Alto, California; *Twitter* - red social con servicio de *microblogging* fundado en el 2006 con sede en San Francisco, California; y *Tuenti* – red social fundada en el 2006 con sede en Madrid, España.[124]A estos nuevos modos de comunicación digital se adicionaron los servicios de mensajería de la telefonía móvil, conocidos como SMS (por sus siglas en inglés de *Short Message Service*) y las nuevas modalidades de mensajería instantánea, conocidas como IM (por sus siglas en inglés *Instant Messaging*). *WhatsApp, Snapchat* y *Kik* pertenecen al tipo de mensajería IM y tienen gran acogida entre los menores de edad. Es propicio adelantar que los menores de edad prefieren las IM porque en la SMS se transmite usualmente el mensaje a través de unos conmutadores de telefonía móvil que permiten una cantidad limitada de caracteres alfanuméricos, usualmente 160. Mientras, la modalidad IM discurre regularmente a través de un servicio de internet y no limita la cantidad de caracteres alfanuméricos para construir el mensaje.[125] De su parte, *Snapchat* ostenta un atractivo adicional para los menores de edad porque los archivos o *snaps* enviados desaparecerán en cuestión de minutos del dispositivo al que fueron enviados.

Estas plataformas y aplicaciones aceleraron el surgimiento de una nueva tendencia de comunicación y socialización, implicando a su vez la rápida aparición de nuevos proveedores de servicios, nuevos intereses comerciales, nuevas tácticas de manipulación del usuario y del consumidor, una nueva perspectiva de la recopilación y del tratamiento de datos e información de carácter personal y la necesidad de nuevas regulaciones jurídicas. Sobre este respecto, VAN DIJCK comenta lo siguiente:

> Con el crecimiento rápido de las plataformas de los medios de comunicación social, apareció la incorporación de páginas cibernéticas por compañías informáticas existentes o nuevas. Las compañías a menudo aparecieron menos interesadas en las comunidades de usuarios que en sus datos – una consecuencia de hacer conexiones y mantenerse conectado en línea. La conectividad se transformó rápidamente en un recurso de valor cuando ingenieros encontraron maneras de codificar información en

EMERGING COMPUTATION AND INFORMATION TECHNOLOGIES FOR EDUCATION 520-524 (Elwin Mao, Linli Xu & Wenya Tin, eds., 2012).

[124] JOSÉ VAN DIJCK, THE CULTURE OF CONNECTIVITY: A CRITICAL HISTORY OF SOCIAL MEDIA 7 (2013). JOSÉ ANTONIO CARBALLAR, SOCIAL MEDIA MARKETING PERSONAL Y PROFESIONAL 76 (2012).

[125] JOHN RITTINGHOUSE & JAMES F. RANSOME, IM INSTANT MESSAGING SECURITY 46-48 (2005).

> algoritmos que ayudaron a marcar una forma particular de socializar en línea y hacerla provechosa en los mercados en línea – sirviendo un mercado global de redes sociales y el contenido generado por el usuario.[126]

Esta aseveración de VAN DIJCK causa mucha preocupación si consideramos que entre los usuarios que generan grandes cantidades de información personal en la red, se encuentran los menores de edad y la amplia presencia de éstos se puede constatar estadísticamente. Por ejemplo, durante el 2009, en Estados Unidos de América, el 73% de los menores de edad entre las edades de 12 a 17 años pertenecían a una red social. En el 2015, el 44% de los menores de 12 años eran usuarios asiduos de plataformas como *Facebook* o aplicaciones como *Snapchat*, incluso sin cumplir con la edad requerida. Este patrón quedó plasmado en la recurrencia del uso de la red social Facebook por 7.5 millones de menores de 12 años de edad. Cabe señalar que en Europa ocurre una situación similar con relación al uso de los medios sociales telemáticos por parte de los menores de edad entre las edades de 10 y 12 años de edad. Las estadísticas apuntan a que un 31% de menores de 10 años, un 44% de menores de 11 años y un 55% de menores de 12 años han utilizado las redes con el fin de publicar algún contenido, enviar o recibir mensajes.[127]

Colofón de lo anterior, es la encomienda escarpada que tiene el Ordenamiento Jurídico internacional y estatal ante este abanico de posibilidades virtuales que le brindan la oportunidad al usuario de contratar electrónicamente, realizar compraventas y gestiones bancarias, diseminar propiedad intelectual y tratar imágenes e información de carácter personal de terceros sin su consentimiento. La pendiente espinosa radica en que el Derecho tendrá que acelerar el ritmo legislativo preventivo para poder acercarse al ritmo trepidante de las nuevas tecnologías y las manifestaciones de riesgos ubicuos en la red informática. La presencia de los menores de edad como usuarios asiduos, presupone un nuevo andamiaje jurídico de protección, tanto en la vertiente de sus derechos a la

---

[126] VAN DIJCK, *supra* nota 124, en la pág. 41. El texto original es en inglés y lee como sigue:

> With the rapid growth of social media platforms came the incorporation of sites by existing and new information companies. Companies often appeared less interested in communities of users than in their data – a by-product of making connections and staying connected online. Connectivity quickly evolved into a valuable resource as engineers found ways to code information into algorithms that helped brand a particular form of online sociality and make it profitable in online markets – serving a global market of social networking and user-generated content.

[127] BERNADETTE H. SCHELL, ONLINE HEALTH AND SAFETY: FROM CYBERBULLYING TO INTERNET ADDICTION 186 (2016).

libertad de expresión y a su libertad de información, como en la vertiente de la protección de sus derechos de la personalidad. Sin embargo, las personas u organismos llamados a proteger al menor de edad tendrán que ejercer sus deberes de vigilancia y educación, lo que conllevará la responsabilidad *a priori* de estar educados, informados y adiestrados en el manejo de las nuevas tecnologías informáticas.

D. El menor de edad y su derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información

Las perspectivas poliédricas que las nuevas tecnologías han impregnado a las nuevas formas de expresiones y de accesos de información convocan a realizar las más incisivas disquisiciones relacionadas a algunas medidas de protección ofrendadas para el resguardo de los derechos de los menores de edad. Es indefectible auscultar si en las propuestas proteccionistas se violan otros derechos fundamentales esenciales en las sociedades de raigambre democrático, tales como: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información.

Si se observan algunas propuestas proteccionistas, podría parecer axiomático reclamar que el paradigma de la protección reconocida a los menores de edad se proyecta básicamente en dos posturas divergentes: 1) la postura del *benefactor-ejecutor*[128], la cual ocurre cuando el "sujeto protector" se atribuye el poder decisional sobre los asuntos del "sujeto protegido", convirtiéndolo en un simple espectador del ejercicio de sus derechos y libertades; 2) la postura del *benefactor-mentor*[129], ésta ocurre cuando el "sujeto protector" actúa como un facilitador y educador persiguiendo que el "sujeto protegido" pueda formarse y empoderarse como individuo capaz de ejercer sus propios derechos y libertades. Es portal razón que el *benefactor-mentor* tratará que el menor de edad ejerza una autonomía progresiva.

Es innegable que la postura proteccionista del *benefactor-ejecutor* será necesaria en las etapas tempranas del desarrollo de un menor de edad que no tiene la maduración

[128] El binomio *benefactor-ejecutor* lo he acuñado para esta investigación.
[129] El binomio de *benefactor-mentor* lo he acuñado para esta investigación.

física ni 'el buen juicio' para validar sus derechos y asumir sus responsabilidades. Sin embargo, una postura perenne de *benefactor-ejecutor* reflejaría la forma antagónica de concebir o implantar propuestas proteccionistas hacia los menores de edad porque su enfoque o interpretación podría preservar la noción del menor como posesión del adulto a cargo.

Es por tal motivo que de la misma forma que el menor de edad se desarrolla en vías de alcanzar su autonomía, su representante legal deberá transformarse cada vez más en un *benefactor-mentor*. Sería peligroso que dependiendo de la rigidez de ese adulto a cargo, se marginara a un menor de edad que ostenta la madurez suficiente, 'amordazándolo' ante la privación del ejercicio y participación de sus derechos de libertad de expresión y de libertad de información. Estas inflexiones obligan a deconstruir la norma jurídica que confiere dichos derechos a los menores de edad y a la posibilidad de que medidas proteccionistas extremas propicien límites y restricciones irrazonables, o que, por el contrario, la liberalización o desregulación de algunas protecciones posicionen al menor de edad en una zona de total vulnerabilidad.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho que tiene cada individuo a la libertad de expresión y a la libertad de recabar y difundir información por cualquier medio sin limitación de fronteras. De la misma forma, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950,[130] reconoce ambas libertades "sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras".[131] Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, señala en su artículo 11(1) que: "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de

[130] Los discursos axiomáticos sobre la deferencia del derecho a la libertad de expresión y de información en conjunto a lo acordado en el CEDH, cobraron cada vez más prominencia, obligando al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea a considerar este justo balance y ponderación de intereses en el artículo 9 de la derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este artículo estableció, la adopción de exenciones y restricciones solamente en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

[131] Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, art. 10.

fronteras".[132] El hito de la exaltación de estos derechos y libertades salvaguardados simultáneamente por leyes, convenios y tratados persiguen preconizar los derechos fundamentales que garantizan la permanencia y el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo. Es por tal motivo que no se debe sustraer al menor de edad de la convivencia social plural que lo formará como individuo y ciudadano.

Los lineamientos esbozados proponen que al amparo del mismo manto de protecciones ha de enmarcarse el régimen jurídico del menor de edad con relación al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la libertad de información. No debe asomarse la más mínima contención sobre la acreencia del menor de edad respecto al ejercicio de estas libertades; aunque se considere reconocerle al menor, ciertas protecciones especiales de acuerdo a su madurez y su mejor interés. No obstante, esto no deberá enmascarar lesiones a sus derechos fundamentales, imponiendo restricciones demasiado onerosas que le impidan poder ejercerlos. Sobre este particular, no es ocioso enfatizar que todas las disposiciones jurídicas concernientes a 'las personas' o a 'los individuos', incluyen de su faz, a los menores de edad. Es lamentable tener que realizar tal salvedad, pero la evolución histórica de la apreciación y valoración del menor de edad y su 'cosificación' obligan a aseverarla. Es precisamente por la gesta de atropellos y barbaridades realizadas en contra de los intereses de los menores de edad que se habilita la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, la cual reconoce el derecho a la libertad de expresión y de información. Esta Convención dispone en su artículo 13, inciso 1, lo siguiente:

> El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.[133]

Se le atribuye a esta última expresión de "cualquier otro medio", la posibilidad de asumir la presunción de que no se está excluyendo al menor de edad de la comunicación a través de la red informática. En conjunción a esta presunción y haciendo referencia al artículo 17, que promulga lo siguiente:

---

[132] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, art. 11(1).
[133] Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, art. 13(1).

> Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedente de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Esta aseveración incardina la consecuencia de que el derecho de expresarse y obtener información a través de la red informática de los menores de edad será confluente con el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información. De la misma forma, si se tuviera alguna sujeción sobre la necesidad del ejercicio de estos derechos en la vida de los menores de edad, el artículo 28 de la Convención imbrica el derecho al acceso a la información como elemento esencial para que se "pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades el derecho a la educación".[134] Los razonamientos expuestos conducen a aclarar que la Convención sobre los Derechos del Niño no eximen al menor de la posibilidad de imponerle ciertas restricciones en el ejercicio de estas libertades, así queda expuesto en el artículo 17(e), el cual dispone que los Estados Partes "[p]romoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar […]". Dichas limitaciones deberán estar previstas por la ley y responderán específicamente a "salvaguardar los derechos o la reputación de los individuos, la seguridad nacional y al orden público".[135]

Atendiendo a lo aludido en los tratados y convenciones internacionales, el artículo 20 de la Constitución Española reconoce el derecho a la libertad de expresión y el derecho al acceso de información. Su inciso 1(a) reconoce el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción".[136] De la misma forma, el inciso 1(d) brinda las salvaguardas necesarias al derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".[137] La Constitución española, en el inciso 2 de este mismo artículo, proscribe la censura previa[138] para en el inciso 4 establecer un régimen de limitaciones o

[134] *Id.* art. 28.
[135] Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, art. 13(2).
[136] CONST. ESP. art. 20.1(a).
[137] CONST. ESP. art. 20.1(d).
[138] CONST. ESP. art. 20.2. Entendiéndose por censura previa a aquélla que resulta en el sometimiento de una publicación o información a "un control público sustentado en un juicio valorativo sobre elementos abstractos y restrictivos de libertades de comunicación que otorgan el plácet a la publicación de la obra o

restricciones que podrían invocarse si se "conculcaran el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".[139] Este régimen reconoce que los menores de edad gozan de cierta candidez e indefensión que justifica el limitarle o restringirle su ejercicio de autodeterminación en esta vorágine social de las comunicaciones. Así lo resaltó el Tribunal Supremo español en la STS 409/2014 de 14 julio, al dictaminar que todos los individuos tienen derecho a ser respetados en el ámbito de sus derechos de la personalidad, pero que "los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos".[140] De igual forma, THOMAS I. EMERSON, un prominente jurista norteamericano, quien abogó por los derechos civiles, resaltó lo siguiente:

> El mundo de los niños no es estrictamente parte del ámbito de la libre expresión del adulto. El factor de inmadurez, y tal vez otras consideraciones, imponen reglas diferentes. Sin pretender formular aquí los principios relativos a la libertad de expresión de los niños, basta con afirmar que los reglamentos de comunicación que les son dirigidos no tienen que ajustarse a los requisitos de la Primera Enmienda de la misma manera que los aplicables a los adultos. .[141]

Sin embargo, el manto de protecciones especiales esbozadas en la ley para que el menor de edad no sea expuesto a cierto tipo de información o imágenes no deberá ser excusa para quebrantar sus derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información. Estos derechos se le reconocen constitucionalmente y deberán ser ejercidos por el mismo menor a tenor con su edad, como medio de promover su eventual autonomía. La titularidad de los menores de edad sobre sus derechos fundamentales ha sido discutida por el Tribunal Supremo español, el cual señaló lo siguiente:

---

información si se acomoda o no al juicio del censor". STC de 19 de julio de 2010, FJ 4 (RTC 2010/34). *Véase* STC de 31 de enero de 1985, FJ 1 (RTC 1985/13).

[139] CONST. ESP. art. 20.4.

[140] STS de 14 de julio de 2014, FJ 2 (RJ 2014/4529).

[141] Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment,* Vol. 72, Núm. 2796, Yale Law School Faculty Scholarship 939 (1963) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> The world of children is not strictly part of the adult realm of free expression. The factor of immaturity, and perhaps other considerations, impose different rules. Without attempting here to formulate the principles relevant to freedom of expression for children, it suffices to say that regulations of communication addressed to them need not conform to the requirements of the First Amendment in the same way as those applicable to adults.

> Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, […] sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o […] su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.[142]

Además, estos derechos propenden y facilitan el ejercicio de otros derechos como lo son: el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la educación y el derecho a la salud.[143] Este reconocimiento de derechos y libertades propició que 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 (en adelante la LO 1/1996), dotara al menor de edad de un marco jurídico que recalcara la ostentación de ambos derechos. El artículo 8, inciso 1 establece que "los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor […]"[144], mientras el artículo 5, inciso 1 de la LO 1/1996, enmendado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, atenaza el reconocimiento jurídico a los menores de edad del derecho a la libertad de información, al argüir lo siguiente:

> Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar 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, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.[145]

---

[142] STC de 29 de mayo de 2000, FJ 5 (RTC 2000, 141). *Véase* STS de 18 de julio de 2002, FJ 9 (RJ 2002/154).

[143] María Concepción Torres Díaz, *El derecho de acceso a Internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica,* en LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET: AMENAZAS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES 7 (Loreto Corredoira & Alfonso Lorenzo Cotino Hueso, dirs. 2013).

[144] Ley Orgánica 1/1996, de 15, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 8 (BOE-A-1996-1069) (España); según enmendada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470) (España).

[145] *Id.* art. 5(1). Esta disposición es una de las reformas realizadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470) (España).

Esta disposición confirma el derecho a la libertad de información que despliega el menor de edad, pero califica de manera indeterminada a la información a la cual tendrá derecho a buscar, recibir y utilizar como "adecuada a su desarrollo". No se precisa si la determinación de "lo adecuado" será asumida por el mismo menor o será delegada a los progenitores o tutores. Sin embargo, la autodeterminación de información del menor no parece ser la pretensión del inciso cuando propone que se le preste una "atención especial" a que la "alfabetización digital y mediática" esté en armonía a su desarrollo. Si quedara alguna duda al respecto, ésta se subsanaría con lo dispuesto en el inciso 2 del mismo artículo, el cual determina que "[l]os padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales".[146] Si de una parte no se sientan las bases para asumir la propuesta de la autodeterminación de información de parte del menor al inicio de su 'alfabetización digital', se plantea el empoderar al menor en el uso de las tecnologías informáticas para que se pueda iniciar en el ejercicio de esta autodeterminación.

Ahora bien, mientras el Ordenamiento Jurídico español conformó el reconocimiento de derechos y libertades respectivo a la libertad de expresión y a la libertad de información a los menores de edad de manera más 'precisa', el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha tenido limitaciones por su relación colonial con lo Estados Unidos de América y su 'campo ocupado' concerniente a las comunicaciones en línea. Por lo tanto, siendo la Primera Enmienda de los Estados Unidos de América uno de sus 'baluartes paradigmáticos' en su presunta historia democrática,[147] la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su artículo II, sección 4, la incorporó totalmente, reconociendo el derecho a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a la libertad de asociación y el derecho a la solicitud de la reparación de agravios.

---

[146] Ley Orgánica 1/1996, de 15, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 5(2) (BOE-A-1996-1069) (España).

[147] La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos proclama lo siguiente:

> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.
>
> El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios (Versión en español de www.lexjuris.com).

En el caso *El Vocero de Puerto Rico (Caribbean International News Corp.) v. Puerto Rico*,[148] el más Alto Foro federal esgrimió que las protecciones que brindan la Primeria Enmienda de la Constitución de Estados Unidos aplicaban a Puerto Rico a través de la Decimocuarta Enmienda que protege el debido proceso de ley y la igual protección de las leyes. Además, el Tribunal Supremo estadounidense recalcó categóricamente dicha premisa al aducir que "[t]he Free Speech Clause of the First Amendment fully applies to Puerto Rico".[149]

Por ser vinculantes a la jurisdicción estatal puertorriqueña las determinaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en este punto, se hace indispensable exponer las manifestaciones más evidentes y contundentes sobre el derecho que tienen los menores de edad en invocar el ejercicio de las libertades consagradas en la Primera Enmienda de la Carta de Derechos federal. En el caso de *West Virginia State Board of Education v. Barnette,*[150] el Tribunal Supremo norteamericano dispuso que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protegía a los estudiantes de escuela pública de ser obligados a saludar la bandera norteamericana y decir el juramento de lealtad establecido.

De la misma forma, en *Tinker v. Des Moines Independent Community School District,*[151] la Corte Suprema de Estados Unidos hizo valer el ejercicio del derecho de libertad de expresión de los menores de edad. Los hechos de este caso se iniciaron en el 1965, cuando los hermanos Tinker, residentes de Iowa, junto a unos amigos decidieron usar unos brazaletes color negro durante sus estancias en sus respectivas escuelas en repudio a la Guerra de Vietnam y en apoyo a la tregua de Navidad solicitada por el entonces Senador Robert F. Kennedy. Al enterarse los directores de las escuelas concernientes, éstos decidieron establecer una política que prohibiría el uso del brazalete negro. El estudiante que no cumpliera con dicha política sería suspendido y se le

[148] El Vocero de Puerto Rico (Caribbean International News Corp.) v. Puerto Rico, 508 US 147 (1993). *Véase* Aponte v. Lugo, 100 DPR 282 (1971).
[149] "La libertad de expresión aplica plenamente a Puerto Rico", (traducción suplida); El Vocero de Puerto Rico Caribbean International News Corp. v. Puerto Rico, 508 US 147, n 1 (1993). *Véase* Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico 478 US 328 (1986).
[150] West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943). Además, se deberá considerar el caso de *Stromberg v. California,* 283 US 359 (1931), en el cual el Tribunal Supremo norteamericano dispuso que una ley del estado de California que prohibía el uso de banderas rojas, era inconstitucional porque violaba la Primera Enmienda de la Carta de Derechos estadounidense.
[151] Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 US 503 (1969).

permitiría regresar a la escuela si se comprometían a cumplir con dicha directriz. Los menores participantes decidieron continuar con el uso del brazalete y confrontar la política establecida. Tres estudiantes fueron suspendidos de la escuela hasta que terminaron con el tiempo que tenían programado para la protesta. Las familias demandaron apoyados por la *American Civil Liberties Union* (conocida por sus siglas en inglés como, ACLU) (Unión Estadounidense de Libertades Civiles). El Tribunal Supremo federal determinó que la Primera Enmienda le impedía castigar a un estudiante por usar un brazalete negro como medio de expresión y protesta contra la guerra a una escuela pública, a menos que se evidenciara que dicha manifestación interfería sustancialmente con la disciplina de la comunidad escolar o con los derechos de otros asistentes al recinto académico.

De su parte, en *Board of Education v. Pico*,[152] el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que la Primera Enmienda limitaba a las juntas escolares de las escuelas intermedias y secundarias a remover o eliminar libros existentes en sus bibliotecas. Se estableció que la Primera Enmienda incluía el derecho a leer los libros que seleccionara el estudiante de la biblioteca escolar y que estos libros no podrían eliminarse por el simple hecho de que no se compartían las ideologías presentadas. La Corte Suprema aclaró que esa determinación sólo aplicaba a la acción de quitar libros ya existentes en la biblioteca y que en nada afectaba el derecho que tenían los miembros de la junta escolar a seleccionar libros nuevos. Esta determinación acentuó el reconocimiento del derecho a la libertad de información de los menores de edad en una sociedad pluralista.

Sin embargo, conviene resaltar que las manifestaciones realizadas en el entorno escolar pueden gozar de ciertas restricciones cuando se pretenden utilizar los discursos para promover la violencia y la lascivia en los menores de edad. Así lo resolvió el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Bethel School District v. Fraser,* cuando Matthew Fraser, un estudiante que cursaba el cuarto año de escuela superior fue suspendido de la escuela Bethel School District porque emitió un discurso nominando a un compañero de clases para la posición de Vicepresidente Asociado de la Asociación de Estudiantes. El discurso pronunciado por Fraser estuvo impregnado de 'doble sentido' e insinuaciones sexuales y ofensivas.

[152] Board of Education v. Pico, 457 US 853 (1982).

Matthew Fraiser apeló la decisión a través de los procedimientos escolares, pero las autoridades escolares mantuvieron la decisión respectiva a la violación de varias políticas escolares contra el comportamiento perturbador, el uso de lenguaje vulgar, lascivo y ofensivo. Las autoridades escolares intentaron incluir a la expresión obscena como una de las violaciones incurridas, pero Fraiser refutó que esa alegación no fue enumerada como base para su castigo en la audiencia inicial con la vicerrectora de la institución. La razón le asistió a Fraser en ese asunto por lo que 'la expresión obscena' no fue incluida. Finalmente, a Fraser se le suspendió por tres días de la escuela, se le prohibió hablar en su ceremonia de graduación y su nombre fue eliminado de la papeleta utilizada para elegir a tres ponentes en los actos de graduación. Sin embargo, los estudiantes de la clase graduanda seleccionaron a Fraser mediante votación directa, colocándolo en el segundo lugar entre los tres primeros clasificados. De su parte, los administradores de la escuela se negaron a aceptar el voto directo como un resultado válido y continuaron en la negativa de brindarle la oportunidad a Fraser de hablar en la graduación.

Matthew Fraser, apoyado por sus progenitores y con la asesoría de la *American Civil Liberties Union*, presentó una demanda contra las autoridades escolares alegando la violación de su derecho a la libertad de expresión proclamado en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América. El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos falló a favor de Fraser por entender que se le violó su derecho a la libertad de expresión. Por su parte, el distrito escolar de Bethel apeló la decisión en el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, el cual confirmó la decisión del Tribunal de Distrito. Lo anterior obligó a las autoridades escolares a instar un recurso de *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para que considerara el caso.

La Corte Suprema de los Estados Unidos concedió el *certiorari* y resolvió que la suspensión de Fraser, no violaba la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo aprovechó para distinguir este caso del caso *Tinker v. Des Moines*, en el cual, se le reconoció a los estudiantes el derecho de expresarse, tanto con palabras como de manera simbólica (el uso de un brazalete), si se cumplía con la condición de que las expresiones no interrumpían las labores académicas. En el caso de Fraser, el más Alto Foro limitó el alcance de *Thinker v. Des Moines*, resolviendo que ciertas expresiones no podían ser cobijadas bajo el manto del derecho a la libertad de expresión, entre las que estaban las expresiones lascivas y sexualmente vulgares dirigidas a menores de edad, máximo cuando

estas manifestaciones se pretendan expresar en el recinto escolar. El Tribunal Supremo de Estados Unidos aclaró que la Constitución de Estados Unidos no le prohibía a los Estados considerar que ciertos modos de expresión eran inapropiados y podían estar sujetos a sanciones. Además, recalcó que la jurisprudencia federal relacionada a la Primera Enmienda reconocía el interés de proteger a los menores de edad a la exposición de lenguaje vulgar y ofensivo[153] y reconocía la imposición de restricciones cuando el discurso era sexual y la audiencia podía incluir a menores de edad.[154]

De su parte, *B.L. v. Mahanoy Area School District* es un caso importantísimo atinente al derecho a la libertad de expresión de los estudiantes y el uso de sus redes sociales para difundir asuntos escolares fuera del recinto escolar. Los hechos de este caso ocurrieron a finales del año escolar 2016-2017, cuando B.L., una estudiante de noveno grado del Distrito Escolar de Mahanoy, Pensilvania, no pasó la prueba para formar parte del equipo de porristas de nivel universitario, lo que la obligaría a permanecer en el equipo universitario junior por otro año adicional. Además, de la frustración de los resultados de la prueba, B.L. estaba molesta porque se enteró que una estudiante de primer año entró al equipo al cual ella quería entrar sin haber realizado el equipo universitario junior, saltándoselo por completo. Durante el sábado siguiente a la prueba de porristas, B.L. publicó dos mensajes difundidos a alrededor de 250 'amigos' a través de la red social *Snapchat*, el primer mensaje decía lo siguiente*:* "Joder escuela, joder softball, joder, joder, joder todo" e incluía una fotografía de ella y un amigo levantando el 'dedo del medio' (dedo corazón). Mientras, el segundo mensaje leía como sigue: "Me encanta como nos dicen a mí y a [otro estudiante] que necesitamos un año de equipo universitario junior antes de llegar al equipo universitario, pero eso no importa para alguien más?" [Emoji de carita feliz al revés]. Estos mensajes se borraron automáticamente 'por diseño' en un período brevísimo de tiempo, pero algunos de los compañeros tomaron sendas capturas de pantalla y se las enviaron a las entrenadoras del equipo. Este asunto fue sometido a la junta escolar, la cual decidió suspender a B.L. de ser porrista durante un año para presuntamente "evitar el caos" y mantener un "ambiente de equipo".

B.L., representada por sus progenitores y apoyada por la *American Civil Liberties Union*, demandó a *la Mahanoy Area School District*. El Tribunal de Distrito de los

[153] FCC v. Pacifica Foundation, 438 US 726 (1978).
[154] Ginsberg v. New York, 390 US 629 (1968).

Estados Unidos para el Distrito de Pensilvania otorgó un juicio sumario a favor de B.L. por entender que no se proporcionó una justificación válida en derecho para coartar el derecho a la libertad de expresión de B.L. fuera del recinto escolar. El tribunal aplicó a sus fundamentos la frase emblemática del caso *Thomas v. Board of Education, Granville Central School*, la cual determina que "el brazo de la autoridad [escolar] no llega más allá de la puerta de la escuela".[155] Por lo tanto, el tribunal dictaminó que la escuela le violó los derechos concedidos por la Primera Enmienda a B.L. El distrito escolar apeló al Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito y este tribunal confirmó la decisión del Tribunal de Distrito a favor de B.L.[156]

El distrito escolar radicó una petición de *certiorari* al Tribunal Supremo de Estados Unidos, argumentando "que particularmente con la pandemia de COVID-19, la naturaleza de las comunicaciones en línea requería reevaluar la distinción entre el discurso dentro y fuera del campus en el contexto del aprendizaje a distancia"[157]. En enero de 2021, el más Alto Foro federal otorgó una certificación a la petición de *certiorari* y en junio del mismo año atendió el recurso y confirmó la decisión del Tercer Circuito.

1. Breve deslinde de ambas libertades

Aunque tanto la libertad de expresión y la libertad de acceso a la información gozan de puntos de encuentros cimentados en el pleno disfrute del reconocimiento de un estado social democrático,[158] es propicio deslindar jurídicamente a cada uno de estos derechos. La primera gran diferencia se puede incardinar por el objeto y contenido al que se apela en cada uno de ellos.[159] El derecho a la libertad de expresión proclama la facultad

[155] B.L. v. Mahanoy Area School District, No. 19-1842 (3d Cir. 2020).
[156] *Id.*
[157] *Id.*
[158]CONST. ESP. art. I, § 1. En la STC de 16 de marzo de 1981, el Tribunal Constitucional español destacó que el derecho a comunicar y recibir información veraz incluye "dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión […] es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos [...]". El derecho a recibir información "es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social". STC de 16 de marzo de 1981, FJ 4 (RTC 1981/6).
[159]María C. Torres Díaz, *El derecho de acceso a Internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica,* en LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET: AMENAZAS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES 5 (Loreto Corredoira & Alfonso Lorenzo Cotino Hueso, dirs., 2013).

de expresar y difundir libremente pensamientos, valoraciones, ideas u opiniones mediante cualquier medio de comunicación, reproducción o difusión, mientras la libertad de información faculta al individuo a recibir y comunicar libremente información veraz por los mismos medios. Tanto la jurisprudencia española como la europea han estimado propio despejar las dudas sobre las diferencias existentes entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información. Bastará recordar la reiteración consecuente sobre esta distinción de parte del Tribunal Constitucional español desde la Sentencia 104/1986 de 17 de julio[160] y sus expresiones en la Sentencia 41/2011, de 11 de abril, en la que sintetiza los contrastes:

> El derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional […][161]

De la misma forma, el Tribunal Europeo de Derechos Civiles en *Lindon, Otchakovsky-Laurens v. Francia*[162] desigualó ambos derechos y coligió que, mientras la libertad de comunicar y recibir información deberá responder al canon de la veracidad, el derecho a la libertad de expresión no tendrá que pasar el cedazo de ese canon por responder a juicios, opiniones y valoraciones.[163] Esta distinción es importante porque en el mundo contemporáneo permeado por una "*Sociedad Red",* la difusión de juicios, valoraciones y datos e información en la web tiene alcances ubicuos y transfronterizos. Esto magnifica los posibles riesgos y daños de unas opiniones agraviantes a la dignidad humana o informaciones que manifiestan un total menosprecio a la verdad. Será la

[160] STC de 17 de julio de 1986, FJ 2 (RTC 1986/104).
[161] STC de 11 de abril de 2011, FJ 2 (RTC 2011/21). *Véase* STC de 21 de enero de 1988 (RTC 1988/6); STC de 19 de febrero de 1996 (RTC 1996/4); STC de 7 de noviembre de 2005 (RTC 2005/278); STC de 5 de junio de 2006 (RTC 2006/174); STC de 26 de enero de 2009 (RTC 2009/29); STC de 4 de octubre de 2010 (RTC 2010/50); STC de 28 de mayo de 2014 (RTC 2014/79) y STC de 13 de abril de 2015 (RTC 2015/65).
[162] Lindon, Otchakovsky-Laurens v. Francia, STEDH de 22 de octubre de 2007.
[163] *Id.*

asertividad del ejercicio de la autodeterminación del individuo en las opiniones o informaciones que difunde lo que operará a su favor o en su contra.

Por su parte, el derecho a la libertad de información cobró reconocimiento constitucional en Puerto Rico, como corolario del derecho a la libertad de expresión, mediante el caso *Soto v. Secretario de Justicia.*[164] En esa ocasión, el Tribunal Supremo de Puerto Rico estableció que, aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos no se había expresado con relación a extenderle el derecho de acceso de información gubernamental a cualquier individuo que lo reclamara: "la glosa de autores y comentaristas tiende a sugerir que debe reconocerse tal derecho como parte del sistema de libertad de expresión que se erige sobre dicha Primera Enmienda".[165] De su parte, RIVERA RAMOS puntualiza que "[p]ermitir que el gobierno maneje los asuntos públicos bajo el manto de la secretividad es invitar a la arbitrariedad, la mala administración, la indiferencia gubernamental, la irresponsabilidad pública y la corrupción".[166]

Sin embargo, en el caso *Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc.,*[167] el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que el acceso a la información pública no es absoluto porque

---

[164] Soto v. Secretario de Justicia, 112 DPR 477 (1982). En este caso el Tribunal Supremo aludió a que el derecho al acceso de información también era corolario tanto de la libertad de expresión como de la libertad de prensa. Véase además, el inicio de estas valoraciones en el caso *Dávila v. Superintendente de Elecciones*, 82 DPR 264 (1960), en el cual el Tribunal Supremo puertorriqueño reconoció la importancia de este derecho como una garantía básica en la democracia política. Sin embargo, en este caso se alude al derecho a la libertad de información como principio básico de la transparencia gubernamental y electoral y no como corolario de la libertad de expresión y de la libertad de prensa. En esta ocasión el Tribunal Supremo estimó este derecho como uno importante, exponiendo lo siguiente:

> No basta con que se reconozca meramente la importante justificación política de la libertad de información. Los ciudadanos de una sociedad que se gobierna a sí misma deben poseer el derecho legal de examinar e investigar cómo se conducen sus asuntos, sujetos sólo a aquellas limitaciones que impone la más urgente necesidad pública. Debe elevarse ese derecho a una posición de la más alta santidad si ha de constituir un baluarte contra un liderato insensible.*

*Dávila v. Superintendente de Elecciones, 82 DPR 264, 279 (1960). *Véase* Kilómetro 0, Inc. v. Pesquera López, 2021 TSPR 72, de 28 de mayo 2021.

[165] Soto v. Secretario de Justicia, 112 DPR 477, 486 (1982). De la misma forma, en *Disidente Universal v. Departamento de Estado*, el más alto foro resaltó "el valor trascendental del acceso a la información por su estrecha correspondencia con la libre expresión". Disidente Universal v. Departamento de Estado, 145 DPR 689 (1998).

[166] Efrén Rivera Ramos, *La libertad de información: Necesidad de su reglamentación en Puerto Rico,* 44 Rev. Jur. UPR 67, 69 (1975).

[167] Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc., 117 DPR 153, 159 (1986). *Véase* Bonilla v. Partido Nuevo Progresista, 140 DPR 294 (1996) y Velázquez v. Autoridad Metropolitana de Autobuses, 131 DPR 568 (1992).

el gobierno podrá reclamar la confidencialidad de la información requerida en algunos supuestos, como por ejemplo, cuando: una ley declare la no divulgación, la comunicación esté protegida por privilegios reconocidos en las Reglas de Evidencia, la revelación de la información pueda afectar derechos fundamentales de terceros o que el divulgarla despoje a un confidente del manto que cubra su verdadera identidad.[168]

Ahora bien, si se contrasta el matiz constitucional que tiene el derecho al acceso a la información pública en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño con la estimación jurídica estadounidense, se precisará que la esfera federal reconoció este derecho por vía estatutaria a través de la promulgación de la *Freedom of Information Act (FOIA.)*.[169] No obstante, sin despojarse de su reconocimiento constitucional, pero en aproximación a este contexto estatutario federal, se aprobó en Puerto Rico la *Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública.*[170]

De otra parte, si se confrontan las valoraciones jurídicas que el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño y el Ordenamiento Jurídico español le han impartido al derecho al acceso de información, se deberá determinar que mientras este derecho se concibe como un derecho autónomo en el Ordenamiento Jurídico español, en Puerto Rico este derecho se reconoce jurisprudencialmente como uno subsumido en los derechos de libertad de expresión y en algunos casos cobijados por la libertad de prensa. De la misma

---

[168] López Vives v. Policía de Puerto Rico, 118 DPR 219, 229 (1987). *Véase* Ex parte Overseas Press Club de Puerto Rico, 2021 TSPR 62, de 6 de mayo de 2021; Angueira Navarro v. Junta de Libertad Bajo Palabra, 150 DPR 10 (2000).

[169] Freedom of Information Act, 5 USC §552 (1996). *Véase* THE UNITED STATES DEPARTMENT JUSTICE, *FOIA Update*, https://www.justice.gov/oip/blog/foia-update-freedom-information-act-5-usc-sect-552-amended-public-law-no-104-231-110-stat (última visita 6 de febrero de 2021).

[170] Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública, Ley Núm. 141 de 1 de agosto de 2019; 2019 L.P.R. 141. La Ley 141 establece:

> [U]n procedimiento uniforme para obtener la información pública que se genere o custodie en las entidades gubernamentales. Para ello, el estatuto faculta a cada agencia a designar al menos a tres (3) servidores públicos quienes fungirán como Oficiales de Información y tendrán la responsabilidad de recibir las solicitudes de información, tramitar las mismas y facilitar el acceso a los documentos, dentro del término establecido.*

* DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE PUERTO RICO, *Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública,* http://www.justicia.pr.gov/secretarias-y-oficinas/ley-de-transparencia-y-procedimiento-expedito-para-el-acceso-a-la-informacion-publica/ (última visita 5 de agosto de 2020).

forma, su objeto y contenido se acota a lo concerniente al acceso de información gubernamental con el interés de aspirar a la transparencia en los sistemas de gobernanzas.

Empero, la reiteración de los límites o restricciones tanto de la libertad de expresión, como de la libertad de información, se manifiestan y se matizan en las diferentes normativas reseñadas. La confluencia conflictiva de las libertades y posibles daños o perjuicios sustentan las imposiciones que exigen el cumplimiento de deberes y responsabilidades en el ejercicio de ambas libertades. Esta previsión queda plasmada en el artículo 10, inciso 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mejor conocido como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, el cual expone que:

> El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.[171]

De la literalidad de este inciso, se contempla nuevamente que tanto el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información no son derechos absolutos, ya que son susceptibles de ser limitados. Estos límites o restricciones de los derechos fundamentales en el ámbito internacional responderán básicamente al principio de evitar daños o perjuicios a terceros.[172] La pretensión del "principio del daño" o "principio del perjuicio" como límite de las libertades humanas fue reflejada en la narrativa del pensador JOHN STUART MILL, quien en el Siglo XIX postuló que deberíamos poder disfrutar plenamente de nuestras libertades sin restricción alguna y que el único fin que justificaría alguna limitación sería la "propia protección" o la "protección de los demás". Este supuesto sostendría las políticas proteccionistas de los menores de edad y las cortapisas del ejercicio de sus derechos y libertades. Sin embargo, STUART

[171] Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mejor conocido como el Convenio Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, art. 10(2).
[172] JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS; THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 14 (1987).

MILL establece la urgencia de capacitar al individuo para que pueda dirigir su propia vida y advierte sobre lo ilegítimo que sería someter a los individuos a que crezcan en "un estado de infancia prolongada, incapaces de ser impulsados por la consideración racional"[173]. Esta *"infancia prolongada"* se podría suscitar si el guardián legal enajenara al menor, no lo educara y no lo empoderara, impidiéndole o retrasándole el proceso de formación en un menor con madurez suficiente.

Los postulados esbozados y los regímenes jurídicos expuesto obligan a encuadrar y a ceñir tanto el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información a la red informática como a cualesquiera otros medios de difusión o comunicación. Fue así como lo contempló la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet otorgada el 1 de junio de 2011, entre el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), la cual adoptó unos principios generales, entre los que establece que "la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación".[174] Cualesquiera restricciones a este derecho deberán pasar el cedazo de la denominada "prueba tripartita", la cual consiste en cumplir con los siguientes requisitos:

> 1. Las restricciones deberán estar previamente previstas por la ley;
> 2. Estas restricciones deberán perseguir un fin legítimo reconocido por el derecho internacional;
> 3. Se deberá justificar que las restricciones adoptadas eran necesarias para cumplir con la consecución del fin legítimo reconocido por el derecho internacional.[175]

Asimismo, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet implica que antes de realizarse una restricción, ya sea por contenido ilícito o no, se

[173] JOHN STUART MILL, SOBRE LA LIBERTAD 99 (Emeterio Fuentes, trad., 2016).
[174] La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet, de 1 de junio de 2011, art. 1(a).
[175] *Id.*

deberán explorar nuevos enfoques alternativos que eviten restricciones especiales.[176] Promueve la autorregulación de la información como una alternativa razonable y efectiva ante la problemática de las expresiones injuriosas y propone a la educación como una herramienta ineludible para fomentar "la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet ("alfabetización digital")".[177] Cónsono con lo anterior, se deberá evitar el 'paternalismo' jurídico que promueve la "autorregulación regulada".[178]

En este contexto, se debe evanescer cualquier pretensión de socavar la libertad de expresión o la libertad al acceso de información con la utilización arbitraria de controles de accesos mediáticos. Esto lo vislumbra el artículo 3(a) de La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet:

El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema - análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión - que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.[179]

Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende el reconocimiento del menor de edad como posible 'ciudadano digital' y actor social de las redes informáticas. La posibilidad de imponerle ciertas restricciones o limitaciones a su participación en su devenir en la web y por ende al ejercicio pleno de sus derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información solamente deberá ser contemplada para salvaguardar el bienestar y los mejores intereses del menor de edad sin madurez suficiente. Sobre estas protecciones, el filósofo jurídico FEINBERG postuló que la limitación a la autonomía del menor de edad se atribuye al derecho que éste tiene a "estar a salvo".[180] Sin embargo, estas limitaciones deberán liberalizarse en concordancia con el desarrollo progresivo del menor y su 'alfabetización digital', procurando tanto

[176] *Id.* art. 1(d).
[177] *Id.* art. 1(e)(f).
[178] Andrés Boix Palop, *La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales,* 173 Revista de Estudios Políticos 55-112. (2016).
[179] Art. 3(a) de La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet, de 1 de junio de 2011.
[180] JOEL FEINBERG, FREEDOM AND FULFILLMENT: PHILOSOPHICAL ESSAYS 76 (1992).

empoderarlo para que pueda gozar plenamente de sus derechos y libertades como de asumir sus riesgos y responsabilidades.

Máxime, cuando las telarañas que componen la red informática se expanden de manera inusitada, albergando contenidos de temáticas imaginadas como de posibles temáticas insospechadas. Ahora bien, el que internet sea un medio de comunicación *sui generis,* no hará que se cercene el manto de protecciones que brinda el derecho a la libertad de expresión. Esta posibilidad fue discutida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América en el caso de *Reno v. American Civil Liberties Union.*[181] Este caso fue el primer caso norteamericano en el cual se aplicaron las protecciones brindadas por la Primera Enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos de América a la red informática. En este caso, el Tribunal Supremo de Estados Unidos tuvo que valorar si la *Communications Decency Act* de 1996,[182] una ley promulgada por el Congreso de los Estados Unidos que criminalizaba la diseminación de material obsceno, indecente y patentemente ofensivo en internet, violaba la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América por ser una censura ilegal de parte del gobierno. Cabe resaltar que la *Communications Decency Act* se creó específicamente con la pretensión de proteger a los menores de dieciocho años de la posible exposición de alegados contenidos nocivos. Sobre el particular, la Corte Suprema federal expuso que los progenitores tenían a su disposición mecanismos de bloqueos que hacían posible que los menores de edad no pudieran acceder a ciertos contenidos y dictaminó que a pesar de la intención legítima de proteger a los menores de edad, la legislación atentaba contra la libertad de expresión. Consecuentemente, la Corte Suprema de Estados Unidos esgrimió lo siguiente:

> Como una cuestión de tradición constitucional, en ausencia de evidencia en contrario, suponemos que la regulación gubernamental del contenido del discurso es más probable que interfiera con el libre intercambio de ideas que en alentarlo. El interés en fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática supera cualquier beneficio teórico, pero no probado de la censura.[183]

[181] Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844 (1997).
[182] Communications Decency Act, 47 USC 230 (1996).
[183] Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844, 885 (1997) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging

De las expresiones anteriores, se puede determinar que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, aunque en el análisis del caso reconoció que la web es un medio muy peculiar, pretende fijar los mismos criterios y límites generales sobre la prohibición de la censura aplicados a los otros medios de comunicación, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la red informática.

La aplicación del criterio de "límites generales sobre la prohibición de la censura" en el marco de la red informática, se reafirmó en el caso *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*.[184] Este caso se puede asumir como una secuela del caso *Reno v. American Civil Liberties Union* porque se trató del segundo intento del Congreso de Estados Unidos de crear una ley que salvaguardara a los menores de edad de los alegados contenidos nocivos. Con esta nueva ley, se pretendían subsanar las deficiencias de amplitud y vaguedad que evitaron que la *Communications Decency Act* de 1996 superara el cedazo del análisis constitucional. Es así como se promulgó la *Children Online Protection Act* de 1998 con el objetivo de restringir el acceso de los menores de edad a cualquier material perjudicial que se encontrara en internet. La *Children Online Protection Act* criminalizaba el que una fuente comercial permitiera acceder a contenidos obscenos a los menores de edad y definía el concepto obscenidad, según lo determinado en el caso *Miller* v. *California.*[185] Los opositores de la ley reclamaron su

---

> freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship.

[184] Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 US 564 (2002).

[185] Miller v. California, 413 US 15 (1973). Este caso enfatizó que la Primera Enmienda no protegía el lenguaje obsceno ni la pornografía "*hardcore"*, pero creó un estándar más detallado para determinar si el material era obsceno. Señaló que cualquier estatuto que prohibiera la obscenidad debería estar construido de manera estricta y estableció tres criterios para ayudar a las legislaturas estatales en su formulación. Se debe advertir que solamente se podía determinar que un material o contenido era obsceno, si los tres criterios se satisfacían. Los tres criterios que determinan si un material o contenido es obsceno son los siguientes:

> 1) Whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work as a whole appeals to the prurient interest;
> 2) Whether the work depicts or describes sexual conduct or excretory functions, as defined by state law, in an offensive way; and
> 3) Whether the work as a whole lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.
>
> 1) Si una persona promedio, aplicando los estándares contemporáneos de la comunidad, encuentra que, aun así, la publicación como un todo apela al interés lascivo;
> 2) Si el material representa o describe la conducta sexual o las funciones excretorias, según lo definido por la ley estatal, de una manera ofensiva; y
> 3) Si el material en su conjunto carece de valor literario, artístico, político o científico serio.*

inconstitucionalidad. De su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos proclamó lo siguiente:

> Las prohibiciones basadas en el contenido, impuestas por severas sanciones penales, tienen el potencial constante de ser una fuerza represiva en las vidas y pensamientos de un pueblo libre. Para protegerse de esa amenaza, la Constitución exige que las restricciones basadas en el contenido en el discurso sean presuntamente inválidas [...] y que el Gobierno asuma la carga de demostrar su constitucionalidad. [...] Esto es cierto incluso cuando el Congreso ha intentado dos veces de encontrar un medio constitucional para restringir y castigar el discurso en cuestión.[186]

La presunción de invalidez de las restricciones basadas en el contenido en el ejercicio de la libertad de expresión en internet y la imposición al gobierno del peso de la prueba de demostrar la constitucionalidad como medios de protección de un "pueblo libre" y por ende de 'ciudadanos libres' en un entorno democrático, coadyuvan a la proposición de la necesidad de capacitar al menor de edad para que pueda llegar a ser un ciudadano digital soberano.

Al hilo de las doctrinas esbozadas, se debe reiterar que ni en la postura del 'benefactor-ejecutor' ni en la postura del 'benefactor-mentor' se le deberán afectar arbitrariamente estos derechos al 'sujeto protegido'. No será lo mismo utilizar filtros para bloquear ventanas emergentes con imágenes pornográficas en la computadora de un menor de edad que prohibirle totalmente el manejo de la tecnología y el uso del ordenador. Tampoco se deberá pretender ser 'la voz' del menor de edad, difundiendo mensajes con su imagen y carteles escritos que insinúen llevar una manifestación legítima del niño o la niña en cuestión porque se le estaría suplantando su derecho a la libertad de expresión. Consecuentemente, es indubitable que el 'benefactor-mentor' deberá asegurarse de educar al 'sujeto protegido' en todo lo concerniente a las tecnologías

---

*Miller v. California, 413 US 15 (1973) (traducción suplida). *Véase* Sable Communications de California v. Federal Communications Commission, 492 US 115 (1989).

[186] R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377, 382 (1992) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> Content-based prohibitions, enforced by severe criminal penalties, have the constant potential to be a repressive force in the lives and thoughts of a free people. To guard against that threat the Constitution demands that content-based restrictions on speech be presumed invalid […] and that the Government bear the burden of showing their constitutionality. […] This is true even when Congress twice has attempted to find a constitutional means to restrict, and punish, the speech in question.

informáticas y empoderarlo para que adquiera las destrezas suficientes que lo capaciten en el ejercicio de la autodeterminación de su información.

CAPÍTULO II.

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL MENOR DE EDAD: APLICACIÓN EN LAS REDES SOCIALES

A. La capacidad civil del menor de edad en el Ordenamiento Jurídico español y en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño

La vertiginosa evolución de las tecnologías informáticas como el medio de comunicación masivo más consumido y utilizado por los menores de edad compele a auscultar el estado de derecho que legitima su ejercicio como usuario del entramado social cibernético. La validez de un contrato que un menor de edad pueda otorgar con una red social deberá explorarse desde la perspectiva de las capacidades que el ordenamiento jurídico le reconoce y de las posibles precariedades que puedan contemporizar su autonomía progresiva de la voluntad. Es por tal motivo que se deberá delinear transversalmente, tanto en el Ordenamiento Jurídico español como en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, el reconocimiento de estas capacidades y precariedades como preámbulo al estudio de las posibles protecciones que los progenitores o tutores deberán brindar y concordar para el empoderamiento de sus hijos e hijas o tutelados y tuteladas menores de edad.

Correlativo a lo anterior, sobre todo en materia de capacidad, se deberán considerar las reformas realizadas al Ordenamiento jurídico español por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta legislación se hizo inaplazable como hito de cumplimiento con la adecuación correspondiente del Ordenamiento Jurídico español y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, máxime al España ratificar dicha Convención y su Protocolo Facultativo en el 2008. Cabe enfatizar que el propósito primordial de la Convención es "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales

por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente".

Otra parte relevante de la Convención es el énfasis que imparte al tratamiento de los menores de edad con discapacidad, resaltando la adecuación del trato igualitario e inclusivo. Esta narrativa queda ejemplificada al reconocer que "los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas […]"[187].

Ahora bien, en consonancia con la capacidad civil de una persona con discapacidad, el artículo 12.2 de la Convención dispone que "[l]os Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida." Esta evitación de una posible discriminación ha obligado a que, en las legislaciones españolas correspondientes, se fundan los preceptos de capacidad jurídica y el concepto 'dogmático' de capacidad de obrar en uno solo. Esto quiere decir que aquellas distinciones atinentes a dos tipos de capacidades diferentes quedan eliminadas, ya que se reconocerá y se hará referencia solamente a la capacidad jurídica. No obstante, cabe aclarar que a lo que aludían algunos tratadistas cuando exponían que la figura jurídica de la capacidad, como concepto general, se refería a la idoneidad o aptitud reconocida para ser titular de derechos y obligaciones y ser sujeto de la actividad jurídica[188], es lo que se reconocerá como capacidad jurídica en los contornos contemporáneos españoles en vías de la igualdad.[189]

---

[187] El artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, lee como sigue:

> 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
> 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
> 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

[188] Rosario Valpuesta Fernández, *La capacidad de la persona*, en DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, DERECHO DE LA PERSONA 201 (Francisco Blasco Gascó, coord., 4ta. ed. 2003).
[189] *Id.*

De esta forma y abstrayéndose de concepciones discriminatorias, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, promueve también el que se brinden todos los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercer siempre su capacidad jurídica en todos aquellos casos en que sea posible. Estos apoyos pueden incluir "la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad o la ruptura de barreras arquitectónicas hasta la representación o sustitución en la toma de decisiones, únicamente cuando el apoyo no pueda darse de otro modo"[190].

Mientras el Ordenamiento Jurídico español considera a la capacidad jurídica como la reconocida adecuadamente a los individuos en materia civil, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño tiene incorporado el concepto de capacidad de obrar en su Código Civil, barajando paralelamente el concepto de capacidad jurídica en su articulado de manera confusa, ya que no matiza sus diferenciaciones. Sin embargo, la jurisprudencia puertorriqueña se ha encargado de plasmar las distinciones entre ambos tipos de capacidades, atribuyéndoles sendas características específicas y viabilidades legales dispares.[191]

En tal sentido, en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño se reconoce que la capacidad jurídica es inherente e inmanente al ser humano; esto quiere decir que le corresponde a cada individuo desde su nacimiento[192] hasta su muerte.[193] Es la misma cualidad de ser persona la que inviste ordinariamente al sujeto con la aptitud, suficiencia e idoneidad para la titularidad de derechos y obligaciones.[194] Sin embargo, lo anterior no implica la obligatoriedad y asunción de su ejercicio porque, como muy bien señala

---

[190] Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, Exposición de Motivos (BOE-A-2021-9233) (España).
[191] LUIS DÍEZ-PICAZO & ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Vol. III, 224 (8va ed. 1994). JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA & MARÍA A. PARRA LUCÁN, NOCIONES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL E INTRODUCCIÓN AL DERECHO 79 (4ta ed. 2004).
[192] El artículo 30 del Código Civil español establece que "[l]a personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno". De su parte el artículo 69 del Código Civil puertorriqueño señala que "[e]l nacimiento determina la personalidad y la capacidad jurídica […]".
[193] El artículo 32 del Código Civil español establece que "[l]a personalidad civil se extingue por la muerte de las personas". *Véase* MARIANO ARAMBURU Y MACHADO, LA CAPACIDAD CIVIL 7 (2da ed. 1931).
[194] *Id.*

LASARTE ÁLVAREZ, la capacidad jurídica "no significa posibilidad de actuar, sino sencillamente la posibilidad, abstracta y teórica, de encontrarse en situaciones originadoras de derechos y obligaciones".[195] Por consiguiente, la capacidad jurídica no se verá afectada, modificada ni beneficiada por circunstancias particulares.[196] Esta peculiaridad de no afectación la hará consagrarse igualitariamente para cada individuo y le impartirá las cualidades de invariabilidad y uniformidad[197] al no admitir graduaciones ni matices.

Según la valoración del Ordenamiento Jurídico Puertorriqueño, a diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar es la aptitud, suficiencia e idoneidad de una persona para realizar eficazmente actos jurídicos, ejercitar derechos y asumir obligaciones. Constituye una manifestación de la autonomía de la libertad de la persona, ya que le permite asumir la expresión y defensa de sus propios derechos e intereses.[198] Ahora bien, para que esta manifestación de la libertad sea legítima, se requiere que el sujeto tenga un grado de madurez suficiente que le permita entender y valorar los actos jurídicos que pretenda ejercer. En contraste con la capacidad jurídica que, no exige más que la existencia de la persona misma, la capacidad de obrar exige una capacidad natural que dote al sujeto de la salud psíquica adecuada para expresar su voluntad, la cual no todas las personas poseen.[199] No obstante, se debe insistir en que no bastará con tener la capacidad natural para poder expresar claramente la voluntad porque se requiere además

---

[195] CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, COMPENDIO DE DERECHO DE LA PERSONA Y DEL PATRIMONIO 5 (2014).
[196] ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DEL MENOR 32 (2001).
[197] *Id.*
[198] Valpuesta Fernández, *supra* nota 188. Sobre las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha esbozado que:

> La doctrina suele distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera, equivalente al concepto de personalidad jurídica, se ha definido como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. […] La capacidad de obrar se concibe como la capacidad para gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular.*

*Asociación de Residentes Estancias de Cidra v. Future Developers and Contractors, Inc., Administración de Reglamentos y Permisos, 152 DPR 54, 66 (2000). En el caso *Álvareztorre Muñiz v. Sorani Jiménez*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reiteró la doctrina del reconocimiento de capacidades diversas dotadas de diferentes elementos y características. Aprovechó la coyuntura para enfatizar que la capacidad de obrar otorgaba el derecho de regentar los derechos de cada titular, pero concomitante a la asunción de las obligaciones que jurídicamente correspondieran. Álvareztorre Muñiz v. Sorani Jiménez, 175 D.P.R. 398, 418 (2009).
[199] ROBERTO DE RUGGIERO, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL 342 (Ramón Serrano Suñer & José Santa Cruz Teijeiro, trads., 4ta ed. 1900). JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, ET AL., *supra* nota 191, en la pág. 79.

que el sujeto haya alcanzado la madurez necesaria para poder discernir y valorar las conveniencias y las consecuencias de su ejercicio jurídico.[200]

Tanto en España (capacidad jurídica), como en Puerto Rico (capacidad de obrar), la capacidad se presume plena como principio general en aquellas personas mayores de edad. Esta presunción de plenitud se ha enraizado con el reconocimiento de la libertad contractual. En el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, la capacidad de obrar imbricada al ejercicio de las contrataciones está supeditada a los preceptos constitucionales del debido proceso de ley e igual protección de las leyes aludidos en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.[201] Aunque esta enmienda no reconoce explícitamente la libertad contractual como un derecho constitucional, el precepto de libertad general que se sugiere ha sido extendido al plano de las contrataciones.[202] Ahora bien, el Tribunal Supremo puertorriqueño ha enfatizado que este derecho puede ser limitado y puede estar sometido a la supervisión legislativa y a la imposición de condiciones restrictivas porque la libertad contractual a la que se hace referencia es "la que implica la ausencia de trabas arbitrarias, no la inmunidad contra reglamentaciones y prohibiciones razonables impuestas en beneficio de la comunidad".[203]

Mientras el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha atemperado el ejercicio contractual y la capacidad de obrar con ribetes constitucionales, el Ordenamiento Jurídico español ha hecho lo propio acentuando su correspondencia con el principio constitucional esbozado en el artículo 10 de la Constitución Española, en el cual se reconoce el derecho

---

[200] GIUSEPPE STOLFI, TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO 21, (Jaime Santos Briz, trad., 1959). *Véase e.g.,* ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, supra nota 196, en la pág. 33.

[201] El inciso primero de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América lee como sigue:

> Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos. *

* NATIONAL ARCHIVES - VERSIÓN EN ESPAÑOL, https://www.archives.gov/espanol/constitucion (última visita 13 de diciembre de 2020). *Véase* Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 526 (1958); Mt. Healthy City Board of Ed. v. Doyle, 429 U.S. 274 (1976); Aponte Burgos v. Aponte Silva, 154 DPR 117, 122 (2001).

[202] Irizarry v. Rivera, 56 DPR 519, 524 (1940).

[203] *Id*.

al libre desarrollo de la personalidad. De la misma forma, se propende al lineamiento de que el reconocimiento de la capacidad del ejercicio de los derechos no es un derecho absoluto, pero que, de haber limitaciones, deberán ser establecidas expresamente por la ley o por sentencia y que, en todo caso, habrán de interpretarse de manera restrictiva.[204]

Esta doctrina de interpretación restrictiva ha sido aplicada al caso de los menores de edad.[205] No obstante, esta interpretación se adhiere a la valoración del interés superior del menor de edad como un factor decisivo y primordial. Así lo recalcó el Tribunal Supremo español en la STS de 5 de febrero de 2013 al precisar que "el ámbito axiológico" que primará la valoración de la posible legalidad de la relación contractual celebrada con un menor de edad será el que avale el interés superior del menor, el cual será salvaguardado como punto de atención "preferente en caso de conflicto".[206] En este caso, el Tribunal Supremo español dispuso lo siguiente:

> [E]n este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada.[207]

A tenor con lo anterior, el artículo 2, inciso 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LO 1/1996), aduce lo siguiente:

> Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

---

[204] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 224.
[205] STS de 29 de abril de 2009, FJ 7 (RJ 2009/282).
[206] STS de 5 de febrero de 2013, FJ 3(1) (RJ 2013/928). Los hechos relacionados a esta sentencia giraban en torno a una contratación laboral (un precontrato de trabajo, un contrato de jugador no profesional y un contrato de trabajo) con un menor de edad representado por sus progenitores, con una duración de diez temporadas y la imposición de una cláusula penal de tres millones de euros en caso de incumplimiento. En este caso, el Tribunal Supremo español declaró nulo el precontrato de trabajo y la cláusula penal prevista.
[207] STS de 5 de febrero de 2013, FJ 3(2) (RJ 2013/928).

> Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores *se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*.[208].

Es propicio señalar que las referentes limitaciones a la capacidad de obrar han perfilado el reconocimiento de una capacidad de obrar especial o restringida. Lo anterior queda ejemplarizado con lo planteado por MORENO QUESADA al argüir que:

> [L]a capacidad de obrar se puede clasificar en dos categorías: en la capacidad de obrar plena y en la capacidad de obrar restringida. La capacidad de obrar plena es la que se adquiere con la mayoría de edad, y confiere aptitud para realizar eficazmente todos los actos de la vida civil […]. La restringida, que es la excepción, por ello debe estar fijada de una manera expresa en la ley […].[209]

Estas valoraciones, según CASTÁN TOBEÑAS, se deben, por lo general, a que las incapacidades o las restricciones impuestas a la capacidad de obrar de algunas personas se fundan en circunstancias subjetivas que "obligan a la ley a retardar o suspender por un cierto tiempo, o tiempo indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios".[210]

En este contexto es necesario retomar y ampliar otros atributos que inciden en la capacidad jurídica para España y capacidad de obrar para Puerto Rico, como aquellas posibilidades de limitaciones o graduaciones en atención al tipo de acto que se pretenda realizar por el sujeto de derecho. Esto ocurre porque la naturaleza peculiar de algunos actos jurídicos exige determinadas condiciones de aptitud que pueden estar impregnadas de una madurez particular que requiera de una edad menor o mayor a la establecida para la plena capacidad de su ejercicio.[211] Esta vertiente queda trazada en la promulgación

---

[208] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 2 (1) (BOE-A-1996-1069) (España) (énfasis suplido).
[209] BERNARDO MORENO QUESADA, CEFERINO BUSTOS VALDIVIA & MARÍA ISABEL TRUJILLO CALZADO, DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 73 (1997).
[210] JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL 507 (3ra ed., 1988). JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL, 1ra ed. 447 (1974).
[210] *Véase* MANUEL ALBADALEJO, DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL 230 (10ma ed. 2002); JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, DERECHO DE LA PERSONA, 25 (1986); *Véase* CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR 120 (2001). DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191. RUGGIERO, *supra* nota 199, en la pág. 342.
[211] CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA 150 (2008). DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 225.

realizada en el artículo 663.1[212] del Código Civil español, el cual tiene la misma literalidad del artículo 1641[213] del Código Civil puertorriqueño, al permitirle testar a un menor de edad a partir de los catorce años.[214] De igual forma, esta noción de la capacidad especial o restringida se reitera en el artículo 175 del Código Civil español al requerir que por lo menos uno de los potenciales adoptantes sea mayor de veinticinco años para poder ser elegible, mientras el artículo 580.1 del Código Civil puertorriqueño requiere la edad mínima de veintiún años para por lo menos uno de los adoptantes.[215] "[P]udiendo ser menor de edad el otro adoptante, pero nunca menor de dieciocho años".[216]

Ahora bien, la limitación de la capacidad que la menor edad pueda producir en algunas circunstancias se subsana mediante la representación legal.[217] Los actos que los progenitores o tutores legales realicen en interés del menor tienen la misma validez jurídica que tendrían si hubiesen sido efectuados por un adulto.[218] Por su lado, si un menor de edad con madurez suficiente participa del otorgamiento de un contrato por sí solo, este contrato será anulable,[219] pero la anulación sólo podrá invocarse por el menor mismo o por su representante legal.[220] Se debe advertir que las teorías relativas a la nulidad o anulabilidad de los contratos otorgados por menores de edad serán discutidas en el apartado referente a los contratos de las redes sociales.

---

[212] "No pueden testar: 1. La persona menor de catorce años." CÓD. CIV. ESP. art. 663.1 (BOE n. 206, 25 de julio de 1889) (España).
[213] CÓD. CIV. PR art. 1641 (2020).
[214] Esta capacidad para testar se refiere a los testamentos notariales, ya que el testamento ológrafo, de acuerdo con el artículo 688 del Código Civil de España, puede otorgarse solamente por persona mayor de edad.
[215] CÓD. CIV. PR art. 580.1 (2020). Ley de Adopción de Puerto Rico, Ley Núm. 61 de 27 de enero de 2018, 2018 LPR 61.
[216] *Id.*
[217] El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el caso *Álvareztorre Muñiz v. Sorani Jiménez,* determinó que la capacidad para ser parte en un litigio constituye una manifestación de la capacidad jurídica, mientras la capacidad procesal lo es de la capacidad de obrar. Álvareztorre Muñiz v. Sorani Jiménez, 175 D.P.R. 398, 418 (2009). Por lo tanto, un menor deberá comparecer representado por sus progenitores o uno de sus progenitores. Lo anterior fue reiterado por el más alto foro judicial al aducir que "[u]n menor, aunque carece de capacidad de obrar, podrá ser parte de un pleito. La falta de capacidad de obrar deber ser subsanada mediante la representación de su padre o madre con patria potestad, su tutor o un defensor judicial". Bonilla Ramos v. Dávila Medina, 185 DPR 667, 678 (2012).
[218] ROBERTO DE RUGGIERO, *supra* nota 210, en la pág. 348.
[219] CÓD. CIV. ESP. art. 1300, BOE-A-1889-4763 (España).
[220] *Id.* art. 1302. En tal sentido, cabe señalar que De Castro no estaba de acuerdo con la doctrina de incapacidad absoluta del menor de edad, por el contrario, reconocía una capacidad de obrar con ciertas limitaciones. Según su argumento, era de la única manera que se le podía impartir cierta coherencia a otros pronunciamientos jurídicos como el relativo a la anulabilidad de un contrato otorgado por un menor de edad. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, DERECHO CIVIL DE ESPAÑA 74 (1952).

Ahora bien, como una extensión conexa de las matizaciones discutidas de la capacidad jurídica en España y capacidad de obrar en Puerto Rico, se debe enfatizar que estas gradaciones están sustentadas en plena consonancia con las construcciones sociales atinentes a lo que se espera sea la evolución natural del ser humano. Lo anterior responde a las expectativas de que la capacidad de discernimiento y de expresión verdadera de la voluntad evolucionen según el sujeto transita por sus diferentes etapas de desarrollo y madurez. Se pretende que la capacidad efectiva esté ligada directamente al trayecto recorrido en ese proceso de desarrollo del desenvolvimiento físico, intelectual y moral.[221] Ante la expectativa de un desarrollo humano uniforme, es ineludible argumentar que esa pretensión de la homogeneidad no es innegable porque este desarrollo puede transcurrir en escenarios ampliamente diversos y multifactoriales, en los cuales incidirán: el momento histórico, la educación, la salud, la familia, las discriminaciones y las construcciones sociales, entre otros aspectos de índole sicológica, histórica, política y social. Sin embargo, la mayoría de las normativas no determinan la capacidad de la persona atendiendo a sus realidades o aptitudes individuales, sino que la determinan en función de la edad.[222] El legislador ha considerado el dato objetivo de la edad para atemperar el concepto subjetivo de la madurez y de sus diferentes gradaciones y matizaciones. Esta medida elimina la dificultad que presentaría tener que realizar juicios subjetivos, caso a caso, para determinar el grado de madurez y la capacidad de autogobierno de cada persona para ejercitar el acto jurídico que pretenda. La determinación del grado de madurez de manera individualizada conllevaría considerables inconvenientes y dilaciones en el tráfico jurídico y en el ámbito procesal.[223] No obstante, sería válido formular el planteamiento remoto de RAMOS BASCUÑANA que aduce que,

---

[221] MARIANO ARAMBURU Y MACHADO, *supra* nota 193, en la pág. 84.
[222] ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, *supra* nota 196, en las págs. 41-43. El concepto de la edad se ha definido como "el período de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta el instante en que se le considere […]". BERNARDO MORENO QUESADA, ET AL., *supra* nota 209, en la pág. 86.
[223] MARIANO ARAMBURU Y MACHADO, *supra* nota193, en la pág.166. ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, *supra* nota 196, en las págs. 41-43.

Según PARRA LUCÁN, se debe admitir que:

> [U]na cosa es que se vincule la capacidad de obrar al concepto de estado civil y otra bien distinta que el ordenamiento imponga ahora la necesidad de medir caso a caso, acto por acto, la aptitud natural psicológica del sujeto, con el fin de determinar si tiene la capacidad suficiente para producir válidos efectos jurídicos. La capacidad de obrar sigue conectada por el Derecho a datos que no siempre coinciden con la capacidad real, y que se fijan en función de datos objetivos, formales o típicos […].*

*María Ángeles Parra Lucán, *De la incapacitación,* en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL II-VOL.2, 1657 (Joaquín Rams Albesa y Rosa M. Moreno Flórez, coords., 2000).

al igual que al individuo mayor de edad que tiene reducidas sus facultades mentales se le excluye de la norma general respectiva a la capacidad, un menor de edad que goza de madurez suficiente podría solicitar que se le exceptuara de las limitaciones a la capacidad impuestas a los menores de edad.[224]

Lo anterior sustenta que el sistema de establecer una edad para determinar la capacidad plena detenta de defectos, ya que el mayor defecto incide en el perjuicio que ocasiona a los que, teniendo una manifiesta e indiscutible aptitud, discernimiento y madurez para entrar en negocios jurídicos que no tienen la edad fijada por la ley, verán reducida su autonomía de la voluntad, mientras que habrá personas que, habiendo alcanzado su mayoría de edad, aún no tendrán ni la aptitud ni la madurez suficiente para regirse con plena independencia.[225] Sobre las dificultades que representa la disquisición de los conceptos, capacidad y edad, RAMOS BASCUÑANA contiende lo siguiente:

> Si la capacidad de obrar obedece al desenvolvimiento gradual que de las facultades anímicas tenga el individuo; si ha de atemperarse á su ilustración, al juicio y discernimiento que el ser de derecho tenga, claro es que no podrá fijarse de un modo determinante, previo, la edad; no podrá desde luego el legislador suponer que á los doce ó á los quince años todos los seres de un pueblo ó nación tendrán el mismo desarrollo, el mismo discernimiento, la misma claridad de juicio [sic].[226]

Por consiguiente, aunque la edad no garantiza las aptitudes ni el grado de madurez de la persona, se ha admitido una edad específica que, al ser alcanzada, le atribuye la capacidad plena al individuo. A esta edad específica se le denomina mayoría de edad y puede variar según lo determinado en las diversas jurisdicciones.[227] La mayoría de edad se caracteriza por ser la edad cronológica en la cual se alcanza la 'independencia total' de la persona y la adquisición de la capacidad plena. Esta 'independencia total' es consecuencia de la extinción automática de la patria potestad o de la tutela a la que esté

---

[224] RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA CONTRATAR Y OBLIGARSE: CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN VIGENTE 15 (1907).
[225] MARIANO ARAMBURU Y MACHADO, *supra* nota 4, en la pág. 107. *Véase además a* Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, *Relevancia jurídica de la edad,* en CODIFICACIÓN, PERSONA Y NEGOCIO JURÍDICO 113 (Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, coord., 2003).
[226] RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA CONTRATAR Y OBLIGARSE: CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN VIGENTE 15 (1907).
[227] Los conceptos de edad y madurez han sido esbozados como criterios para considerar las opiniones de los menores que estén en condición de la formación de juicio propio. *Véase* Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 12.1.

sometido el menor de edad.[228] Por consiguiente, se entiende que la mayoría de edad es la edad adecuada en la que el sujeto adquiere la madurez necesaria para ejercitar plenamente su voluntad y responder por las consecuencias de su ejercicio.

La edad específica que atribuye la capacidad plena al individuo ha tenido constantes variaciones en diversos ordenamientos jurídicos. El Ordenamiento Jurídico español ejemplariza estas variaciones a través del tiempo, al fijar la mayoría de edad mostrando una tendencia paulatina a su reducción. Antes de la publicación del Código Civil español de 1889, la mayoría de edad en España era de veinticinco años, con excepción de la comunidad autónoma de Aragón, la cual había fijado su mayoría de edad en los veintiún años.[229] De su parte, el Código Civil español de 1889 determinó la mayoría de edad en veintitrés años, edad que fue reducida a los veintiún años por el artículo 1 de la Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil.[230] Esta determinación de la mayoría de edad tuvo nuevamente una variación al reducirse a los dieciocho años por el artículo 1 del Real Decreto 33/1978 de 18 de noviembre, sobre la mayoría de edad.[231]

De la misma forma, la Constitución Española en su artículo 12 y el Código Civil español[232]en su artículo 240 establecieron que la mayoría de edad se alcanzaba a los dieciocho años de edad.[233] Tanto el constituyente como el legislador entendieron que esa edad es en la que se adquiere la capacidad plena por ostentarse la capacidad psicológica de autogobierno personal.[234] En cambio, el Código Civil de Puerto Rico en su artículo 97 establece la mayoría de edad a los veintiún años y dispone que la mayoría de edad capacita

---

[228] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 240.
[229] XI DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA REPÚBLICA 7091 (1870). *Véase* BERNARDO MORENO QUESADA, ET AL., DERECHO CIVIL DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA (2006).
[230] Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil (BOE 1943, 349) (España).
[231] Real Decreto - Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad (BOE, 1978, 275) (BOE-A-1978-28627).
[232] El artículo 12 de la Constitución Española establece lo siguiente: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años". CONST. ESP. art. 12, BOE n. 311, 29 de dic. De 1978 (España).
[233] La edad que establece el Ordenamiento Jurídico español está en armonía con la edad establecida en la Parte I, artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, la cual señala que "para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.
[234] ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, *supra* nota 196, en las págs. 41-43.

para realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales.[235]

El Tribunal Apelativo de Puerto Rico, en *Monsegur Roche v. Franqui Sánchez*, subrayó lo siguiente:

> [L]a minoría incapacita a la persona para realizar los negocios jurídicos que requieran la comparecencia de una persona mayor de edad. Como norma, este estado concede capacidad plena para todo acto civil y la misma se alcanza de forma automática una vez se adviene al tiempo legal establecido, a saber, los veintiún (21) años.[236]

Conviene aclarar que, el 1 de septiembre de 2000, se promulgó la Ley Núm. 289, conocida como La Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad, su Padre, Madre o Tutor y del Estado, con el propósito principal de reducir la mayoría de edad de veintiún años a dieciocho años en su artículo 3.[237] Algunos de las consideraciones expuestas en la Exposición de Motivos de esta ley establecían que a los menores de dieciocho años se les reconocía la posibilidad de participar en conflictos bélicos, el procesamiento como adultos en el ámbito penal y el derecho a emitir su voto en los procesos electorales. Es preciso advertir y puntualizar que el 18 de julio de 2001, se derogó el reseñado artículo 3 por la Ley Núm. 59, conocida como La Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad; Deroga Art. 3.[238] En consecuencia, se estableció que:

> La mayoridad se alcanzará al cumplir veintiún (21) años de edad según se dispone en el Artículo 247 del Código Civil de Puerto Rico, restituyéndose todos los derechos, obligaciones, beneficios y protecciones que confieren las leyes y reglamentos a los menores de veintiún (21) años de edad, así como a los padres o tutores de éstos.[239]

El cumplimiento de la mayoría de edad constituye un nuevo estatus jurídico en el cual se deja el estado civil de menor de edad y se adquiere otro, dotado de la capacidad

---

[235] CÓD. CIV. PR art. 97 (2020).
[236] Monsegur Roche v. Franqui Sánchez, KLCE 2011-00284 (STA de 13 de mayo de 2011).
[237] Ley Núm. 289-2000, conocida como la Declaración de derechos y deberes de la persona menor de edad, su padre, madre o tutor y del Estado, 2000 L.P.R. 289, art. 3.
[238] Ley núm. 59-2001, conocida como a Declaración de derechos y deberes de la persona menor de edad; Deroga Art. 3., 2001 L.P.R. 59.
[239] *Id.* en el art. 1.

plena para ejercer y asumir todos los derechos y obligaciones de los actos jurídicos de la vida civil y tener que responder con su propio patrimonio de ser necesario.[240] Anterior a la mayoría de edad, el menor estará sujeto, en algunas circunstancias, al criterio y valoración de si tuviera suficientes *condiciones de madurez*,[241] "si tuviere suficiente juicio"[242], "uso de razón suficiente para discernir",[243] "suficiente uso de razón y capacidad para discernir".[244] Estas valoraciones ocurren mayormente en situaciones de conflicto y deberán ser determinadas, caso a caso, por un juez o jueza por éstos ser conceptos jurídicos indeterminados.[245] Entendiéndose por concepto jurídico indeterminado a aquel concepto utilizado en una norma jurídica que adolece de imprecisión e incerteza en la interpretación, creando unas inconstancias que deberán ser subsanadas por el juzgador en su valoración y adaptabilidad a la realidad concernida. Ejemplo de lo anterior se ilustra en el artículo 156, el cual establece que, en las acciones en las cuales se diluciden los desacuerdos referentes al ejercicio de la patria potestad, se escuchará al hijo "si tuviera suficiente juicio" y, en todo caso, "si fuera mayor de doce años".[246] De esta expresión, se podría concluir que, en esa instancia, los mayores de doce años tienen *suficiente juicio*. No obstante, son más las disposiciones de ley en las que se les reconocen suficientes condiciones de madurez a los mayores de catorce años, como lo son: la capacidad de "declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente" [247] que le reconoce la Ley de Enjuiciamiento Civil

---

[240] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN Y DERECHO DE LA PERSONA 191 (1970).
[241] CÓD. CIV. ESP. art. 162.1 (BOE-A-1889-4763 (España).
[242] *Id*. en el art. 162.3. Otro ejemplo en el cual se emplea el criterio de *suficiente juicio* lo es el artículo 154.2 del Código Civil español, el cual señala lo siguiente: "[…] Si los hijos tuvieren *suficiente juicio* deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten […]." *Id.* art. 162.3.
[243] Producciones Alfonso Sanabria, Inc. v. Rosa Santiago y Maritza Rivera, KLCE 2013-00946 (STA de 19 de septiembre de 2013).
[244] *In re* López Olmedo, 125 D.P.R. 265-66, 281 (1990).
[245] MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, LA SOLUCIÓN JUSTA EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS 274, 283 (1998). Rivero Hernández puntualiza lo siguiente:

> [Una característica primordial del] "concepto jurídico indeterminado y de la técnica legislativa que lo emplea es que el valor o la experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una valoración jurídica según el sentido que la ley ha dado al concepto indeterminado de que se trate, para un supuesto de hecho concreto, pero impreciso en la ley.*

*FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, EL INTERÉS DEL MENOR 267 (2008).
[246] En la STC de 2 de junio de 2005, FJ 3 (RTC 2005/152), el Tribunal Constitucional español determinó que se le había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a un menor de nueve (9) años, quien gozaba del juicio suficiente para ser escuchado.
[247] Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 361(RCL 2000, 34) (España). En Puerto Rico, el Tribunal determinará si un menor de edad tiene la capacidad para ser testigo, según la Regla 109 de las de Evidencia. Regla 109. Determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia. (32 L.P.R.A. AP VI, R. 109). En *Pueblo v.*

español (en adelante LEC) en su artículo 361, el precepto de adquisición de la nacionalidad española, el cual le permite al mayor de catorce años solicitarla asistido de su representante legal [artículo 20.2 b)][248], la normativas españolas y puertorriqueñas que le confieren la capacidad de otorgar testamento, exceptuando el ológrafo (artículo 663.1 y el artículo 1641)[249] y la que permite que los mayores de catorce años consientan al tratamiento de sus datos e información de carácter personal (artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).[250] Se debe anticipar que la norma que rige lo concerniente al tratamiento de datos e información de carácter personal en la red informática en Puerto Rico es una Ley federal que le permite al mayor de trece años el tratamiento de sus datos.

Siguiendo el reconocimiento de los catorce años como el paradigma de la edad con ostentación de madurez suficiente, resulta pertinente añadir que las Reglas de Procedimiento Civil de Puerto Rico, según enmendadas, 32 LPRA Ap. III R. 4.4 (b) (2010) disponen que la manera de emplazar a una persona mayor de catorce años de edad es entregándole personalmente copia del emplazamiento y de la demanda a dicho menor y a su padre o madre con patria potestad, a su tutor o a su representante legal. Mientras, al menor de catorce años no se le tendrá que entregar copia, sino a sus representantes legales.

Lo hasta aquí discutido propicia el que se concluya de acuerdo con el enunciado esgrimido por MORENO FLÓREZ:

> Se plantea entonces si, en el supuesto de mayores de catorce años, ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez para prestar su consentimiento de los datos, debiendo a nuestro juicio, ser afirmativa la respuesta, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente

Canino Ortiz, el Tribunal Supremo de Puerto Rico admitió el testimonio de un menor de 8 años por haber testificado de manera clara, concisa y sorprendentemente detallada. Pueblo v. Canino Ortiz, 134 D.P.R. 796, 801 (1993).

[248] CÓD. CIV. ESP art. 20.2 b).

[249] CÓD. CIV. ESP arts. 662, 663.1; CÓD. CIV. PR art. 1641 (2020).

[250] Antes de la vigencia de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, el Reglamento de Desarrollo de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 13.1 (RCL 2008/150) (España), le reconocía también la edad de catorce años. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, art. 13.1.

> capacidad de discernimiento y madurez para llevar a cabo, por sí solos, determinados actos de la vida civil.[251]

En resumen, los menores de edad tienen capacidad de 'obrar' en algunos supuestos, delimitada la misma por la edad y, en otros, acotada por los conceptos jurídicos indeterminados respectivos a la madurez suficiente y suficiente juicio. Empero, ha habido una tendencia doctrinal a reconocerle las condiciones de madurez suficiente al mayor de catorce años.[252]

En consecuencia, se debe prevenir que la capacidad para consentir en el acopio y tratamiento de datos e información de carácter personal del menor de catorce años en España y del menor de trece años en Puerto Rico no libera a los progenitores o tutores de sus deberes de protección, educación y vigilancia.

B. La capacidad del menor no emancipado y los contratos de las redes sociales

Ante ordenamientos jurídicos que intentan responder a las nuevas necesidades capitalistas de consumo creadas por la tecnología, se tienen empresas multimillonarias capaces de acelerar el paso para anteponerse a posibles regulaciones estrictas y consuetudinarias. Estos pasos apresurados son ejecutados generalmente por estudiantes universitarios, especialistas e ingenieros en tecnología informática que se han aventurado a crear nuevos medios de comunicación, entretenimiento y posibles experiencias de realidades virtuales para obtener ganancias económicas. En muchas ocasiones, el poder económico obtenido rebasó las expectativas de muchos de estos empresarios, otorgándoles un poder incalculable de imposición contractual. La presencia de ese poderío se postuló vívidamente en los contratos de los proveedores de servicios de las redes sociales. Estos contratos serán el reflejo fiel de una desregulación sofisticada, esquematizada y sistémica para proteger a estas poderosas empresas. Como consecuencia

---

[251] Rosa M. Moreno Flórez, *Los menores y el control de la información personal,* en PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA VIGILANCIA 96 (María R. Llácer Matacás, coord., 2011).

[252] *Véase* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2012, en la cual el Tribunal refrendó que un menor de catorce años tiene "la capacidad de discernimiento" porque a partir de ese momento, se le considera responsable de los actos antijurídicos que pueda cometer tanto en el ámbito penal como en la esfera civil. SAP de Barcelona (Sección 16ta) de 19 de enero de 2012, FJ 4 (JUR 2012/92111).

de estos postulados, adviene la necesidad de auscultar algunos aspectos del régimen jurídico español y puertorriqueño respectivo a las contrataciones. Este análisis deberá realizarse en consonancia con el estudio de algunos contratos de diversas redes sociales para la identificación, entre otros aspectos, de aquellos derechos que los menores de edad ceden inadvertidamente al contratar con estas multinacionales.

En concordancia con lo anterior, se debe señalar que tanto el Código Civil español como el Código Civil puertorriqueño establecen que un contrato es un acuerdo entre varias personas que consienten en obligarse, "respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".[253] Ambas normativas aducen que los contratantes pueden pactar "las cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público"[254] y que "los contratos serán obligatorios *cualquiera que sea la forma* en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".[255] Es esta última expresión sobre la forma expuesta en el artículo 1278 del Código Civil español la que permite que los contratos digitales, electrónicos o telemáticos puedan ser reconocidos por su ordenamiento jurídico, después de que cumplan con los requisitos indispensables para lograr su eficacia jurídica. Igualmente, en Puerto Rico el contrato queda perfeccionado desde que se cumplen con los elementos indispensables sin exigirse un protocolo específico, "salvo en los casos en que se requiere el cumplimiento de una formalidad solemne […]"[256].

En este punto, es necesario hacer una breve referencia a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante Ley 34/2002), con el único propósito de valorar la concreción del contrato electrónico y sin entrar en un análisis pormenorizado de la misma, ya que podría ser objeto de otra u otras Tesis e investigaciones jurídicas. La Ley 34/2002 define en la letra "h" de su Anexo el concepto de "contrato celebrado por vía electrónica" o "contrato electrónico" como "todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones". Además, en el Inciso IV de la Exposición de Motivos,

[253] CÓD. CIV. ESP. art. 1254; CÓD. CIV. PR art. 1230 (2020). *Véase* Amador Parrilla v. Concilio Iglesia Universal de Jesucristo, 150 D.P.R. 571 (2000).
[254] CÓD. CIV. ESP. art. 1255.
[255] *Id.* art. 1278 (énfasis suplido).
[256] CÓD. CIV. PR art. 1237 (2020.)

esta ley favorece la celebración de contratos por vía electrónica, después de que se cumplan con las condiciones de validez descritas en el Código Civil y en el Código de Comercio. El artículo 51 del Código de Comercio español establece lo siguiente:

> Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos […][257]

De igual forma, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores denomina al contrato electrónico como *contrato a distancia.* El considerando 20 de dicha Directiva determina que:

> [E]l contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia.

Planteadas las referencias reseñadas, se debe considerar que entre las condiciones de validez aludidas, tanto en el Código Civil español como en el Código Civil puertorriqueño, se promulgan que, para que exista un contrato, deben concurrir tres requisitos básicos: "consentimiento de los contratantes",[258] "objeto cierto que sea materia

---

[257] Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (BOE-A-1885-6627) (España).

[258][258] Cabe señalar que en ambos Ordenamientos jurídicos no se establece un requisito explícito de capacidad, ya que sus Códigos hacen referencia a la capacidad para contratar *a contrario sensu*. Por ejemplo, en el Código Civil español, queda supeditada la referencia a la capacidad, a lo dispuesto en el artículo 1263, el cual aduce lo siguiente:

> No pueden prestar consentimiento:
> 1. Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.
> 2. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

de contrato" y "causa de la obligación que se establezca"[259]. Si se aplican estos requisitos a los contratos de las redes sociales, se identificará como el objeto del contrato: al acceso del uso y los servicios que proveerá la *plataforma* (red social); mientras que la causa del contrato será: la cesión de datos e información que inserta el usuario en *la plataforma.*

Ahora bien, es necesario puntualizar que la salvedad esbozada en el artículo 1263.1 del Código Civil español que alude a la posibilidad de que, en ciertos casos, el menor de edad pueda prestar consentimiento fue una de las reformas incorporadas por las enmiendas realizadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Esta reforma figura tener la intención de empoderar a los menores no emancipados con el aparente reconocimiento de cierta autonomía de la voluntad. De hecho, se ha cimentado la afirmación de la legalidad del consentimiento brindado por estos menores en los contratos de las redes sociales al amparo de la premisa del artículo 1263.1 del Código Civil español que reconoce la posibilidad de que el menor consienta en aquellos contratos de "servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".[260]

No es rebatible que las redes sociales se han convertido en los nuevos ecosistemas mediatizados en correspondencia con las nuevas formas de interacción y comunicación de muchos menores de edad. Ahora bien, lo anterior deberá evaluarse en armonía con el artículo 1264 del Código Civil español, el cual establece que lo previsto en el artículo 1263 "se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes pueden establecer". Con relación a las redes sociales, esto sugiere que no todos los menores no emancipados podrán ejercer la cláusula de salvedad porque tendrán que considerar el requisito de capacidad establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, el cual establece lo siguiente:

---

* *Id.* art. 1263. Al respecto, ESPÍN CÁNOVAS señala que el consentimiento tiene que proceder de sujetos capaces y que estén legitimados para contratar por no existir ninguna prohibición respecto a ellos. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. III, pág. 362 (4ta ed. 1975).

[259] CÓD. CIV. ESP. art. 1261; CÓD. CIV. PR art. 1237 (2020).

[260] Algunos juristas entienden que, con anterioridad a las modificaciones señaladas al Código Civil español, se toleraba la premisa de la validez de los contratos otorgados por los menores de edad con los proveedores de servicios de las redes sociales. Margarita Orozco González, *La red como escenario de conflictos,* en SOCIOLOGÍA DEL CONFLICTO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS 255 (Diego Becerril Ruiz & Antonio M. Lozano Martín, eds., 2017).

1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan 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.
2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

Mientras el Código Civil español considera una salvedad que le reconoce capacidad para consentir a algunos menores no emancipados en ciertos casos, el Código Civil puertorriqueño hace lo propio y reitera al establecer una excepción para la validez de los actos del menor de edad que haya cumplido los dieciocho años, pese a que se encuentre sujeto a la patria potestad o a la tutela, si al momento de haber dado su consentimiento, "su grado de madurez, discernimiento, instrucción académica e independencia de sus mayores le permiten comprender la naturaleza y las consecuencias jurídicas de aquellos, excepto cuando la ley le impide expresamente realizarlos".[261]

Sin pretender erosionar el reconocimiento de ciertas y limitadas libertades contractuales reconocidas a los menores de edad, las doctrinas mayoritarias señalan que la capacidad contractual coincide con la capacidad plena de obrar y que, por lo tanto, aquellas personas que tengan limitada su capacidad también la tienen limitada para contratar.[262] Por consiguiente, como regla general, los menores de dieciocho años no tienen la capacidad de consentir en un proceso contractual en España, mientras que, en Puerto Rico, no la tienen los menores de veintiún años. Sin embargo, es conveniente subrayar que esta regla general no es un principio indefectible, como se anticipara anteriormente, porque no se puede abstraer de la normativa jurídica española que le concede al menor de edad, el poder de otorgar capitulaciones matrimoniales sin el consentimiento de sus progenitores si pacta separación de bienes o régimen de

[261] CÓD. CIV. PR art. 107 (2020).
[262] ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, *supra* nota 196, en la pág. 58. Según Giménez Arnau, la capacidad de obrar del contratante es un juicio jurídico y psicológico complejo porque se fundamenta en unos hechos positivos, como lo es la edad, y en otros hechos negativos, como lo son la inexistencia de incapacidad o prohibición. Además, habrá de añadírsele a lo anterior, el que habrá que observar en el otorgante no tan sólo si goza de "la aptitud o posibilidad de tenencia de derechos, sino a la inmediata posibilidad de ejercitarlos por sí mismos". ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL 105 (1954).

participación, aun antes de celebrado el matrimonio.[263] Mientas, el Código Civil puertorriqueño establece que los menores no emancipados que gozan de capacidad para contraer matrimonio, podrán otorgar capitulaciones matrimoniales y modificarlas "pero necesitan el consentimiento de ambos progenitores o del progenitor que ejerza sobre ellos la patria potestad o del tutor, según corresponda"[264]. De igual manera, ambos ordenamientos jurídicos le permiten al menor de edad realizar donaciones por razón de matrimonio, con autorización de sus progenitores o tutores.[265]

De conformidad con lo anterior, se debe prevenir que los contratos celebrados por un menor de edad no emancipado que no cumplieran con las excepciones cobijadas por la ley no son nulos, sino meramente anulables. Surten todos sus efectos hasta que no sean impugnados, bien por los representantes legales del menor o por el mismo menor, cuando alcance la mayoría de edad y dentro del plazo de cuatro años dispuesto.[266] Si no se ejercita oportunamente la acción de anulabilidad, el contrato es perfectamente eficaz y obliga al menor, aunque deba ser sustituido por su representante legal para su cumplimiento.

No obstante, como parte relevante de la reflexión concerniente a la capacidad contractual del menor de edad y la posible consecuencia de la anulabilidad, se debe recordar el caso denominado popularmente como el caso *forfait* correspondiente a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de junio de 1991. A su vez, se deberán repasar las expresiones del más Alto Foro español en la STS 24/2000 de 21 de enero de 2000 referentes a la doctrina del "discernimiento suficiente".

El caso *forfait* giró en torno a un menor de dieciséis años que adquirió un forfait para poder tener acceso a una estación de esquí. Debido a la caída de un cable de arrastre de la instalación, el menor de edad sufrió un accidente que le causó lesiones graves. Al interponerse la demanda en reclamación de daños y perjuicios, una de las codemandadas

[263] CÓD. CIV. ESP. art. 1329. Se debe aclarar que, en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, no existe la cláusula de salvedad que permitiría que un menor de edad pudiera otorgar capitulaciones matrimoniales cuando "sus cláusulas se limiten a pactar el régimen de separación o el de participación". CÓD. CIV. PR art. 500 (2020). *Véase* Gil v. Marini,167 D.P.R. 553 (2006).
[264] CÓD. CIV. PR art. 500 (2020). *Véase* Gil v. Marini,167 D.P.R. 553 (2006).
[265] CÓD. CIV. ESP. art. 1338; CÓD. CIV. PR art. 505 (2020).
[266] CÓD. CIV. ESP. arts. 1300, 1301. Se debe señalar que el artículo 1302 señala que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquéllos con quienes contrataron. CÓD. CIV. ESP. art. 1302. A este respecto, MOTES BERNET aduce que la acción de anulabilidad no podrá ejercerse "[…] por la persona que ha contratado con el menor, dada la falta de protección existente respecto de la misma, quedando por ello, vinculada […]". CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET, *supra* nota 225, en la pág. 122.

alegó la nulidad del contrato porque el menor carecía de capacidad contractual por tener dieciséis años. Sobre esa contención, el Tribunal Supremo español aclaró lo siguiente:

> [L]a calificación por la Sala «a quo» como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad «Telesquís de la Tossa de Alp, Das y Urus S. A.» y el actor recurrente, no resulta contradicha por la circunstancia de que éste fuera menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad […].[267]

De igual modo, en la STS 24/2000 de 21 de enero de 2000, el Tribunal Supremo español determinó que:

> [C]onviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con su intervención efectiva y prestado consentimiento, por lo tanto, sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resulta aplazado en sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad pueden efectuar su ratificación confirmatoria […] justificando así el consentimiento prestado. […] No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida radicalmente la relación jurídica.[268]

La doctrina del "discernimiento suficiente" ha ido gestándose como rectora determinante en lo concerniente a la nulidad o anulabilidad de un contrato otorgado con un menor de edad. En tal sentido, si se demuestra que el menor de edad no tenía la capacidad de discernir el contenido de las obligaciones adquiridas ni sus consecuencias, el contrato sería nulo.[269] En Puerto Rico, cuando un menor de edad utiliza subterfugios para hacerle creer al contratante que es mayor de edad, no podrá ampararse en su minoría de edad para reclamar incapacidad contractual. Así lo ha dispuesto el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico en el caso *Rivié Delgado v. Boutet Thatcher Lamastus*. En esa ocasión, el tribunal señaló lo siguiente:

---

[267] STS de 10 de junio de 1991, FJ 3 (RJ 1991/4434).
[268] STS de 21 de enero de 2000, FJ 2 (RJ 2000/113). *Véase además a* Trinidad v. Chade*,* 153 D.P.R. 280 (2001); Coriano Castro v. Cruz Benabé, KLAN 2000-9900636 (STA de 11 de mayo 2000).
[269] Gil v. Marini,167 D.P.R. 553, 562 (2006).

> [C]uando la transacción es justa y la otra parte contratante verdaderamente y de buena fe piensa que está contratando con un mayor de edad, el menor no puede atacar el negocio en el cual entró arguyendo su falta de capacidad para contratar. De ahí que en Puerto Rico son válidos los contratos otorgados por los menores de edad que han representado ser mayores, si esa representación llevó a las otras partes a confiar en dichos menores y a contratar con ellos como si fueran mayores de edad.[270]

En el tráfico comercial, hay varias instancias en que los menores intercambian prestaciones y a veces éstas las realizan con relativa frecuencia (compraventa de dulces, accesorios escolares y otros). La capacidad de obrar ejercida en estas transacciones ha sido reconocida por la doctrina para los "actos mínimos o sin importancia".[271] Se deberán considerar factores como: el valor de lo adquirido y la cotidianidad del acto. Al mismo tiempo, resulta evidente que existen unos criterios sociales de admisibilidad de esa actuación de negociación con arreglo a los cuales un replanteamiento *a posteriori* de la validez del contrato sería inadmisible.[272] De hecho, en el mencionado caso *forfait*, el Tribunal Supremo español reconoció esta doctrina al esgrimir lo siguiente:

> [R]esulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes […].[273]

Por consiguiente, la capacidad contractual de los menores no emancipados será variable en función del grado de desarrollo intelectual y madurez que corresponda a cada edad. A medida que la edad aumenta aproximándose a la mayoría de edad, la gama de contratos realizados por el menor y su complejidad y cuantía aumentan, pero se parte del tipo de transacción y del discernimiento suficiente que le permita expresar su voluntad y entender sus obligaciones.[274] Por lo tanto, será deseable que se le instruya al menor para

---

[270] Rivié Delgado v. Boutet Thatcher Lamastus, KLAN 2004-200000190 (STA de 13 enero de 2004). *Véase además* a Del Valle Ríos v. González, 94 D.P.R. 463 (1967).
[271] MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA, EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR NO EMANCIPADO 35 (2004).
[272] Francisco Jordano Fraga, *La capacidad general del menor,* LXVIII Rev. Der. Priv. 892 (1984).
[273] STS de 10 de junio de 1991, FJ 3 (RJ 1991/4434).
[274] Jordano Fraga, *supra* nota 272.

que comprenda las transacciones contractuales que realiza en su cotidianidad y sus posibles consecuencias para que pueda empoderarse y ejercer su limitada autonomía con responsabilidad.

Esta posición jurídica ante algunos contratos efectuados por los menores de edad en su vida cotidiana ha sido valorada por la doctrina como una manifestación de tolerancia por parte del legislador[275] y del juzgador, quienes le reconocen algún ámbito de capacidad, aunque limitado. Es por tal motivo que el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso In re López Olmedo arguyó lo siguiente:

> En Puerto Rico no se ha establecido estatutariamente una distinción, a base de edades, entre los menores que carecen totalmente de uso de razón y los que tienen capacidad para discernir, los llamados "menores adultos". Está fuera del ámbito de la competencia de este Tribunal determinar una edad específica para establecer dicha distinción. Ese asunto le corresponde dirimirlo en su día, de creerlo pertinente, a la Asamblea Legislativa. Mientras así sucede, y para resolver las controversias que puedan llegar a la atención de este Tribunal, debería tomarse en consideración la totalidad de las circunstancias de cada caso en particular para determinar la ausencia o presencia de capacidad para contratar.[276]

Sin embargo, las cuestiones suscitadas no eximen a quien contrate con un menor de edad de cerciorarse si el mismo, por razón de su edad y el contenido del negocio de que se trate, tiene la suficiente madurez para realizarlo y que ejercita un poder de representación expreso o tácito de sus progenitores.[277] Éste es el racional que subyace cuando un vendedor de efectos escolares le vende una libreta a un menor, sin cuestionarse la validez del contrato de compraventa y sin solicitarle la representación del progenitor o tutor. En contraste, si este mismo menor de edad fuera a comprar un bien de valor considerable, el vendedor no deberá descansar en la mera convicción de la representación tácita y deberá exigir la representación presencial del progenitor o tutor.

[275] Valpuesta Fernández, *supra* nota 188, en la pág. 224.
[276] *In re* López Olmedo, 125 D.P.R. 265-66, 286 (1990).
[277] Jordano Fraga, *supra* nota 272, en la pág. 887.

C. El contrato de adhesión como 'régimen jurídico' de los contratos de las redes sociales

El contrato de adhesión se diferencia del esquema tradicional de pactos al permitir la desigual intervención de las voluntades.[278] Este tipo de contrato cuyo contenido está redactado por una sola de las partes, por lo general por el proponente o proveedor de servicios, no le da la oportunidad al 'aceptante' de discutir las cláusulas y condiciones del contrato. Por el contrario, el solicitante o usuario del servicio ha de adherirse a un prototipo de contrato que no se puede alterar por ajustarse a un modelo estándar redactado casi siempre por abogados de bufetes multimillonarios.

Cuando comenzó a perfilarse este tipo de convenios, se planteó el desequilibrio palpable de la autonomía de la voluntad de cada una de las partes, lo que despertó muchas inquietudes sobre sus características y su atípica naturaleza contractual. Esta preocupación desarrolló dos teorías sobre la naturaleza del contrato de adhesión. Una de estas teorías se denominó como la "Teoría del acto unilateral de naturaleza reglamentaria"[279], la cual rechazaba el carácter contractual de los pactos de adhesión. A la otra teoría se le denominó como la "Teoría contractualista", la cual legitimaba el carácter contractual de los contratos de adhesión, como respuesta que da la producción en masa a la demanda de bienes o servicios determinados, de manera que el cliente debía de tomarlo o dejarlo.[280] Huelga afirmar que la "Teoría contractualista" se fue cimentando como la epistemología jurídica sobre la cual se sedimentaría la reiteración del contrato de adhesión.

En España, el contrato de adhesión se considera un contrato atípico[281] mientras que en Puerto Rico este tipo de contrato fue contemplado y legislado en el nuevo Código

---

[278] ESPÍN CÁNOVAS, *supra* nota 258, en la pág. 408.
[279] DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. III, *supra* nota 258, en la pág. 396.
[280] *Id. Véase* JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL 448-49 (2da ed. 1978); JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL 346 (1999). La base de un contrato de adhesión surge del concepto de oferta: "*take it or leave it*" ("tómalo o déjalo"). MARTIN A. FREY, ESSENTIAL OF CONTRACT LAW 82 (2014).
[281] Los contratos atípicos son aquéllos que no están previstos y contemplados por la ley, pero que se pueden realizar, una vez se cumpla con los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil español. Con relación a los contratos atípicos, PUIG BRUTAU subrayó que el problema que podía suscitar este tipo de contrato era uno práctico porque sólo los contratos que se ajustaban a una figura determinada, o sea los contratos típicos, tenían previstas sus consecuencias y sólo en ellos la voluntad implícita de los contratantes

Civil de Puerto Rico que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020. Al respecto, este código establece que "[e]l contrato es celebrado por adhesión si el aceptante se ve precisado a aceptar un contenido predispuesto"[282]. Igualmente, precisa que la interpretación de sus cláusulas favorecerán a "la persona que se vio precisada a aceptar su contenido"[283].

Es un hecho consustancial que la característica más alarmante de este tipo de contrato estriba en que las partes no están situadas en igualdad de condiciones, sino que el contrato se presenta redactado por quien tiene un poder superior de negociación.[284] Esta *supremacía contractual* conlleva la peligrosidad de que la parte con poderío redacte cláusulas onerosas y abusivas que afecten a la parte con menos poder. Esta peligrosidad ha sido acentuada por DE CASTRO al destacar que "la intrínseca peligrosidad de este tipo de contratos, en el que a una de las partes se le deja mano libre para establecer cláusulas abusivas en daño de la otra parte; así, por ejemplo, imponiendo cláusulas de exención de responsabilidad […]."[285]

Es por esta peligrosidad que uno de los problemas que se han planteado sobre el contrato de adhesión es si se debería tutelar la voluntad débil del contratante que se adhiere a la voluntad fuerte de la parte que redacta e impone las cláusulas y condiciones.[286] Este planteamiento ha acarreado el que se pretenda proveerle algunas

---

se hallaba de antemano reflejada en las reglas de Derecho supletorio, sin perjuicio de que, de manera expresa, los contratantes pudieran desplazar esta regulación. PUIG BRUTAU, *supra* nota 280, en las págs. 448-49.

[282] CÓD. CIV. PR. art. 1248 (2020).

[283] *Id.*

[284] JOSÉ PUIG BRUTAU, *supra* nota 280, en la pág. 478. *Véase además a* Nathan Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, 27 YALE L.J. 34 (1917); Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629, 632 (1943); Albert A. Ehrenzweig, *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws,* 53 COLUM. L. REV. 1072, 1075 (1953); Edwin W. Patterson, *The interpretation and construction of contracts*, 64 COLUM. L. REV. 833, 856 (1964).

[285] FEDERICO DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL 1053 (1982). DE CASTRO ha señalado que los contratos de adhesión ostentan generalmente condiciones abusivas que han llevado a algunos autores a expresar que los jueces podrían anular las cláusulas dolosas y las cláusulas leoninas. Sin embargo, hay otros autores que se inclinan a "no abandonar el criterio del respeto a lo convenido por contrato". FEDERICO DE CASTRO, *supra*, en la pág. 1054. A este respecto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Coop. Saldaña v. Casiano Rivera,* señaló que "la facultad moderadora de los tribunales debe usarse sólo con gran cautela y justificación, pues la acción de limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes debe ejercerse únicamente en circunstancias extraordinarias". Coop. Sabaneña v. Casiano Rivera, 184 D.P.R. 169, 176 (2011). *Véase* Sea World, Inc. v. Peche de Puerto Rico, Inc.*,* KLAN 2012-01046 (STA de 8 de agosto de 2012).

[286] ESPÍN CÁNOVAS, *supra* nota 258*,* en la pág. 396.

defensas y directrices al consumidor o usuario sobre lo que podría ser un contrato de adhesión abusivo. Se considera que un contrato de adhesión es abusivo cuando causa un desequilibrio tal que favorece injustificadamente a una de las partes en posible detrimento de la otra. Cuando esto ocurre, la parte afectada, casi siempre *la parte débil*, podrá solicitar el rescindir el contrato o una cláusula determinada al amparo de la defensa de *cláusula abusiva*.[287] De la misma forma, se ha sostenido que, si el entendimiento y plena comprensión de las cláusulas del contrato de adhesión están fuera del alcance de uno de los contratantes, a quien no se le ha dado la oportunidad de esclarecer sus dudas o buscar asesoría al respecto, se estaría ante una contratación abusiva.[288]

Sobre las cláusulas abusivas, el artículo 1249 del Código Civil puertorriqueño trata de atemperar la situación al establecer las instancias en las cuales pueden ser anulables este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión y determina lo siguiente:

> Son especialmente anulables en los contratos celebrados por adhesión las siguientes cláusulas:
> (a) la que no se redacta de manera clara, completa y fácilmente legible, en idioma español o inglés;
> (b) la que autoriza a la parte que la redactó a modificar, unilateralmente, los elementos del contrato;
> (c) la que le prohíbe o limita al adherente la interposición de acciones, y restringe las defensas o los medios de prueba a disposición del adherente, o invierte la carga de la prueba;
> (d) la que excluye o limita la responsabilidad de la parte que la redactó;
> (e) la que cambia el domicilio contractual del adherente sin que medien razones para ello;
> (f) la que, ante el silencio del adherente, prorroga o renueva un contrato de duración determinada; y
> (g) la que excluye la jurisdicción de una agencia reglamentadora.[289]

En atención a este asunto, el Ordenamiento Jurídico español en el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala que:

> [S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas

[287] FREY, *supra* nota 280, en la pág. 82.
[288] FREY, *supra* nota 280, en la pág. 83.
[289] CÓD. CIV. PR. art. 1249 (2020).

> expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Además, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.[290]

Este tipo de contratación pone en evidencia que la visión del contrato como pacto entre individuos libres e iguales ha sufrido profundas transformaciones desde el advenimiento de la economía de consumo.[291] Más aún, la tecnología ha evolucionado de forma tan urgente y apresurada que se le está anteponiendo al individuo, por lo que la institución del contrato no basta para asegurar la equidad contractual ni para resolver las dificultades sustantivas ni las procesales que presenta la recopilación de datos e información de carácter personal a través de las redes sociales.

Tal vez, visionario de los cambios precipitados que se avecinaban, CASTÁN TOBEÑAS, aspirando a un nuevo enfoque del Derecho Civil de su época, formuló que no bastaba con asegurar la igualdad de fuerzas en el momento de la celebración de un contrato, sino que también había que hacer frente a la lesión sobrevenida con posterioridad a ese momento. Por tal motivo, propuso facilitar la resolución o la revisión de algunos contratos en aquellas situaciones en que acontecimientos que no pudieron ser previstos al momento del otorgamiento tornasen demasiado oneroso para una de las partes el proseguir con el mismo.[292]

Una vez reseñadas las peculiaridades del contrato de adhesión, se debe proceder a clasificar al contrato de las redes sociales como un contrato de adhesión, ya que este contrato consiste en un conjunto de cláusulas y condiciones predispuestas por el proveedor de la red y dirigidas a unos posibles usuarios que, para tener acceso al servicio, no tendrían otra alternativa que la de pulsar el botón de aceptación de dicho acuerdo. A este tipo de contrato se le denomina como *clickwrap agreement.* Los *clickwrap*

---

[290] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, art. 82.3 (BOE-A-2007-20555) (España). No obstante, se debe advertir que el que una cláusula de un contrato sea declarada abusiva, y por ende nula, no hace que la totalidad del contrato lo sea, ya que, si éste puede subsistir sin dicha cláusula, seguirá siendo obligatorio en los mismos términos.
[291] LACRUZ BERDEJO, *supra* nota 280, en la pág. 337.
[292] JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, HACIA UN NUEVO DERECHO CIVIL 116 (1933).

agreements son aquellos contratos que se perfeccionan al cibernauta pulsar el botón de "[e]stoy de acuerdo". Por su parte, los *browsewrap agreements* son aquellos acuerdos que ocurren por la mera utilización de la plataforma o aplicación de la red informática, lo cual conllevará la aceptación de las cláusulas y condiciones sin tener que pulsar botón alguno.[293] No obstante, la realidad apunta a que la mayoría de los usuarios han pulsado el botón de "[e]stoy de acuerdo" sin haber leído cuidadosamente las cláusulas y condiciones, por lo que no tienen pleno conocimiento de a qué se están comprometiendo.

Si los contratos de adhesión han sido mirados siempre con sospecha por entenderse que sus cláusulas pueden resultar abusivas para el aceptante, cuánto más arriesgado puede resultar si se realiza *a distancia* y sin el beneficio de consultar cualquier duda que pueda surgir de la lectura del mismo. Cabe destacar que los contratos de las redes sociales están basados en la 'cultura' de la desregulación y la manipulación. Esto conllevará el que los mismos contratos establecerán 'la normativa', los aspectos procesales y la jurisdicción por la cual se regirán. Es por tal motivo que estos tipos de contratos deberían ser regulados de maneras más eficientes y adoptarse medidas cautelares para buscar una adecuada protección al usuario que evitara los desequilibrios y abusos que pudieran producirse.[294] Asimismo, se deberían adoptar providencias más rigurosas cuando el usuario es un menor de edad, porque la auscultación del entendimiento, madurez o discernimiento suficiente del menor no será posible ni eficaz. Lo que supone que, cuando se desplaza el análisis de la capacidad contractual del menor de edad al entorno de la tecnología informática, hay que vislumbrar que se está ante un nuevo y profundo reto jurídico. Es sabido que el contrato electrónico, digital o telemático reviste un cúmulo de complejidades, debido a que es un contrato de adhesión que tiene un ámbito operativo de impacto internacional.

---

[293] Jean-Philippe Moiny, *Facebook y la Directiva 95/46: Algunas reflexiones,* en PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA VIGILANCIA 288 (María R. Llácer Matacás, coord., 2011).

[294] JOSÉ A. VEGA VEGA, DERECHOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES 75, 78 (2005). *Véase además* a SANTIAGO RIVERO ALEMÁN, CRÉDITO, CONSUMO Y COMERCIO ELECTRÓNICO 132 (2002). Un ejemplo de una medida cautelar es la que ha establecido el Ordenamiento Jurídico de México al establecer la obligatoriedad de registrar una serie de contratos de adhesión. El Registro de Contratos de Adhesión en Línea (RCAL) sirve para registrar los modelos de contrato de adhesión obligatorios y voluntarios de los proveedores que deseen comercializar bienes o servicios de consumo; de esta manera, se analiza que éstos no contengan cláusulas abusivas, lesivas o inequitativas para los intereses de los consumidores, protegiendo la actividad comercial de la sociedad. El Registro de Contratos de Adhesión en Línea (RCAL), rcal.profeco.gob.mx (última visita 23 de mayo de 2020).

1. Los contratos de *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat*

Los proveedores de servicios de las diversas plataformas de redes sociales han diseñado unos prototipos de contratos para tratar de salvaguardar el que el patrimonio de sus empresas se vea afectado o comprometido por acciones de daños y perjuicios, cuyas causas civiles emanarían en su mayoría de la violación de derechos fundamentales. Este tipo de contrato por lo general es extenso y no es de fácil lectura porque alude a la terminología técnica electrónica, digital o telemática y a la jurídica, además de obligar al usuario a navegar por otras páginas de enlace para la comprensión legítima de la declaración de derechos y obligaciones.

Para efectos del presente estudio, el análisis se delimitará a las redes sociales *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat* y a la contratación de estas redes sociales con usuarios menores de edad no emancipados. Para ello, hay que considerar si se mantienen los mismos preceptos generales relativos a la capacidad contractual del menor, cuando las partes operan en el entorno de la red informática. Sin embargo, es menester insistir que la edad mínima para que un menor pueda participar en las redes informáticas sin el consentimiento de sus progenitores o tutores es de catorce años en España,[295] mientras que en Puerto Rico es de trece años.[296]

Muchos menores, por la necesidad de ser parte activa en las tendencias y estilos de vida de su generación, se suscriben a una red social, convirtiéndose en usuarios. Un usuario crea su identidad digital consintiendo al contrato y registrándose en una de las redes sociales. Este registro conlleva el brindarle una información básica a la plataforma de la red. Esta información consiste en la dirección de un correo electrónico que quedará vinculado a la plataforma, un nombre de usuario, la fecha de nacimiento y una contraseña. Si el usuario quiere proveer más información personal, la podrá incluir en diferentes apartados provistos por la red.

---

[295] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, art. 17 (BOE-A-2018-16673) (España).

[296] 15 U.S.C. § 6501(2)(A)(ii) (1998). Se debe precisar que estas edades son *peculiares* puesto que se apartan de la edad de dieciséis años requerida por el Ordenamiento Jurídico español (CÓD. CIV. ESP. art. 241) y de la edad de dieciocho años requerida por el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño para la emancipación (CÓD. CIV. PR. art. 641).

Mientras tanto, otros menores falsean o suplantan sus perfiles y fechas de nacimiento para cumplir con la edad que requiere la red a la que desean pertenecer. Ésta es la manera en que muchos menores tienen acceso a sitios y contenidos de la red informática, los cuales les serían vedados si no fuera porque han mentido con relación a su verdadera identidad.

a. La red social *Facebook* y algunos de sus servicios

Facebook es un sitio web o plataforma que brinda servicios de red social en la cual los usuarios pueden crear un perfil personal o grupal que les permite comunicarse con otros usuarios denominados "amigos". Esta red social fue fundada el 4 de febrero de 2004 por Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin, Dustin Moskovitz y Chris Hughes. Sin embargo, tiene sus orígenes en la red *Facemash* creada en el año 2003 por Zuckerberg durante su estancia académica en la Universidad de Harvard. La intención primaria de la creación de *Facemash* fue conectar a los diferentes estudiantes del recinto universitario a través de la red informática. *Facemash* fue una red de breve duración porque Zuckerberg fue suspendido por las autoridades administrativas de la Universidad de Harvard por acceder y sustraer información e imágenes de la base de datos de la institución. Esa situación abonó para que Zuckerberg abandonara sus estudios universitarios y se dedicara por completo a la fundación de *Facebook*.[297]

Facebook le ofrece al usuario diferentes formas de conectarse con los presuntos *amigos* virtuales, como por ejemplo: 1) La conexión escaneada - Le permite al usuario escanear las direcciones del correo electrónico en su libro de direcciones de correo electrónico para ver si esas personas ya están en *Facebook*, permitiéndole seleccionar entre aquéllos con quienes decide finalmente conectarse; 2) La conexión de referencia - La plataforma le muestra nombres y fotos de personas que probablemente conozca o le gustaría conocer al usuario, basándose en aspectos comunes como el lugar de residencia, trabajo y la coincidencia de los nombres de los *'amigos'* en común; 3) La conexión por búsqueda - *Facebook* le permite al usuario realizar búsquedas directas de personas

[297] SUSAN DOBINICK, MARK ZUCKERBERG AND FACEBOOK 6-10 (2013). *Véase* DAVID KIRKPATRICK, THE FACEBOOK EFFECT: THE INSIDE STORY OF THE COMPANY THAT IS CONNECTING THE WORLD 19 (2010).

específicas, ya sea por nombre o por su número de teléfono, si es que la persona del perfil buscado incluyó la información correspondiente.

En *Facebook*, los usuarios se mantienen informados de las novedades o actualizaciones de sus 'amigos' a través de la herramienta virtual de las *News feed* (Noticias). Las *News feed* incluyen también las actualizaciones de las páginas a las cuales el usuario le ha dado *Like* (Me gusta). Otro de los servicios brindados por la plataforma de *Facebook* es el *Timeline* el cual permite que un usuario represente cronológicamente una serie de publicaciones etiquetadas por fecha. El *Timeline* de un usuario se convierte en su álbum y diario virtual estructurado cronológicamente y puede ser asumido como una representación de la personalidad del usuario. En el *Timeline,* se pueden etiquetar 'amigos', señalar fechas y localizaciones e insertar fotos y vídeos. Asimismo, el usuario tendrá la prerrogativa de escoger el que sus publicaciones sean públicas o privadas, lo anterior sin olvidar que hablar de público o privado en una red social es simplemente aludir a que una publicación sea más pública o menos pública.

La trascendencia de las publicaciones del *Timeline*[298] de un usuario estriba en que éstas dejarán un rastro de identidad virtual que podría beneficiarle o perjudicarle. Es por tal motivo que *Facebook* brinda la alternativa de revisar si las publicaciones en las que está etiquetado continuarán apareciendo en su *Timeline.* Además, le permitirá al usuario revisar el *Timeline* cuando las personas de las que no es *'amigo'* etiquetan una de sus publicaciones. Sin embargo, aunque le brinda estas alternativas de alegado resguardo, le advierte al usuario que las publicaciones en las que está etiquetado también podrían aparecer en las *News feed,* en diferentes búsquedas realizadas por otros usuarios y en otros lugares en *Facebook,* sin especificar lugar alguno, dejando así un rastro de incertidumbre.[299] Es claro que la ambigüedad referida es intencional porque produce un abanico de alternativas más abarcadoras que redundarán en una mayor protección para *Facebook* como empresa y no para el usuario.

[298] Historial cronológico de mensajes, fotos y vídeos.
[299] FACEBOOK*, Help Center*, https://www.facebook.com/help/168229546579373?helpref=faq_content (última visita 14 de enero de 2021).

i. Registro y creación de la identidad digital en la red social *Facebook*

Para pertenecer a la red social de *Facebook*, el usuario potencial tendrá que registrarse en la plataforma y crear una identidad digital. Este registro o creación de cuenta conllevará complementar un formulario, cuyo objetivo principal será la identificación de la parte con la cual se contratará. Este registro implicará la primera cesión de datos personales, ya que se le tendrá que informar al proveedor de servicios de la red lo siguiente: el nombre y apellido(s), el número de teléfono celular o la dirección de correo electrónico, un nombre de usuario, una contraseña, la fecha de nacimiento y el género. Sucede a la pregunta referente al género, un párrafo que advierte que al pulsar el *botón* titulado "Crear cuenta", el solicitante acepta las "Condiciones del servicio" y confirma que ha leído la "Política de datos" y el "Uso de *cookies*". Además, le deja saber al usuario potencial que le enviará notificaciones a su teléfono celular a través de la mensajería SMS de *Facebook* (SMS - *Short Message Service*). Obviamente, lo anterior supone que el solicitante escogió brindar el número de su teléfono celular ante la alternativa de proveer la dirección de correo electrónico.[300]

La identificación del usuario configurará una identidad digital única en esa red social. Esto quiere decir que no existirán dos personas con el mismo nombre de usuario atado a la misma contraseña. Cabe aclarar que el concepto de identidad digital, también conocido como identidad virtual, identidad cibernética o e-identidad, trasciende a la mera identificación digital de un usuario porque el concepto pretende encapsular la representación, la proyección y las prácticas sociales de una persona en el ecosistema de la red informática.[301] La identidad digital algunas veces no tendrá relación alguna con la identidad *offline* de la persona. Esto ocurre porque muchas personas proyectan sus personalidades o sus vidas a través de la red como una representación idealizada o falseada de sus verdaderas realidades. Igualmente, algunos usuarios alteran las imágenes de sus cuerpos evitando que la identidad física corresponda a la imagen fidedigna y auténtica de su anatomía corporal.

---

[300] FACEBOOK, *Log into Facebook,* https://www.facebook.com/login/device-based/regular/login/?login_attempt=1&next=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fadpreferences%2Fad_settings%2F%3Fentry_product%3Daccount_settings_menu&lwv=100 (última visita 14 de enero de 2021).

[301] MARIZA GEORGALOU, DISCOURSE AND IDENTITY ON FACEBOOK 13 (2017).

Huelga mencionar que, en el caso de la identificación digital de los menores de edad, uno de los propósitos puntuales de la información requerida por el proveedor del servicio gira en torno al cumplimiento con las regulaciones pertinentes sobre la edad de capacidad 'contractual' del usuario. Sin embargo, *Facebook* no se compromete con el usuario a corroborar la veracidad de la información suministrada y tampoco especifica si utiliza un mecanismo de identificación digital. Un compromiso sobre la veracidad de las identidades digitales sería muy oneroso y problemático para la red porque se podría tener la certeza de la dirección de la computadora o equipo telemático usado y no necesariamente de la persona que gestionó el registro o insertó un determinado mensaje. Empero lo anterior, *Facebook* advierte que si un menor de trece años[302] o de catorce años[303], dependiendo del lugar donde resida, realiza un registro en la red, su cuenta será eliminada. La batalla contra el falso registro concerniente a menores de edad se hace más espinosa de combatir cuando algunos menores que no cumplen con la edad estatuida por ley o reseñada en el contrato se registran mintiendo sobre su fecha de nacimiento y utilizan una foto de otra persona o una foto genérica alusiva a paisajes, símbolos, etc., como foto de perfil para que sus cuentas no sean eliminadas.[304]

Sin embargo, evitar el anonimato o el uso de seudónimos en la red informática conllevaría quitarle una de sus singularidades más populares, máxime cuando este anonimato se ha considerado un sostén del derecho a la libertad de expresión porque permite las manifestaciones sin acarrear persecuciones o consecuencias directas. Las manifestaciones anónimas han sido avaladas y protegidas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la resolución de varias controversias. Por ejemplo, en el caso *Talley v. California,* la Corte Suprema federal expresó que "[p]anfletos anónimos, folletos e incluso libros han jugado un papel importante en el progreso de la humanidad. Los grupos perseguidos y las sectas de vez en cuando a lo largo de la historia han podido criticar las prácticas y leyes opresivas, ya sea de forma anónima o no".[305] A su vez, la Corte Suprema

[302] FACEBOOK, *Terms of Service,* https://www.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms (última visita 20 de febrero de 2021).
[303] FACEBOOK - *Tus compromisos con Facebook y nuestra comunidad: Quién puede usar el Registro*, https://es-es.facebook.com/legal/terms (última visita 20 de febrero de 2021).
[304] *Id*.
[305] Talley v. California*,* 362 U.S. 60, 65 (1960) (traducción suplida). El peticionario fue condenado por violar una ordenanza del estado de California que prohibía la distribución de cualquier material impreso que no precisara el nombre y la dirección de cada una de las personas que lo prepararon, distribuyeron y patrocinaron. El Tribunal Supremo federal determinó que la ordenanza era nula y revocó la sentencia impuesta al peticionario.

federal aclaró que la razón de las tendencias del Alto Foro federal en relación a apoyar el anonimato al amparo de la Primera Enmienda giraban en torno a "que la identificación y el temor a represalias podrían disuadir discusiones perfectamente pacíficas de asuntos públicos de importancia".[306] De la misma forma, en *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, el mismo foro enfatizó que el anonimato ejemplificaba "el propósito detrás de la Declaración de Derechos, y de la Primera Enmienda en particular: proteger a las personas impopulares contra las represalias, y sus ideas de la represión, de la mano de una sociedad intolerante".[307]

No obstante, en el entorno mediatizado, el anonimato adquiere una dicotomía consistente en su vertiente o fracción positiva y en su vertiente o fracción negativa. En su dualidad positiva, BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ señala que el anonimato en le red informática, "iguala a las personas, contribuye al bloqueo de los prejuicios y facilita la participación de todos los cibernautas en actividades prohibidas o prejuzgadas" fuera de la web. Convirtiéndose el anonimato en "un soporte psicológico de la libertad de expresión. De la objetividad de las personas al hablar y de alivio emocional".[308]

De su parte, la dualidad negativa del anonimato en la red informática consiste en la dificultad de la identificación de depredadores, defraudadores y difamadores virtuales. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido la dualidad negativa del anonimato, pero ha determinado que, aunque el anonimato tenga consecuencias desagradables, "nuestra sociedad otorga mayor peso al valor de la libertad de expresión que a los peligros de su uso indebido".[309] De su parte, BALAGUER PRESTES expone que, en algunos casos, el anonimato fomenta la desinhibición del individuo que quiere ubicarse como un desconocido capaz de imponerse sus propias restricciones morales a partir de "su mundo interno"[310]. Asimismo, recalca que "[e]l anonimato no implica la no

---

[306] Talley v. California*,* 362 U.S. 60, 65 (1960) (traducción suplida). *Véase, e.g.* Watchtower Bible & Tract Soc. of N. Y., Inc. v. Village of Stratton, 536 U.S. 150 (2002); Bates v. Little Rock, 361 U. S. 516 (1960); NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449 (1958); Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938); Jennifer O'Brien, *Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the Identities of Anonymous Internet Speakers in Online Defamation Cases,* 70 Fordham L. Rev. 2745 (2002); Lyrissa Barnett Lidsky, *Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace*, 49 Duke Law Journal. 855 (2000); Orit Goldring & Antonia L. Hamblin, *Think Before You Click Online Anonymity Does Not Make Defamation Legal*, 20 Hofstra Labor and Employment Law Journal 383 (2003).
[307] McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334, 357 (1995).
[308] NICETO BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, EL DESAFÍO ÉTICO DE LA INFORMACIÓN 323 (2000).
[309] McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334, 357 (1995).
[310] ROBERTO BALAGUER PRESTES, INTERNET: UN NUEVO ESPACIO PSICOSOCIAL 157 (2003).

presencia del otro",[311] por lo que en su vertiente negativa su pretensión primordial podría ser la inoculación y reacción de temor o ira de ese otro receptor.[312] Esto invita a reflexionar que, en el marco de igualdad que proporciona el anonimato o el uso de seudónimos en la red, los menores de edad tendrán la oportunidad de denunciar situaciones de maltrato o negligencia y de expresar libremente sus ideas, pero también se encontrarán en condición de iguales con personas desconocidas mayores de edad. Por lo tanto, ese *otro* pudiera ser un niño, una niña o un adolescente, pero también pudieran ser los mismos menores los que se vistan como enmascarados virtuales por falta de madurez. Cualquiera de estas últimas dos circunstancias colocarían al menor de edad en una posición de intensa vulnerabilidad.

ii. Generalidades del contrato de la red social *Facebook*

Facebook ofrece diferentes productos y servicios entre los que se encuentran las plataformas de comunicaciones que habilitan su red social. Esta plataforma social es el epítome de la convergencia social telemática. En el plano de los ecosistemas sociales cibernéticos este tipo de convergencia ocurre cuando diferentes modos de comunicación coinciden y confluyen en el mismo entorno.[313] Ahora bien, en este ecosistema virtual *Facebook* es una de las redes sociales más utilizadas entre adultos y menores de edad. Es por tal motivo que se analizarán las cláusulas más importantes de su contrato.

El contrato de *Facebook* está titulado como "Condiciones del Servicio"[314], y en su segundo párrafo le informa al usuario que la empresa no cobra por el uso de sus productos y sus servicios. El aparente 'obsequio' de *Facebook* no es verdadero porque los datos insertados y las maniobras realizadas por el usuario en la red serán el pago. No obstante, *Facebook* le indica de manera limitada el rol latente de consumidor que el usuario va a encarnar, ya que le deja saber que las empresas y las organizaciones le pagan a la red social para que le muestren "anuncios de sus productos y servicios". Igualmente, le advierte al usuario que "[a]l usar nuestros Productos, aceptas que podemos mostrarte

[311] *Id.* en la pág. 160.
[312] *Id.* en la pág. 165.
[313] GEORGALOU, *supra* nota 301, en la pág. 18.
[314] FACEBOOK, *Condiciones del Servicio: Los servicios que ofrecemos*, https://es-es.facebook.com/legal/terms (última visita 9 de enero de 2021). En versiones contractuales anteriores lo ha titulado "Declaración de Derechos y Responsabilidades.

anuncios que consideremos que te resultarán relevantes para ti y tus intereses. Usamos tus datos personales como ayuda para determinar qué anuncios mostrarte". Esta última afirmación implicará que *Facebook* recopilará toda tu información e imágenes, evaluará y analizará tu información y tu lista de 'amigos' con el propósito de crear un archivo con tu perfil detallando tus gustos y tus 'necesidades'. Todos estos datos e información serán difundidos a los "Productos de *Facebook*"[315] y a cualesquiera otros terceros a su completa discreción. Sentado lo anterior, cabe precisar que la segunda cláusula (2) (Cómo se pagan nuestros servicios) reitera lo relativo al pago y lo representa como un tipo de 'canjeo' en el cual la supuesta ausencia de pago se 'intercambia' por la aceptación de parte del usuario de mostrarle "anuncios de las empresas y organizaciones que [les] pagan por promocionarse dentro y fuera de los Productos de las empresas de Facebook".

En el primer punto de la primera cláusula ("Te proporcionamos una experiencia personalizada"), *Facebook,* como estrategia publicitaria, le ofrece una "experiencia personalizada" al usuario en su contrato digital. Esta táctica queda ejemplarizada en la cláusula siguiente:

> [T]us experiencias en Facebook son distintas de las del resto de personas que usan la plataforma. Todos los aspectos están personalizados: desde las publicaciones, las historias, los anuncios y otros contenidos que ves en la sección de noticias o en nuestra plataforma de vídeo, hasta las páginas que sigues y otras funciones que quizás usas, como Tendencias, Marketplace y la búsqueda. Usamos los datos que tenemos, por ejemplo, los relativos a las conexiones que entablas, las opciones y los ajustes de configuración que seleccionas, el tipo de contenido que compartes y las acciones que llevas a cabo en nuestros Productos o fuera de ellos para personalizar tu experiencia.[316]

El ofrecimiento de una "experiencia personalizada" es una estrategia sugerida por algunos economistas porque entienden que las empresas deben buscar la singularidad, ya que esta práctica es más atractiva para el usuario y rentable para el proveedor en momentos en que los medios y las técnicas de la personalización masiva la viabilizan.[317] En el caso de *Facebook,* la estrategia de proporcionar la "experiencia personalizada" tiene precisamente el mismo objetivo: generar ganancias. Sin embargo, la red social disfraza su finalidad económica con el uso de los datos del usuario y de cada 'movimiento' que

[315] *Id.*
[316] *Id.*
[317] B. JOSEPH PINE II, JAMES H. GILMOR, LA ECONOMÍA DE LA EXPERIENCIA 156, 173 (2001).

ejerza en la red con el de proveerle una experiencia singular. No obstante, *Facebook* no le revela al usuario que tiene especialistas que estudian y predicen cada una de sus 'movidas virtuales' porque el usuario mismo será el 'producto' con el que mercadeará con otras empresas. Si a lo anterior se añade el octavo punto de la primera cláusula (1.8) (Proporcionamos experiencias coherentes y fluidas en los Productos de las empresas de Facebook), en la que el proveedor le advierte al usuario lo siguiente: "[U]samos los datos de las personas con las que interactúas en Facebook para que te resulte más fácil conectarte con ellas en Messenger o Instagram […]". Se puede denotar la cantidad descomunal de información que *Facebook* está captando y mercadeando. No obstante, lo más alarmante es que el usuario no tiene la autoridad para ceder la información de otros. *Facebook* lo sabe, pero a cada interventor-usuario de la cadena lo ha 'comprometido presuntamente'.

En el quinto punto de la primera cláusula (1.5) ("Combatimos las conductas perjudiciales y protegemos y respaldamos a nuestra comunidad"), *Facebook,* se compromete con el usuario a batallar en contra de aquellas conductas dañinas e inapropiadas que puedan insertarse en la red. Asimismo, se implica directamente en el ejercicio de la detección de contenidos indebidos para lo que tienen asignados una variedad de expertos. No obstante, es sabido que tanto en la ejecución combativa como en la presunta ejecución 'detectivesca', *Facebook* se ha hecho de la vista larga en muchas ocasiones o se ha dilatado demasiado en eliminar mensajes racistas, discriminatorios, de incitaciones al odio, imágenes de desnudos, suicidios, maltrato de menores, apologías de las armas y la violencia, hostigamiento en diferentes modalidades, diseminación de información falsa y otros tipos de mensajes o imágenes con contenidos 'perjudiciales'. Ese retraso en la eliminación de contenidos 'perjudiciales' persiste incluso cuando los mismos usuarios las notifican.

Otro punto importante de la primera cláusula es el sexto (1.6) ("Usamos y desarrollamos tecnologías avanzadas para ofrecer servicios seguros y funcionales a todo el mundo"), en el cual *Facebook* le informa al usuario que aplica "inteligencia artificial, sistemas de aprendizaje automático y realidad aumentada". Sin embargo, *Facebook* no se ha limitado al simple manejo y aplicación de este tipo de tecnología avanzada a sus

productos, por el contrario, se ha adentrado al campo del diseño y confección de este tipo de ingeniería.

En la cláusula 3, inciso 1, titulado "Quién puede usar Facebook", se establece la edad a partir de la cual se puede ser un usuario de la red y se puntualiza que no podrá acceder a la plataforma ningún menor de trece años o de catorce años, según lo dispuesto en la jurisdicción a la que pertenezca. A este respecto, es imperativo indicar que, el 18 de febrero de 2010, la red social *Facebook* le anunció a la AEPD que iba a aumentar a catorce años la edad mínima para poder registrarse a su red social desde España, en respuesta a los requerimientos[318] que le hiciera la agencia para que armonizara el requisito de la edad con la establecida en la legislación española. Hay que reconocer que Corea del Sur también ha logrado que *Facebook* adecúe el requisito de la edad a las exigencias de la legislación nacional correspondiente en garantía de la privacidad y la protección de los menores de catorce años.

En la cláusula 3, inciso 3.1, titulado "Permiso para usar contenido que creas y compartes", *Facebook* alega que el usuario es el propietario de todo el contenido y la información que publica en su plataforma.[319] Sin embargo, en un párrafo posterior del mismo inciso, señala lo siguiente:

> En concreto, cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual o industrial en nuestros Productos, o en relación con ellos, nos concedes una licencia en todo el mundo, no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir tu contenido, así como para crear contenido derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). En otras palabras, si compartes una foto en Facebook, nos das permiso para almacenarla, copiarla y compartirla con otros (de conformidad con tu configuración), como proveedores de servicios que nos ayudan a proporcionar nuestros servicios u otros

[318] En julio de 2010, Artemi Rallo (Ex-Director de la AEPD) requirió a los operadores de *Facebook* el incremento de la edad mínima para acceder a la red a catorce (14) años para los menores residentes en España. Este requerimiento fue reiterado por parte del director de la AEPD, en el mes de diciembre de 2010 en Bruselas, durante una audiencia sobre las redes sociales, celebrada en el marco de la sesión plenaria del grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos; ver portal de la AEPD; AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Sede Electrónica*, https://www.aepd.es/es (última visita 9 de enero de 2021).

[319] FACEBOOK, *Condiciones del Servicio,* https://es-es.facebook.com/legal/terms/update (última visita 14 de enero de 2021).

> productos de Facebook que usas. Esta licencia dejará de tener efecto cuando tu contenido se elimine de nuestros sistemas [sic].[320]

Esto quiere decir que, cada vez que el usuario de la red social *Facebook* inserta contenidos, fotos o vídeos, comparte sus derechos de propiedad intelectual sobre los mismos con *Facebook* y le autoriza a compartirlos con terceros. El usuario y *Facebook* se convierten en 'cotitulares' de los derechos de propiedad intelectual de estas imágenes.[321] En este caso, el tipo de licencia de propiedad intelectual que le exige el proveedor al usuario tiene unas características onerosas y abusivas, las cuales comprometen su seguridad y privacidad. Estas características abusivas son: el que los derechos de la licencia exigida sean transferibles, aplicables globalmente y que se compartan y cedan no tan sólo los derechos de los contenidos que se publiquen en *Facebook*, sino incluso los que se publiquen en otras plataformas que estén en conexión con la red. Un ejemplo de otra plataforma que se interconecta inmediatamente con *Facebook* lo es la plataforma proveedora del servicio de correo electrónico con la cual el usuario se suscribe a la red.

En esta misma cláusula 3.1 de las "Condiciones de Servicio", *Facebook* le aclara al usuario que cuando elimine su contenido "el resto de los usuarios dejarán de verlo, pero seguirá alojado"[322] en sus sistemas. Asimismo, le advierte que el contenido de su cuenta "[n]o se puede eliminar inmediatamente debido a limitaciones técnicas (en cuyo caso, tu contenido se eliminará en un plazo máximo de 90 días desde que decides eliminarlo)"[323]. Sin embargo, este presunto "plazo máximo" es irreal e inoperante porque entrará en conflicto con otras instancias en las que, según *Facebook*, se deberán mantener los datos e información en los ficheros de la red social, como lo serían el que: "[o]tras personas hayan usado los datos del usuario de acuerdo con la licencia concedida y no los hayan eliminado; la limitación de la posibilidad de "investigar o detectar prácticas ilegales o

---

[320] *Id.*

[321] A este respecto, JEAN-PHILIPPE MOINY aduce que "al utilizar Facebook los usuarios le conceden una licencia que le permite explotar comercialmente los contenidos dispuestos en el sitio, protegidos por la propiedad intelectual. Lo que también podría constituir una contrapartida a su actividad." JEAN-PHILIPPE MOINY, *supra* nota 293, en la pág. 279. Además, se debe considerar que la política de confidencialidad de *Facebook* es indeterminada, fluctuante y con pretensiones de utilizar los datos recabados para sus propios fines. JEAN-PHILIPPE MOINY, *supra* nota 293, en la pág. 296.

[322] FACEBOOK, Data Policy, https://www.facebook.com/privacy/explanation/ (última visita 14 de enero de 2021).

[323] *Id.*

infracciones de nuestras condiciones y políticas (por ejemplo, un uso incorrecto de nuestros Productos o sistemas)"; el proteger evidencia y el poder [c]umplir con los requerimientos de las autoridades del orden público o entes gubernamentales.[324] Dicho de otra forma, *Facebook* le expone al usuario que recuperará sus derechos de propiedad intelectual al borrar todos los contenidos e imágenes cuando elimina su cuenta de usuario. Sin embargo, hace la salvedad de que esta recuperación de los derechos puede estar vulnerada por terceros que hayan tenido acceso al contenido y no lo hayan eliminado. La realidad es que el usuario no tiene manera de comprobar si *Facebook* borró los contenidos y las imágenes de sus ficheros de datos y mucho menos cuándo lo hizo. De igual forma, el usuario deberá visualizar que estos datos se borran de forma similar a cuando se vacía la papelera de reciclaje del equipo electrónico. Esto significa que el contenido eliminado permanecerá en copias de seguridad durante un plazo de tiempo razonable. A este respecto, *Facebook* no establece de cuánto tiempo consiste el plazo durante el cual este contenido, después de eliminado por el usuario, pueda permanecer en sus servidores o ficheros, sino que simplemente señala lo siguiente: "[E]l contenido se almacenará durante el tiempo necesario para cumplir las finalidades para las que se ha conservado (el plazo de tiempo exacto variará en función de los distintos casos)".[325]

De su parte, la cláusula 4.1 (Actualización de nuestras Condiciones) establece que el contrato será enmendado de tiempo en tiempo, por lo que el usuario se compromete a revisar las notificaciones sobre estas enmiendas. Por consiguiente, si el usuario continúa utilizando sus "Productos", significará que el usuario está de acuerdo con las modificaciones realizadas por *Facebook*.[326] Sobre la revisión de posibles enmiendas prospectivas, se podría especular que los menores de edad no estarán pendientes a valorar ni analizar el cambio suscitado al contrato porque dentro de esta especulación subyace la premisa de que es muy probable de que no se hayan leído completamente las "Condiciones del Servicio" como contrato original. Esta especulación se fundamenta sobre todo en una de las peculiaridades del contrato de *"Facebook"*, la cual consiste en que cada página tiene una diversidad de enlaces o hipertextos a los que se deberá referir el usuario para su ponderada comprensión. De la misma forma, cada página referida tendrá otros enlaces que 'encadenarán' su laboriosa lectura. Ejemplo de lo anterior, lo es

[324] *Id.*
[325] *Id.*
[326] *Id.*

la página atinente a la "Política de Datos", a la cual el usuario tendrá acceso si pulsa el botón sobre el enlace con igual título. Al usuario acceder a dicha página, lo referirá a más de sesenta hipertextos o nuevas páginas de enlaces. Por consiguiente, este mecanismo de cadenas de enlaces e hipertextos dificultan la lectura y comprensión de cada una de sus 'cláusulas'.[327]

Sobre el derecho que tiene el usuario de eliminar su cuenta o desactivar su aplicación en el momento que crea oportuno, *Facebook* le advierte al mismo que las "Condiciones del Servicio" cesarán, pero le indica en la cláusula 4.2 (Suspensión o cancelación de la cuenta) que las siguientes disposiciones continuarían vigentes: 3, 4.2-4.5.[328] Esto quiere decir que *Facebook* mantiene al usuario adherido indefinidamente a un contrato que en la realidad jurídica no ha sido resuelto, sino enmendado.

En la cláusula 4.3 (Limitación de la responsabilidad), dedicado al tema de la seguridad en la plataforma de *Facebook*, el proveedor se limita a advertir que hace todo lo posible para hacer que la plataforma sea un sitio seguro, pero que no puede garantizarlo. No explica de manera alguna en qué consisten los esfuerzos de parte de la empresa para proveer algún tipo de seguridad, por mínima que sea. Sin embargo, enfatiza inmediatamente en letras mayúsculas que se exime "DE TODA RESPONSABILIDAD, YA SEA EXPLÍCITA O IMPLÍCITA, INCLUIDAS LAS RESPONSABILIDADES IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZACIÓN, ADECUACIÓN A UN USO CONCRETO, TÍTULO Y NO INFRACCIÓN".[329] Este pronunciamiento 'categórico' de limitación de responsabilidad *Facebook* lo intenta conformar con el argumento de que la compañía no tiene el control sobre lo que las personas "hacen o dicen"[330], "ni del contenido que comparten, incluido aquel que pueda resultar ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable"[331] en sus cuentas.

Al igual que los contratos de otras redes sociales existentes, *Facebook* establece las leyes y la jurisdicción que regirán cualquier demanda, causa de acción o conflicto que

[327] FACEBOOK, *Data Privacy*, https://www.facebook.com/about/privacy/update (última visita 14 de enero de 2021).
[328] *Id.*
[329] FACEBOOK, *Condiciones del Servicio*, https://es-es.facebook.com/legal/terms (última visita 14 de enero de 2021).
[330] *Id.*
[331] *Id.*

el usuario tenga contra su compañía en su cláusula 4.4 (Disputas). *Facebook* establece que sus "Condiciones de Servicios" se interpretarán y gobernarán de acuerdo al Ordenamiento Jurídico de California y que las demandas se dilucidarían en un tribunal del Distrito de California o en un tribunal estatal del Condado de San Mateo. A este respecto, *Facebook* le aclara al usuario que, si alguien interpone una demanda contra ellos, relacionada con sus acciones, su contenido y/o su información, sería el usuario el encargado de la indemnización y que a su vez estaría obligado de liberar a la plataforma de todos los posibles daños, pérdidas y gastos de cualquier tipo (incluidos las costas y honorarios de abogados) relacionados con cualquier demanda. Además, le recalca al usuario que la compañía no es responsable del contenido o la información que los usuarios emitan ni de ningún contenido que se considere ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o inaceptable que se pueda encontrar en dicha red.

Las "Condiciones de Servicio" de *Facebook* tienen una última cláusula denominada "Otras disposiciones", entre las cuales resalta la 5.2. Esta cláusula acota que algunos de los "Productos de Facebook" se rigen por condiciones complementarias y que si el usuario usa alguno de esos productos, tendrá que cumplir igualmente con las condiciones complementarias establecidas y que esas disposiciones serán parte del acuerdo con *Facebook*.

En este punto, no es ocioso señalar que un estudio sobre la red social *Facebook* realizado con grupos focales formados por estudiantes sub-graduados de la Universidad de Midwestern University determinó que los participantes creían que las normas de uso de la red social *Facebook* estaban implícitas y no estaban escritas, lo que evidenciaba que no habían leído las "Condiciones del Servicio" y habían olvidado el momento en que habían pulsado el botón de "Estoy de Acuerdo".[332]

Ante un contrato de adhesión plagado de tecnicismos tecnológicos y legales, cabe especular que la mayoría de los menores de edad que se han adherido al mismo no han leído o no han entendido las cláusulas vinculantes y mucho menos habrán explorados cada uno de los hipertextos a los que son referidos como complementos de los enunciados de las "Condiciones del Servicio" de *Facebook*. Al hilo de lo anterior, se permitiría la

[332] Caitlin McLaughlin & Jessica Vitak, *Norm evolution and violation on Facebook*,14(2) Sage Journal-New Media & Society 299, 315 (2012).

inferencia de que, en muchas instancias, el menor de edad discurrirá a través de la red sin entender ni tener la certeza del destino y el uso adecuado o inadecuado de la información o imágenes que inserta en su perfil.

iii. El perfil *post mortem* y el contacto de legado[333]

Ante la realidad irrebatible de la fragilidad y mortalidad de la existencia humana, *Facebook* ha elaborado una serie de mecanismos para enfrentar la situación de qué hacer con la cuenta o página de un usuario fallecido. Frente a esta posibilidad, *Facebook* exhorta a sus usuarios a predeterminar la administración *post mortem* de su perfil. Las alternativas brindadas por *Facebook* son las siguientes: 1) que la página del usuario sea una conmemorativa sin designar contacto de legado, 2) que la página del usuario sea una conmemorativa con designación de contacto de legado, o 3) que la página sea eliminada permanentemente de la red.

Según *Facebook*, "las cuentas conmemorativas proporcionan un lugar para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que haya fallecido".[334] En una cuenta conmemorativa, aparecerá en el perfil de la persona fallecida las palabras "En memoria" sobre su nombre.

En las cuentas conmemorativas, el contenido publicado por el usuario fallecido estará visible para los 'amigos' con los que compartió dichos contenidos con anterioridad a su fallecimiento en armonía a la manera en que el usuario haya configurado la privacidad de su cuenta. Ahora bien, estas publicaciones del usuario fallecido quedarán intactas y no podrán modificarse en la modalidad de cuenta conmemorativa. De la única forma que se pueden realizar algunas modificaciones a la cuenta del usuario fallecido sería en torno a aquellos cambios que se le permitan realizar a un contacto de legado designado por el usuario fallecido. *Facebook* define al contacto de legado como "la persona que eliges para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa".[335] Este contacto de legado deberá ser escogido del grupo de 'amigos'

[333] *Facebook* define al contacto de legado como "la persona que eliges para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa"; FACEBOOK, *Seleccionar un contacto de legado,* https://es-es.facebook.com/help/991335594313139/?helpref=hc_fnav (última visita 15 de enero de 2021).
[334] FACEBOOK, *Cuentas Conmemorativas*, https://es-la.facebook.com/help/1506822589577997 (última visita 15 de enero de 2021).
[335] *Id.*

de *Facebook* y le advierte al usuario que la designación de un contacto de legado está disponible solamente para usuarios mayores de dieciocho años.

La limitación de que el contacto de legado se reduzca a la lista del grupo de 'amigos' mantiene la ficción de que los 'amigos' virtuales de un usuario son realmente las personas más confiables de su entorno social y familiar. Esta quimera que pretende crear la red social es rebatible porque en muchos casos a las personas de mayor confianza para un usuario no les interesan las interrelaciones virtuales y en consecuencia no tienen perfiles en la red informática. Esta acotación elimina en muchos casos la alternativa de poder delegar en la persona de mayor confianza la designación del contacto de legado. Lo anterior obligaría a muchos usuarios a descartar esta designación por no ser razonable.

Ahora bien, tan pronto la cuenta de un usuario que ha designado a un contacto de legado se convierte en conmemorativa, el contacto de legado podrá insertar una publicación que podría versar sobre un último mensaje en nombre del usuario o información relacionada a las exequias fúnebres. No obstante, *Facebook* le hace una salvedad en forma de nota al usuario que alude a que, si el usuario configuró el *Timeline* de manera tal que no permite el acceso para que otros usuarios publiquen en el mismo, el contacto de legado designado no podrá añadir ni insertar nuevas publicaciones una vez se haya convertido en conmemorativo. El contacto de legado también podrá responder a solicitudes de nuevos 'amigos', tendrá la potestad de cambiar la foto del perfil y la foto de la portada, descargar copias de las publicaciones compartidas y solicitar que se elimine la cuenta del usuario fallecido.

A tenor con lo anterior, *Facebook* establece también aquellas actividades que no podrá ejecutar un contacto de legado en la cuenta de un usuario fallecido. Estas restricciones son las siguientes: "Iniciar sesión en tu cuenta; [e]liminar o cambiar publicaciones o fotos antiguas ni otras cosas que hayas compartido en tu biografía; [l]eer tus mensajes; [e]liminar personas de tu lista de amigos o aceptar nuevas solicitudes de amistad; [a]gregar un contacto de legado nuevo a tu cuenta".[336]

Una breve mirada sobre las actividades permitidas al contacto de legado y las prohibiciones demarcadas será alerta suficiente para concluir que son opacas y se

[336] FACEBOOK, *¿Qué es un contacto de legado y qué acciones puede realizar con mi cuenta de Facebook?,* https://es-la.facebook.com/help/legacycontact (última visita 15 de enero de 2021).

contradicen. Por un lado, *Facebook* le atribuye al contacto de legado la prerrogativa de insertar una última publicación para lo cual tendría que iniciar sesión en la cuenta, siendo ésta una de las restricciones. De igual forma, le permite al contacto de legado que cambie las fotos más importantes de la cuenta, como lo son, la foto del perfil y la portada, porque representan la proyección directa del usuario fallecido. Sin embargo, *Facebook* no le permite eliminar o cambiar fotos publicadas con anterioridad por el usuario fallecido al contacto de legado. Igualmente, como se reseñó anteriormente de manera general, *Facebook* le permite al contacto de legado "[r]esponder a nuevas solicitudes de amistad (por ejemplo, de viejos amigos o familiares que no estuvieran todavía en Facebook)"[337], contradiciendo la restricción señalada al contacto de legado sobre la eliminación de personas de la lista de amigos y de la prohibición de aceptar nuevas solicitudes de amistad.

iv. Solicitud de la eliminación de la cuenta de *Facebook* de un menor de edad fallecido o con discapacidad

Facebook expone el proceso a través del cual un "familiar directo" o albacea del titular de la cuenta puede solicitar la eliminación del perfil de un familiar, en este caso, un menor de edad. Sin embargo, *Facebook* no deja claro a quién se refiere cuando conceptualiza como "familiar directo", matizando el concepto de forma indeterminada. No obstante, se podría especular razonablemente que se refiere a una persona con vínculo de consanguinidad o de afinidad. En el caso de los menores de edad los primeros facultados en realizar la solicitud serán los progenitores, el progenitor con patria potestad o el tutor.

Para iniciar la solicitud de la eliminación de la cuenta de *Facebook* de un menor de edad fallecido, se le tendrá que remitir copia del acta de defunción del menor o "una prueba de autoridad legal" y alguna evidencia que acredite el fallecimiento. Aunque *Facebook* no define a qué se refiere con "una prueba de autoridad legal", señala algunos documentos que para la empresa son admitidos como adjudicativos de dicha autoridad. Estos documentos son los siguientes: poder notarial, certificado de nacimiento, declaración de última voluntad y testamento. El solicitante tendrá que enviar solamente

[337] *Id.*

uno de estos documentos y lo deberá acompañar con algún comprobante del fallecimiento del usuario. *Facebook* sugiere como documentos aceptables como prueba de la muerte del menor fallecido, la esquela y la tarjeta de homenaje necrológico u oficios, de no tenerse el acta de defunción en el momento de la solicitud.

Cabe advertir que la solicitud que se cumplimentará para la eliminación de una cuenta de un familiar fallecido será la misma que se llenará para solicitar la eliminación de la cuenta de una persona con discapacidad médica irreversible, por entenderse que dicha situación le impide mantener y administrar su cuenta de *Facebook*.[338]

v. Breve mirada al producto de *Facebook* llamado *Instagram*

La mercadotecnia digital y sus ingentes beneficios económicos han propiciado un tipo de conspiración mediática en la cual los proveedores de servicios facilitan las identidades virtuales alternas y se hacen de la vista larga ante la creación de perfiles falsos. Esto ocurre porque el proveedor de servicio gozará de una cantidad más amplia de usuarios, posicionando a su red como una de las más populares entre los cibernautas. Esta estrategia ha favorecido un fenómeno estructural y sistémico entre algunos usuarios de ciertas redes sociales, los cuales crean múltiples identidades digitales dependiendo del público al que quieran atraer o cautivar. Estos métodos y usos inapropiados por parte del usuario violan consecuentemente el contrato de servicios, aunque el proveedor tolere la situación porque le beneficia. Una de las redes sociales que *tolera* la multiplicidad de registros es *Instagram.*

Instagram es una red social creada con el propósito principal de compartir fotografías y vídeos. Esta red social fue creada por el norteamericano Kevin Syström y el brasileño Mike Krieger, quienes lanzaron la aplicación el 6 de octubre de 2010.[339] La primera fase del desarrollo de *Instagram* consistió en la creación de una aplicación para teléfonos celulares conocidos como iOS. En el 2012, Mark Zuckerberg, fundador y presidente de *Facebook, Inc.*, compró a *Instagram* por un billón de dólares y ejecutó una segunda fase en la oferta de servicios para equiparar a los dispositivos *Android* y crear

[338] FACEBOOK, https://es-la.facebook.com/help/480409628639043 (última visita 15 de enero de 2021).
[339] JOANNE MATTERN, INSTAGRAM 4 (2017).

una interfaz de sitio web para utilizarse desde las computadoras. Es irrebatible que *Instagram* tuvo una gran acogida desde sus comienzos, registrando un millón de usuarios en tan solo dos meses, diez millones en un año y alrededor de 800 millones de usuarios a finales del 2017.[340]

La adquisición de *Instagram* por parte de *Facebook, Inc.* quedó plasmada en sus "Condiciones de Uso"[341], ya que lo primero que le advierten al usuario es que otorgará el contrato con *Facebook, Inc.* porque *Instagram* es uno de sus productos. Es por tal motivo que los contratos de ambas redes sociales son semejantes y se equiparan en los temas primordiales. Ahora bien, cabe señalar que, a diferencia de la plataforma de *Facebook*, en la cual puedes escoger si lo insertado será público o privado, en *Instagram,* deberás escoger anticipadamente el tipo de exposición de tu perfil.

Instagram le permite al usuario compartir fotografías, vídeos y comentarios con otras plataformas sociales como *Facebook* y *Twitter,* entre otras.[342] Al igual que otras redes sociales, también lo limita a registrar una sola cuenta atada a su identidad. No obstante, muchas personas generan un nuevo registro con una identidad falsa. A esta segunda cuenta, se le reconoce como *Finstagram (Fake + Instagram) (Falso + Instagram)*, también denominada como *Finsta.* La cuenta *Finstagram o Finsta* surge cuando un usuario se registra en *Instagram* con una identidad falsa regularmente porque cree que la proyección de la identidad digital y el material que va a exponer no serán del agrado de sus progenitores, familiares ni de otras personas allegadas a su núcleo más cercano. Ante este fenómeno, se ha considerado que la cuenta de *Instagram* que concuerda con el nombre verdadero del usuario registrado será reconocida como la cuenta *Rinstagram o Rinsta (Real + Instagram).* Sin embargo, el único elemento que se tiene para llegar al reconocimiento de autenticidad es la corroboración de los datos personales y las fotografías de perfil porque las valoraciones relativas a cuáles proyecciones son más reales o menos reales conllevarían un análisis multifactorial que podría ser infructuoso, ya que, en muchas ocasiones, las identidades digitales son el resultado de un histrionismo planificado y ejecutado por el usuario.

---

[340] ELENA ZARINO, INSTAGRAM FOR BUSINESS 2018: THE SECRET OF SUCCESS 4 (2018).
[341] INSTAGRAM, *Condiciones de uso de Instagram,* https://es-la.facebook.com/help/instagram/478745558852511 (última visita 22 de enero de 2021).
[342] JOHN DEGARMO, KEEPING FOSTER CHILDREN SAFE ONLINE: POSITIVE STRATEGIES TO PREVENT CYBERBULLYING, INAPPROPRIATE CONTACT AND OTHER DIGITAL DANGERS 57 (2014).

Finstagram es la cuenta que utilizan muchos menores de edad para crear una identidad digital desinhibida en la que insertan fotos en las cuales exhiben sus cuerpos de manera más explícita, fotos en las que posan con bebidas alcohólicas y hasta con ciertas drogas ilícitas. Siguiendo el mismo tenor, se debe remarcar que el contrato de servicios de *Instagram* dispone lo siguiente:

> No puedes hacerte pasar por otros ni proporcionar información incorrecta. No tienes que revelar tu identidad en Instagram, pero debes proporcionarnos información precisa y actualizada (incluida la información de registro). Además, no puedes hacerte pasar por alguien que no eres y no puedes crear una cuenta para otra persona a menos que tengas su permiso expreso.[343]

Es por tal motivo que la coyuntura del registro con falsa identidad conllevará el que los progenitores y tutores deban orientar a los menores de edad sobre la acción fraudulenta que conllevará este tipo de registro. Asimismo, se deberá alertar al menor sobre el incumplimiento contractual que podría realizar con el doble registro *(Rinsta + Finsta)*. Esta orientación se hace más urgente cuando es la misma red, de manera contradictoria a lo aludido en su contrato, pero muy conveniente para su popularidad, la que facilita los múltiples registros. En concordancia con esta premisa, CARDELL, DOUGLAS y MAGUIRE aluden lo siguiente:

> Los jóvenes están más conscientes que nunca de los medios variados para dar forma y compartir su propia imagen y sus historias, e Instagram proporciona un medio para el intercambio de diferentes tipos de identidades -diferentes historias- diferentes fragmentos de la vida para diversa audiencia (y el medio responde positivamente, inevitablemente para la ventaja del medio; es para el beneficio de Instagram ofrecer tal flexibilidad a los usuarios. Las cuentas privadas parecen decir, 'no hay una cuenta, ninguna narrativa singular que pueda representarme adecuadamente; el estilo, la estructura y el tema cambian en anticipación de a quién le estoy contando mi historia'.[344]

---

[343] INSTAGRAM, *Condiciones de Uso,* https://help.instagram.com (traducción suplida) (última visita 22 de enero de 2021). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> You can't impersonate others or provide inaccurate information. You don't have to disclose your identity on Instagram, but you must provide us with accurate and up to date information (including registration information). Also, you may not impersonate someone you aren't, and you can't create an account for someone else unless you have their express permission.

[344] Kylie Cardell, Kate Douglas & Emma Maguire, *'Stories': Social Media and Ephemeral Narratives as Memoir,* en MEDIATING MEMORY: TRACING THE LIMITS OF MEMOIR 163 (Bunty Avieson, Fiona Giles & Sue Joseph, eds., 2018) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

La flexibilidad de la plataforma y la actitud de ignorar los múltiples registros por parte del proveedor del servicio abonan a la creación de diferentes alias por parte del usuario. Este histrionismo digital de encarnar varios perfiles podría ser peligroso para aquellos menores de edad que pretendan exhibir conductas para las cuales no cuentan con la edad requerida por la ley o se sientan tan desinhibido tras el antifaz del falso registro que expongan vídeos y fotografías que atenten contra su propia integridad y su honor. Ante este panorama factible, los progenitores y tutores deberán educar y concienciar a los menores de edad sobre la ilegalidad inherente y las posibles consecuencias de tener una cuenta *Finstagram*.

D. La red social *Twitter* y su servicio de *microblogging*[345]

Twitter es una red social con servicio de *microblogging* fundada en el 2006 con sede en San Francisco, California. La concepción de la plataforma de *Twitter* fue creación de Jack Dorsey. El proyecto fue denominado inicialmente como *Status,* posteriormente como *Twttr* y finalmente como *Twitter*. El primer mensaje del proyecto fue enviado a través de *Twttr* y consistió en un mensaje de prueba enviado por Jack Dorsey el 21 de marzo de 2006. Posteriormente, en julio del mismo año, Jack Dorsey, Evan Williams y Biz Stone fundaron la empresa *Twitter, Inc.* (en adelante, *Twitter*). El logo de la compañía es un pajarito en alusión directa al significado de la palabra *twitter* que significa gorjeo, canto o sonido de algunos pájaros.[346]

> Young people are more aware than ever of the varied means for shaping and sharing their stories and self image, and Instagram provides a means for sharing different types of self -different stories- different fragments from life for diverse audience (and the medium responds positively, inevitably to the medium's advantage; it is to Instagram's benefit to offer such flexibility to users. Priv accounts seem to say, 'there is no one account, no singular narrative that can adequately represent "me"; the story's style, structure and subject changes in anticipation of who I am telling my story to'.

[345] Tal y como se mencionara en el Capítulo I, el servicio de *microblogging* es un servicio de medio de difusión en la red informática que permite al usuario enviar y publicar mensajes breves con un tope de cantidad de caracteres, el cual fluctúa en su mayoría en 140 a 280. Estos mensajes se publican en la página del perfil del usuario. Una de sus ventajas es que tiende a ser más privado y el usuario puede tener más control de la información.

[346] JOSÉ A. CARBALLAR FALCÓN, TWITTER: MARKETING PERSONAL Y PROFESSIONAL 7, 9 (2011).

Twitter no es *per se* una red social como *Facebook*, ni un *blog* y mucho menos se considera mensajería instantánea. Más bien, *Twitter* pretende tener características de una red social y un *blog* con ciertas peculiaridades enfocadas en la dinámica del uso. Lo anterior responde a que, en *Twitter*, los usuarios tienen la posibilidad de ejercer simultáneamente dos roles: el de *follower* (seguidor) o el de *following* (seguido). El seguidor o *follower* será el que sigue los *tweets* escritos por el seguido, quien genera el contenido de los *tweets*. La plataforma permite que sigas a miles de personas o sigas solamente a una persona. La plataforma de *Twitter* permite insertar mensajes, identificados como *tweets,* con un máximo de 280 caracteres. Los *tweets* insertados serán públicos a menos que se especifique lo contrario. Además, no es necesario ser seguidor o seguido para ver los *tweets* publicados por un usuario.

Al igual que en *Facebook,* habrá que registrarse para poder ser usuario de *Twitter.* Asimismo, este registro consiste en la primera cesión de información personal, a menos que se recurra a brindar información ficticia, lo que es muy frecuente en esta plataforma. Por lo tanto, se requerirá suministrar nombre y apellido(s), teléfono o dirección de correo electrónico y una contraseña. El nombre de usuario será el que identificará a la persona. *Twitter* advierte que, si el usuario potencial pulsa el botón de *sign up* (regístrate), consiente a los términos y condiciones determinados en el contrato de servicio, a la política de privacidad y al uso de *cookies.* Además, le advierte al usuario que otras personas podrán localizarlo vía correo electrónico o teléfono celular si proporciona esa información.

1. Generalidades de los términos y condiciones del contrato de *Twitter*

El contrato de *Twitter* se autodenomina como "Términos y Condiciones" de *Twitter* y encabezan sus cláusulas brindándole al usuario un enlace de acceso que los dirigirá al contrato correspondiente para los usuarios que viven en Estados Unidos y otro enlace para los usuarios que viven en la Unión Europea o fuera de Estados Unidos. En la introducción de las "Condiciones de Uso" de la plataforma de *Twitter,* se establece que el acceso y uso de los servicios están sujetos a la aceptación y cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato o que, en la alternativa, se estará vinculado al contrato si se acceden o usan los servicios de la plataforma.

Twitter estructura su contrato en seis renglones principales. Estos apartados son los siguientes: el usuario potencial, la privacidad, el contenido, el uso apropiado del servicio, las limitaciones de responsabilidad y algunos asuntos generales del contrato. En el primer renglón relativo a quiénes pueden utilizar los servicios de *Twitter,* el proveedor establece lo siguiente:

> Puede hacer uso de los Servicios solo si accede a firmar un contrato vinculante con Twitter y no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable. En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de Periscope, para hacer uso de los Servicios. Si acepta estos Términos y usa los Servicios en nombre de una empresa, organización, gobierno u otra entidad jurídica, afirma y garantiza que está autorizado a hacerlo y cuenta con los poderes necesarios para obligarla al cumplimiento de estos Términos, en cuyo caso el uso de las palabras "usted", "su" y "sus" en estos Términos hará referencia a dicha entidad jurídica.[347]

Twitter hace la salvedad sobre la capacidad contractual de los menores de edad —considerando las leyes de la jurisdicción aplicable— porque, como se señalara anteriormente, países como España y Corea del Sur requieren una edad mínima de catorce años para poder contratar con una red social.

Este mismo apartado tiene insertado un hipertexto que al ser pulsado traslada la lectura a otra página en la cual se detalla la "Política de Privacidad" de los servicios de *Twitter*, pero antes de describir dicha política, el proveedor destaca la frase siguiente en letras de color azul: "Lo que compartes en Twitter puede verse en todo el mundo de manera instantánea. ¡Usted es lo que Twittea!" Esta frase es importante porque alude directamente a la identidad digital que construye el usuario a través de cada tuit que genera y que será interpretado como una proyección o representación de sus intereses u opiniones. Tanto el contenido, como el estilo y la corrección de la redacción serán muestras gráficas de esta identidad digital. De la misma forma, se considerarán los contenidos de los *retweets* como una expresión de gustos y preferencias. Además, la plataforma le deja saber al usuario el alcance de la difusión de la información y lo caracteriza como uno de inmediata difusión global.

[347] TWITTER, *Términos del Servicio*, https://twitter.com/es/tos (última visita 23 de agosto de 2021). Cabe destacar que la aplicación *Periscope* (creada por *Twitter*) fue sacada del mercado el 31 de marzo de 2021.

La segunda disposición del contrato de *Twitter* se refiere a la "Privacidad" y contiene un hipertexto titulado "Política de Privacidad", el cual al ser pulsado lleva al usuario a otra página en la cual se desglosa el contenido relacionado a la recogida y el uso de la información insertada en la plataforma. Se le apercibe al usuario que, a través del uso de los servicios se consiente a la recopilación y el uso de la información provista, "incluida la transferencia de dicha información a los Estados Unidos, Irlanda y/u otros países para su almacenamiento, procesamiento y uso por parte de Twitter".[348] En esta misma cláusula, *Twitter* asevera que contrata proveedores de servicios ubicados en diversas partes del mundo para hacer sus servicios más eficientes. Por lo tanto, *Twitter* se arroga el derecho de poder compartir la información personal privada del usuario con dichos proveedores de servicios. Sin embargo, alega que someterá a estos "terceros" a la condición de que utilicen solamente los datos personales privados en su nombre y en armonía con su "Política de Privacidad".[349] No obstante, *Twitter* realiza otra salvedad sobre el tratamiento de los datos e información de carácter personal al usuario, indicándole que también podrán preservar o divulgar dicha información si fuera necesario para*:* "cumplir con una ley, regulación, proceso legal o solicitud gubernamental; para proteger la seguridad de cualquier persona; para abordar el fraude, la seguridad o problemas técnicos; o para proteger nuestros derechos o propiedad o los de nuestros usuarios".[350]

No siendo suficientes las advertencias realizadas sobre el alcance de la diseminación de la información personal e imágenes del usuario en pro de liberarse de reclamos y posibles demandas, *Twitter* exhorta al usuario a que reflexione cuidadosamente "[c]uando comparta información o contenidos como fotografías, vídeos y enlaces a través de los Servicios" porque se puede utilizar esa información para llegar a inferencias o conclusiones sobre su persona. Igualmente enfatiza sobre la ubicuidad de la información, resaltando lo siguiente:

> Twitter disemina amplia e instantáneamente su información pública a una amplia gama de usuarios, clientes y servicios, incluyendo motores de búsqueda, desarrolladores y editores que integran contenido de Twitter en sus servicios y organizaciones, tales como universidades,

[348] *Id.*
[349] TWITTER, *Política de Privacidad*, https://twitter.com/es/privacy (última visita 23 de agosto de 2021).
[350] *Id.*

> agencias de salud pública y empresas de investigación de mercado que analizan la información en busca de tendencias y conocimiento.[351]

El adjetivo "amplia" es repetitivo en esta disposición, sin embargo, no describe con precisión suficiente lo desplegada que podría estar la información personal de un individuo en los ecosistemas virtuales. Esta imprecisión ensarta una política de privacidad muy conveniente para el proveedor de servicios y terceros beneficiados de la información, pero porta ambigüedad e incertidumbre al usuario al poner en riesgo de afectación a algunos de sus derechos fundamentales.

El acápite sobre la "Política de Privacidad" es un excelente ejemplo sobre una de las mayores dificultades de la lectura de este tipo de contrato, la cual consiste en la referencia constante a otras páginas para poder comprender la narrativa de los contextos vinculantes. La página relativa a la "Política de Privacidad" contiene aproximadamente cincuenta hipertextos a los que refiere al usuario para que pueda entender cabalmente dicha política. Esto supondría que el usuario tendría que pinchar cada hipertexto de referencia para poder informarse sobre los derechos y deberes adquiridos al vincularse contractualmente con *Twitter*. Lo anterior se complica cuando cada página referida tiene a su vez un sinnúmero de hipertextos de páginas de referencias.

El renglón relativo al "Contenido de los Servicios", *Twitter* le señala al usuario que éste será el responsable del uso de los servicios de la plataforma y de todo contenido que incorpore a la misma. Además, le advierte en esta disposición que podría estar expuesto a material "ofensivo, dañino, impreciso o inapropiado, o en algunos casos, publicaciones mal etiquetadas o engañosas" y que los proveedores del servicio no se harán responsables de manera alguna de los daños que puedan surgir de dicha exposición.

Twitter puntualiza que respeta los derechos de propiedad intelectual de todas las personas y le advierte al usuario que cualquier violación al respecto podría conllevar la eliminación del contenido plagiado sin previo aviso. En esta misma línea y siguiendo a *Facebook* como referencia, *Twitter* le hace creer al usuario que es el único dueño de los contenidos, fotos y vídeos insertados en la plataforma y, a la misma vez, le exige una licencia exclusiva requiriéndole derechos de cotitularidad sobre los mismos. *Twitter*

[351] *Id.*

frasea la política de cesión de derechos sobre todo los contenidos de la plataforma del usuario de la siguiente forma:

> Al enviar, publicar o mostrar Contenido en o a través de los Servicios, usted nos otorga una licencia mundial, no exclusiva y libre de regalías (con derecho de sub-licencia) para usar, copiar, reproducir, procesar, adaptar, modificar, publicar, transmitir, mostrar y distribuir dicho Contenido en todos los medios o métodos de distribución (ahora conocidos o desarrollados posteriormente). Esta licencia nos autoriza a poner su Contenido a disposición del resto del mundo y permitir que otros hagan lo mismo.[352]

Una singularidad en esta cláusula es que *Twitter* previene al usuario de que el acuerdo conllevará su declaración y garantía de que tiene la titularidad y autoridad para otorgar la licencia de cotitularidad sobre los contenidos suministrados en la plataforma. Es preciso reiterar que este tipo de cláusula es demasiado onerosa y abusiva porque los eslabones de la cadena de transferencia de la licencia de cotitularidad de los contenidos pueden llegar a ser indefinidos e indeterminados, colocando al usuario en cierto estado de vulnerabilidad con relación a la información, datos e imágenes suministradas.

En un contrasentido a la trasferencia de la licencia de cotitularidad de los contenidos, *Twitter* apunta "que no divulga información de identificación personal a terceros",[353] exceptuando aquellos casos que estén en conformidad con la "Política de Privacidad". Sin embargo, tal y como se discutió anteriormente, las excepciones que se permiten son tan "amplias" e imprecisas que anulan la alegada premisa de "no divulgación".

En el apartado concerniente al "Uso de los servicios", *Twitter* aborda el tema relacionado a las enmiendas que realizará sin previo aviso al usuario. *Twitter* justifica esta acción a la constante evolución de la plataforma y a la naturaleza de los servicios brindados. Sobre las enmiendas a la plataforma, le advierte al usuario que podrá cambiar eventualmente, sin previo aviso, lo siguiente: los servicios en general, las características de los servicios, la opción de prestarlos o de dejar de prestarlos parcial o permanentemente y/o el derecho de establecer límites sobre el uso y almacenamiento.

---

[352] TWITTER, *Política de Privacidad,* https://twitter.com/es/privacy (última visita 23 de agosto de 2021).
[353] *Id.*

Las condiciones sobre el uso esbozan también la aseveración de que los servicios que el proveedor de la plataforma brindará podrán incluir anuncios, "los cuales pueden estar referidos al contenido o a la información de los servicios, consultas hechas a través de dichos servicios u otra información".[354] Se hace el apercibimiento de que el tipo y la extensión de la publicidad estarán sujetos a cambios en contraprestación del permiso al acceso y uso de los servicios. Esta condición es importante para el proveedor del servicio porque la base de sus ingresos corresponde a la mercadotecnia digital suplida por la red como plataforma de ventas. La estrategia que utilizan los proveedores de servicios es vender el acceso de replicación de anuncios y propagandas de productos, explotando las relaciones interpersonales de las redes sociales. Las cadenas de seguidores aumentarán de manera exponencial la propagación de dichos mensajes como si se estuviera ante la difusión de un virus informático. Este panorama de mercadotecnia digital es la que ha permitido que estas corporaciones alcancen índices millonarios de ganancia.[355]

En las "Condiciones de Uso", se realiza una breve referencia al asunto respectivo a la contraseña del usuario de *Twitter*. Se le advierte al usuario de que él será el único responsable de proteger la contraseña que usa para acceder a los servicios. Además, *Twitter* le recomienda al usuario que "debe usar una contraseña fuerte y limitar su uso" a esta red social. *Twitter* alega que no se responsabilizará de pérdida alguna o daños derivados del incumplimiento de construir y proteger adecuadamente la contraseña. Sin embargo, no le advierte al usuario que la contraseña deberá ser cambiada cada cierto tiempo para que no pierda su vigencia de protección. Sobre este punto, se debe aclarar que, en un sistema de intercomunicación e interactividad que sustenta su acceso en algoritmos de generación de contraseñas, la amenaza a la corrupción de sus protecciones radica en que las contraseñas sean vulneradas o expuestas. Este riesgo se acentúa cuando se pretende usar una contraseña para fines de autenticación por un tiempo mayor al que se recomienda o se pretende utilizar una contraseña de obvia o fácil identificación. Mientras mayor tiempo se tiene la misma contraseña, mayor tiempo de exposición y vulnerabilidad tendrá la misma. Por lo tanto, el usuario debería estar consciente que cada contraseña debe tener un tiempo de vida útil. En el 1985, el Departamento de la Defensa de Estados Unidos a través del Centro de Seguridad Informática recomendó que la vida

[354] *Id.*
[355] *Véase* CÉSAR AMADOR DÍAZ PELAYO, ET AL., MERCADOTECNIA DIGITAL Y PUBLICIDAD ON LINE (2013).

útil máxima de una contraseña no debía rebasar un año de uso, pero que, dependiendo de cómo avanzaban los riesgos, podría ser necesario cambiarla con mayor frecuencia.[356] Actualmente, se recomienda que el tiempo de vida útil de una contraseña sea entre un mes a tres meses. Empero, algunos expertos en informática sugieren el cambio de la contraseña por cada incidencia de uso.[357]

De su parte, la cláusula concerniente al "Contenido de los Servicios" apercibe a sus usuarios sobre la responsabilidad exclusiva que éste tiene sobre cualquier información o material difundido o reproducido a través de los servicios brindados. En esta misma cláusula, *Twitter* le advierte al usuario que al usar sus servicios podría exponerse a "contenido ofensivo, dañino, erróneo o inapropiado, o en algunos casos, a mensajes etiquetados incorrectamente o engañosos".[358] *Twitter* señala lo siguiente:

> Cualquier confianza que deposite en cualquier Contenido o material publicado por medio de los Servicios u obtenido mediante los mismos, o cualquier uso que haga de ellos, lo hace por su propia cuenta y riesgo. No ratificamos, apoyamos, reafirmamos ni garantizamos la compleción, veracidad, precisión o fiabilidad de ningún Contenido o comunicación publicada por medio de los Servicios, ni ratificamos ninguna opinión expresada por medio de los Servicios. Comprende que al hacer uso de los Servicios, puede exponerse a Contenido que puede resultar ofensivo, dañino, inexacto o inapropiado de cualquier otra forma, o en algunos casos, a publicaciones que puedan haber sido interpretadas erróneamente o que puedan ser engañosas de cualquier otra forma. Todo el Contenido es responsabilidad única de la persona que lo produce. No monitorizamos ni controlamos el Contenido publicado por medio de los Servicios, y no podemos hacernos responsables de dicho Contenido. [359]

La quinta cláusula establece que el usuario es el titular de cualquier contenido que envíe, reproduzca o exponga a través de los servicios de la plataforma. Además, señala que el usuario le concede "una licencia mundial, no-exclusiva y gratuita (así como el derecho de sub-licenciar) sobre el uso, la copia, la reproducción, el procesamiento, la adaptación, modificación, publicación, transmisión, exposición y distribución de tal

---

[356] SHEILA L. BRAND & JEFFREY D. MAKEY, PASSWORD MANAGEMENTE GUIDELINE: DEPARMENTE OF DEFENSE 7-10 (1985). *Véase* HELEN WOOD, THE USE OF PASSWORD FOR CONTROLLED ACESS TO COMPUTER RESOURCES 8-12 (1977).
[357] CHRIS HARE & KARANJIT SIYAN, INTERNET FIREWALLS AND NETWORK SECURITY 72,78 (1996).
[358] TWITTER, INC. *Contenido de los Servicios,* https://twitter.com/es/tos (última visita 23 de agosto de 2021).
[359] *Id.*

Contenido a través de cualquier medio o método de distribución presente o futuro". Una nota en negritas le advierte al usuario que la licencia concedida les permite dar acceso a los *tweets* del usuario a todos los demás usuarios de la plataforma de *Twitter*. De la misma forma, le señala que, mediante la aceptación de las "Condiciones de Uso", les otorga el derecho de poner el contenido presentado por el usuario a través de los servicios brindados por la plataforma para la difusión, distribución o publicación en otros medios y servicios.

En otra nota en negritas, *Twitter* indica que el conjunto de normas que rige el contrato, está en constante evolución con el fin de asegurar la interacción "abierta" de todos sus usuarios. Sin embargo, le recalca al usuario que es dueño del contenido generado en su perfil y que las imágenes son parte integral del mismo. Esta aseveración no es totalmente cierta, ya que el usuario le ha cedido una licencia al operador de la plataforma. Esto quiere decir que *Twitter* y el usuario comparten la titularidad del contenido. Por consiguiente, la plataforma se arroga el derecho de modificar el contenido insertado por el usuario y transmitirlo a terceros a través de la red informática o en otros medios de comunicación.[360]

Twitter le advierte al usuario que otras compañías o personas asociadas a la empresa podrán usar el contenido insertado por el usuario sin que medie compensación alguna. De la misma forma, *Twitter* establece los siguiente:

> Al enviar, publicar o mostrar Contenido a través de los Servicios, nos otorga una licencia mundial, no exclusiva, libre del pago de derechos (con derecho a sublicencia) para usar, copiar, reproducir, procesar, adaptar. modificar, publicar, transmitir, mostrar y distribuir dicho Contenido en todos y cada uno de los medios de comunicación o métodos de distribución posibles, conocidos ahora o desarrollados con posterioridad (a efectos aclaratorios, estos derechos incluyen, por ejemplo, los de organización, transformación y traducción). Esta licencia nos autoriza a poner su Contenido a disposición del resto del mundo y a permitir que otros hagan lo mismo. Usted acepta que esta licencia incluye el derecho de Twitter a proporcionar, promover y mejorar los Servicios y a poner el contenido enviado a o a través de los Servicios a disposición de otras empresas, organizaciones o personas para la sindicación, emisión, distribución, Retweet, promoción o publicación de dicho contenido en otros medios y servicios, sujeto a nuestros términos y condiciones para el uso de dicho Contenido. Dichos usos adicionales por parte de Twitter u

[360] *Id.*

> otras empresas, organizaciones o personas se realizarán sin abonarle a usted una compensación con respecto al Contenido que haya enviado, publicado, transmitido o puesto a disposición pública de cualquier otra forma a través de los Servicios, ya que usted acepta que el uso de los Servicios por su parte constituye una compensación suficiente por el Contenido y la cesión de derechos aquí contemplados. [361]

En la sexta cláusula de las "Condiciones de Uso", *Twitter* esboza todo lo concerniente a la concesión de una licencia para utilizar los servicios de la plataforma al usuario. *Twitter* indica que la licencia con cobertura mundial será para uso personal y no será transferible.

De su parte, la séptima cláusula del contrato establece que todos los derechos relacionados a los servicios que brinda la plataforma son propiedad exclusiva de *Twitter* y sus cedentes. Le advierte al usuario que estos servicios están protegidos por las leyes relativas al derecho de autor y marca comercial. Por tal motivo, el usuario no tendrá derecho alguno de usar distintivos o logotipos de *Twitter.*

La octava cláusula está adherida al tema de la seguridad del usuario en la red informática porque es en esta cláusula que se desglosan específicamente las guías relacionadas al contenido. Ahora bien, para tener acceso a estas especificaciones, *Twitter* refiere al usuario a otra página, a la cual tendría acceso si pulsa el botón sobre el enlace titulado "Reglas de Twitter".

El primer apartado de las "Reglas de Twitter", titulado: "Limitaciones del contenido y uso de Twitter"*,* impone algunas restricciones sobre el tipo de contenido que puede publicar el usuario. De la misma forma, le advierte al usuario que las limitaciones impuestas podrán ser modificadas ocasionalmente.

[361] TWITTER, INC., *Sus derechos y cesión de derechos sobre el contenido,* https://twitter.com/es/tos (última visita 23 de agosto de 2021).

Entre las limitaciones de uso impuestas por *Twitter*, se encuentra la prohibición de la suplantación de identidad,[362] la utilización de marcas registradas sin autorización y la publicación de información confidencial, determinándose como información confidencial a los números de tarjetas de crédito, direcciones postales, números de seguridad social o números de documento nacional de identidad. De la misma forma, se le apercibe al usuario de que no podrá publicar fotografías ni vídeos "íntimos" que se hayan tomado o distribuido sin el consentimiento de la persona que aparece en dicho material. Sin embargo, *Twitter* no define ni aclara a qué se refiere cuando utiliza el concepto de "íntimo". A las limitaciones anteriores, se suman la prohibición de fomentar la violencia, infringir los derechos de autor y realizar o fomentar actividades ilícitas. Asimismo, el usuario no podrá utilizar insignias de la compañía que denoten una alegada afiliación a *Twitter.*

El segundo apartado de las "Reglas de Twitter", titulado: "Abuso y Spam", detalla las actividades que pueden propiciar la desconexión permanente de la cuenta. Entre estas actividades, se encuentra la modalidad de creación de cuentas en serie con fines perjudiciales o abusivos, el acoso dirigido y la apropiación de nombres de usuarios. Sobre la apropiación de nombres de usuario, *Twitter* se refiere a la creación de varias cuentas con el objetivo de impedir que otros utilicen dichos nombres.

En el apartado "Abuso y Spam", se incluye la restricción relacionada al contenido gráfico en la cual se le prohíbe al usuario usar material pornográfico o "excesivamente" violento en su imagen de perfil, imagen de encabezado o imagen de fondo. Sin embargo, *Twitter* permite a los usuarios crear cuentas de parodias, cuentas de comentarios o cuentas de admiradores.

[362] Existe suplantación de identidad cuando la cuenta se usa para simular ser otra persona o entidad de forma engañosa o confusa. TWITTER, INC., *Impersonation,* https://support.twitter.com/articles/72692 (última visita 23 de agosto de 2021).

E. Generalidades de la aplicación *WhatsApp* y sus términos y condiciones del servicio

La corporación *WhatsApp, Inc*. fue fundada en el 2009 por el ingeniero ucraniano Jan Koum y el ingeniero norteamericano Brian Acton. Sin embargo, se le adjudica a Jan Koum su concepción seminal. La inquietud de este tipo de mensajería afloró en Koum después de haberse comprado un teléfono inteligente, dispositivo digital que le permitió percatarse del inmenso potencial de comunicación y costo efectivo de las aplicaciones tecnológicas.[363]

WhatsApp, Inc. ofrece los servicios de mensajería instantánea para teléfonos 'inteligentes' (*WhatsApp Messenger)*[364] través de su aplicación denominada *WhatsApp.* La denominación de la aplicación "es un juego de palabras de la frase *What's Up* en el idioma inglés".[365] *What's Up* significa en español: ¿Qué pasa? El nombre de la aplicación es una invitación a los usuarios a mantenerse comunicados con aquellas personas que aparecen en su registro o directorio telefónico del cual *WhatsApp* tiene acceso al ser instalada su aplicación. *WhatsApp* utiliza la conexión a la red informática del teléfono móvil para poder enviar los mensajes sin costo alguno.[366]

En el 2014, *Facebook* adquirió todos los derechos sobre la aplicación *WhatsApp* e inició nuevos servicios como el de llamadas telefónicas, vídeo llamadas y la aplicación *WhatsApp* para computadoras. Actualmente, *WhatsApp* cuenta con más de dos billones de usuarios dispersos en más de ciento ochenta países.[367]

En la introducción del nuevo contrato de *WhatsApp* que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2021, se le puntualiza al usuario potencial de que, si reside en la Región europea o en los países de la Unión Europea,[368] *WhatsApp Ireland Limited* será la entidad

---

[363] ALAIN NDEDI & MUA KINGSLEY, *Understanding How Failing a Job Interview May Be a Source of Innovation: The Case of WhatsApp Founders*, en MANAGING KNOWLEDGE AND INNOVATION FOR BUSINESS SUSTAINABILITY IN AFRICA 83-84 (Allam Ahmed, ed. 2017).
[364] *WhatsApp, Inc*. cuenta también con el servicio para empresarios denominado *WhatsApp Business.*
[365] WHATSAPP, INC., *About WhatsApp-Our App.,* https://www.whatsapp.com/about/ (última visita 17 de febrero de 2021).
[366] *Id.*
[367] *Id.*
[368] Este contrato especifica que se refiere a los países siguientes: Alemania, Andorra, Austria, Azores, Bélgica, Bulgaria, Ciudad del Vaticano, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guadalupe, Guayana Francesa, Hungría, Irlanda, Islandia, Isla de Man, Islas Canarias, Islas del Canal, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madeira, Malta, Martinica,

que le proporcionará los servicios *de WhatsApp* y será la "responsable del tratamiento de tu información".[369] De otra parte, se precisa que aquellos países que no pertenezcan al Espacio Económico Europeo tendrán como proveedor de servicios a *WhatsApp, LLC.*

Este contrato señala que al usuario instalar, acceder o usar sus aplicaciones y servicios, estará aceptando todos sus términos y condiciones. Asimismo, realiza una distinción vinculada a los servicios de emergencia concerniente a los servicios que brinda la compañía y los Servicios de Mensajes Cortos o Simples *(SMS - Short Message Service)*, teléfono móvil y de línea fija, advirtiéndole al usuario que "no proporcionan acceso a servicios de emergencia ni a proveedores de servicios de emergencia, como la policía, bomberos u hospitales, ni se conectan con puntos de respuesta de seguridad pública".[370] Aunque *WhatsApp* realiza esta aclaración respectiva a los servicios de emergencia, se debe puntualizar que *WhatsApp* señala en otra de sus páginas relativa a la información provista a las autoridades del orden público lo siguiente:

> En respuesta a una situación que implique un perjuicio inminente a un menor o riesgo de muerte o lesiones graves para cualquier persona, y que requiera la revelación de información de forma inmediata, un agente de las fuerzas del orden puede enviar una solicitud a través del Portal en línea para solicitudes de las fuerzas del orden de WhatsApp […]. Para acelerar el proceso de estas solicitudes, recomendamos incluir la palabra "EMERGENCY" en el asunto del mensaje.[371]

Se debe aclarar que *WhatsApp* no atiende solicitudes de emergencias de personas o entes privados que no ostenten un cargo como funcionarios de una agencia pública de seguridad, ente judicial o agencia concernida a la protección del orden del estado.

Otra advertencia realizada en el contrato es la relativa a una disposición de arbitraje obligatorio individual para aquellos usuarios ubicados en los Estados Unidos de

---

Mayotte, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y sus bases soberanas en Chipre (Acrotiri y Dhekelia), República Checa, República de Chipre, Reunión, Rumania, San Marino, San Martín, Suecia y Suiza. WHATSAPP, INC., *Quién proporciona tus servicios de Whatsapp,(European* Region), https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/who-is-providing-your-whatsapp-services (última visita el 17 de febrero de 2021).

[369] *Id.*

[370] WHATSAPP, INC., *Información Legal de WhatsApp,* https://www.whatsapp.com/legal/?l=es (última visita 17 de febrero de 2021).

[371] WHATSAPP, INC., *Información: Fuerzas del Orden,* https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/information-for-law-enforcement authorities/?lang=es (última visita 17 de febrero de 2021).

América o Canadá. Esta advertencia está escrita totalmente en letras mayúsculas y recalca que lo anterior significará que el usuario renuncia a presentar remedios ante un juez o jurado, disponiendo además que se renuncia a la participación en demandas de clase o arbitrajes colectivos.[372]

WhatsApp agrupa una serie de disposiciones bajo el título de "Acerca de nuestros servicios". Los asuntos discutidos en este acápite son los relacionados al registro, la libreta de direcciones, la edad para poder ser usuario, los dispositivos requeridos para el uso eficiente de la aplicación y las posibles tarifas e impuestos relacionados al servicio.

En lo atinente al registro, *WhatsApp* requiere básicamente lo mismo que los otros proveedores de servicios, pero enfatiza en que la información provista deberá ser correcta y que, de cambiar de número de teléfono, se deberá actualizar el dato registrado en la función "Cambiar número". Sobre esta primera cesión de información, es propicio señalar que muchos usuarios no se percatan de su registro porque, al bajar la aplicación, muchos datos quedan rastreados y adheridos simultáneamente a ésta, como ocurre con la lista de teléfonos del directorio telefónico del dispositivo digital. Sobre este asunto, *WhatsApp* dispone lo siguiente: "Nos proporcionas regularmente los números de teléfono de los usuarios de WhatsApp y los demás contactos que tienes en la libreta de direcciones de tu teléfono móvil. Confirmas que estás autorizado a proporcionarnos dichos números para permitirnos proveer nuestros Servicios".

La confirmación de que el usuario tiene la autorización de proporcionar dichos números es la manera como *WhatsApp* se libera de cualquier posible reclamación relacionada a la captación de números telefónicos y cualesquiera otros datos que discurran del dispositivo telefónico de un usuario a la aplicación. Esto ocurre porque el usuario está poniendo a disposición de dicha compañía, una serie de datos e información de terceros de manera indiscriminada y sin consentimiento directo alguno. Es por tal motivo, que el usuario, al consentir a lo anterior, crea la ficción de *facto* de que le ha solicitado autorización de cesión de información a cada persona cuyo número de teléfono consta registrado en su directorio telefónico y asume las consecuencias de ese asentimiento.

[372] WHATSAPP, INC., *Condiciones del Servicio,* https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service/?lang=es (última visita 17 de febrero de 2021).

En lo concerniente a la edad, *WhatsApp* aduce que el usuario potencial deberá ser mayor de trece años o tener *la edad mínima* requerida sin necesidad del consentimiento de los progenitores, según las normas establecidas por la jurisdicción de ubicación desde donde se usa la red. En esta misma cláusula, *WhatsApp* le aclara al menor de edad que, de no tener la edad mínima permitida por ley, sus representantes legales podrían aceptar los términos y condiciones del contrato de *WhatsApp* en su nombre.[373]

Esta disposición también señala que el usuario se compromete a descargar e instalar actualizaciones de los servicios brindados y que esas descargas y actualizaciones podrían ocurrir de manera automática. De la misma forma, *WhatsApp* le remarca al usuario que se reserva el derecho de cobrarle por los servicios y que se reserva el derecho de cancelar su cuenta.

En la cláusula relacionada a la privacidad y titulada "Política de Privacidad y Datos del Usuario", *WhatsApp* refiere al usuario a otra página. La página referida comienza diciendo: "[e]l respeto a tu privacidad forma parte de nuestro ADN".[374] Esta premisa pretende sustentar que las deferencias hacia la privacidad han sido consideradas en la concepción, desarrollo, y funcionamiento de la aplicación. Consecutivamente, *WhatsApp* le puntualiza al usuario que recopila su información cuando le provee sus servicios, "incluso durante la instalación"[375] de la aplicación.

Es oportuno aclarar que, durante el proceso de instalación de la aplicación o de acceso o uso de la misma, el proveedor del servicio accede y recopila información del dispositivo digital. "Esto incluye información como el modelo de hardware, la información del sistema operativo, información sobre el navegador, la dirección IP e información de la red móvil, incluido el número de teléfono y los identificadores del dispositivo".[376] Además de la información reseñada, *WhatsApp* podrá recopilar información relacionada a la ubicación del teléfono si esa función estuviese activada en el dispositivo o cuando se eligiera compartir la ubicación con los contactos del directorio.

---

[373] WHATSAPP, INC., *Condiciones del Servicio,* https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service/?lang=es (última visita 17 de febrero de 2021).
[374] WHATSAPP, INC., *Política de Privacidad,* https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy (última visita 17 de febrero de 2021).
[375] *Id.*
[376] *Id.*

Asimismo, *WhatsApp* señala que las conversaciones que acontecen en su aplicación están "*cifradas de extremo a extremo"* a partir de la versión de su aplicación de 12 de abril de 2016. Lo anterior significa que el emisor y el receptor solamente podrán leer un mensaje enviado entre ellos y que ninguna otra persona podría acceder al contenido, incluyendo al mismo proveedor del servicio. Sobre este asunto, *WhatsApp* le explica al usuario lo siguiente:

> Esto es porque tus mensajes están seguros con un candado y solo tú y el receptor tienen el código/llave para abrirlo y leer los mensajes. Para mayor protección, cada mensaje que envías tienen su propio candado y código único. Todos esto pasa de manera automática; sin necesidad de ajustar o crear chats secretos especiales para asegurar tus mensajes.[377]

Al margen de lo expuesto por la red social, se debe señalar que las comunicaciones registradas en ésta están generalmente encriptadas, pero algunas actividades de comunicación sin encriptar quedan almacenadas en el mismo dispositivo tecnológico.[378] Por el contrario, *WhatsApp* alega que, una vez los mensajes del usuario son enviados, éstos son eliminados inmediatamente de los servidores de la compañía y quedarán almacenados solamente en el dispositivo del usuario. Sin embargo, *WhatsApp* aclara que recopilan y almacenan los mensajes que no han podido enviarse por razones de desconexión por un período de tiempo de treinta días en los servidores de la corporación y que, de no poder enviarlos en ese término, procederían a borrarlo.

Sin embargo, la alegación sobre la supuesta eliminación de los mensajes es contradicha con otra de las disposiciones del contrato que aduce que *WhatsApp* recopila información relacionada con el "rendimiento, diagnóstico y servicio". Conviene precisar que lo anterior permite incluir información relacionada a la dinámica de interacción del usuario con otros usuarios, archivos de registro, sitios de la red informática utilizados y otros "*datos similares*". Es forzoso subrayar que la expresión de "*datos similares*" desplegada en el contrato precisa una indeterminación e imprecisión ineludibles que deberían alertar al usuario sobre un tratamiento amplio de datos e información personal.

---

[377] WHATSAPP, INC., *Seguridad en WhatsApp,* https://www.whatsapp.com/security/ (última visita 14 de marzo de 2021).
[378] DARREN R. HAYES, A PRACTICAL GUIDE TO COMPUTER FORENSICS INVESTIGATIONS 423 (2015).

Lo anterior se acentúa, opacando todavía más las aseveraciones relacionadas a la eliminación de los mensajes de sus servidores, al *WhatsApp* remarcar el procedimiento concerniente a los mensajes de multimedia de la manera siguiente: "Para mejorar el rendimiento y entregar mensajes de multimedia de manera más eficaz, como cuando muchas personas comparten una foto o un vídeo popular, podemos conservar dicho contenido en nuestros servidores durante un período más prolongado".[379] La alusión al *"período más prolongado"* consta en el mismo párrafo alusivo a los treinta días de retención de los mensajes que no han podido enviarse por problemas de desconexión por el proveedor del servicio. Esto sugiere que *WhatsApp* podrá retener mensajes de multimedia por un período mayor a los treinta días, pero no establece tiempo definido de almacenamiento de esta información, por lo que se podría presumir su indefinición.

WhatsApp se reserva el derecho de compartir todos los derechos y obligaciones contemplados en su *"*Política de Privacidad*"* con todas sus "afiliadas, entidades sucesoras o propietarios nuevos". Lo anterior queda ejemplificado con la relación de *Facebook, Inc.* (desde el 2021 - *Meta Platforms, Inc*, haciendo negocios como *Meta*) y *WhatsApp* como afiliadas. Sobre este respecto, *WhatsApp* manifiesta lo siguiente:

> Como parte de la familia de empresas de Facebook, WhatsApp recibe información de esta familia de empresas y comparte información con ellas. Podemos usar la información que recibimos de ellas, y ellas pueden usar la información que compartimos con ellas, […] Facebook y las demás empresas de la familia de Facebook también pueden usar nuestra información para mejorar tus experiencias con sus servicios, así como sugerencias (por ejemplo, de amigos o conexiones, o de contenido interesante), mostrar anuncios y ofertas relevantes.

La cláusula anterior crea una incertidumbre sobre los posibles sujetos que ostentarán los derechos cedidos a *WhatsApp*, sobre todo, al disponer como posibles sujetos a sujetos potenciales futuros y al no limitarlos a las afiliadas o socios vigentes al momento del otorgamiento del contrato. Esta previsión responde a que *WhatsApp* está consciente de que su crecimiento global va en escalada, lo que la compele a proteger sus negociaciones ulteriores.

---

[379] WHATSAPP, INC., *Información Legal,* https://www.whatsapp.com/legal?eea=1&lang=es (última visita 14 de marzo de 2021).

Es por tal motivo que *WhatsApp* recalca que, al usuario utilizar su aplicación, consiente a sus prácticas de tratamiento de información y a la transferencia de datos e información a los Estados Unidos de América y a otros países en los cuales ellos tengan "instalaciones, proveedores de servicios o socios". Asimismo, le apercibe al usuario de que las leyes del país en el que se almacena la información pueden ser diferentes a las leyes que rigen en el país donde se encuentra el usuario.

Cabe advertir que en los contratos anteriores de *WhatsApp* se había establecido un procedimiento para interponer una reclamación relacionada a cualquier violación o transgresión al amparo del Escudo de la Privacidad[380] y se le informaba al usuario que debía contactar a *TrustArc*, un proveedor alternativo de resolución de reclamaciones con sede en los Estados Unidos".[381] *TrustArc* (conocida anteriormente como TRUSTe) es una empresa de asesoría de seguridad tecnológica con sede en San Francisco, California, cuyos servicios giran en torno a los procesos de protección de información para resguardar la privacidad de los usuarios en vías de cumplir con las leyes aplicables y minimizar posibles riesgos de filtraciones o captaciones de datos.[382]

TrustArc ostenta un programa de certificaciones de privacidad en protección de los menores de edad que les permite a las compañías que contratan este servicio, proyectarse como un sitio web o aplicación amigable de niños, niñas y adolescentes. Esto se debe a que estas certificaciones pretenden asegurar el cumplimiento con las disposiciones de la *Children's Online Protection Privacy Act.*

Sin embargo, en el nuevo contrato de *WhatsApp* no queda constatado si todavía *TrustArc* es uno de sus contratistas independientes. Ahora bien, es importante indicar que una certificación de *WhatsApp* otorgada por *TrustArc* permitiría solamente presumir que se está ante una compañía amigable con los menores de edad. Sin embargo, esto no quiere decir que *WhatsApp* les brinde protecciones especiales de resguardo con relación a la

[380] El Escudo de Privacidad UE-EE.UU. o *EU-US Privacy Shield* se refiere al acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados Unidos de América concerniente a un nuevo marco sobre los flujos transatlánticos de datos e información.
[381] WHATSAPP, INC., *Información Legal,* https://www.whatsapp.com/legal/ (última visita 21 de marzo de 2021).
[382] TRUSTARC, INC., *Privacy Management,* https://www.trustarc.com/about/ (última visita 21 de marzo de 2021).

protección de datos o a la captación de mensajes ofensivos, amenazantes y discriminatorios. Sobre este tipo de mensaje vejatorio, *WhatsApp* expone lo siguiente:

> Una de las formas con las que podemos ayudarte a estar seguro es a través de nuestros Términos de Servicio. Los Términos detallan actividades que están prohibidas, como mostrar contenido (en tu estado, fotos de perfil o mensajes) que sea ilegal, obsceno, difamatorio, amenazante, intimidatorio, con muestras de odio, racista, ofensivo, o cualquier otra materia inapropiada o ilegal que viole nuestros Términos de Servicio. Si creemos que un usuario está violando los Términos de Servicio, suspenderemos su cuenta.[383]

Al hilo de lo anterior, cabe preguntarse cómo *WhatsApp* puede identificar el registro de actividades ilegales y brindar ciertas protecciones al usuario cuando destaca la característica de cifrado de mensajes de 'extremo a extremo' como una de sus fortalezas, lo que le impediría acceder a mensajes agraviantes, a menos que el mismo usuario se los refiriera.

F. Aproximación a *Snapchat*: La red social 'fantasma'

Snapchat es una aplicación cibernética que permite a los usuarios de telefonía móvil inteligente intercambiar fotos y vídeos con agregados de textos, dibujos y efectos de "realidad aumentada". Reconociéndose al concepto de "realidad aumentada" como la proyección de la realidad auténtica adornada o alterada con dispositivos tecnológicos. Esta aplicación fue creada por los ex alumnos de Stanford University, Evan Spiegel, Bobby Murphy y Reggie Brown en el 2010 y lanzada al mercado tecnológico en el 2011. Éstos brindan sus servicios a través de la compañía *Snap Inc.* (anteriormente *Snapchat, Inc*.) con sede en Venice, California.

Snapchat es una palabra compuesta por la palabra *snap* que quiere decir chasquido y la palabra *chat* que significa conversación. Por lo tanto, el nombre de la aplicación pretende aludir a una plática rápida e instantánea. Su logotipo es una representación

[383] WHATSAPP, *Cómo Protegerse en Whatsapp,* https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/staying-safe-on-whatsapp/?lang=es (última visita 17 de febrero de 2021).

gráfica de un cuadrado amarillo con bordes redondeados con un fantasma sobrepuesto. A este fantasma se le ha denominado *Ghostface Chillah* (derivado del nombre artístico del rapero *Ghostface Killah,* miembro del grupo musical, *Wu-Tang Clan*).

La representación fantasmagórica de la plataforma responde a una de las funciones favoritas de los menores de edad, la cual les permite programar un temporizador para establecer, entre uno a diez, cuántos segundos mantendrán el mensaje a la vista del receptor. El temporizador comenzará una cuenta regresiva a partir del momento en que el destinatario abra el mensaje. El mensaje se borrará del dispositivo recipiente transcurrido el tiempo predeterminado por el remitente. Sobre este respecto, *Snapchat* se asimila al sistema de llamada telefónica porque en este medio se mantiene el récord de las comunicaciones, pero no del contenido de las mismas. Sin embargo, cabe advertir que lo anterior no evitaría que el usuario receptor pudiera tomar una captura o foto de pantalla (*screenshot)*.

Dentro de la 'realidad aumentada' provista por *Snapchat*, se enmarca la alternativa de que el usuario cree su propio 'mini-él o mini-ella', denominada como *bitmoji*. Un *bitmoji* es un *emoji* personal o un tipo de avatar que puede enviar un usuario a otro en forma de pegatina digital vía chat o vía *snaps*. De la misma forma, *Snapchat* brinda a los usuarios la función a través de la cual se crean escenas virtuales entre diferentes *bitmojis* 'amigos'. Esta interacción puede ocurrir entre varios usuarios (*snapchatters)* y se denomina *3D Friendmojis*.

Otra función que contribuye a la "realidad aumentada" proporcionada por *Snapchat* consiste en la utilización de filtros que permiten adornar las imágenes o realizar intercambios de caras (*faces swaps).* Conviene precisar que, aunque se pretenda teorizar que el intercambio de caras es una función que responde a la pretendida "realidad aumentada", se está ante una alteración de los cuerpos que no anticipa necesariamente el consentimiento de todas las partes involucradas. Esta modalidad tecnológica de alteración del cuerpo de una persona sin su consentimiento facilitará la conculcación de derechos de la personalidad.

El encabezado del contrato de *Snap Inc.* comienza con dos enlaces que dirigirán al usuario a los "Términos del Servicio" de acuerdo con el lugar de residencia. El primer

enlace señala que, si el usuario vive en los Estados Unidos, aceptará las condiciones impuestas por *Snap Inc.* El segundo enlace será el relativo a los usuarios sitos fuera de Estados Unidos, los cuales para acceder a los servicios brindados por la aplicación deberán aceptar los "Términos del Servicio" impuestos por *Snap Group Limited*.

G. La precariedad de la autonomía de la voluntad de los usuarios de *Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp* y *Snapchat*

1. Algunos paradigmas de los contratos de las redes sociales

En la sociedad de la red informática, el contrato de adhesión ha sido la respuesta a la urgencia e *histeria colectiva* por el acceso a las plataformas de las redes sociales. Si se comparan los contenidos de los contratos reseñados anteriormente, se podrán identificar algunos patrones y paradigmas concertados con la intención de proteger a la red social, tanto en la evitación de la posible radicación de acciones civiles o criminales en su contra, como en la amplificación del marco de operaciones relativas a la mercadotecnia en la cual tienen apostadas sus ganancias.

Uno de los paradigmas de mayor preeminencia es el relativo a la cesión de datos e información a la red social vinculada, la cual podrá transferirlos a otras plataformas y cualesquiera otros terceros desconocidos. Este patrón conlleva la incertidumbre del destino de la información y lo consagra como paradigma enigmático. Atado a la incertidumbre de este destino de la información, está el paradigma de un almacenamiento posiblemente *perpetuo* porque no se tendrá la certeza ni la evidencia de que las plantillas recopiladas en la base de datos del proveedor del servicio fueron realmente borradas cuando fue solicitado o cuando se alega que finalizó el negocio jurídico.

A pesar de las prestaciones onerosas impuestas al usuario de una red social, algunos tratadistas arguyen que, si se satisfacen las necesidades requeridas en la contratación, la autonomía de la voluntad quedaría subsumida al cumplirse con los propósitos dispuestos.[384] Esta aseveración es sumamente arriesgada a la luz de los derechos fundamentales que pueden verse afectados y de la peculiaridad de *un nuevo tipo*

[384] LUIGI FERRI, LA AUTONOMÍA PRIVADA 5 (1969).

de contrato de adhesión que le adjudica un poder inconmensurable a *la parte más fuerte* al permitirle enmendar constantemente el contrato de manera arbitraria. A esto se añade que, cuando el usuario está encarnado por un menor de edad, no se estará ante un análisis de una autonomía de la voluntad de carácter general, sino de una autonomía de la voluntad de carácter progresivo, ya que éste se empoderará en la medida que transite y progrese por las diversas etapas de maduración física, madurez emocional y la adquisición de conceptos, aprendizajes y destrezas noveles.

Los reseñados paradigmas contractuales obligan a la auscultación de ambos conceptos de autonomía de la voluntad con el propósito de identificar las posibles medidas de protección y empoderamiento que capaciten al menor de edad a ejercer su libertad contractual de manera más instruida e informada. Esta instrucción deberá ser provista primariamente por los progenitores o tutores y deberá desarrollar las destrezas necesarias para que el menor de edad pueda dar un consentimiento informado sobre los servicios solicitados y las obligaciones adquiridas.

2. Referencia a la autonomía de la voluntad y los contratos celebrados con los proveedores de servicios de las redes sociales

La autonomía de la voluntad se ha considerado, por algunos, como un concepto disgregado de la ética kantiana del imperativo categórico. El imperativo categórico de Kant postulaba que la causalidad de la libertad del individuo lo ubicaba en el ámbito de observar su propia voluntad. Por lo tanto, la existencia de la ley solamente tendría sentido si este individuo gozaba de su libertad porque era la única forma en que sus conductas y acciones justificaban el ser reguladas. Esta filosofía y ética de la conducta humana postulaba que el derecho intrínseco del individuo a autorregularse según sus reglas morales lo situaba en un entorno de constante enfrentamiento con imperativos externos a su voluntad. Esta conceptualización de la autonomía de la voluntad queda percibida por KANT de la siguiente forma:

> La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ella es para sí misma una ley -independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer-. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal. Que

> esta regla práctica es un imperativo, es decir, que la voluntad de todo ser racional está atada a ella necesariamente como condición, es cosa que por mero análisis de los conceptos presentes en esta afirmación no puede demostrarse, porque es una proposición sintética; habría que salir del conocimiento de los objetos y pasar a una crítica del sujeto, es decir, de la razón pura práctica, pues esa proposición sintética, que manda apodícticamente, debe poderse conocer enteramente *a priori.* […] Pero por medio de un simple análisis de los conceptos de la moralidad, si puede muy bien mostrarse que el citado principio de la autonomía es el único principio de la moral. Pues de esa manera se halla que su principio debe ser un imperativo categórico, el cual, empero, no manda ni más ni menos que esa autonomía justamente.[385]

Lo anterior redundará constantemente en la dicotomía entre la autonomía de la voluntad y su heteronomía como contraparte. No obstante, el valor de la libertad como cuña de la autonomía de la voluntad se verá acentuado con todo el fragor de los conflictos de la Revolución Francesa y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, eventos indicadores del fin de una era y el comienzo de la Edad Contemporánea. Esta veneración a la libertad individual seguirá invocándose como derecho fundamental a través de los siglos, aunque, con diversas matizaciones, limitaciones y tratamientos singulares de preservación en las diversas instituciones legales.

Esta característica del ejercicio de la libertad en el marco de la contratación continuó transformándose como respuesta a las necesidades de cada época, pero se reforzó con más intensidad con el liberalismo contractual del siglo XIX. Estas consideraciones a la autonomía de la voluntad se vieron plasmadas en la codificación civilista europea, la cual trató de responder a las necesidades surgidas como consecuencias de las transformaciones económicas acontecidas en cada momento histórico.[386]

Un ejemplo de lo anterior queda reflejado en el Derecho de las obligaciones y contratos siendo la amplia libertad concedida a los sujetos privados de regular sus intereses económicos una de sus características primordiales. Empero, la heteronomía suscitada como sostén de la propia autonomía contractual reconoce sus limitaciones en

---

[385] IMMANUEL KANT, FUNDAMENTACIÓN DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES 88 (Pedro M. Rosario Morente, ed., 1998). *Véase* MIGUEL A. ROJAS CASTAÑEDA, UNA SUPERACIÓN METAFÍSICA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO 208-212 (2011).

[386] DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. III, pág. 364 (6ta ed. 1983).

aquello que se oponga a la ley, la moral y el orden público. La autonomía de la voluntad a la que se aspiraba se cimentaba sobre la base de los principios de libertad y autorregulación. DE CASTRO Y BRAVO la concebía como "el poder de autodeterminación de la persona"[387] y su libertad "para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen".[388]

No obstante, el liberalismo contractual de la mano del liberalismo económico desembocó en una economía capitalista que procuró estructurar una sociedad de consumo de masas. Este tipo de sociedad de consumo de masas se nutrió del surgimiento de grandes e influyentes corporaciones que fueron imponiendo unilateralmente sus intereses, destruyéndose al compás la valoración del contrato basado en la igualdad de ambas partes.[389]

Esta sociedad de consumo arraigó la matización de la conceptualización de la autonomía de la voluntad, reconociéndole dos tipos de expresiones de libertad: la libertad de contratar y la libertad contractual. La libertad de contratar se postula como la "potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante",[390]mientras la libertad contractual se percibe como "la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato".[391]

Cabe señalar que, cuando el llamado liberalismo contractual sufrió una crisis por entenderse que, en el ejercicio de las libertades brindadas, podía transgredirse, la ley, la moral y el orden público, el legislador entendió que era imperativo el intervencionismo como medida de protección del orden social. Lo anterior limitó de alguna manera la autonomía de la voluntad en materia de contratos. A este respecto, ESPÍN CÁNOVAS señala lo siguiente:

---

[387] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, EL NEGOCIO JURÍDICO 12 (1971). (1997).
[388] *Id.*
[389] ESPÍN CÁNOVAS, *supra* en la nota 258, en la pág. 364; Diego Espín Cánovas citando a Galvao Telles en: INOCENCIO GALVAO TELLES, ASPECTOS COMUNS AOS VARIOS CONTRATOS 86 (1951).
[390] Carlos Alberto Soto Coaguila, *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato,* 52(106) REV. VNIVERSITAS 519, 562 (2003).
[391] *Id.* en la pág. 530.

> Esta transformación del contrato hace que en el Derecho actual ya no pueda hablarse del principio de la libertad contractual o dogma de la autonomía de la voluntad, como en la fecha en que se redactaron los Códigos civiles del pasado siglo, pues en todos los países han surgido fuertes limitaciones a dicha libertad, que afectan tanto a la fase formativa del contrato como a la estabilidad de las relaciones creadas por el mismo […].[392]

A las limitaciones legales impuestas a la autonomía de la voluntad por el intervencionismo del Estado, se deberán adicionar las limitaciones impuestas por la sociedad del consumo y la contratación estandarizada con cláusulas predispuestas por una de las partes. No es ocioso enfatizar que este tipo de contratación estandarizada, ya discutida en su configuración de contrato de adhesión, será la forma jurídica de responder a la contratación en masa y para las masas.

Aunque los dogmas postulados en materia contractual no han sido estáticos y el liberalismo contractual nunca ha claudicado, la evolución de la tecnología ha planteado el surgimiento de una nueva especie de "liberalismo contractual" en la red informática con el advenimiento de los contratos de la redes sociales, en los cuales una de las partes verá casi desaparecida su autonomía de la voluntad, ya que no tendrá posibilidad alguna de negociar algún aspecto del contrato, ni podrá realizar preguntas relativas a las cláusulas y condiciones y solamente podrá adherirse a la autonomía de la voluntad de la otra parte, al pulsar el botón de "[e]stoy de acuerdo". De hecho, se podría sugerir que la parte que pulsa el botón de "[e]stoy de acuerdo" verá reducida su autonomía de la voluntad a ese minúsculo gesto que acarreará la certeza jurídica de que leyó y aceptó el contrato.

Los lineamientos anteriores ocurren porque el liberalismo contractual, axioma del liberalismo económico, le permite introducir relaciones contractuales "noveles y atípicas, producto del imaginario humano", a los legisladores.[393] Es preciso señalar que, mientras, en las primeras manifestaciones del liberalismo contractual y económico, el intervencionismo del Estado se propuso para lidiar con la desigualdad de las voluntades en el negocio jurídico y hacerle justicia a la parte con menos poder de negociación, en los contratos relativos a la red informática, el intervencionismo del Estado opera de manera

[392] ESPÍN CÁNOVAS, *supra* nota 258 en la pág. 365.
[393] JOSÉ L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, DERECHO DE CONTRATOS 35 (2003). *Véase* Coop. Sabaneña v. Casiano Rivera, 184 D.P.R. 169 (2011); Banco Popular v. Lam Ortiz, KLAN2012-00307 (STA de 31 de mayo de 2012).

contraria. En el ámbito de la red informática, el intervencionismo del Estado ha abonado a un liberalismo aún más alarmante, debido a que se ha legislado para la desregulación, permitiéndole a los menores de trece años o más en Puerto Rico y Estados Unidos y a los menores de catorce años o más en España y Corea del Sur a que puedan ser 'la parte débil' en los contratos atípicos de la web. Si a la anterior aseveración se anexa el auge de la masificación de la contratación de servicios en la red informática como imperativo económico que ha relegado a planos de intensa tolerancia los cuestionamientos referentes a la inclusión reiterada de cláusulas leoninas en dichos contratos, se estará ante un escenario de total desequilibrio contractual. El anterior planteamiento se sostiene considerando que las cláusulas que promueven la desigualdad y el desequilibrio de las partes son "aquellas impuestas unilateralmente en detrimento del adherente, que favorecen de manera exorbitante al predisponente y provocan un desequilibrio contrario a la buena fe entre los derechos y las obligaciones de los contratantes"[394].

A tenor con lo anterior, se podría aseverar que los contratos de los proveedores de servicios de la redes sociales contienen varias cláusulas leoninas, entre las que se encuentran aquellas que le conceden la facultad unilateral para enmendar el contrato y modificar su régimen contractual al predisponente, las que establecen renuncias o limitaciones al ejercicio de acciones judiciales en caso de incumplimiento, las que imponen el proceso de arbitraje como el único medio de dilucidar las posibles controversias y aquellas cláusulas que exoneran al predisponente del resarcimiento de daños a terceros, cuando son éstos los que tienen el control final de la información. La desigual intervención de las voluntades de las partes será paradigma de este tipo de contrato y la desigualdad podrá ser abismal si se encarna la 'parte más débil' en un menor de edad que no tenga la madurez suficiente para percatarse de los compromisos que ha asumido y de los derechos fundamentales que ha cedido.

[394] Arsul José Vázquez Pérez, *La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba*, 27 REV. DER. PRIV. UEC 163 (julio-diciembre de 2014).

3. Algunos contornos de la autonomía progresiva del menor de edad

Como se remarcó en el Capítulo I de esta Tesis, la Convención sobre los Derechos del Niño enfatizó vehementemente el paradigma de los menores de edad como titulares de sus derechos fundamentales. Lo anterior redundó en la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes garantizando que los menores de edad disfrutaran de sus derechos constitucionales, entre los que se encontraban el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el ejercicio del derecho de acceso a la información. Este reconocimiento de la titularidad de derechos y, por consiguiente, de obligaciones implicó el ejercicio de estos derechos de manera progresiva atendiendo a la evolución de la madurez del menor de edad.

La alusión al concepto de evolución progresiva en el ejercicio de estos derechos no es accidental, sino que trasluce en varios artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio rector a considerar. Por ejemplo, el artículo 5 dispone que los progenitores o tutores orientarán y dirigirán al menor de edad para que pueda realizar el ejercicio de sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades". Mientras, el artículo 12.1 de la Convención establece que "[l]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". De la misma manera, el artículo 14.2 puntualiza que se respetarán los derechos y deberes de los progenitores y tutores de guiar al menor de edad "conforme a la evolución de sus facultades". De su parte, el artículo 28.1 consolida el concepto de progresividad al reconocerle al menor de edad el derecho a una educación que "se pueda ejercer progresivamente".

Estos artículos implican que el menor de edad no tiene que esperar a tener una madurez plena para comenzar a ejercer su capacidad sobre algunos de sus derechos, pero también reconocen que éstos no podrán actuar desplegando una absoluta autonomía de la voluntad. No obstante, la pretensión subyacente sobre la progresividad en el ejercicio de los derechos sustenta el postulado relacionado al reconocimiento de cierta autonomía de la voluntad al menor de edad. Este postulado sostiene que de nada valdría la atribución

de unos derechos a los menores de edad, si éstos se encontraran privados de ejercerlos.[395] Se considera que concederle una titularidad de derechos a los menores de edad desprendida del derecho del ejercicio de su autonomía sitúa a los menores de edad en el mismo paraje en el que se encontraban antes del reconocimiento de los mismos. Además, esta divergencia podría acarrear "el riesgo de terminar definiendo los contornos de esos derechos desde el punto de vista de los adultos".[396]

Esto responde a que, en el caso de los menores de edad, se está ante una combinación de factores relacionados a su edad y su madurez, valoraciones que pueden sucumbir ante los respectivos deberes de protección correspondientes al 'adulto a cargo', quien deberá salvaguardar el interés del menor en calidad de interés superior. Con relación a este señalamiento, se debe considerar que, muchas veces, se invoca el interés superior del menor, abatiendo tajantemente la decisión autónoma del menor.

Sobre este asunto, BARATTA expone lo siguiente:

> Incluso cuando les reconocemos autonomía y madurez suficiente como para tomar sus propias decisiones, el interés superior del niño construido con independencia de ese mismo reconocimiento (normalmente desde fuera de ellos) podrá, siempre, triunfar sobre la voluntad (madura, capaz y cabalmente comprendida) del niño.[397]

Por lo tanto, la voluntad del menor de edad no será necesariamente la que prevalezca en algunas determinaciones relacionadas a sus intereses, incluso éste gozando de discernimiento y madurez suficiente, porque tendrán que considerarse los resultados de las valoraciones, en muchos casos subjetivas, que le adjudicarían el derecho a ejercer "cierta" autonomía.

Es por tal motivo que, en vías de alcanzar un balance entre el ejercicio de los derechos de los menores de edad y los deberes de protección, educación y vigilancia que

---

[395] Michael D. Freeman, *Tomando más en serio los derechos de los niños,* 3-4 Revista de Derechos del Niño, UNICEF 251, 258 (2006).
[396] Alessandro Baratta, *Democracia y derechos del niño,* en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, UNICEF - Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Núm. 9, p. 17, (Mary Beloff, ed., et al.) https://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justcia%20_y_derechos_9. (última visita 8 de abril de 2021).
[397] *Id.*

le impone el ordenamiento jurídico a los progenitores y tutores, se ha adoptado el criterio de autonomía progresiva como una alternativa de equilibrio. La autonomía progresiva del menor deberá perseguir "la realización y la vivencia de la mismidad"[398] del menor de edad mediante el reconocimiento de su capacidad de elegir como una opción de libertad.[399]

El concepto de autonomía progresiva coincide con el sentido progresivo de las etapas de maduración física, madurez emocional, adquisición de destrezas y aprendizajes del menor de edad.[400] Esta coincidencia justifica el que se considere al ejercicio progresivo de la autonomía como la forma más fiable de preservar o ejercer la autonomía reconocida al menor de edad en su proceso de empoderamiento. Este matiz de evolución paulatina concibe habilitar al menor de edad de un cúmulo de experiencias y lecciones que le facilitarán el recorrido de la senda que lo dirigirá de la estancia de su heteronomía a la vivencia de su autonomía.

El lineamiento anterior no alcanzará sus objetivos de empoderamiento del menor si no se apunta a que los progenitores y los tutores, con el apoyo del entorno escolar, se conviertan en los epicentros garantes de esta constante formación progresiva. Ahora bien, se sugiere que, para lograr el objetivo de la formación progresiva, los progenitores y los tutores deberán relacionarse con el menor de edad con "horizontalidad en la toma de decisiones",[401] lo que conllevará "un acercamiento a los valores sin prejuicios y coerción".[402] Obviamente, en el marco jurídico, está plasmada la tensión continua de la protección del menor de edad polarizada con el facilitarle al menor su participación en la toma de decisiones sobre asuntos de su interés. El dilema que se suscita gira en torno a la proposición disyuntiva que permea el ser protector y favorecer paralelamente el ejercicio

[398] Jorge Restrepo Restrepo, *Autonomía*, en El NIÑO SANO 54 (Álvaro Posada Díaz, Juan Fernando Gómez Ramírez & Humberto Ramírez Gómez, eds., 2005).
[399] BARATTA plantea que la autonomía progresiva se ha impuesto como criterio al amparo de la asunción de que "los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados". Alessandro Baratta, *Democracia y derechos del niño,* en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, UNICEF 17 (agosto de 2007), http://www.unicef.cl (última visita 8 de abril de 2021).
[400] *Véase a* DIEGO SILVA BALERIO, PEDAGOGÍA Y CRIMINALIZACIÓN: CARTOGRAFÍAS SOCIOEDUCATIVAS CON ADOLESCENTES (2016).
[401] Restrepo Restrepo, *supra* nota 398, en la pág. 57.
[402] *Id.*

de la autonomía.[403] La incertidumbre que emana de ese dilema aumenta cuando se califican como especiales a las protecciones[404] que se le deberán brindar al menor.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adscrita a la Organización de los Estados Americanos, a la cual pertenece Estados Unidos de América, ha tenido ocasión de expresarse sobre las consideraciones que habrán de delimitar y concretar la protección especial concedida a los menores de edad. A este respecto, ha pronunciado lo siguiente:

> Al analizar el alcance y contenidos del deber de protección especial, habrá que tomar en consideración que naturalmente esta condición de dependencia de los niños va evolucionando con el tiempo de acuerdo con el crecimiento, estadios de madurez y progresiva autonomía personal. Ello conlleva una correlativa adaptación del contenido de los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado en relación al niño. Así, los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado hacia el niño deberán ser realizados respetando el grado de desarrollo del niño y su autonomía progresiva para adoptar decisiones sobre sí mismo y sobre el ejercicio de sus derechos.[405]

---

[403] Soledad Larraín, *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos de la infancia,* en POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UN ESTADO SOCIAL DE DERECHOS: EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS UNIVERSALES 222 (Ximena Erazo, Víctor Amabrovich & Jorge Orbe, eds. 2008).

[404] La Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que:

> El deber de protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas - a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social -, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos […]. Esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. Así, para asegurar sus derechos más fundamentales los niños dependen directamente de los adultos para recibir la atención y los cuidados necesarios, en particular en las primeras etapas de su vida. Es debido a esta especial situación en la cual se encuentran los niños en el ejercicio de sus derechos, que el derecho internacional de los derechos humanos ubica a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez […].*

*COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 de 17 de octubre de 2013, párrafo 44, pág. 13. *Véase* "Niños de la Calle" Villagrán Morales v. Guatemala, Sentencia de la CIDH, de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 185; Bulacio v. Argentina, Sentencia de la CIDH, de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafos 126 y 134.

[405] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 54/13 de 17 de octubre de 2013, párrafo 44, pág. 14.

Cabe destacar que las expresiones anteriores fueron sopesadas en atención a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la determinada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, cuando el foro expresó que "[e]n el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal".[406]

De igual forma, las posturas relacionadas a la autonomía progresiva del menor de edad están plasmadas en el Ordenamiento Jurídico español cuando, en el artículo 2.2(b) 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, erige el principio interpretativo y de aplicación del interés superior del menor, considerando, entre otras circunstancias, "los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior".

La característica de la progresividad en el ejercicio de la voluntad del menor de edad queda enfatizada como factor determinante imbricado a su mejor interés en el artículo 3(e), cuando se exige que se prepare al menor de edad "del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales" como garantía del "desarrollo armónico" de su personalidad.

No obstante, el mecanismo legal de la representación podría colisionar constantemente con la idea de garantizarle una autonomía progresiva a los menores de edad. Esta situación puede ocurrir si los progenitores o tutores insisten en la representación sin considerar los intereses de aquel menor de edad que goza de madurez suficiente. De hecho, se ha planteado que un instrumento legal de "asistencia" y no de mera representación se ajustaría más al verdadero reconocimiento de una autonomía progresiva del menor de edad. MARTINS ha observado que la representación de los progenitores o tutores trasluce en muchas instancias como un escollo en el desarrollo de la autonomía progresiva y en el derecho de que el menor de edad desarrolle libremente su personalidad.

[406] Gelman v. Uruguay, Sentencia de la CIDH, de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 129.

> A diferencia de la representación legal, el mecanismo legal de "asistencia" no significa que la persona que carece de capacidad legal no realice transacciones legales. Él/ella es quien actúa. Su "asistente" solo dará su consentimiento previo o aprobación posterior a sus actos. El "asistente" actúa al lado de la persona que es legalmente incompetente.[407]

Sin embargo, el equilibrio entre ambos mecanismos, el de la representación legal y el de la asistencia, en conjunción con la conducta asertiva de los progenitores o tutores de asumir la postura de *benefactor-mentor* en aquellos casos en que el menor de edad goce de madurez suficiente y limitar la postura de *benefactor-ejecutor* en aquellos casos en que la capacidad de comprensión del menor de edad la amerite, podrían ser los elementos determinantes para que el menor de edad pueda ejercer cierta autonomía que lo encamine hacia su empoderamiento.

En fin, la idea cardinal detrás de la autonomía progresiva del menor de edad pretende reconocerles a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio legítimo de sus derechos. En ocasiones, los menores de edad serán asistidos por sus progenitores o tutores, pero la intensidad del ejercicio de la representación y la asistencia se verá reducida a medida que el menor de edad evolucione en el desarrollo de su autonomía.

Ahora bien, si se traslada la conceptualización de la autonomía progresiva de la voluntad del menor de edad al ámbito de las tecnologías informáticas, se podría argumentar que, a la luz de la clasificación del contrato de las redes sociales como uno de adhesión, el menor de edad de trece años o más en Puerto Rico y de catorce años o más en España tendrá las mismas limitaciones a su autonomía de la voluntad que cualquier adherente adulto con respecto al acuerdo de las respectivas cláusulas contractuales. Lo anterior responde a que cualquier persona que se adhiera a este tipo de contrato no tendrá poder de negociación y su único ejercicio de libertad contractual consistirá en tomar la decisión de adherirse al contrato pulsando el botón de "Estoy de acuerdo" ("I agree"). Sin

---

[407] ROSA MARTINS, PERSPECTIVES FOR THE UNIFICATION AND HARMONISATION OF FAMILY LAW IN EUROPE 374 (Katharina Boele-Woelki, ed., 2003) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> As opposed to legal representation, the legal mechanism of "assistance" does not mean that the person who lacks legal capacity will not enter into legal transactions. He/she is the one who acts. His/her "assistant" will only give prior consent or later approval to his acts. The "assistant" acts side by side with the person who is legally incompetent.

embargo, cabrá el argumento de que la falta de experiencia en el tráfico jurídico comercial y el poco manejo de los tecnicismos telemáticos y jurídicos de parte de muchos menores de edad puedan socavar las características y legitimidad del consentimiento informado. Otro factor que deberá considerarse es que, después que el usuario se adhiere a la red social, éste ejercerá su autonomía de la voluntad con relación al tipo y cantidad de datos que desplegará en su proceso de autorregulación y autodeterminación de información personal.

Por otro lado, si el menor de edad fuera un menor de trece años en Puerto Rico o menor de catorce años en España, dependerá no tan sólo de las posibles valoraciones *a priori* sobre si éste ostenta madurez suficiente para tener acceso al uso de una red social, sino de cualesquiera otras valoraciones que entiendan deban realizar los progenitores o tutores en aras de su mejor interés. Superado el escollo de las respectivas valoraciones, si es que son realizadas por los adultos a cargo, se le deberá acreditar a la red social el consentimiento expreso de los progenitores o tutores legales con relación a la inscripción de los menores que no cumplen con la edad reglamentaria mediante un procedimiento de autenticación que ha sido diseñado por la Comisión Federal de Comercio (FTC) al amparo de la *Children's Online Privacy Protection Act*. Además, se deberá adelantar que ninguna red social podrá recopilar datos e información personal de menores que no cumplan con el requisito de la edad sin el previo consentimiento de sus progenitores o tutores. Aquellos sitios web que han obviado esta normativa han sido multados por la FTC y han tenido que pagar cuantiosas penalidades y multas.

CAPÍTULO III.

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

A. La 'revolución' informática

Las tecnologías informáticas han revolucionado de manera imprevisible la convivencia humana en sus diversas vertientes y escenificaciones de sus voluntades. Este inédito escenario virtual ha transformado el 'mercado de las ideas', la mercadotecnia estatal e interestatal, los medios de producción, el mercadeo publicitario, la relación médico-paciente y la dinámica de las relaciones interpersonales desde sus múltiples entornos funcionales; el de la interacción ciudadana, el gubernamental, el sector sanitario, el recinto educacional y el ámbito familiar. Estos mismos lineamientos de uso quedaron magnificados con la irrupción de la trágica y fatídica pandemia de la COVID-19; pandemia global que arrebató dolorosamente una cantidad inconmensurable de vidas físicas, emocionales, de dinámicas de afectos y de monumentales 'ausencias' de amigos y familiares. Por consiguiente, el distanciamiento social y el confinamiento, en muchos casos, indispensables para evitar el riesgo y la propagación de este virus mortal, obligó a las personas a comunicarse, trabajar o estudiar detrás de una computadora.[408] Nuevas aplicaciones de videoconferencias se hicieron populares y, cada vez más, el uso de las tecnologías informáticas se impusieron como aliadas de un 'mundo virtual' ante el impedimento de la mejor funcionalidad del 'mundo cara a cara'. Todo esto acarreó que el uso de la red informática creciera de manera exponencial y que simultáneamente el paradigma de los servicios en 'la nube computacional' o *cloud computing* y en los

[408]Según las estadísticas publicadas el 16 de diciembre de 2020 por la compañía alemana*, Statista Research Department*, el uso solamente de la redes sociales en el confinamiento por la COVID-19 (30 de marzo - 3 de abril de 2020) en España, reflejaron lo siguiente:

> Las personas de 18 años a 30 años utilizaron las redes en un 94%.
> Las personas de 31 años a 45 años utilizaron las redes en un 92%.
> Las personas de 46 años a 60 años utilizaron las redes en un 86%.
> Las personas mayores de 60 años utilizaron las redes en un 92%.*

*STATISTA, GMBH, *Porcentaje de Usuarios de Redes Sociales durante la Cuarentena por Coronavirus en España en 2020, por edad (16 de diciembre de 2020),* https://Es.Statista.Com/Estadisticas/1119128/Covid-19-Usuarios-De-Redes-Sociales-en-el confinamiento-por-edad-espana/ (última visita el 10 de abril de 2021).

ficheros regulares aumentaran sus estructuras de archivos disponibles y las profusiones de datos e información personal almacenados.

Toda esta vorágine de datos personales coexistiendo en archivos intangibles que no pueden ser materialmente ubicados por el usuario lego, invita a la reflexión sobre cómo la actividad concatenada de emisor-receptor trasciende al mundo global con la eficacia que le propende la inmediatez del medio telemático. Cualquier emisor podrá difundir una cantidad ingente de contenidos que estarán a disposición de innumerables receptores ubicados en diversas partes del mundo. Ante estas posibilidades de difusión y almacenamiento de datos e información personal, el acceso al medio se engrandece sin que exista un 'riesgo-cero'.

Esta amplificación del uso de las tecnologías informáticas se ejemplificó anteriormente en las estadísticas recopiladas por la *Eurostat Statistic Explained,* las cuales reflejaron un incremento por hogares comprendidos dentro del marco de la Unión Europea de un 55% en el 2007 a un 85% en el 2016. En ese momento, este aumento significativo se atribuyó al acceso generalizado de la banda ancha. En España para el 2016, el acceso mediante teléfono móvil alcanzó el 96,7% y a través de ordenadores de cualquier tipo, el 77,1%. Lo anterior significa que para el 2016 ya existían 13 millones de viviendas familiares en España con acceso a la red informática.[409]

De igual forma, los menores de edad en territorio español han evidenciado su presencia activa en la web. El uso de las tecnologías informáticas de menores de edad de 10 a 15 años se refleja estadísticamente en un 94,9% del 95,2% del total de los niños, niñas y adolescentes españoles. No obstante, el Instituto Nacional de Estadística de España indica que el uso de internet a través del ordenador es una práctica más generalizada entre los menores de 10 años porque a partir de esa edad, los menores acceden con más frecuencia a la red a través de su teléfono móvil.[410] No es ocioso señalar

[409]EUROSTAT STATISTIC EXPLAIN*, Internet activity by age group* (2018), http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Internet_access_and_use_statistics_-_households_and_individuals#Internet_access (última visita el 8 de enero de 2021); EUROSTAT STATISTIC EXPLAIN, *Archive: Internet access and use statistics households and individuals* (2018), https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Archive:Internet_access_and_use_statistics_-_households_and_individuals&oldid=379591#Internet_activity_by_age_group (última visita el 8 de enero de 2021).

[410]INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE ESPAÑA (2016), *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares,* http://www.ine.es/prensa/np991 (última visita

que el 25,4% de los menores de 10 años tienen a su disposición un teléfono móvil, de igual forma, un 50,9% de los menores de 11 años, un 72,7% los de 12 años, un 86,0% los de 13 años, un 90,1% los de 14 años y un 93,9% los de 15 años. A estas estadísticas se debe añadir que tres de cada cuatro usuarios de internet, lo que representa el 73,5% de la población española, ha suministrado algún tipo de información de carácter personal y el 66,8% de los usuarios de internet han creado un perfil y participan en las redes sociales de manera activa.

Las estadísticas reseñadas evidencian la prominencia de la tecnología en la vida de los individuos de diversas edades y la capacidad de recopilación de datos e información personal que ostenta la red ante una población tan ampliamente adherida. De hecho, en el informe sobre las estadísticas del 2016, señaladas anteriormente, se reseña cómo gran parte de la población estaba consciente de los mecanismos que se utilizaban en el espacio cibernético para la recopilación de datos e información personal, pero no tomaban acciones previsoras. Esta aseveración alude lo siguiente:

> El 62,9% de los usuarios de Internet en los 12 últimos meses (casi 11 puntos más que en 2015) declara conocer que las "cookies" son unos ficheros que se pueden utilizar para rastrear los movimientos de las personas en Internet, para hacer un perfil de cada punto más que en el año anterior) indica haber realizado modificaciones en la configuración del navegador para prevenir o limitar las cookies.[411]

Igualmente, una encuesta realizada por el *United States Census Bureau* en el 2016 reflejó que alrededor de 103 millones de los hogares encuestados sitos en Estados Unidos tenían un ordenador y utilizaban la red informática. De estos encuestados el 89% estaban conectados y, el 81% del 89%, estaban conectados a través de banda ancha.[412] Esta misma

---

8 de enero de 2021). Estas estadísticas corresponden al uso del ordenador y el uso de internet de la población de menores de edad de 10 a 15 años:

> Un 92,6% de los menores de 10 años usan el ordenador y un 90,6 utilizan internet.
> Un 92,6% de los menores de 11 años usan el ordenador y un 93,1 utilizan internet.
> Un 94,8% de los menores de 12 años usan el ordenador y un 95,9 utilizan internet.
> Un 96,7% de los menores de 13 años usan el ordenador y un 95,4 utilizan internet.
> Un 95,7% de los menores de 14 años usan el ordenador y un 98,2 utilizan internet.
> Un 97,1% de los menores de 12 años usan el ordenador y un 98,0 utilizan internet.

[411]INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE ESPAÑA (2016), *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares,* http://www.ine.es/prensa/np991 (última visita 8 de enero (última visita 12 de enero de 2021).
[412]CAMILLE RYAN, *Computer and Internet Use in the United States: 2016 American Community Survey Reports,* United Stated Census Bureau, Issued ACS-39, August 2018,

encuesta identificó a los hogares con presencia de menores de dieciocho años que tenían ordenadores y estaban suscritos a internet y determinó que estos hogares rondaban la cifra de 73 millones.[413]

La masificación del uso de la tecnología y sus diversas alternativas de comunicación han comenzado a desvelar identidades que advertida o inadvertidamente dejan su rastro en la red. Es importante tener presente que en la población adulta, esta inadvertencia o descuido no debería ocurrir en el marco de aquellos datos e información de carácter personal respectiva a los menores de edad que se tienen a cargo. Por consiguiente, los progenitores o tutores solamente deberán brindar aquella información mínima necesaria para el cumplimiento de una gestión que beneficiaría y respondería al mejor interés del menor de edad. La previsión de no exponer a los menores de edad de manera innecesaria, responde al deber que tienen los progenitores y tutores de proteger sus derechos de la personalidad. Esto quiere decir que el adulto a cargo no puede arrogarse estos derechos fundamentales con intenciones ajenas al beneficio del menor. Además, deberá prevenir y reducir la probabilidad de daños eventuales que desearía causarle un potencial espectador malintencionado o un captador de menores de edad para la comisión de delitos. Sobre los latentes daños por la información que se difunde en la red informática, MURILLO DE LA CUEVA esboza lo siguiente:

> De esta forma resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia, sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen - o pueden tener sin excesivo esfuerzo - conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños.[414]

---

https://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2018/acs/ACS-39.pdf (última visita el 30 de julio de 2021).

[413] No cabe duda que las próximas estadísticas proyectarán porcientos más elevados respectivos al uso de las nuevas tecnologías y la red informática. Esto debido a la trágica pandemia de la COVID-19, la cual obligó a que muchas de las actividades de trabajo, de estudios o de citas médicas, entre otras, se dieran a través de plataformas con servicios de videoconferencia. Aquellos progenitores o tutores que tenían varios menores de edad a cargo y tenían los recursos económico, compraron varias computadoras. Sin embargo, otros menores de edad no tuvieron igual suerte porque en sus hogares no se contaba con los recursos económicos y no tenían ni una computadora, lo que les causó rezago académico. A otros menores de edad les causó retraso y dificultades en el aprendizaje por tener que compartir el único ordenador utilizado por cada uno de los miembros de la familia.

[414] PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA 37 (1999).

Al dilucidar esta cuestión, conviene imaginarse cuánta información de un individuo se acumulará en la red informática si se difundieran consecuentemente datos e información de carácter personal desde su nacimiento hasta su adultez. Es muy probable que esta persona tenga desplegada una gama monumental de datos e información personal en diversos ficheros de la red informática cuando llegue a ser un adulto, incluso, sin haber consentido a su recopilación y difusión. Si se añade a lo anterior, lo discutido en el Capítulo II de esta investigación en lo relativo a la cesión de derechos propietarios sobre la información e imágenes difundidas a través de las redes sociales y la concatenación de comunicaciones con receptores múltiples, se estaría ante un universo informático peligrosamente desregulado si algunos organismo nacionales e internacionales no hubiesen tomado medidas protectoras. No obstante, se debe redundar tenazmente en que el organismo protector primario de un menor de edad estará ordinariamente compuesto por sus progenitores o tutores al éstos ostentar el deber preferente de educación y vigilancia. No cabe duda que el empoderamiento del menor de edad será la 'carta ganadora' .

B. Una breve mirada a la evolución del derecho a la protección de datos

Las peculiaridades intrínsecas de la red informática obligaron a diferentes organismos jurídicos a plantearse la posibilidad de regular el recogido y tratamiento de datos e información personal recabada y mantenida en archivos telemáticos, sobre todo en lo respectivo a aquel espacio ocupado por las administraciones públicas españolas. Todo esto sin doblegar la propia naturaleza de internet como medio caótico que germina y progresa a base de cierta anarquía informática, la desregulación y la liberalización de ciertas entidades e instituciones jurídicas.

De hecho, es la idea de darle cierta aproximación jurídica al caos mediático, sin definirlo ni ordenarlo del todo, la que engendra los primeros esfuerzos para elaborar una normativa protectora de la vida privada de las personas con relación a los ecosistemas informáticos. Estos cauces de inmediación legal, se exteriorizaron en el 1967 al formarse una comisión consultiva en el seno del Consejo de Europa con el propósito de estudiar las diversas tendencias informáticas y sus influencias sobre los derechos de las personas. Este esfuerzo afloró como resultado de la Resolución 68/509/CE de la Asamblea del

Consejo de Europa.[415] Esta Resolución se considera el germen institucional europeo de lo que se conocería posteriormente como 'protección de datos'.[416] Ahora bien, se debe precisar que en el 1970, el estado federado de Hesse, en Alemania sirvió de escenario de proclamación de "la primera ley europea sobre protección de datos, o en su versión original, Datenschutz, palabra alemana compuesta por daten (datos) y schutz (protección)(sic)"[417].

A los esfuerzos anteriores, le siguieron otros como el realizado en el 1980 a partir de la Recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (conocida por sus siglas en español como O.C.D.E.) sobre circulación internacional de datos personales y la protección a la intimidad. Esta Recomendación y su estudio posterior por el Consejo Europeo dieron como resultado al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal realizado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (conocido como Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, en adelante Convenio 108). Este Convenio fue firmado por el Plenipotenciario de España el 28 de enero de 1981 en Estrasburgo y ratificado el 27 de enero de 1984.

El Convenio 108 estableció en su artículo 1 lo siguiente:

> El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondiente a dicha persona («protección de datos»).[418]

[415] CONCEPCIÓN CONDE ORTIZ, LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: UN DERECHO AUTÓNOMO CON BASE EN LOS CONCEPTOS DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD 49 (2005).
[416] Ludmila Albuquerque Douettes Araújo, *Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: breves comentarios a su régimen jurídico*, Anuario de la Facultad de Derecho 182 (2007). *Véase* MANUEL DAVARA RODRÍGUEZ, MANUAL DE DERECHO INFORMÁTICO 179, 194 (2007).
[417] VÍCTOR CAZURRO BARAHONA, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS 24 (2020). Igualmente, CAZURRO BARAHONA especifica que "[e]n 1973, Suecia se convierte en el primer país europeo con una ley nacional en la materia, gracias a la adopción de su Datalag. Ya en 1977, Alemania aprueba su primera ley nacional de protección de datos, la Bundesdatenschutzgesetz".
[418] Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, art. 1.

Lo anterior evidencia que el Convenio 108 se aplica tanto al procesamiento de datos e información de carácter personal que se lleve a cabo en el sector privado como en el sector público. No cabe duda que, en estas expresiones, se aquilata el derecho fundamental a la vida privada, derecho que se podría mancillar por el tratamiento ilegítimo de los datos e información de carácter personal. Ante los posibles actos ilegítimos de tratamientos y recopilación de contenidos de índole personal, el artículo 5 del Convenio 108 estableció que la *"calidad de los datos"* será uno de los principios básicos para su protección. Dentro de esta categoría, se observaron los requisitos principales establecidos para que los datos de carácter personal pudieran ser objeto de un tratamiento automatizado:

> a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;
> b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades;
> c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;
> d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día;
> e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

Este reconocimiento al derecho a la protección de datos e información de carácter personal también se valoró en el artículo 6, el cual protegía categorías particulares de datos, como los que revelaran el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otros tipos de convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o la vida sexual y condenas penales.[419] De este modo, los Estados partes, según lo dispuesto en el artículo 4, estarían obligados a tomar las medidas necesarias para que en su derecho interno se hicieran efectivos los principios básicos para la protección de datos e información de carácter personal.[420]

Mientras seguían evolucionando con premura las tecnologías informáticas, la Unión Europea entendía que habían surgido nuevas necesidades e incertidumbres relacionadas a la protección de datos personales carentes de legislación. Este

[419] *Id.* art. 6.
[420] *Id.* art. 4.

discernimiento o "conciencia europea"[421] sobre protección de datos consistió en la concepción de que la información no es propiedad del que la posee o la maneja, sino del ciudadano titular del derecho y de que es éste quien ostenta el derecho exclusivo a la 'autodeterminación informativa'. Entendiéndose el concepto de 'autodeterminación informativa' a la facultad que tiene cada individuo en poder decidir el contenido, la manera, el tiempo, el lugar y los receptores ante las que se devele su privacidad como manifestación externa.

Entretanto se planteaban conceptos respectivos a la protección de datos, en el marco de la comunidad europea, el Convenio 108 no tuvo la respuesta de ratificación inmediata que esperaba el Parlamento europeo, sino todo lo contrario, la falta de respuesta de parte de los Estados miembros, obligaron al ente internacional a valorar la conveniencia de adoptar una Directiva que estableciera, de manera más precisa y abarcadora, el marco jurídico de la comunidad europea con relación al tratamiento automatizado de datos e información de carácter personal.[422]

Ante la libre circulación de datos e información que promovían el libre comercio digitalizado, las gestiones administrativas y el derecho a la libertad de expresión, muchos Estados partes adoptaron legislación atinente a la protección de datos e información de carácter personal. Es por tal motivo que el Parlamento europeo trató de armonizar lo dispuesto en las diferentes jurisdicciones nacionales con el fin de conciliar las diferencias existentes para evitar los obstáculos que pudieran acarrear los diferentes niveles de protección,[423] manteniendo la equivalencia en el tratamiento de los contenidos y proponiendo la coordinación coherente de las legislaciones respectivas a los flujos transfronterizos de información personal.[424]

---

[421] CONCEPCIÓN CONDE ORTIZ, *supra* nota 415, en la pág. 52 (2005), citando a Miguel A. Davara Rodríguez con relación al concepto de *conciencia europea*.
[422] ANA I. HERRÁN ORTIZ, EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES 118 (2002).
[423] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación, art. 7.
[424] *Id.* art. 8.

Entretanto la Unión Europea continuaba su evolución con su compromiso hacia la protección de datos de carácter personal. Igualmente, los constituyentes encargados de la redacción de la Constitución Española de 1978 hacían lo propio en su artículo 18.4[425] al elevar a rango constitucional el derecho a la protección de datos de carácter personal, disponiendo que "[l]a 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."

No obstante, parece útil reseñar que en el 1993, el Tribunal Constitucional español resolvió una controversia relacionada al tratamiento de datos e información personal realizando un análisis del Convenio 108. Los antecedentes de este caso estaban relacionados a una demanda de amparo en la cual el interesado alegaba la negativa, por parte del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro del Interior, de proveerle la información relativa al tratamiento de sus datos e información de carácter personal. El solicitante sustentó sus fundamentos a base del Convenio 108. La información solicitada estaba relacionada a verificar la información o datos recabados en los ficheros automatizados de los organismos gubernamentales y la develación de la finalidad que sostuviera la existencia de esos ficheros.

La Audiencia desestimó el recurso por entender que los preceptos establecidos en el Convenio 108 no podían ser aplicados directamente porque estaban supeditados al derecho interno adoptado por cada Estado miembro. De su parte, el Tribunal Supremo español determinó que la controversia del recurso consistía en decidir si las dos primeras garantías complementarias para la persona concernida[426] establecidas en el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales se podían aplicar directamente o en la alternativa de manera interpretativa, en relación a los derechos

[425] Con el objetivo de cumplir con el mandato constitucional del art.18.4, se creó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (conocida como LORTAD) (RCL 1992/2347) (España), la cual fue posteriormente derogada.

[426] Cualquier persona deberá poder:

> a) Conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero;
>
> b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible;

fundamentales enunciados en el artículo 18 de la Constitución española. Aunque el Tribunal Supremo estableció como *"nudo gordiano"*[427] la posibilidad de aplicación directa del Convenio 108 atendiendo la alegación principal del reclamante, la cual se basó en el artículo 96.1 de la Constitución española relativa a la validez de los tratados internacionales y su integración al Ordenamiento Jurídico español, el Alto Foro español decidió finalmente que esa cuestión era una ajena al recurso de amparo. Es así como el Tribunal Constitucional aprovechó para enfatizar que la Constitución española contemplaba las protecciones reclamadas en su artículo 18.4 y pronunció lo siguiente:

> De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".[428]

Estas expresiones del Tribunal Constitucional español reconocieron el derecho a la protección de datos e información de carácter personal como una institución constitucional con autonomía propia. Algunos tratadistas arguyen que, sobre ese asunto, la sentencia es confusa y ambigua porque el Tribunal Constitucional español esboza en la misma sentencia que "la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona".[429] Aunque esta aseveración pueda causar confusión de primera instancia, no sería ajeno reconocer que este derecho está imbricado totalmente al derecho a la intimidad porque cuando se ejerce la libertad informática se decide, de alguna manera, qué velos de información referente a nuestra persona se pretenden descorrer. De hecho, el Tribunal Constitucional español en

---

[427] STC de 20 de julio 1993, FJ 4 (RTC 1993/254). Esta Sentencia del Tribunal Constitucional español es la primera que aborda y discute el artículo 18.4 de la Constitución española.

[428] STC de 20 de julio 1993, FJ 6 (RTC 1993/254). *Véanse además* las siguientes sentencias: STC de 8 de noviembre de 1999, FJ 2 (RTC 1999/202); STC de 4 de mayo de 1999, FJ 4 (RTC 1999/94); STC de 4 de mayo de 1998, FJ 6 (RTC 1998/94); STC de 13 de enero de 1998, FJ 4 (RTC 1998/11); STC de 9 de mayo de 1994, FJ 7 (RTC 1994/143).

[429] STC de 20 de julio 1993, FJ 7 (RTC 1993/254). *Cf.* ANTONIO ORTÍ VALLEJO, El NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL (Y DE LA PERSONALIDAD) A LA LIBERTAD INFORMÁTICA (A PROPÓSITO DE LA STC 254/1993 DE 20 DE JULIO) 308 (1994).

su Sentencia de 8 de noviembre de 1999 aludió a esta sentencia de 1993 y a la misma frase que causó confusión, pero en esta ocasión acogió la frase y la clarificó, resolviendo que se estaba ante un nuevo derecho que pretendía proteger a una nueva libertad, reconocida como "la libertad informática".[430] El juzgador reiteró las correlaciones existentes entre la intimidad y el derecho a la protección de datos e información de carácter personal, pero reconoció a cada uno de estos derechos como derechos autónomos dentro del ámbito de protecciones que asumiría salvaguardar.

> Que la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención […].[431]

El Tribunal Constitucional español reconoció que con este *"nuevo derecho"* se salvaguardaban otros derechos fundamentales y se refrenaban las transgresiones potenciales a la dignidad humana.[432] Esta posición fue reiterada por el Tribunal Constitucional español al enfatizar el reconocimiento de la autonomía del derecho a la protección de datos personales en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en la cual valoró lo siguiente:

> La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.[433]

En este mismo caso, el Tribunal Constitucional español insistió en detraer tajantemente el derecho fundamental de la protección de datos e información personal del derecho a la intimidad. Entendiendo que la interpretación de la norma urgía de unas transformaciones, estableciendo las diferencias básicas de funcionalidad de cada uno de estos derechos y, a esos efectos, precisó lo siguiente:

---

[430] STC de 8 de noviembre de 1999, FJ 2 (RTC 1999/202).
[431] *Id.*
[432] *Id.*
[433] STC de 30 de noviembre de 2000, FJ 5 (RTC 2000/292).

> La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. […] En cambio, 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.[434]

Esta variante de funcionalidades obliga a dilucidar que, al igual que otros derechos constitucionales, el derecho a la protección de datos personales no es ilimitado. Este derecho encontrará su límite al verse en conflicto con otros derechos fundamentales. Esto quedó ejemplarizado cuando el derecho a la protección de datos e información de carácter personal entró en colisión con el principio de publicidad de las resoluciones judiciales emitidas por el Tribunal Constitucional español. En esa ocasión, el recurrente le solicitó al más alto foro español que cuando se publicara y se insertara la Sentencia en la red informática y en el BOE electrónico se incluyeran solamente sus iniciales, las iniciales de su esposa y las iniciales de las otras personas que constaran en la resolución. El Tribunal Constitucional determinó que el juzgador ejercerá su total discreción, no sin antes ponderar los valores o derechos involucrados en cada caso en particular. Esta determinación fue resuelta por el Tribunal Constitucional español en la STC 114/2006, de 5 de abril de 2006. En esa ocasión el más Alto Foro español denegó la solicitud de transcribir los nombres y apellidos de los involucrados a la luz de una publicidad garantista.

> [L]a publicidad que así debe ser garantizada es la de la resolución judicial en su integridad, incluyendo, por lo común, la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo, en tanto que permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional.[435]

[434] STC de 30 de noviembre de 2000, FJ 6 (RTC 2000/292); *Véase* STC de 22 de julio de 1999, FJ 8 (RTC 1999/144).
[435] STC de 15 de abril de 2006, FJ 6 (RTC 2006/114).

No es ocioso señalar que el Tribunal Constitucional español había dilucidado anteriormente una controversia similar. En el Auto 516/2004, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional español resolvió un recurso de súplica en el cual el demandante alegaba que existían motivos suficientes para que solamente se publicaran sus iniciales, las de su ex esposa y la de sus hijos por vía de excepción a la regla general de publicación íntegra de las resoluciones del Tribunal Constitucional español. El recurrente basó su recurso en motivos de seguridad personal, de dignidad personal y profesional. El Tribunal Constitucional español dispuso que ninguno de esos motivos tenían "entidad suficiente como para desvirtuar el principio general de publicidad que preside las actuaciones judiciales".[436] Además, insistió en lo siguiente:

> Por lo que respecta a los aducidos motivos de afectación al prestigio y dignidad personal y profesional del recurrente, derivado de que se conociera el hecho de haber sido objeto de procedimiento penal, basta recordar, para confirmar su rechazo, que este Tribunal ha reiterado que la imposición, como tal, de penas o sanciones disciplinarias no vulneren el derecho al honor […] y que el honor no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud […].[437]

No obstante lo anterior, en el caso específico de los menores de edad, el Pleno del Tribunal Constitucional español acordó el 23 de julio de 2015[438] que "en sus resoluciones jurisdiccionales preservará de oficio el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela […]"[439]. El reconocimiento de esta protección que anonimiza a los menores de edad en estas determinaciones judiciales adquiere mayor preminencia al darse su publicación de manera telemática.

[436] Auto de 20 de diciembre 2004, FJ 2 (RTC 2004/516 AUTO).
[437] *Id.*
[438] Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.
[439] Art. 1 del Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.

C. Los peldaños jurídicos alcanzados por la derogada Directiva 95/46/CE

La Unión Europea en su interés de lidiar con las nuevas necesidades e incertidumbres relacionadas a la protección de datos personales propició la promulgación de una directiva que trazara lógicamente unas directrices generales que protegieran al individuo en la recopilación y tratamiento de sus datos personales. Este documento logró concebirse como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (en adelante Directiva 95/46/CE), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación. Sin embargo, cabe precisar que la Directiva 95/46/CE se aplicó tanto a los datos tratados por medios automatizados como a los datos contenidos en un fichero no automatizado (ficheros tradicionales en papel).[440]

La Directiva 95/46/CE trató también de paliar la imprecisión del manejo de los conceptos relativos a la protección de datos e información de carácter personal. Esto supuso la necesaria definición del concepto "datos personales". Es por tal motivo que el artículo 2 (a) de la Directiva 95/46/CE definió como "datos personales" a:

> [T]oda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado"); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social […].

Ahora bien, aunque la Directiva 95/46/CE tuvo como propósito salvaguardar los derechos y las libertades de los individuos con relación al tratamiento de sus datos e información de carácter personal, estableció un ámbito de aplicación que determinó una serie de exclusiones a la aplicabilidad de sus estatutos, como lo son los esgrimidos en el artículo 3.2. Este artículo indicaba que no se aplicarían las protecciones provistas en el ámbito del tratamiento de datos e información de carácter personal realizado por una *"persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente particulares o domésticas"*.

---

[440] *Id.* EUR-LEX - ACCESS TO EUROPEAN UNION LAW, *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l14012 (última visita 11 de agosto de 2020).

A su vez, la Directiva 95/46/CE detalló unos criterios básicos para que el tratamiento de datos fuera legítimo.[441] No obstante, no bastaría con que el tratamiento de datos o las actividades del tratamiento cumplieran con los criterios establecidos para que fueran legítimas y lícitas, sino que tendrían que cumplir además con un control o principio valorativo de calidad de datos. Asimismo, estos principios determinaron que los datos serían *"tratados de manera leal y lícita",* serían recogidos para fines explícitamente determinados y no se podrían cambiar posteriormente las intenciones de su recogida. Igualmente, los datos e información personal requerida deberían ser pertinentes a los fines del tratamiento y nunca debería ser excesiva la recogida de información.

Más allá del interés de garantizar la protección de datos e información personal del individuo, la Directiva 95/46/CE advino como respuesta armonizadora a la disparidad de protecciones de los diferentes Estados miembros en lo que respectaba al tratamiento de datos personales. Lo anterior con la intención de anticipar posibles dificultades que pudieran impedir la libre circulación de datos del territorio de un Estado miembro a otro y que las disimilitudes se convirtieran en un muro de contención para el ejercicio de una serie de actividades económicas y administrativas a nivel comunitario.

La Directiva 95/46/CE sustentó también el principio de relación directa del derecho a la protección de datos e información de carácter personal con el derecho a la intimidad y expuso consecuentemente a este derecho como el vehículo o método que mejor garantizaba y resguardaba el respeto de la vida privada en la sociedad informática

---

[441] Estos criterios eran los siguientes:

> a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o
> b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o
> c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o
> d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o
> e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o
> f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.*

*Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, art. 7 (derogada).

y en el trasiego de conglomerados archivos de datos e información personal. Asimismo, la Directiva 95/46/CE enfatizó el haber precisado y ampliado el alcance de los valores reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Lo anterior conllevó que las legislaciones nacionales no disminuyeran las protecciones garantizadas en la Directiva sino que, por el contrario, aseguraran un nivel elevado de protección dentro de sus legislaciones.

La Directiva 95/46/CE provocó en el Ordenamiento Jurídico español, el que fuera imperativo la redacción de una nueva ley que transpusiera lo expuesto por el Consejo europeo. Es por tal motivo que la también derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante la LOPD), se promulgó para garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que concernió al tratamiento de los datos personales[442] y adaptó la normativa española a lo dispuesto por dicha Directiva. La LOPD había derogado anteriormente a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (conocida como LORTAD).[443] Sin embargo, el legislador mantuvo la existencia del Decreto Real 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó la creación de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD).[444]

La naturaleza y el régimen jurídico de la AEPD están esbozados en el artículo 35 de la LOPD[445], el cual señala que la AEPD es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, el cual ostenta de total independencia en el ejercicio de sus funciones de las administraciones públicas. Ésta tiene como objetivo principal el velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y de controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de

[442] Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 1 (RCL 1999/3058) (España). El 6 de diciembre de 2018, la LOPD fue derogada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos personales con el propósito de adaptar la legislación española al Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
[443] La LORTAD estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2000.
[444] Según lo expuesto en el Decreto Real 428/1993, de 26 de marzo, la Agencia de Protección de Datos es un organismo de Derecho público de los previstos en el artículo 6, apartado 5 de la Ley General Presupuestaria, aprobada por el Real Decreto 1091/1988, de 23 de septiembre. Ésta actúa en el ejercicio de sus funciones con total independencia de las administraciones públicas y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.
[445] Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 35 (RCL 1999/3058) (España).

información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.

Con el fin de aunar esfuerzos y garantizar las mejores protecciones relacionadas al tratamiento de los datos personales, fue aprobado además el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPD. Cabe destacar que este Reglamente permanece vigente en todo aquello que no contradiga a la actual legislación. Este Reglamento compartía con la LOPD la finalidad de hacer frente a los riesgos que, para los derechos de la personalidad, podían suponer el acopio y tratamiento de datos e información de carácter personal. Es menester señalar que es en el artículo 13.1 de este Reglamento que se dispone que podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. Ahora bien, en el caso de los menores de catorce años, se requerirá el consentimiento de los progenitores o tutores.[446] De la misma forma, señala que a los menores de catorce años solamente se les podrá requerir los datos de contactos de los progenitores o tutores con la única finalidad de solicitarles su autorización para el tratamiento de sus datos.[447]

La derogada LOPD calcó el artículo 3, inciso 2 de la también derogada Directiva 95/46/CE, en el cual aclaró en su artículo 2.2(a) que sus estatutos no se aplicarían al tratamiento de datos e información de carácter personal cuando el tratamiento fuera realizado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente particulares o domésticas. Por consiguiente, la LOPD señaló en su artículo 2.2(a) que el régimen de protección de los datos de carácter personal que se cobijarían no serían de aplicación: "A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas".[448] Esto quería decir que, para determinar la aplicabilidad de esta ley, había que determinar, caso a caso, la clasificación del tratamiento de datos e información personal, cuestionándose si éste se había desarrollado en un ámbito o con una finalidad exclusivamente personal o doméstica. El determinar lo que es personal o doméstico no resultaría fácil, ya que, en algunas instancias, lo personal aparecería mezclado con otros tipos de actividades, como por ejemplo la profesional. Ahora bien,

[446] Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 13.1 (RCL 2008/150) (España).
[447] *Id.* art. 13.2.
[448] Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 2.2 (a) (RCL 1999/3058) (España).

cabe advertir que los ficheros mixtos, en los que se compartían datos personales y profesionales, quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, al no tener como finalidad exclusiva el uso personal.

No obstante lo anterior, este artículo de exclusión sobre el ámbito de aplicación fue analizado y aclarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) en la Sentencia del Asunto C-101/01, denominado como el *Caso Lindqvist*.[449] La controversia de este caso giró en torno a las funciones de catequista que desempeñaba la señora Lindqvist en una parroquia en Suecia. Lindqvist creó varias páginas en la web con su ordenador personal en su domicilio, con el fin de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener la información que necesitaran. A petición suya, el administrador del sitio de internet de la iglesia creó un enlace entre las citadas páginas y dicho sitio. Las páginas en la red informática contenían información de carácter personal sobre la señora Lindqvist y dieciocho de sus compañeros de la parroquia. La señora Lindqvist no había informado a sus compañeros de la existencia de estas páginas web, no había solicitado su consentimiento, ni tampoco había comunicado su iniciativa a la *Datainspektion* (organismo público para la protección de los datos transmitidos por vía informática). En cuanto supo que algunos de sus compañeros estaban molestos con las páginas web controvertidas, las suprimió. Entre otras cuestiones, la señora Linqvist alegaba que no le aplicaba la Directiva 95/46 por ser su actividad una de carácter personal realizada desde el ámbito doméstico. El TJCE dispuso que *sí* le aplicaba la Directiva porque:

> [E]l autor de una página destinada a ser publicada en Internet transmite los datos a su proveedor de servicios de alojamiento de páginas web. Éste gestiona la infraestructura informática necesaria para garantizar el almacenamiento de dichos datos y la conexión del servidor que aloja el sitio Internet. De este modo se permite la transmisión posterior de dichos datos a cualquier persona que esté conectada a Internet y los solicite. Los ordenadores que integran esta infraestructura informática pueden encontrarse, e incluso a menudo se encuentran, en uno o varios países distintos de aquél en el que tiene el domicilio el proveedor de servicios de alojamiento de páginas web, sin que sus clientes tengan o puedan tener conocimiento de ello.[450]

[449] *Göta Hovrätt-(Suecia) v. Bodil Lindqvist,* C-101/01, de 6 de noviembre de 2003, párrafo 59, página I-13017.
[450] *Id.*

En este caso, el TJCE dirimió unas cuestiones prejudiciales, entre las cuales analizó el artículo 3.2 de la Directiva 95/46,[451] el cual fue traspuesto por la LOPD, como se mencionara anteriormente, en su artículo 2.2(a). Con relación al artículo de exclusión, el TJCE realizó unas expresiones sumamente puntuales en el recuadro del alcance de la difusión de la información en internet. Estas expresiones fueron las siguientes:

> En consecuencia, esta excepción debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares; evidentemente, no es éste el caso de un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas.[452]

La lógica del planteamiento con la cual el TJCE zanjó la interpretación de excepción fue estableciendo que el uso de las redes informáticas como medio de comunicación, hacían que la información trascendiera de lo personal/doméstico a lo público/transfronterizo. No obstante, habrá que estudiar caso a caso porque se deberá valorar los determinantes de la exposición de la información y si la modalidad de difusión escogida fue pública o privada.

D. El nuevo Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y el Consejo

El breve recorrido de algunas iniciativas normativas relacionadas a la evolución del derecho de protección de datos e información de carácter personal, dilucidadas en el acápite anterior, demuestra cómo la trepidante evolución de las tecnologías informáticas urgen transformaciones constantes y profundas a la naturaleza de las normas reguladoras. De lo contrario, nuestra libertad informática se encalará con resquicios despojados de protecciones y salvaguardas. Este reto jurídico encara un enrevesado camino emboscado por astutos y osados piratas cibernéticos, los cuales se ingenian asiduamente temerarias maniobras telemáticas con el propósito de apropiarse de datos e información personal con la intención de defraudar, captar víctimas, realizar negociaciones ilícitas, incitar al terrorismo e idear una amalgama de fechorías, en muchos casos, inimaginables.

---

[451] "Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales: […] efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas."
[452] *Id.*

Ante las tácticas saqueadoras de derechos fundamentales a través de la red informática, los ordenamientos jurídicos han tenido que esforzarse por alterar la genética de la legislación para que la norma no sea una mera reacción a un atentado o un remedio *a posteriori*. Esto ha obligado a la inmersión responsable en el espacio tecnológico con la asistencia de expertos e ingenieros informáticos que pudieran tener alguna intuición anticipativa de la creación de una nueva estrategia de agresión cibernética. La pendiente de la anticipación es empinada porque la realidad es que los piratas virtuales, en muchos casos, tienen tantas o más destrezas que los mismos ingenieros informáticos contratados por los gobiernos.

Empero, este duelo de pericias incitó el ánimo de la Unión Europea en su lucha por la protección de la libertad informática como derecho fundamental de las personas físicas. Esta motivación quedó manifestada con la promulgación de su Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante denominado como Reglamento General de Protección de Datos). Es meritorio destacar que este reglamento entró en vigor el 25 de mayo de 2016, pero su aplicabilidad se hizo efectiva el 25 de mayo de 2018.[453]

El Reglamento General de Protección de Datos tiene como propósito principal garantizar una legislación coherente que proteja la libertad informática de las personas físicas en toda la Unión Europea y que evite, a su vez, diferencias *"que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior […]"*[454]. De hecho, este reglamento deroga a la Directiva 95/46/CE por entender que, aunque sus objetivos y principios seguían siendo válidos, detentaba desigualdades en el nivel de protección de los derechos de las personas físicas, lo que provocó cierta inseguridad jurídica en la percepción pública. Esta inseguridad jurídica ocurrió debido a que la transposición de la derogada directiva se plasmó *"en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el*

[453] Laura Davara Fernández de Marcos, Régimen jurídico de las redes sociales, en DERECHO DIGITAL: PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA 208 (Víctor Cazurro Barahona, dir., 2017).
[454] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 13.

conjunto de la Unión Europea"[455]. El Parlamento Europeo atribuyó estas deficiencias *"a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva [...]"*[456].

Pese a que el Reglamento General de Protección de Datos tiene muchas convergencias con la derogada Directiva 95/46/CE y otras normativas españolas, reforma varios aspectos de ese régimen jurídico e incluye un *"principio de responsabilidad proactiva"* que no estaba contemplado anteriormente. Este principio de responsabilidad proactiva le impone al responsable del tratamiento de datos personales a que *"aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento"*[457]. Asimismo, le impone que, tan pronto como advenga en conocimiento de la ocurrencia de una violación de la seguridad de los datos personales, deberá seguir el siguiente procedimiento:

> [E]l responsable debe, sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control competente, a menos que el responsable pueda demostrar, atendiendo al principio de responsabilidad proactiva, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si dicha notificación no es posible en el plazo de 72 horas, debe acompañarse de una indicación de los motivos de la dilación, pudiendo facilitarse información por fases sin más dilación indebida.[458]

Este requisito de responsabilidad proactiva converge con seis principios relativos al tratamiento de datos e información personal esbozados en el artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos. Esta disposición pretende habilitar las medidas protectoras, exigiendo que se apliquen al tratamiento de datos personales, los principios siguientes: a) el principio de licitud, lealtad y transparencia; b) el principio de limitación de la finalidad; c) el principio de minimización de datos; d) el principio de exactitud; e)

---

[455] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; Preámbulo, Parte III (BOE-A-2018-16673) (España).
[456] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 9.
[457] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento*, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf, pág. 3 (última visita 19 de febrero de 2020).
[458] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 85.

el principio de limitación del plazo de conservación; y f) el principio de integridad y confidencialidad.

Al hilo de los anteriores principios, sobre todo, amparándose en el principio de licitud, lealtad y transparencia, el Reglamento General de Protección de Datos "mantiene el principio recogido en la Directiva 95/46/CE de que todo tratamiento de datos necesita apoyarse en una base que lo legitime"[459]. Precisamente por ello, la Agencia Española de Protección de Datos en su interpretación de la nueva legislación, discierne que aunque no se dictamina explícitamente el deber de identificar e incluir la base jurídica que faculta el tratamiento de los datos e información personal cuando se realiza su recogida, se deberá incorporar el fundamento legal expresamente como parte de la responsabilidad proactiva.[460]

Ahora bien, como corolario inescapable de lo anterior, se debe puntualizar que una de las medidas más importantes del Reglamento General de Protección de Datos, que imparte a su vez una notable salvaguarda de justicia restaurativa, es el mandato que exige que el consentimiento de la persona a quien se le va realizar la recogida y tratamiento de sus datos personales, deberá ser "inequívoco"[461].

> El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de

[459] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento*, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf, pág. 5 (última visita 19 de febrero de 2020).
[460] *Id*.
[461] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento*, pág. 6 (última visita 19 de febrero de 2019). La AEPD establece que un consentimiento inequívoco "es aquel que se ha prestado mediante una manifestación del interesado o mediante una clara acción afirmativa".

> una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.[462]

Esto quiere decir que, si no se cumple con el requisito de la obtención de un consentimiento inequívoco, la recogida de datos e información personal podría ser ilícita.[463] La ilicitud categórica por la falta de consentimiento se daría en aquellos casos en los cuales se hayan recogido categorías especiales de datos personales, denominados como, "datos sensibles".[464] Cabe remarcar que el Reglamento General de Protección de Datos exhorta a que no se dé la recogida de este tipo de datos por entender que existe una relación directa y particular con los derechos y las libertades fundamentales.[465] Ahora bien, si surgiera alguna controversia sobre la legitimidad del consentimiento, el responsable del tratamiento tendrá el peso de la prueba de evidenciar que la otra parte consintió de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.

Teniendo la certeza de que la red informática tiene memoria, el Reglamento General de Protección de Datos refuerza el precepto del 'derecho al olvido' al ampliar este derecho de supresión a tales niveles "que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o

---

[462] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 32.
[463] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 10.
[464] Se realiza esta salvedad porque el artículo 6 del Reglamento General de Protección de Datos establece lo siguiente:

> 1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:
> a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
> b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
> c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
> d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
> e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
> f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.
> Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

[465] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 51.

réplicas de tales datos"[466]. Ahora bien, es importante precisar la jurisprudencia determinante que modeló con anterioridad las medidas enunciadas de protección en el ámbito del 'derecho al olvido'. Esta pretensión exige incardinar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el foro jurídico seminal en reconocer el 'derecho al olvido' en el ámbito de la red informática, también conocido como el derecho de supresión en su Sentencia de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial relativa a *Google Spain, S. L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* (C 131/12).[467] En este caso el periódico *La Vanguardia* en su versión digital publicó, en dos páginas con fechas de 19 de enero y 19 de marzo de 1998, unos anuncios relacionados "a una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social del reclamante", Mario Costeja. En el año 2009, Costeja se comunicó con los directivos del periódico *La Vanguardia* para reclamarles que al ingresar su nombre en el motor de búsqueda de *Google*, aparecían los anuncios publicados en el 1998. Mario Costeja procedió a solicitar que se eliminaran los datos relacionados a la subasta inmobiliaria por ser información irrelevante en ese momento. El periódico se negó a borrar los datos por entender que la publicación había sido realizada por una orden emitida por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. La negativa relativa a la supresión de los datos por parte del periódico *La Vanguardia* instó al reclamante a contactar a *Google Spain*, *S.L.* en vías de realizarle la misma solicitud, pero *Google Spain, S.L.* remitió el reclamo a *Google Inc.* por entender que éste era el organismo responsable de dilucidar la controversia. Posteriormente, Mario Costeja presentó una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con la pretensión de "que se eliminaran los resultados que el buscador proporcionaba al introducir su nombre en Google"[468] a base de la interpretación de preceptos promulgados en la derogada Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Acometido el análisis de los hechos atinentes a la controversia suscitada, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) rechazó la

[466] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 66. *Véase* Reglamento General de Protección de Datos, art. 17.

[467] Cabe especificar que la cuestión prejudicial fue planteada mediante el Auto de la Audiencia Nacional Española, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ra, de 27 febrero 2012. (Roj: AAN 19/2012).

[468] Mónica Vilasau Solana, *El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)*, 18 REV. IDP. UOC (2014). *Cf.* ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, DERECHO DE SUPRESIÓN DE DATOS O DERECHO AL OLVIDO 201-204 (2017).

queja contra el periódico *La Vanguardia*, pero confirmó la queja contra *Google Spain*, *S.L.* y *Google Inc*., solicitándoles que eliminaran todos los enlaces relacionados al reclamante y la subasta inmobiliaria de 1998 e hicieran imposible su acceso a través de sus motores de búsqueda. *Google Spain*, *S.L.* y *Google, Inc*. incoaron acciones separadas oponiéndose a la decisión de la Agencia Española de Protección de Datos ante la Audiencia Nacional. *Google, Inc*. basó su oposición en la falta de jurisdicción por entender la no aplicación a su empresa de la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. De su parte, *Google Spain, S.L.* fundamentó básicamente su negativa de supresión de información en su falta de control y responsabilidad del motor de búsqueda al ser una filial de *Google, Inc.* Además de lo aludido como refutado, tanto *Google Spain, S.L.* como *Google, Inc.*, argumentaron vehementemente lo siguiente:

> [L]a actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de los datos que se muestran en las páginas web de terceros que presenta la lista de resultados de la búsqueda, dado que estos motores tratan la información accesible en Internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. En su opinión, además, aun suponiendo que esta actividad deba ser calificada de «tratamiento de datos», el gestor de un motor de búsqueda no puede considerarse «responsable» de ese tratamiento, ya que no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos.[469]

Ante estos argumentos, la Audiencia Nacional detuvo los procedimientos y peticionó, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), una decisión prejudicial sobre las cuestiones en oposición. Esta petición fue resuelta en la Sentencia del 13 de mayo de 2014 en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que:

> [D]ebe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda

[469]Google Spain, S. L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (C 131/12) apartado 22 (2014).

> también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales.[470]

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció que *"*el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento […]"[471]. Igualmente, puntualiza que la información publicada en la red informática efectuada por los motores de búsqueda puede dirigir a la eventualidad a los usuarios que lleven a cabo indagaciones a partir del nombre de una persona "a que éstos obtengan mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet que les permita establecer un perfil más o menos detallado del interesado"[472].

Este derecho adquiere una relevancia suprema en el caso de los menores de edad que apremiaba una legislación más precisa y clara que acometiera el reto de protección prominente. Lo anterior adviene porque muchas veces los datos personales o imágenes de menores de edad son expuestas públicamente por terceras personas que no han considerado ni respetado el consentimiento válido de un menor de edad con madurez suficiente o han expuesto de manera imprudente globalmente a un menor de edad que carece de noción alguna, por su corta edad, para tan siquiera percatarse de la arrogación por parte de terceros de sus derechos fundamentales. Huelga toda consideración adversa en esta valoración. Sin embargo, es propicio anticipar que se discutirá en el próximo apartado aquellas peculiaridades jurídicas que el Reglamento General de Protección de Datos le reconoce a los menores de edad con relación al 'derecho al olvido'.

Atendida la digresión necesaria y aclaratoria sobre el 'derecho al olvido', es imprescindible aludir de forma precedente otra aportación con matices novedosos, reconocido en esta legislación, como lo es 'el derecho a la portabilidad de los datos'. Este nuevo derecho consiste en brindarle al titular de los datos el control sobre su propia información al exigírsele a los responsables del tratamiento a que reciban los datos e información en "un formato estructurado, de uso común, de lectura mecánica e

---

[470] *Id*. apartado 28.
[471] *Id.* apartado 33.
[472] *Id.* apartado 37.

interoperable, y los transmitan a otro responsable del tratamiento"[473]. Obviamente, esta interoperabilidad será legítima cuando se haya obtenido un consentimiento lícito para la emisión subsiguiente de los datos e información personal, de esta información personal ser necesaria. Cabe destacar que esta portabilidad le ahorrará tiempo al usuario y al potencial receptor de los datos de repetir datos e información que de alguna manera yacen en formatos organizados y plantillas almacenadas.

1. Protecciones específicas del RGPD al tratamiento de datos de los menores

Después de discutidas de manera abreviada algunas variantes de planos que trajo consigo el Reglamento General de Protección de Datos, es de rigor dilucidar las disposiciones específicas atinentes a los menores de edad y las consideraciones especiales que se establecen. Obviamente, esto no quiere significar que los menores de edad no gozan de las otras garantías generales desplegadas en la legislación, sino que este reglamento habilita unos resguardos especiales para esta parte de la población.

Estas garantías particulares relacionadas al tratamiento de datos e información personal de los menores de edad comienzan a establecerse en el Reglamento General de Protección de Datos en el Considerando 38, al preceptuar lo siguiente:

> Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño.[…]

Este considerando fundamenta las protecciones específicas, amparándose en el reconocimiento de cierta vulnerabilidad de los menores de edad y de la importancia de no exponer sus datos e información de carácter personal en los amplios mercados digitales que invaden la red informática en captación de nuevos perfiles para el consumo. Es por tal motivo que, el Reglamento General de Protección de Datos sobre la base del concepto de protección específica, advierte que "cualquier información y comunicación cuyo

[473] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 68. *Véase* además, el artículo 20 del RGPD.

tratamiento"[474] afecte a los menores de edad, se le deberá simplificar con el uso de "un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender"[475]. Por su parte, el artículo 12 de esta legislación enfatiza en que la información suministrada a los menores de edad, no se deberá limitar a la utilización de un lenguaje claro y sencillo, sino que además, toda información se les deberá transmitir "en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, […]"[476].

Ahora bien, como se aludiera anteriormente, la norma urgía una transformación profunda en el binomio 'menores de edad-derecho al olvido'. Es por tal motivo que tiene especial trascendencia la pertinencia del 'derecho al olvido' en el caso de que un menor de edad haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos e información de carácter personal y posteriormente quiera suprimirlos. Este mismo considerando señala que "[e]l interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño"[477]. Esto ocurre porque la autodeterminación de la información ejercida por un adulto o por un menor con madurez suficiente se espera que sea ponderada desde un prisma de reflexión y prudencia. Por lo tanto, un menor de edad puede haber consentido al tratamiento de ciertos datos e información de carácter personal, o en la alternativa, pudieron haber sido sus progenitores o tutores los que consintieron en su representación o se arrogaron el derecho de exhibir imágenes e información impertinentes e imprudentes, y llegada la etapa de madurez suficiente o adultez, el menor se arrepiente o discierne que su imprudencia, consentimiento o la determinación de sus progenitores o tutores fue un acto de total indiscreción o que la información es totalmente obsoleta y le perjudica más de lo que le beneficia o que simplemente no le interesaba exponerla. Es importante tener presente que el 'derecho al olvido' o supresión de información es una medida de protección que un menor de edad puede ejercer como remedio, pero ya se debe considerar que algunos menores de edad europeos han optado por radicar acciones civiles en contra de sus propios progenitores por entender que éstos han dejado un rastro virtual prominente de su existencia desde el momento mismo del nacimiento. Estos álbumes virtuales creados por muchos progenitores dejan almacenadas una ingente cantidad de imágenes e información personal del menor que recorren, en muchas ocasiones, las avenidas borrascosas de una globalización no deseada. Esta exploración de posibilidades futuras

[474] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 58.
[475] *Id.*
[476] Reglamento General de Protección de Datos, art. 12.
[477] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 65.

está basada en indicios tan recientes como el caso de una joven austríaca quien al cumplir los dieciocho años le solicitó a sus progenitores que retiraran de sus cuentas de *Facebook* alrededor de quinientas fotos de ella compartidas con alrededor de setecientos 'amigos'. Al respecto, es importante tener presente que algunos juristas entienden que esta prospección civil podría tener réplicas futuras en diversas jurisdicciones del mundo.[478]

Ante este enrevesado panorama para algunos progenitores y tutores que han realizado el despliegue de álbumes virtuales públicos de sus hijos e hijas sin su consentimiento, el artículo 57 del Reglamento General de Protección de Datos trata de establecer ciertas 'autoridades de control' del tratamiento de datos e información de carácter personal. Preconizando la promoción del deber de "la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento". Además, especifica que las actividades diseñadas particularmente para orientar a los niños, las niñas y los adolescentes, deberán ser objeto de especial atención y tratamiento.

Con el surgimiento de un reformado régimen jurídico en la Unión Europea sobre el tratamiento y la protección de datos de carácter personal de las personas físicas proclamado en el Reglamento General de Protección de Datos y, aunque esta normativa es de eficacia directa en sus Estados miembros, por lo que no se requieren "normas internas de transposición"[479], el Ordenamiento Jurídico español entendió que debía desarrollar una legislación nacional siguiendo lo dictaminado en los Considerandos 8 y 10 del aludido reglamento. El Considerando 8 les admite a los Estados miembros que puedan especificar o restringir sus normas "en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, pueden incorporar a su Derecho nacional elementos del presente Reglamento", mientras el Considerando 10 les reconoce "un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»)" . Asimismo, les permite determinar "las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida

[478]LAURA DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, MENORES EN INTERNET Y REDES SOCIALES: DERECHO APLICABLE Y DEBERES DE LOS PADRES Y CENTROS EDUCATIVOS (BREVE REFERENCIA AL FENÓMENO *POKÉMON GO* 23 (2017).

[479] ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, ESTUDIO JURÍDICO-CRÍTICO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES 22 (2019).

la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito"[480]. En sintonía con lo anterior y en conjunción con el cumplimiento del principio de seguridad jurídica y para "eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el Derecho nacional incompatibles con el europeo",[481] se promulga la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

E. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

El objetivo primordial de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales concreta la adaptación del Ordenamiento Jurídico español al Reglamento General de Protección de Datos. Es importante tener presente que la sistematización de estas normativas complementarias logran cierta integralidad al decretarse que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución española, se ejercerá con arreglo a lo establecido tanto en el Reglamento (UE) 2016/679 como en lo reiterado y suplido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Dada la pretendida mímesis del mundo cara a cara por un ágora virtual, las medidas relacionadas a los menores de edad asumidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, acuciaban un énfasis vital, incuestionable y evidente referente a la prevalencia gradual de vulnerabilidad en el recorrido de la infancia a la adolescencia y sus diversas gradaciones de madurez. Esta coyuntura inaplazable fue adjudicada en la disposición adicional decimonovena de esta ley, al reconocerle derechos a los menores de edad ante internet de manera categórica. Ahora bien, para que se acometiera rigurosamente ese hito de protección, se decretó que:

[480] Reglamento General de Protección de Datos, Considerando 10.
[481] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; Preámbulo, Parte III (BOE-A-2018-16673) (España).

> En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías.

Hasta el presente, no se han podido obtener referencias sobre el respectivo proyecto de "ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet". Esta dilación podría atribuirse a las tensiones políticas acaecidas en España en esos momentos, a las Elecciones Generales de 2019 y a la aciaga pandemia del COVID-19 que afectó al mundo entero. Ahora bien, hasta que no se acometa el reto de una legislación que atempere al tratamiento mínimo necesario de los datos e información personal de los menores de edad con mayor concreción, tanto el requerido por diversas instituciones, como el desplegado sin rigor alguno, en muchas instancias, por los mismos progenitores o tutores, no se estará ante un andamiaje jurídico robusto que priorice y garantice el resguardo de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Precisamente por lo anterior, se reitera que esta normativa insiste en la evocación jurídica respectiva a que "[el] tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años"[482], exceptuando aquellas instancias en que la ley exija la comparecencia de los titulares de la patria potestad. Igualmente, asienta el postulado de que "[e]l tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela"[483]. Sin embargo, esta sistematización que deja al arbitrio de los progenitores o tutores, los límites o alcances de los datos de los menores de catorce años de edad, debería ser revisada para expresar explícitamente que deberá circunscribirse a la prevalencia del mejor interés o interés apremiante del menor, ya que el frenesí que han desatado las redes sociales sobreviene a la tentación o seducción de algunos responsables del bienestar del menor con replegar de sus responsabilidades. Esta prospección alude

[482] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, art. 7(1) (BOE-A-2018-16673) (España).
[483] *Id.*

sobre todo a aquellas exposiciones de menores de edad con el único objetivo de satisfacer la necesidad de notoriedad y el reconocimiento de sus progenitores o tutores.

No obstante lo anterior, el artículo 84 en su inciso 1 pretende encapsular y precisar los deberes y responsabilidades, no tan solo de los progenitores y tutores, sino también de los curadores o representantes legales, con relación al uso apropiado que los menores de edad a cargo deberán ejercer al amparo de sus potestades con el "fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales". Con esta pretensión, este artículo incorpora lo siguiente:

> Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la falta de precisión o indeterminación de los conceptos "uso equilibrado y responsable" de los dispositivos digitales preconciben cierta amplitud a la subjetividad y discreción que puedan ejercer los adultos a cargo. Por lo tanto, los efectos de las responsabilidades impuestas en el artículo 84 conllevarán el que tanto los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales estén adiestrados e informados sobre los usos que los menores de edad que están bajo su amparo ejercen. Por consiguiente, se podría ultimar que un progenitor o tutor empoderado en las tecnologías informáticas estará más diestro y versado telemáticamente para empoderar al menor de edad al que le debe resguardo y protección. Asimismo, como se ha insistido en el empoderamiento del menor de edad en esta investigación, se persiste igualmente de manera intensa en que los primeros llamados a ser equilibrados, prudentes y no explotar ni exponer públicamente la imagen y la intimidad del menor de edad, serán los adultos responsables de salvaguardar su dignidad. De hecho, este tipo de exposición por parte de los progenitores o tutores podrían implicar la intervención del Ministerio Fiscal si se pudiera probar que se está ante una intromisión ilegítima que transgrede derechos fundamentales del menor de edad. Es por tal motivo que este mismo artículo en su inciso 2, consolida las insistencias pensadas y entendidas al respecto al proclamar lo siguiente:

> La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información

> equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

De otra parte, el precepto de protección y garantías en vías de salvaguardar el mejor interés superior del menor de edad y de sus derechos fundamentales al realizar la recogida y tratamiento de sus datos e información personal se extiende en el artículo 92 a los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas. Este artículo determina particularmente a aquellos datos e información personal publicados o difundidos "a través de servicios de la sociedad de la información" y especifica que "[c]uando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales[…]".Obviamente, esta aseveración remarcará todo lo esbozado en el artículo 7 relativo al consentimiento de los menores de edad.

F. La protección de datos en Puerto Rico y Estados Unidos: Contrastes con el Ordenamiento Jurídico español

1. El Ordenamiento Jurídico de Puerto Rico y la ocupación del campo

El Ordenamiento Jurídico de Puerto Rico carece de una legislación que contemple el derecho a la protección de datos e información de carácter personal como uno autónomo y fundamental. Algunos de los esfuerzos legislativos que se han realizado en vías de salvaguardar este derecho resultan ser exhortativos, pero no vinculantes. Esto ocurre porque, como se puntualizara anteriormente, Puerto Rico bajo la opresión colonial de los Estados Unidos de América, está supeditada a ejercer su jurisdicción en aquello que no esté en conflicto con las disposiciones constitucionales y estatutarias federales, como las que corresponden a la Comisión Federal de Comunicaciones,[484] así como a aquellas otras normas federales que ocupen el campo.[485] Es por tal motivo que, se recurrirá a dilucidar el desarrollo de estas protecciones en el ámbito del Ordenamiento

[484] Agencia independiente del Gobierno de los Estados Unidos, creada por el Congreso en 1934; 47 U.S.C. § 151 (1998).
[485] Consulta Núm. 10-266-A realizada por la Junta Reglamentadora de Telecomunicaciones al Secretario de Justicia de Puerto Rico el 26 de agosto de 2010.

Jurídico norteamericano como referente obligado e impuesto al derecho puertorriqueño.

Sin embargo, esta ocupación del campo y las limitaciones que tiene la Legislatura puertorriqueña para legislar sobre el tema de las comunicaciones, sobre todo, en las comunicaciones que recopilan datos, los difunden y los almacenan a través de la red informática, no quita la posibilidad de alguna legislación nacional que no deje inerme a los esfuerzos de protección de datos e información de carácter personal de los residentes de Puerto Rico. A fin de cuenta, estos derechos están protegidos por el derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente, tanto por la Constitución de Puerto Rico como por la Constitución de Estados Unidos. No se deben soslayar las diferencias culturales que como nación puertorriqueña ostentamos.

No obstante, en tanto no se acometa el reto de pisar la línea del campo ocupado, el legislador puertorriqueño estatuyó la Ley Reglamentadora de Telecomunicaciones de 1996[486] replicando los objetivos de protección de los derechos del consumidor y regionalizando la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996. A su vez, estableció que una "Junta ejercerá su jurisdicción en todo aquello que no esté en conflicto con las disposiciones estatutarias y reglamentarias federales, especialmente las que corresponden a la Comisión Federal de Comunicaciones, así como aquellas normas federales que ocupen el campo"[487].

Lo anterior, no desmerece el que se puedan indagar, aunque de manera abreviada, algunos esfuerzos del Ordenamiento Jurídico puertorriqueño relacionados a la protección de datos con diversos fines específicos. Por ejemplo, se puede reforzar la Ley de Notificación de Privacidad de 2012[488], la cual tiene como objetivo principal el "establecer las normas que habrán de regir la manera en que todo comercio publicará sus políticas de privacidad, referentes a la información sobre datos personales de sus consumidores o clientes que recopile como parte de sus transacciones comerciales cibernéticas"[489]. El Departamento de Asuntos del Consumidor (DACO) es la agencia pública gubernamental encargada por velar por "la implementación y fiscalización" de la Ley de Notificación de

[486] 27 LPRA §265 (1996).
[487] 27 LPRA §267e.(3b) (1996).
[488] 2012 LPR 39.
[489] *Id.*

Privacidad a través de la implantación del Reglamento 8568.[490] Reglamento creado para Implantar la Publicación de la Política de Privacidad en el Manejo de Datos Privados y Personales de Ciudadanos, según recopilados en Puerto Rico.

De la misma forma, pero con la intención precisa de proteger a los residentes de Puerto Rico de la usurpación de su identidad, se promulgó la Ley de Información al Ciudadano sobre la Seguridad de Bancos de Información, con los fines determinados de:

> [R]equerir que toda entidad propietaria o custodia de un banco de información que incluya información personal de ciudadanos residentes en Puerto Rico, o que provea acceso a tales bancos de información, deba notificar a dichos ciudadanos de cualquier violación de la seguridad del sistema; definir términos y procedimientos de notificación y difusión, fijar penalidades y disponer sobre su reglamentación y vigencia.[491]

El 19 de junio de 2008, se enmendó esta ley para incluir los bancos de información que tienen las agencias gubernamentales.[492] Además, se añadió el artículo 8 para crear la posición de Procurador Especializado de Sistemas de Seguridad de Bancos de Datos del Gobierno, cuya oficina estaría adscrita a la oficina del Procurador del Ciudadano.[493]

Otros esfuerzos realizados en Puerto Rico, pretenden orientar a la ciudadanía sobre la protección de su privacidad en algunos medios de la sociedad de la información. Uno de estos esfuerzos lo es la creación de la Ley 140 de 9 de agosto de 2002, según enmendada, que adopta la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Obscenidad y la Pornografía Infantil,[494] disponiendo los derechos que asisten a las personas en cuanto al contenido de material indecente, obsceno y de pornografía infantil en la radio, la televisión y las computadoras. Esta ley dispone la celebración de actividades educativas sobre el tema en cuestión y faculta al Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor a implantarla. Sin embargo, es la Ley 142 de 9 de agosto de 2002, según

---

[490] Reglamento Número 8568 de 7 de abril de 2015 - Reglamento para Implantar la Publicación de la Política de Privacidad en el Manejo de Datos Privados y Personales de Ciudadanos, según recopilados en Puerto Rico.
[491] 2005 LPR 111.
[492] 2008 LPR 97.
[493] *Id.* art. 8.
[494] 1 LPRA § 541 *et seq.* (2012).

enmendada (en adelante Ley 142),[495] Ley de la Oficina de Orientación al Ciudadano sobre Protección a la Privacidad Informática y Contra la Obscenidad y Pornografía Infantil en la Radio, Televisión e Internet, la que crea la oficina que está adscrita a la Secretaría del Departamento de Asuntos al Consumidor (en adelante DACO) y la que tiene, entre varias funciones, el deber de orientar a los ciudadanos sobre las leyes y reglamentos que regulan el lenguaje y contenido obsceno o pornográfico que se difunden en los medios antes señalados y sobre los remedios o acciones para querellarse contra los que incurran en violaciones de ley.[496]

En la Exposición de Motivos de la Ley 142, el legislador puertorriqueño señaló que la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en su artículo II, sección 8, establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar y que ésta es una garantía que incluye el derecho de toda persona a tener control sobre toda su información personal.

Con relación a los menores de edad, la Ley 142 define al *menor de edad* como toda persona menor de dieciséis (16) años.[497] La explicación que pudiera tener esa determinación de la minoridad, se podría colegir con la pretensión de igualar con la edad establecida en el artículo 130 del Código Penal de Puerto Rico, relacionado a la edad en que un menor puede consentir a un acercamiento sexual.[498] No obstante, la Ley 142 es una legislación meramente dispositiva, no coercitiva, por lo que se limita a la orientación y exhortación. La oficina del DACO, creada para oficializar esta ley, ha diseñado un sitio web titulado *Daco Safe Kids*.[499] Este sitio web le 'recomienda' a los progenitores y tutores que le enseñen a usar responsablemente la red informática a sus hijos e hijas, le supervisen el uso de la computadora, le examinen el correo electrónico y que usen controles y filtros

[495] Esta legislación fue enmendada por la Ley Núm. 112, de 7 de octubre de 2009, Ley de la Oficina de Orientación al Ciudadano sobre Protección a la Privacidad Informática y Contra la Obscenidad y Pornografía Infantil en la Radio, Televisión e Internet; 3 LPRA § 343 *et seq.* (2012).
[496] 3 LPRA § 343b. (2012).
[497] *Id.* § 343a(i). DACO promulgó el Reglamento 6978 contra la Obscenidad, Indecencia, Pornografía Infantil y Violencia en los Juegos de Vídeo o de Computadora, Radio, Televisión y Cine de la Oficina del Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor. Este Reglamento está en armonía con la Ley 42 y define en su artículo 5(13) al "menor de edad" como toda persona natural menor de dieciséis (16) años. (Reglamento 6978 de 25 de mayo de 2005).
[498] Art. 130 CÓD. PEN. PR, 33 LPRA § 5191 (2012). Véase, *e.g.*, Pueblo v. Chévere, 139 D.P.R. 1 (1995).
[499] DEPARTAMENTO DE ASUNTOS DEL CONSUMIDOR DE PUERTO RICO, *DACO Safe Kids*, https://agencias.pr.gov/agencias/safekids/Pages/default.aspx (última visita el 3 de julio 2021).

para bloquear cualquier contenido nocivo. Sin embargo, no le impone a los progenitores ni tutores deberes ni responsabilidades relativas a las nuevas tecnologías.[500]

2. Algunos antecedentes del derecho a la protección de datos en Estados Unidos

Las primeras leyes federales alusivas a la protección de datos personales en la esfera estadounidense, se cimentaron en los postulados del derecho a la intimidad promulgados en el artículo *The Right of Privacy* publicado en el 1890 en la revista jurídica *Harvard Law Review*. Es necesario puntualizar que en este artículo, los norteamericanos Samuel D. Warren y Louis T. Brandeis estudiaron las posibles protecciones disponibles ante las intromisiones de la prensa escrita en la vida de los individuos en el derecho vigente de finales del Siglo XIX. Además, se debe señalar que, esta investigación les traslució palmariamente la necesidad de reconocerle al ser humano el derecho a "ser dejado solo" ("the right to be let alone")[501], o como se ha formulado e interpretado por otros juristas, el derecho que tiene el individuo a ser dejado en paz[502].

Se debe acotar que los hechos que motivaron a Warren y Brandeis a realizar las indagaciones jurídicas correspondientes a la mencionada publicación, giraban en torno a una serie de publicaciones de la prensa escrita referentes a la presunta intensa vida social de la esposa de Warren. Estas publicaciones fueron sensacionalista y amarillista con intromisión en el ámbito doméstico, suscitando a su vez, la necesidad de reflexionar sobre el surgimiento de las nuevas tecnologías de fotografías instantáneas y el consentimiento del fotografiado. Esta necesidad de reflexión fluyó como una consecuencia directa del surgimiento de un nuevo tipo de película que permitía lograr una foto a partir de un "positivo directo" sin necesidad de tener "un negativo". Por consiguiente, se necesitó subsiguientemente crear un nuevo modelo de cámara que pudiera procesar y adaptarse a este tipo de material fotográfico. Asimismo, las anteriores variaciones de inmediatez

---

[500] En este punto, es propicio señalar que el Código Penal de Puerto Rico tipifica la *"Violación de comunicaciones personales"*. Art. 171 CÓD. PEN. PR, 33 LPRA § 5237 (2012). Esta sección establece que toda persona que difunda, publique, revele o ceda a un tercero los datos, comunicaciones o hechos descubiertos o imágenes captadas en lugares privados sin el debido consentimiento, o que altere y use datos personales en archivos en perjuicio del titular de los datos, o que establezca una empresa para distribuir o proveer acceso a información obtenida por otras personas, u ofrezca o solicite tal distribución o acceso, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años.

[501] Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis T., *The Right Of Privacy,* 4 Harv. L. Rev. 193, 195 (1890).

[502] VÍCTOR CAZURRO BARAHONA, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS 20 (2020).

urgieron nuevas salvaguardas a los derechos de la personalidad y al respeto de la autonomía de la voluntad.

Sobre este asunto, CAZURRO BARAHONA reseña lo siguiente:

> Hasta aquel momento, los fotógrafos habían utilizado cámaras que requerían un largo periodo de exposición y necesitaban que el sujeto fotografiado colaborara en la toma de la imagen absteniendo de moverse (era el paso intermedio entre el retrato dibujado y la fotografía). Pero la tecnología trajo consigo nuevas cámaras, que funcionaban con periodos de exposición más breves y no requerían ya dicha colaboración. Esto facilitaba realizar fotografías a individuos que no habían consentido (ya aquí empieza a ser un elemento de fricción el factor «consentimiento del afectado»), o incluso sin que se dieran cuenta. La reflexión que se hacían Warren y Brandeis era cómo podría garantizarse el respeto de los derechos de las personas en estas circunstancias.[503]

No es de extrañar que la rapidez con la que se fueron dando los desarrollos electrónicos y tecnológicos dentro del ámbito de las comunicaciones, la conceptualización del *right to privacy* investigado y propulsado por Warren y Brandeis sufriera una nueva transfiguración de reflexión jurídica aproximadamente a mediados del siglo XX. Este enfoque se comenzó a concentrar en "la protección de los individuos ante las «nuevas tecnologías» de aquella época, como las cámaras fotográficas con teleobjetivo, los micrófonos inalámbricos, o las grabadoras portátiles"[504]. Posteriormente, con el surgimiento de las computadoras, y la configuración de la red informática, las preocupaciones jurídicas se intensificaron ante la ingente información que comenzó a almacenarse en "grandes bancos de datos electrónicos"[505]. Este espectro de difusión y recopilación de datos e información se irradió consecuentemente monumental, sobre todo, por el surgimiento de nuevas plataformas de redes sociales y de nuevos espacios para ofrecer mercancías y servicios.

---

[503] *Id.*
[504] *Id.*, en la página 22.
[505] *Id.*

3. Algunos Contrastes

La protección de datos e información personal en Estados Unidos, no está institucionalizada en su Constitución de forma categórica e independiente. Sin embargo, estas protecciones se ponderan como una extensión de las salvaguardas que brinda principalmente el derecho a la privacidad reconocido implícitamente en su Cuarta Enmienda. Igualmente, será meritorio reiterar que la Corte Suprema federal en el caso *Griswold v. Connecticut*[506], interrelacionó el derecho a la privacidad con otros derechos valorados en otras enmiendas.

Ahora bien, las posibles imprecisiones sobre la necesidad de nuevos amparos que podrían necesitarse ante el arribo de nuevas formas de invasiones de privacidad, sobre todo, con la llegada de la tecnología informática, avivaron innumerables esfuerzos con el objetivo de tener un marco legal que le impartiera un carácter 'algo' específico al derecho a la protección de datos e información personal. No obstante, no sobra anticipar que surgieron innumerables esfuerzos no centralizados porque no se tiene un estatuto general que integre las diversas instancias o derechos, ni los diversos niveles de intensidad de resguardo. Es por tal motivo que esta legislación plural estructurada a base de materias o recintos ha provocado un sistema disperso, disgregado y confuso.[507] Si a esta narrativa, se añade, el que los estados tienen un 'margen de maniobra' para legislar sus propias políticas de protección y variarlas, según sea el caso, se estará ante un escenario todavía más difuso y caótico. Por consiguiente, unos estados serán más flexibles que otros en decretar normas más estrictas de protección con relación al tratamiento y almacenamiento de datos e información personal.[508]

---

[506] Griswold v. Connecticut, 381 US 479, 484 (1965).

[507] Ejemplo de esta pluralidad, lo precisan leyes federales de protección de datos en diferentes esferas, como lo son: la *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*[507] (conocida como la Ley HIPAA) promulgada con el propósito de establecer un sistema de protección que resguarde el tratamiento y almacenamiento adecuado de los datos e información personal por parte de entidades médicas y seguros de salud; la *Federal Information Security Management Act*[507] (conocida como FISMA), la cual sirve de marco legal referente a los procedimientos de seguridad y la administración de los riesgos relacionados a los sistemas de información de las agencias del gobierno federal.[507] De la misma forma, otras leyes establecen protecciones sobre los datos e información personal recopilados en diferentes instancias de la vida de los individuos. Obviamente, algunas leyes, como las señaladas, podrían aplicar tanto a las agencias públicas como al sector privado; como la Ley HIPAA. De otra parte, están aquellas leyes, como la FISMA, que corresponderán solamente a los entes públicos.

[508] STATE OF CALIFORNIA DEPARTMENT OF JUSTICE - En este renglón, es interesante señalar que la *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA) es una ley estatal que tiene como objetivo principal el mejorar los derechos de privacidad y la protección del consumidor de los residentes del estado de California. https://oag.ca.gov/privacy/ccpa (última visita 10 de diciembre de 2020).

Ante un panorama jurídico impreciso, surge la *Privacy Act of 1974* (en adelante, Ley de Privacidad de 1974). Ésta es una ley federal creada en el 1974 que desde el 27 de septiembre de 1975 entró en vigor, aunque ha sufrido varias enmiendas.[509] La Ley de Privacidad de 1974 aplica a Puerto Rico, al definir como individuo para quien está destinado el estatuto, a cada "ciudadano de Estados Unidos o extranjero admitido legalmente como residente permanente"[510].

La Ley de Privacidad de 1974 tiene como objetivo principal el armonizar la necesidad que tiene el gobierno de recopilar información de los individuos con los derechos de las personas a protegerse contra invasiones injustificadas a su privacidad. Esta ley "se puede caracterizar como un "código de prácticas de información justa" que intenta regular la recopilación, mantenimiento, uso y difusión de información personal por parte de las agencias sucursales del ejecutivo federal"[511]. No obstante, la Ley de Privacidad de 1974 también atendió los posibles abusos presentados por el uso generalizado del gobierno federal de almacenar y recuperar datos personales mediante un identificador universal en sus procesadores, como el número de seguro social.

Ante los posibles almacenamientos excesivos, La Ley de Privacidad de 1974 demarca sus cuatro objetivos principales:

> (1) Restringir la revelación de los registros personalmente identificables mantenidos por las agencias.
>
> (2) Proporcionar a los individuos mayores derechos de acceso a los registros de la agencia mantenidos sobre sí mismos.
>
> (3) Proporcionar a las personas el derecho a solicitar la modificación de los registros de las agencias que se mantengan en sí mismas al mostrar que los registros no son precisos, relevantes, oportunos o completos.
>
> (4) Establecer un código de "prácticas justas de información" que requiera que las agencias cumplan con las normas legales para la recolección, mantenimiento y difusión de registros.[512]

---

[509] 5 U.S.C. § 552a y ss. (2012).

[510] 5 U.S.C. § 552a(2) (2012).

[511] DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Overview of the Privacy Act of 1974,* https://www.justice.gov/opcl/introduction (última visita 10 de diciembre de 2020). El texto original es en inglés y lee como sigue: "can generally be characterized as an omnibus "code of fair information practices" that attempts to regulate the collection, maintenance, use, and dissemination of personal information by federal executive branch agencies".

[512] 5 U.S.C. §552a (4) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> (1) To restrict disclosure of personally identifiable records maintained by agencies.

Imbricada a la interpretación de los objetivos anteriores, está la correspondiente descodificación de la definición que le atribuye la Ley de Privacidad de 1974 al término "registro". Este término implica, lo siguiente:

> [E]l término "registro" significa cualquier elemento, recopilación o agrupación de información sobre un individuo que es mantenida por una agencia, incluyendo, pero no limitado a, su educación, transacciones financieras, historial médico e historial criminal o laboral y que contiene su nombre, o el número de identificación, símbolo u otra identificación particular asignada a la persona, como una huella dactilar o con su voz o una fotografía;[…] [513]

Si se examina esta definición, se apreciará que no trasluce el indicio de la intención de concreción específica, por el contrario, la generalidad y la amplitud permean a los sintagmas siguientes: "cualquier elemento", "incluyendo, pero no limitado a", "u otra identificación particular". Esta imprecisión en el lenguaje y su limitado historial legislativo ha suscitado que la Ley de Privacidad de 1974 haya sido criticada reiteradamente. Obviamente, esta indeterminación ha causado cierta inseguridad jurídica, lo que ha suscitado una extensa litigación concerniente a un sinnúmero de controversias.[514]

> (2) To grant individuals increased rights of access to agency records maintained on themselves.
> (3) To grant individuals the right to seek amendment of agency records maintained on themselves upon a showing that the records are not accurate, relevant, timely, or complete.
> (4) To establish a code of "fair information practices" that requires agencies to comply with statutory norms for collection, maintenance, and dissemination of records.

[513] *Id.* El texto original es en inglés y lee como sigue:

> [T]he term "record" means any item, collection, or grouping of information about an individual that is maintained by an agency, including, but not limited to, his education, financial transactions, medical history, and criminal or employment history and that contains his name, or the identifying number, symbol, or other identifying particular assigned to the individual, such as a finger or voice print or a photography.

[514] Es de rigor destacar que gran parte de las controversias han girado en torno a la posible aplicabilidad de esta ley a las agencias gubernamentales estatales y locales. Esto ocurre porque la sección 7 dispone que le aplicará a manera de excepción a las agencias gubernamentales estatales y locales. Ahora bien, conviene señalar que los tribunales han resuelto reiteradamente que las agencias gubernamentales estatales y locales no están cubiertas por esta ley. *Cf.* N'Jai v. Pittsburgh Bd. of Public Educ., 487 F. App'x 735, 737 (3d Cir. 2012); Spurlock v. Ashley County, 281 F. App'x 628, 629 (8th Cir. 2008); Schmitt v. City of Detroit, 395 F.3d 327, 331 (6th Cir. 2005); Pérez-Santos v. Málave, 23 F. App'x 11, 12 (1st Cir. 2001); Dittman v. California, 191 F.3d 1020, 1026, 1029 (9th Cir. 1999).

Ahora bien, en el caso específico de los menores de edad, la Ley de Privacidad de 1974 establece que los progenitores o tutores pueden actuar en su nombre.[515] Esto quiere decir que los guardianes legales tienen la autoridad para consentir al tratamiento de datos e información personal del menor de edad. La determinación de la minoridad variará de estado en estado o territorio. Sin embargo, esta sección no especifica condición, limitación o restricción alguna al ejercicio de esa representación. Tal vez, esto ocurre porque las ejecuciones de la representación legal de un menor de edad, se han considerado salvaguardadas de antemano por el poder judicial, lo que se presume redundará en el mejor interés del menor. Huelga mencionar que, en los procesos judiciales norteamericanos, el principio de mejor interés se aplica particularmente a los casos de custodia.

De otra parte, se debe plantear que, la Ley de Privacidad de 1974, se puede invocar solamente para incoar casos contra el gobierno o una de sus agencias y no contra individuos particulares, empleados o funcionarios del gobierno.[516] En efecto, en el caso, *Convertino v. United States of Department of Justice*,[517] el juzgador aclaró que para que la agencia responda por un acto realizado por uno de sus empleados o subalternos, el acto debía estar entre las tareas asignadas o funciones de su puesto de trabajo. No obstante, algunos tribunales han dispuesto que el director o la directora de una agencia gubernamental podrá ser incluida como parte demandada.[518]

De la misma forma, se ha determinado que la Ley de Privacidad de 1974 no tiene viabilidad de aplicación a las entidades y corporaciones privadas.[519] Precisamente, sobre ese aspecto de no viabilidad, CAZURRO BARAHONA subrayó que la diferencia más significativa entre las primeras leyes europeas sobre protección de datos y la Ley de Privacidad de 1974, estribaba en que la legislación promulgada por el Congreso de los Estados Unidos de América "se centraba en regular el tratamiento de datos personales por

[515] 5 US Code § 552a, § 552g (5h).
[516] Kates v. King, 487 F. App'x 704, 706 (3d Cir. 2012); Flores v. Fox, 394 F. App'x 170, 172 (5th Cir. 2010); Jones v. Luis, 372 F. App'x 967, 969 (11th Cir. 2010); Martínez v. BOP, 444 F.3d 620, 624 (D.C. Cir. 2006); Pennyfeather v. Tessler, 431 F.3d 54, 55 (2d. Cir. 2005); Connelly v. Comptroller of the Currency, 876 F.2d 1209, 1215 (5th Cir. 1989); Petrus v. Bowen, 833 F.2d 581, 582-83 (5th Cir. 1987).
[517] Convertino v. United States of Department of Justice,769 F. Supp. 2d 139, 147 (D.D.C. 2011)
[518] Jarrell v. Tisch, 656 F. Supp. 237, 238 (D.D.C. 1987); Diamond v. FBI, 532 F. Supp. 216, 219 (S.D.N.Y. 1981).
[519] Probert v. Kalamarides, 528 F. App'x 741, 742 (9th Cir. 2013); Johnson v. Mel Foster Co. Ins., 475 F. App'x 640, 640 (8th Cir. 2012) (per curiam); KGV Easy Leasing Corp. v. Leavitt, 413 F. App'x 966, 968 (9th Cir. 2011); Chimarev v. TD Waterhouse Investor Servs., 99 F. App'x 259, 261 (2d Cir. 2004).

parte de las autoridades públicas exclusivamente, en Europa la normativa emergente tendía a aplicarse tanto al sector público como al privado"[520].

Como una sistematización racional, surgieron otras leyes federales con la pretensión de fortalecer el reconocimiento del derecho a la protección de datos en interrelación con el derecho a la privacidad consagrado en la Cuarta Enmienda de su Constitución.[521] En este contexto y tratando de exteriorizar esa correspondencia, el Congreso de Estados Unidos promulgó en el 1986, la *Electronic Communications Privacy Act* (en adelante ECPA)[522]. Esta ley fue promulgada con la intención principal de "prohibir el acceso del gobierno a ciertas comunicaciones electrónicas". La ECPA es de aplicación directa a Puerto Rico, según lo dispuesto en su sección 2510 (3).[523]

La ECPA extendió protecciones de privacidad a las comunicaciones electrónicas al actualizar e integrar la *Federal Wiretap Act of 1968*[524]. La precisión de inclusión de las comunicaciones electrónicas se insertó de la forma siguiente:

> Salvo que específicamente se disponga lo contrario en este capítulo, *cualquier* persona que: (a) intencionalmente intercepte, trate de interceptar, o procure a cualquier otra persona interceptar o intentar interceptar, cualquier comunicación por cable, oral o comunicación electrónica; [...] serán castigados [...] o serán objeto de demanda [...].[525]

---

[520] VÍCTOR CAZURRO BARAHONA, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS 25 (2020).

[521] Traducción de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América*:* "No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas." LEXJURIS, PUERTO RICO, *Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos* (*Versión en español),* http://www.lexisjuris.com/lexuscon.htm (última visita 27 de septiembre de 2020).

[522] 18 USC § 2510-§ 2522 (1986).

[523] *Id.* § 2510 (3).

[524] La Federal Wiretap Act of 1968 regulaba "la interceptación de conversaciones utilizando líneas telefónicas "fijas", pero no se aplicaba a la interceptación de computadoras y otras comunicaciones digitales y electrónicas". U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; JUSTICE INFORMATION SHARING: OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS, BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, *Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA),* 18 U.S.C. §2510-§2523; https://it.ojp.gov/PrivacyLiberty/authorities/statutes/1285 (última visita 11 de diciembre de 2020).

[525] *Id.* § 2511 (1a) (1986) (traducción suplida).

> Except as otherwise specifically provided in this chapter any person who: (a) intentionally intercepts, endeavors to intercept, or procures any other person to intercept or endeavor to intercept, any wire, oral, or electronic communication; […] shall be punished […] or shall be subject to suit […].

Consecuentemente y en concordancia con las anteriores inclusiones, el Título II de la ECPA es la parte que especificará que protegerá la privacidad de los suscriptores relativa a "los archivos almacenados por los proveedores de servicios y de los registros que los proveedores de servicios tienen sobre el suscriptor, como el nombre del suscriptor, registros de facturación o las direcciones IP"[526]. Dada la envergadura de la ejecución eficaz necesaria del almacenamiento de los datos e información personal de los suscriptores, algunos menores de edad, el Título II de la ECPA fue denominado como la *Stored Communications Act* como una forma de arreciar su aplicación ante los nuevas tecnologías informáticas.

Cabe destacar que la protección de privacidad promulgada en la *Stored Communications Act* es similar a la brindada por la Cuarta Enmienda de la Carta de Derechos de Estados Unidos. Esto quiere decir que como corolario inescapable de esta similitud, deberá pasar el mismo escrutinio referente a las expectativas razonables de privacidad protegida por la Cuarta Enmienda, se le deberá aplicar la "Doctrina de Terceros" o *"The Third-Party Doctrine"*. Esta doctrina teoriza que la revelación voluntaria de información se considera una renuncia a la expectativa razonable a la privacidad. Dicho de otra manera, tal y como lo esgrimió la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Katz v. United States*: "una persona no tiene expectativas legítimas de privacidad en la información que voluntariamente le comunica a terceros"[527].

Ahora bien, ante los nuevos desafíos tecnológicos y espacios inéditos de almacenamiento de datos e información de carácter personal en 'dimensiones' externas al disco duro de los dispositivos electrónicos, como por ejemplo, la 'Nube' o los centros de datos, se tuvo que enmendar la *Stored Communications Act.* Estas enmiendas se modularon en función de las dificultades que tuvo el *FBI* para obtener información almacenada en este nuevo acopio virtual, ya que no estaba regulado su acceso y, mucho menos, en los 'almacenes' ubicados en países extranjeros. Al conjunto de estas enmiendas, se les denominó como la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act Or*

[526] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; JUSTICE INFORMATION SHARING: OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS, BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, *Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA),* 18 U.S.C. §§ 2701-2712; https://it.ojp.gov/PrivacyLiberty/authorities/statutes/1285 (última visita 11 de diciembre de 2020).
[527] Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361 (1967). E.g., Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979). United States v. Miller, 425 U.S. 442 (1976); United States v. White, 401 U.S. 745 (1971); Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966); López v. United States, 373 U.S. 427 (1963).

Cloud Act. El propósito principal de esta ley es permitirle a las autoridades investigativas federales que mediante una orden judicial, se obligue a las empresas de tecnologías proveedoras de servicios a proporcionarles los datos recopilados y guardados en almacenes virtuales como la 'Nube', sin importar si el acopio está ubicado en Estados Unidos o en cualquier país extranjero.

El caso que motivó la promulgación de la *Cloud Act* fue el caso *United States v. Microsoft*[528]. Los hechos de este caso giran en torno a una investigación realizada por los agentes federales del orden público en un caso de tráfico de drogas. Los agentes federales le solicitaron al Tribunal de Distrito del Sur de Nueva York que expidiera una orden judicial al amparo de la Sección 2703 de la *Stored Communications Act* para requerirle a *Microsoft* que les divulgara todos los correos electrónicos y otra información relacionada con la cuenta de uno de sus clientes que estaba siendo investigado. El Tribunal de Distrito emitió la orden solicitada, pero *Microsoft* entendió que no tenía que revelar esa información porque su almacenamiento estaba ubicado en Irlanda, por lo que se convertía en una solicitud de datos en un acopio extraterritorial, lo cual no estaba contemplado en la Sección 2703 de la *Stored Communications Act.* Por tal motivo, *Microsoft* fue encontrado en desacato civil. *Microsoft* apeló la orden de entrega de los datos requeridos por el *FBI* ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, quien falló a favor de *Microsoft* e invalidó la orden de acceso a la información de los correos electrónicos concernidos y, por consiguiente, eliminó el desacato. El gobierno estadounidense radicó un recurso de *certiorari* ante la Corte Suprema federal sobre la determinación del Segundo Circuito de Apelaciones. No obstante, mientras el *certiorari* estaba en curso en la Corte Suprema federal, el Congreso de los Estados Unidos, promulgó la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act Or Cloud Act* para enmendar la *Stored Communications Act* y decretar, entre otras reformas, la Sección 2713, la cual lee con el siguiente tenor:

> Un proveedor de servicio de comunicación electrónica o servicio de computación remota deberá cumplir con las obligaciones de este capítulo de preservar, respaldar o divulgar el contenido de una comunicación por cable o electrónica y cualquier registro u otra información perteneciente a un cliente o suscriptor que esté en posesión de dicho proveedor. custodia o control, independientemente de si dicha

[528] *United States v. Microsoft*, 138 S. Ct. 1186 (2018), 584 U.S. ___ (2018). La numeración de la página no se puede precisar todavía porque el ente a cargo está trabajando con la compilación final.

> comunicación, registro u otra información se encuentra dentro o fuera de los Estados Unidos.[529]

Esta enmienda permitió que el Gobierno de Estados Unidos pudiera tener acceso a la información solicitada. Cabe destacar que existe otro método para exigir el acceso a la información extraterritorial, como lo es el Tratado de Asistencia Legal Mutua *("Mutual Legal Assistance Treaty"*, por sus siglas en inglés*, MLAT)*. Sin embargo, este recurso tiende a lentificar los procesos. Ahora bien, los cauces debatientes de algunos teóricos han criticado tanto a la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act or Cloud Act* como a la "Doctrina de Terceros" por entender que le otorgan un poder excesivo al gobierno.[530]

De hecho, algunos teóricos piensan que la "Doctrina de Terceros" no resuelve los intercambios de ingentes cantidades de datos e información que se han generado, difundidos y almacenados debido a los trepidantes y diversos cambios tecnológicos, se suscita la controversia respectiva a la posibilidad de que se le haya proporcionado al gobierno con una poderosa herramienta de investigación, la cual pueda ser excesiva en algunos casos y, por consiguiente, se puedan derrotar los principios básico de la Cuarta Enmienda.[531] Sobre la "Doctrina de Terceros", Richard M. Thompson, II, asesor legislativo del Congreso de Estados Unidos, señaló lo siguiente:

> Para ser claros, la doctrina de terceros no cubre toda la información concebible que se transfiere a través de un tercero. Por ejemplo, el contenido de una comunicación de voz o correo electrónico no entra dentro de su alcance.[…] Los tribunales han razonado que el proveedor de servicios es simplemente el conducto o intermediario de esas comunicaciones y no el destinatario; así, el usuario no pierde la protección de la privacidad en esas comunicaciones. Por otro lado, tanto la información sin contenido como la información de contenido que se comparte directamente con un proveedor de servicios está cubierta por la doctrina de terceros (por ejemplo, los comprobantes de depósito o cheques

---

[529] 18 U.S.C. § 2713 (2018) (traducción suplida). El texto original está redactado en inglés y lee como sigue:

> A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider's possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.

[530] H.R.4943 - Cloud Act 115 th Congress (2017-2018). DAVID LUBAN, JULIE R. O'SULLIVAN & DAVID P. STEWART, INTERNATIONAL AND TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW 324-332 (3d ed., 2019)

[531] Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 Michigan Law Review Association 4, 561 (2009).

> compartidos con un banco y los datos guardados por el banco relacionados con transacciones con éste). Además, la información que no sea de contenido derivada de interacciones privadas con otros está sujeta a la doctrina de terceros. Esto cubre datos como los números de teléfono marcados, las direcciones de correo electrónico de los que se envían por correo electrónico o los sitios web visitados.[532]

Por el contrario, cuando la información sobre la cual se tiene una expectativa razonable de privacidad, se obtiene o divulga sin el consentimiento del emisor original, se deberá evaluar la información divulgada para identificar si es información "tipo contenido" o "tipo no contenido" para determinar la aplicabilidad de la Cuarta Enmienda federal o de la *Stored Communications Act*. La información "tipo contenido" es la información que se pretende transmitir a un receptor específico o receptores específicos. Esta información puede consistir en mensajes escritos, documentos adjuntos, fotografías, grabaciones de voz y vídeos. De otra parte, la información "tipo no contenido" es aquella información incidental o colateral almacenada y en la mayoría de los casos, relacionada a información "tipo contenido", como por ejemplo, la dirección del correo electrónico del destinatario de un correo telemático. La clasificación de la información es importante porque la Cuarta Enmienda protege generalmente a la información "tipo contenido".

En el caso *Smith v. Maryland,* [533] el Tribunal Supremo federal decidió que la instalación *pen register* o dispositivo que graba y registra todos los números marcados desde una línea telefónica particular o cualquier dispositivo que realice funciones similares, entre los que se encuentran los programas de monitoreo de comunicaciones en la red informática, no violaba la Cuarta Enmienda por entenderse que dicha instalación

---

[532] RICHARD M. THOMPSON II, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, R43586, *The Fourth Amendment Third-Party Doctrine* 1 (2014) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> To be clear, the third-party doctrine does not cover all conceivable information that is transferred through a third party. For instance, the content of a voice or email communication does not fall within its scope.[…] The courts have reasoned that the service provider is merely the conduit or intermediary of those communications and not the recipient; thus, the user does not lose privacy protection in those communications. On the other hand, both non-content and content information that is shared directly with a service provider is covered by the third-party doctrine (e.g., the deposit slips or checks shared with a bank and data kept by the bank relating to transactions with it). Additionally, non-content information derived from private interactions with others is subject to the third-party doctrine. This covers data such as telephone numbers dialed, email addresses of those emailed, or websites visited.

[533] Smith v. Maryland, 442 US 735 (1979).

no correspondía a un registro o una incautación y la información era una "tipo no contenido". Posteriormente, el criterio sobre información "tipo contenido" o "tipo no contenido" fue aplicado igualmente en el caso *United States v. Forrester*,[534] en el cual el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito[535] determinó que la vigilancia gubernamental relacionada a direcciones IP (*Internet Protocol)* y a la obtención de direcciones de correos electrónicos no violaba la expectativa razonable de privacidad protegida por la Cuarta Enmienda porque esta era información clasificada de "tipo no contenido". En su estudio, el Noveno Circuito realizó una analogía entre las direcciones de correos electrónicos, las direcciones IP y los números de teléfonos por entender que eran información de enrutamiento, las cuales no daban acceso automático al contenido. Por lo tanto, los funcionarios del gobierno que acceden a la información de enrutamiento, no podrán ver el contenido de los mensajes de correo electrónico o sitios de la red informática.

En contraste con lo anterior, si se comparan las valoraciones que el Ordenamiento Jurídico español le da a criterios versados en el tipo de contenido de la información, trasluce vehementemente que la divergencia principal estriba en que, mientras en el Ordenamiento Jurídico federal se pondera la valoración del contenido de la información, en el Ordenamiento Jurídico español no se demarcan diferencias ni se dilucidan preceptos referentes a "tipo contenido" o "tipo no contenido". La exclusión de estos preceptos redunda beneficiosamente en salvaguarda de manera más extensiva la confidencialidad de los datos e información de carácter personal de las comunicaciones electrónicas.

A este respecto, conviene poner de manifiesto que en la STC 173/2011, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional español determinó que:

> [L]o que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse

[534] United States v. Forrester, 512 F.3d 500 (9th Cir. 2007).
[535] El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito tiene jurisdicción sobre las apelaciones federales que surgen de los siguientes distritos: Alaska, Arizona, Central District of California, Eastern District of California, Northern District of California, Southern District of California, Guam, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Northern Mariana Islands, Oregon, Eastern District of Washington y Western District of Washington.

> un espacio resguardado de la curiosidad ajena, **sea cual sea lo contenido en ese espacio**.[536]

Siguiendo el mismo tenor que puntualiza la garantía del secreto de las comunicaciones sin importar su contenido, en la STC 170/2013, de 7 de octubre, el Tribunal Constitucional español, aprovechó para distinguir entre la noción de protección de la intimidad del artículo 18.1[537] y la noción de protección del *secreto de las comunicaciones* del artículo 18.3.[538] En esa ocasión, el Tribunal aseveró que:

> [L]a noción de **intimidad** constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos […] Muy al contrario el secreto de las **comunicaciones**, que la Constitución garantiza salvo resolución judicial, es un concepto rigurosamente formal, en el sentido de que "se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido"[…] Dado su fundamento, no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni se garantiza el secreto porque lo comunicado sea necesariamente íntimo, reservado o personal […], sino debido a la evidente vulnerabilidad de las **comunicaciones** realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero; se pretende que todas las **comunicaciones** – incluidas las **electrónicas** […] – puedan realizarse con libertad […]. Así pues el objeto directo de protección del art. 18.3 CE es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público.[539]

De esta manera, el Tribunal Constitucional español puntualizó que el tipo de contenido no era lo que calificaba de secretas a las comunicaciones protegidas por el artículo 18.3, sino el objeto de impartirle seguridad jurídica de protección a las comunicaciones emitidas en estos medios y procesos de comunicación para que se promoviera la libertad de su uso. Incluso, en el análisis jurisprudencial, el más alto foro especificó que el secreto de las comunicaciones garantizaba la impenetrabilidad por parte de terceros y la interceptación de las comunicaciones ajenas y que la protección

---

[536] STC de 7 de noviembre de 2011 (RTC 2011/173) (énfasis suplido).
[537] "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"; CONST. ESP., art. 18.1.
[538] "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial"; CONST. ESP., art. 18.3.
[539] STC de 7 de octubre de 2013, FJ 4 a) (RTC 2013/170).

constitucional del secreto de las comunicaciones salvaguardaba no solamente al contenido, sino también a la "identidad subjetiva de los interlocutores"[540] de los listados de llamadas de la telefonía fija y telefonía móvil o celular. Además, el Tribunal aclaró que las comunicaciones abiertas quedaban excluidas de la protección constitucional del artículo 18.3 por haberse realizado de manera pública.

Cabe recalcar que muchas de las determinaciones de los tribunales federales han sido inconsistentes en el análisis y en la aplicación de la "Doctrina de Terceros" y la clasificación del "tipo de contenido"; peor aún, han sido incongruentes en muchas de sus resoluciones sobre la aplicación de la Cuarta Enmienda. Manifestación de lo anterior, se puede apreciar cuando el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito[541] resolvió el caso *United States v. Warshak, et al*.[542] La apelación del caso *United States v. Warshak, et al.* surge a raíz de que Steven Warshak, Harriet Warsha y TCI Media Inc. fueron convictos por varios delitos cometidos a través del uso del correo electrónico. La evidencia que sustentó las convicciones consistía en los contenidos de 27,000 correos electrónicos que fueron requeridos sin una orden de registro por los agentes gubernamentales a cargo de la investigación. Los apelantes sostenían que la incautación de los correos electrónicos constituyó una violación de la Cuarta Enmienda, la cual prohíbe los registros y las incautaciones irrazonables. El gobierno norteamericano alegó que, incluso si los agentes gubernamentales hubiesen violado la Cuarta Enmienda al obtener los correos electrónicos, obtuvieron la evidencia de buena fe, basándose en la legalidad de la *Stored Communications Act*,[543] estatuto que le permitía al gobierno obtener ciertas comunicaciones electrónicas sin necesidad de obtener una orden judicial.

---

[540] *Id.*

[541] UNITED STATES COURTS OF APPEALS, *Sixth Circuit,* http://www.ca6.uscourts.gov/about-court (última visita 22 de abril de 2019) (traducción suplida).

> El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito tiene jurisdicción sobre apelaciones federales que surgen de los estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee. La Corte se encuentra en Cincinnati, Ohio, en el Palacio de Justicia de Potter Stewart en los Estados Unidos.*

*UNITED STATES COURTS OF APPEALS, http://www.ca6.uscourts.gov/about-court (última visita 22 de abril de 2017) (traducción suplida).

[542] United States v. Warshak, et al., 631 F.3d 266 (6th Cir. 2010).

[543] Stored Communications Act, 18 USC §§ 2701.

En su análisis, la Corte de Apelaciones realizó una analogía entre la información enviada vía correo electrónico a través de un proveedor de servicios y las cartas enviadas vía correo postal tradicional. Esa analogía perseguía ilustrar que, al igual que los encargados de sortear y repartir las cartas del servicio postal estaban impedidos de abrirlas y leerlas, los proveedores de servicios no tenían facultad en ley para leer o divulgar los correos electrónicos de sus usuarios. Según este caso, los proveedores de servicios deberán requerir una orden de registro basada en causa probable para poder desvelar los contenidos de los correos electrónicos de sus usuarios, a menos que, en la "Declaración de Uso" de la suscripción al servicio, se haya pactado de tal forma que se hayan cedido derechos y se venza la expectativa razonable de privacidad de alguna forma. Sobre este asunto, la Corte de Apelaciones previene que, por más amplia que sea la cesión de derechos, podría quedar algún indicio de expectativa razonable de privacidad en algunos casos. De la misma forma, advierte que la mera posibilidad de que un tercero intermediario pudiera acceder al contenido de una comunicación no sería suficiente para invalidar o derrotar una expectativa razonable de privacidad.

Por ser este caso uno de los más importantes relacionados a las tecnologías informáticas, es menester aludir a las expresiones textuales más contundentes emitidas por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito:

> En consecuencia, sostenemos que un suscriptor goza de una expectativa razonable de privacidad en el contenido de correos electrónicos "que se almacenan, o se envían o reciben a través de un ISP comercial." [...] El gobierno no puede obligar a un ISP comercial a entregar el contenido de los correos electrónicos de un suscriptor sin antes obtener una autorización basada en una causa probable. Por lo tanto, debido a que no obtuvieron una orden judicial, los agentes del gobierno violaron la Cuarta Enmienda cuando obtuvieron el contenido de los correos electrónicos de Warshak. Además, en la medida en que la SCA pretenda permitir al gobierno obtener tales correos electrónicos sin orden judicial, la SCA es inconstitucional. [544]

[544] United States v. Warshak, et al., 631 F.3d 266, 288 (6th Cir. 2010) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

> Accordingly, we hold that a subscriber enjoys a reasonable expectation of privacy in the contents of emails "that are stored with, or sent or received through, a commercial ISP".[…] The government may not compel a commercial ISP to turn over the contents of a subscriber's emails without first obtaining a warrant based on probable cause. Therefore, because they did not obtain a warrant, the government agents violated the Fourth Amendment when they obtained the contents of Warshak's emails. Moreover,

El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito determinó que la *Stored Communications Act* sería inconstitucional si se iba a considerar que permitía al gobierno evadir el requisito de orden judicial para la obtención del contenido de correos electrónicos en violación a la Cuarta Enmienda, pero, en contraposición a su análisis, no suprimió la evidencia obtenida ilegalmente de parte de las autoridades gubernamentales y trató de subsanar dicha contradicción adoptando la alegación de las autoridades gubernamentales, respectiva a que los oficiales actuaron de "buena fe" ante la creencia de la legalidad de la facultad que le concedía la *Stored Communications Act,* por ésta no ser "tan visiblemente inconstitucional"[545].

Otra matización a tales efectos, queda gestada en el caso *Moreno v. Hanford Sentinel*,[546] el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito determinó que una información que ha pasado a formar parte del dominio público en una red social no goza de expectativa razonable de privacidad. Los hechos de este caso son los siguientes: Después de una visita a su ciudad natal, Coalinga, una joven universitaria publicó en la red social *MySpace* una oda de su autoría, titulada *"An Ode to Coalinga"*, en la que plasmó una serie de comentarios negativos de la comunidad y sus habitantes. La joven eliminó la oda de su perfil seis días después de publicarla. Sin embargo, la oda fue copiada por el director de la escuela superior de Coalinga y enviada a un periódico local. La oda fue publicada en la sección del editor y la autoría de la oda fue atribuida a la joven, usando su nombre completo. En la red social, la joven no había indicado su apellido. A raíz de la publicación de la oda en el periódico, la joven y sus familiares recibieron amenazas de muerte y disparos contra la casa familiar. El negocio familiar que había operado durante veinte años tuvo pérdidas y tuvo que cerrar. La joven universitaria, sus progenitores y hermanos demandaron por los daños y perjuicios causados por una publicación producto de una alegada invasión a la privacidad.

---

to the extent that the SCA purports to permit the government to obtain such emails warrantlessly, the SCA is unconstitutional.

[545] *Id.*

[546] Moreno v. Hanford Sentinel, 172 Cal. App . 4th 1125 (2009); No. F054138, Court of Appeals of California, Fifth District (2009). *Véase* Austin Sarat, *Whither Privacy? An introduction*, en A WORLD WITHOUT PRIVACY: WHAT LAW CAN AND SHOULD DO? 19-21 (Austin Sarat, ed., 2015).

El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito no le reconoció expectativa razonable de privacidad a la joven ni a sus familiares y recalcó que, al ésta publicar la oda en una red social, la puso al alcance de un público con una audiencia potencialmente enorme. Igualmente, declaró que, aunque en su perfil se identificó solamente con su primer nombre, la inclusión del apellido en la publicación del periódico no invadía su privacidad porque la identidad de la joven era fácilmente determinable desde su página de *MySpace* porque su perfil incluía su foto. La Corte de Apelaciones entendió que la revelación del apellido abonó solamente a dar más publicidad a una información pública.

El marco legal referencial que fue despuntando, relacionado al no reconocimiento de una expectativa razonable de privacidad a las comunicaciones expuestas públicamente en el perfil de una red social, siguió afianzándose en casos como el de *Crispin v. Christian Audigier, Inc*.[547] En este caso, la Corte de Distrito de California demarcó las comunicaciones privadas de las comunicaciones remitidas públicamente y concluyó que las comunicaciones públicas no tenían el resguardo de las protecciones brindadas por la *Stored Communications Act.* Por el contrario, concluyó que la *Stored Communications Act* protegía solamente a las comunicaciones privadas de los usuarios de las redes sociales.

Es de especial trascendencia el que la aplicación de estas leyes de protección en un entorno de caos sistematizado como la red informática, encuentre derroteros no previsibles, tanto de parte de ingeniosos vigilantes cibernéticos o de vigilantes institucionalizados por el propio gobierno. En la segunda apuesta relativa a la institucionalización gubernamental del vigilante, se puede argüir que cada vez más los gobiernos cuentan con inmensos 'bancos' de datos e información personal de sus residentes y no 'residentes'. Si a esta proposición, se le añade la directriz de parte del ejecutivo y de las agencias de seguridad e inteligencia nacional de dejar abiertas vías de vigilancia, se estará en contraposición a los enfoques y prioridades de aquellas leyes de protección de datos que se han discutido.

[547]Crispin v. Christian Audigier, Inc., 17 F.Supp.2d 965 (C.D. Cal. 2010).

Un ejemplo de lo anterior es la *Communications Assistance for Law Enforcement Act* (en adelante CALEA)[548]. "CALEA tiene como objetivo preservar la capacidad de las agencias de aplicación de la ley para realizar vigilancia electrónica mientras protege la privacidad de la información fuera del alcance de la investigación".[549] Esta ley fue aprobada en el 1994 para requerirles legalmente a los proveedores de telecomunicaciones y a los fabricantes de las nuevas tecnologías que incorporaran vías de vigilancia en todos "[l]os servicios e instalaciones de comunicaciones que utilizan equipos en modo circuito, equipos en modo paquete, proveedores de acceso a Internet de banda ancha basados en instalaciones y proveedores de servicios interconectados de Voz sobre Protocolo de Internet (VoIP)"[550] utilizados en los Estados Unidos. Igualmente, se incluyen en estas 'vigilancias' previstas a "los servicios inalámbricos, servicios de enrutamiento y conmutación por software, y telecomunicaciones basadas en Internet presentes en aplicaciones utilizadas por dispositivos de telecomunicaciones"[551]. La agencia federal que tiene la asignación de implementar los planes de cumplimiento de *CALEA* es la Oficina Federal de Investigaciones (conocida por sus siglas en inglés, FBI) en el Centro Nacional de Asistencia de Comunicaciones Domésticas (*National Domestic Communications Assistance Center*) (NDCAC). En 1999, a solicitud del FBI, se dio una orden al amparo de la *CALEA*, requiriendo a los proveedores de servicios que hicieran disponibles las localizaciones físicas de las torres de comunicaciones que utilizaban los teléfonos celulares para conectarse al inicio y final de las llamadas.[552]

Este tipo de ley que de alguna manera obnubila lo avanzado por otras regulaciones y propende al ser humano a imaginar o presentir que el *"Hermano Mayor Orwelliano"*

---

[548] 47 USC 1001-1021 (1994).
[549] FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, Communications Assistance for Law Enforcement Act (Introduction) (Some Basic Information) https://www.fcc.gov/public-safety-and-homeland-security/policy-and-licensing-division/general/communications-assistance (última visita 2 de agosto de 2021).
[550] El texto original es en inglés y lee como sigue: "Communications services and facilities utilizing Circuit Mode equipment, packet mode equipment, facilities-based broadband Internet access providers and providers of interconnected Voice over Internet Protocol (VoIP) service". FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Communications Assistance for Law Enforcement Act (Some Basic Information),* https://www.fcc.gov/public-safety-and-homeland-security/policy-and-licensing-division/general/communications-assistance (última visita el 2 de agosto de 2021).
[551] El texto original es en inglés y lee como sigue: "[…] wireless services, routing and soft switched services, and internet-based telecommunications present in applications used by telecommunications devices".*
* FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, Communications Assistance for Law Enforcement Act (Some Basic Information), https://www.fcc.gov/public-safety-and-homeland-security/policy-and-licensing-division/general/communications-assistance (última visita el 2 de agosto de 2021).
[552] *Id.*

vigila sus movimientos cuando está frente a un ordenador, equipo telefónico o de radiofrecuencia, como si cada uno fuera una 'persona de interés' o una persona sospechosa para el estado. Esta terrible sensación de vigilancia continua emerge una preocupación mayor cuando los posibles vigilados pueden ser los menores de edad a cargo. Algunos menores de edad que en muchas ocasiones no tienen la madurez suficiente para prevenir las consecuencias de sus actos no tendrán la mínima sospecha de la presencia de vigilantes coaligados con identidades inimaginables. Tampoco podrán anticipar, al igual que muchos adultos, que hay vigilantes con propósitos legítimos y otros con propósitos ilegítimos y deplorables. Las anteriores premisas sustentan el paradigma de la educación de los progenitores para que puedan empoderar y ser los educadores de primera línea de sus hijos e hijas en lo atinente a las tecnologías informáticas.

4. *Children's Online Privacy Protection Act*

La esencia indisociable de las leyes federales protectoras de datos e información personal reseñadas sucintamente en el apartado anterior eludieron la narrativa específica de las previsiones necesarias respectivas a los menores de edad. Dilucidar esta narrativa previsora y específica, se hacía cada vez más urgente ante un mundo globalizado interconectado por la red informática y los diversos avances de las tecnologías de comunicación. Precisamente por ello, surgía la necesidad de gestar una ley que, de alguna manera, reservara protecciones a los menores de edad, pero que a su vez contemplara la necesidad de empoderar y estimular a este sector de la población a su dominio y buen uso.

Lo anterior supondría tirar una bisectriz imaginaria en la que se dividieran al grupo de los menores de edad en dos planos. Un plano correspondería al grupo al que se le reconocería la autonomía progresiva del menor como una suficiente para poder consentir a un contrato de una red social o aplicación sin la autorización explícita de sus representantes legales. El otro plano correspondería al grupo de menores de edad que por la falta de madurez, se le requeriría el consentimiento y la autorización expresa de sus progenitores o tutores. Esta variante de planos estaría demarcada por la construcción social o concepto jurídico de la edad, como se explicara en el Capítulo II.

Por consiguiente, se gestó un nuevo esfuerzo legislativo en la esfera federal que contemplaría tales inquietudes para que quedaran plasmadas sus matizaciones en una ley dirigida específicamente a los menores de edad. En aras de aclarar los planos imaginarios trazados sobre los posibles subgrupos de menores de edad, según el constructo de la edad, surge la *Children's Online Privacy Protection Act*, la cual regularía el plano imaginario trazado respectivo únicamente a aquellos niños o niñas de doce años o menos o dicho de otra manera, según dispuesto por la ley, menores de edad, menores de trece años.

La *Children's Online Privacy Protection Act* (según sus siglas en inglés, *COPPA - Estatutos*) fue promulgada por el Congreso de los Estados Unidos en 1998, pero no entró en vigor hasta el 21 de abril de 2000.[553] La dilación para su implementación ocurrió porque la misma ley disponía que la agencia encargada de ejecutar y velar por el fiel cumplimiento de *COPPA - Estatutos* lo sería la Comisión Federal de Comercio *(Federal Trade Commission, FTC)*, la agencia federal de protección del consumidor; y que esta agencia debía establecer unas reglas de implementación que rigiera claramente la política de recopilación en línea de datos e información personal de aquellos menores de edad, menores de trece años. Como consecuencia directa al mandato de ley impartido a la *FTC*, se promulgó el *Children's Online Privacy Protection Rule (COPPA - Reglamento*), que entró en vigor el 21 de abril de 2000 al igual que *COPPA - Estatutos*. Asimismo, se determinó que la 'Ley' y 'el Reglamento' se denominarían indistintamente para efectos de sus siglas, *"COPPA"*[554] y se le adicionaría la palabra estatutos o reglamento, según sea la alusión correspondiente. Cabe enfatizar que el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño tendrá que aplicar todo lo establecido en ambas regulaciones y en todo lo resuelto o establecido por la Comisión Federal de Comercio.[555]

Con relación a la divergencia de planos mencionada, la *Children's Online Privacy Protection Act*, según enmendada, establece que los niños o niñas menores de trece años no pueden dar un consentimiento válido que autorice el tratamiento de sus datos

[553] 15 USC § 6501(2)(A)(ii) (1998).
[554] 16 CFR § 312 (2000).
[555] COPPA-REGLAMENTO, según enmendada, impone ciertos requisitos a "los operadores de sitios web o servicios en línea dirigidos a niños menores de 13 años, y a los operadores de otros sitios web o servicios en línea que tienen conocimiento real de que están recopilando información personal en línea de un niño menor de 13 años". FEDERAL TRADE COMMISSION, *Children' Online Protection Privacy Act*, https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule (última visita 27 de diciembre de 2020).

personales en la red informática, a menos que sus progenitores o tutores consientan de manera expresa y verificable antes de "cualquier recopilación, uso o divulgación"[556] de su información. Tampoco se permite que un menor de edad, menor de trece años (doce años o menos) abra una cuenta de correo electrónico, cree un perfil en una red social, publique mensajes en una sala de chat, en un tablero de anuncios o cualquiera otro sitio web que recopile alguna información del menor referido[557] sin el consentimiento verificable de sus progenitores o tutores.[558] Además, se establece que, el consentimiento de los adultos a cargo, será también un requisito indispensable si el proveedor de servicios realizara "cualquier cambio material en las prácticas de recopilación, uso o divulgación"[559] a las que el progenitor o tutor haya consentido previamente.

Según *COPPA - Reglamento*, los métodos vigentes que tienen los operadores de servicios de la red informática para obtener un consentimiento verificable del progenitor o tutor de un menor de edad, menor de trece años, serán los siguientes:

> (i) Proporcionar un formulario de consentimiento para ser firmado por los progenitores y devuelto al operador por correo postal, fax o escaneo electrónico;
> (ii) Requerir que un padre, en relación con una transacción monetaria, use una tarjeta de crédito, tarjeta de débito u otro sistema de pago en línea que proporcione notificación de cada transacción discreta al titular de la cuenta principal;
> (iii) Hacer que un padre llame a un número de teléfono gratuito que cuenta con personal capacitado;
> (iv) Hacer que un progenitor se conecte con personal capacitado a través de videoconferencia;
> (v) Verificar la identidad de un progenitor mediante la verificación de una forma de identificación emitida por el gobierno contra bases de datos de dicha información, donde el operador borra la identificación del progenitor de sus registros inmediatamente después de que se complete dicha verificación; o
> (vi) Siempre que, un operador que no "divulgue" (como se define en §312.2) información personal de los menores, puede usar un correo electrónico junto con pasos adicionales para brindar garantías de que la persona que brinda el consentimiento es el padre. Dichos pasos adicionales

[556] 15 USC § 6502 (b)(1A)(ii) (1998).
[557] El otro plano imaginario respectivo al segundo grupo de menores de edad será el compuesto por aquellos(as) menores de trece años o catorce años o más, según sean las leyes del país de residencia del usuario. Por ejemplo, *Facebook*, *Inc*., como observador de las leyes de España y Corea del Sur, le requiere a los menores de edad residentes en estos países, tener cumplidos los catorce años de edad para poder crear una cuenta en su plataforma.
[558] 15 USC § 6502 (b)(1)(B)(iii) (1998).
[559] *Id.*

> incluyen: Enviar un correo electrónico de confirmación a los progenitores después de recibir el consentimiento, u obtener una dirección postal o un número de teléfono de los padres y confirmar el consentimiento de los progenitores por carta o llamada telefónica. Un operador que utilice este método debe notificar que los progenitores pueden revocar cualquier consentimiento otorgado en respuesta al correo electrónico anterior.[560]

Igualmente, *COPPA - Reglamento* reitera que todo sitio o plataforma en la web dirigida a menores de edad, menores de trece años o apto para todo público que recolecte información personal de niños o niñas de doce años o menos, deberá cumplir con las disposiciones de dicha ley. Por consiguiente, dispone que estos sitios de la red informática deberán notificar directamente a los progenitores o tutores y obtener su aprobación antes de recolectar, usar o revelar la información personal de un menor de edad, menor de trece años.

Cabe destacar que, los progenitores o los tutores tendrán el derecho de ver cualquier tipo de información personal de su hijo o hija que haya sido recolectada por un operador de la red informática. Si el progenitor o tutor solicitara revisar la información concerniente al menor, el operador del sitio de la red necesitará verificar que el solicitante sea verdaderamente el progenitor o tutor. Además, el progenitor o tutor podrá optar por exigir la eliminación de toda la información que hubieran recolectado del menor y revocar su consentimiento de haberlo otorgado.[561]

La *FTC* inició una revisión de *COPPA - Reglamento* en el 2010, al cual le realizó una serie de enmiendas con el propósito de establecer nuevas salvaguardas para reforzar la protección de la información personal de los menores de edad, menores de edad, menores de trece años. Estas enmiendas pretendieron actualizar posibles resguardos y protecciones ante nuevas amenazas virtuales debidas al surgimiento de nuevas tecnologías de comunicación, como las nuevas y dinámicas manifestaciones de la

[560] 16 CFR § 312.5 (b) (1) (i-vi) (2000).

[561] Al amparo de la Ley COPPA, se han radicado un sinnúmero de acciones civiles contra diferentes operadores de la red informática. En el caso *U.S. v. American Popcorn Co*., Civil Núm. 02-CV-4008 (N.D., Iowa, radicado el 14 de febrero de 2002), se le multó con la cantidad de diez mil dólares al proveedor de servicios de la red por establecer falsamente en su política de privacidad que notificarían a los progenitores cuando sus hijos e hijas se registraran y que les permitirían borrar sus registros. Por otro lado, en *U.S. v. Xanga.com*, Inc., Civil Núm. 06-CIV-6853 (Distrito Sur, Nueva York, radicado el 7 de septiembre de 2006), el proveedor de servicios fue multado con la cantidad de un millón de dólares por no percatarse que se habían registrado un grupo de menores de trece (13) años, hecho que pudo ser constatado con la fecha de nacimiento que habían notificado.

inteligencia artificial. Estas enmiendas comenzaron su vigencia a partir del 1 de julio de 2013.

Una de las enmiendas más importantes consistió en modificar la definición del concepto de información personal del menor, menor de trece años como aquella información que incluye el nombre y el apellido, el domicilio u otra dirección o localización relacionada al mismo, la dirección electrónica, el número de teléfono, el número de seguro social y cualquier otra información que sirva para identificar o contactar al menor, e información concerniente al menor o a sus progenitores o tutores provista por el menor, indicadores de localización geográfica, fotos, vídeos y grabaciones de audio e identificadores persistentes, como direcciones PI, que se pueden usar para rastrear las actividades de un menor de edad a lo largo del tiempo y a través de distintos sitios web y servicios en línea.[562] De igual forma, el Reglamento enmendado incluye modificaciones a las definiciones de operador, y sitio web o servicio en línea dirigido a los menores de edad, menores de trece años.[563]

COPPA - Reglamento protege la información personal del menor, recolectada por los operadores de la red informática al momento de registrarse como usuario y a su vez protege la información que el menor suministre o publique subsiguientemente. De la misma forma, establece que los sitios de la red deberán publicar su política de privacidad en un lugar de la página que sea notablemente visible y que deberán suministrar detalles sobre el tipo de información que se recolecta y de cuáles serían los destinos y usos de esa información.

Antes de continuar, aunque de manera muy abreviada, se reseñarán algunos casos resueltos por la *FTC* al amparo de *COPPA - Estatutos* y *COPPA - Reglamento,* como una muestra de su efectividad. Ante el resguardo de ambas leyes, se han radicado un sinnúmero de acciones civiles contra diferentes operadores de la red informática. En el caso *United States of America, en representación de la Federal Trade Commission v. American Popcorn Co*., se le multó con la cantidad de diez mil dólares al proveedor de

[562] 15 USC § 6501(8) (1998).
[563] Igualmente, se actualizaron los requisitos establecidos en el aviso sobre el consentimiento de los progenitores, la confidencialidad y seguridad, y las disposiciones de puerto seguro, y se agrega una nueva disposición que aborda la retención y eliminación de datos.

servicios de la red por establecer falsamente en su política de privacidad que notificarían a los progenitores cuando sus hijos o hijas se registraran y que además, les permitirían borrar sus registros. Por otro lado, en *United States of America, en representación de la Federal Trade Commission v. Xanga.com, Inc*.[564], el proveedor de servicios fue multado con la cantidad de un millón de dólares por no 'percatarse' que se habían registrado un grupo de menores de edad, menores de trece años, hecho que pudo ser constatado con las fechas de nacimiento notificadas por los menores de edad registrados.

Otro caso que fue muy reseñado, sobre todo por la cuantía de la multa, lo fue *United States of America, en representación de la Federal Trade Commission, et. al v. Google LLC, and YouTube, LLC.* En este caso, *Google, LLC* y su subsidiaria *YouTube, LLC* llegaron a un acuerdo transaccional con la *FTC* y con la Fiscal General de Nueva York para resolver las alegaciones que imputaban que el servicio de intercambio de vídeos de *YouTube* recopiló ilegalmente información personal de niños y niñas sin el consentimiento de sus progenitores o tutores en violación de *COPPA - Reglamento*. Este acuerdo transaccional consistió en pagar una multa por la cantidad de $170 millones de dólares.

Otro caso interesante y necesario de reseñar, por estar la multa relacionada a la recopilación de información de menores de edad, menores de trece años por parte de terceros, lo fue el caso *Estados Unidos de América, en representación de la Comisión Federal de Comercio, v. HyperBeard, Inc. y Alexander Kozachenko y Antonio Uribe. HyperBeard, Inc*. es un desarrollador de aplicaciones para teléfonos móviles que diseña juegos para menores de edad. Esta empresa acordó pagar una multa de $150,000 y eliminar toda la información personal de cada uno de los niños y niñas menores de trece años recopilada en contravención de *COPPA.* En este caso la *FTC* alegó que *HyperBeard*, *Inc.* permitió que terceros recopilaran información personal en forma de identificadores persistentes a través de anuncios publicitarios para rastrear a los usuarios de las aplicaciones dirigidas a los menores de edad de la empresa, sin que *HyperBeard*, *Inc*. notificara y obtuviera el consentimiento verificable de los progenitores o tutores.

[564] U.S. v. Xanga.com, Inc., Civil Núm. 06-CIV-6853 (Distrito Sur, Nueva York, radicado el 7 de septiembre de 2006).

Otro ejemplo demostrativo de cuán severas pueden llegar a ser la multas impuestas por la violación de *COPPA* fue resuelto en el 2019. Este caso es *United States of America en representación de la Federal Trade Commission v. Musical.ly, a corporation; and Musical.ly, Inc.*[565] En este caso la aplicación de redes sociales de vídeo *Musical.ly, Inc.*, ahora conocida como *TikTok,* acordó pagar una multa de $5.7 millones para resolver todo lo concerniente a las alegaciones e imputaciones señaladas por la *FTC* sobre la recopilación de información personal de niños y niñas menores de trece años en violación a *COPPA.* Consecuentemente, los comisionados de la *FTC*, ROHIT CHOPRA y la REBECCA KELLY MATANZA, emitieron una Declaración Conjunta respectiva a este caso, en la cual, en su primer párrafo expusieron, lo siguiente:

> La acción de la Comisión Federal de Comercio para tomar medidas enérgicas contra las prácticas de privacidad de Musical.ly, ahora conocido como *TikTok,* es un hito importante para nuestro programa de aplicación de la Ley de Protección de la Privacidad Infantil en Línea *(COPPA).* El personal de la agencia descubrió prácticas perturbadoras, incluidas la recopilación y la exposición, la ubicación y otros datos confidenciales de los niños pequeños. En nuestra opinión, estas prácticas reflejan la voluntad de la empresa de perseguir el crecimiento incluso a expensas de poner en peligro a los niños. La agencia aseguró una sanción civil sin precedentes y la eliminación de los datos mal habidos como otros remedios para detener esta conducta atroz. Esta es una gran victoria en la lucha por proteger la privacidad de los niños.

Esta declaración conjunta precisa cómo algunas corporaciones privadas de proveedores de servicios tienen como fin principal su lucro personal y corporativo. En los casos relatados sucintamente, la gestión de los demandados giró alrededor de los fundamentos de 'costo-efectivo' y posibles 'daños colaterales'. Lo anterior, entraña la maquinación mental que justifica el posible daño con su beneficio. Esto ha llevado a muchas de estas empresas a cosificar a cada usuario al visualizarlo como producto esencial de inversión en toda la logística de su mercadotecnia y su crecimiento económico, sin importarles si el usuario en cuestión es un niño o una niña de muy corta edad.

[565] United States of America (en representación de la Federal Trade Commission) v. Musical.ly, Corporation; and Musical.ly, Inc., Civil Núm 172 3004, Distrito Central de California, radicado el 27 de febrero de 2019.

Es de especial trascendencia señalar que *COPPA* ha podido despejar algunas turbulencias del camino virtual borrascoso para los menores de edad, menores de trece años. No obstante, huelga aclarar que las regulaciones discutidas, no evitan que cierta información sea tratada sin que el usuario adulto o menor de edad se percate de que su información o datos están siendo recopilados. De hecho, este riesgo aumentó cuando se promulgó la *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act* (CISPA). Esta ley es una regulación federal que fue promulgada con el objetivo de hacer más eficiente la ciberseguridad norteamericana y diseñar un sistema que permitiría que empresas de tecnología y manufactura le proveyeran información y datos de sus clientes al gobierno y a diversas agencias gubernamentales.

De lo dicho hasta aquí, se puede concluir que España y la Unión Europea han avanzado en el desarrollo de salvaguardas y mecanismos cautelares del tratamiento de los datos e información que se manejan con el uso de la tecnología, al reconocer el derecho de la protección de datos e información de carácter personal como un derecho constitucional autónomo e implantar leyes y reglamentos en vías de identificar nuevas salvaguardas. Mientras que a Puerto Rico, Estados Unidos y la Organización para los Estados Americanos a la cual pertenece Estados Unidos[566] les falta detraer el derecho a la protección de datos e información de carácter personal del derecho a la intimidad. De la misma manera, se deberán consonar las disparidades de algunas leyes federales para que los principios que resguarde una ley, no los derrote otra, como en el caso de la Ley *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)* versus *la Communications Assistance for Law Enforcement Act (CALEA)* y la Children's Protection Privacy Act*,* según enmendada, versus la *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act.*

Igualmente, se desprende que varios esfuerzos legislativos se han realizado en las diversas jurisdicciones con la pretensión de prevenir futuras controversias en torno a la protección de datos e información personal. Sin embargo, ninguna legislación va a ser más proactiva, poderosa y contundente que el producto del ejercicio asertivo de 'la autodeterminación de la información' por parte de cada usuario. No obstante, se redunda en que esta autodeterminación deberá fomentarse en el buen juicio y en el conocimiento y la madurez suficiente para discernir lo que será beneficioso o no exteriorizar en la red

[566] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Acerca de la OEA: Quiénes somos,* http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp (última visita 9 de julio de 2020).

informática. Obviamente, este derecho a la autodeterminación de la información realizada por cada usuario estará determinada por su microcosmo social y valorativo. No obstante, en el caso de los menores de edad se les deberá educar dejándoles saber que lo que se difunde en la web se perpetúa porque la técnica de la fotografía, el *screenshot* o 'pantallada' lo viabilizan. Asimismo, se le deberá orientar al menor de edad sobre el impedimento que tienen otras personas de difundir cualesquiera fotografías suyas sin su consentimiento o el de sus progenitores o tutores. De ser un niño o una niña de trece años o más de edad, podrá exigirle por sí mismo que elimine sus fotografías. Si por otra parte, es un menor de doce años o menos, el progenitor o tutor serán los llamados a realizar dicha gestión de resguardo del derecho de la personalidad del menor de edad que se tiene a cargo.

Paralelamente, se debe advertir que antes de que un progenitor o tutor difunda información o imágenes de un menor de edad a cargo por diversión o simple exposición, deberá preguntarse si este derecho de autodeterminación es subrogable por su simple reconocimiento de representación legal. Se puede afirmar que este reconocimiento no legitima la subrogación de un derecho que es personalísimo. A fin de cuentas, el progenitor o tutor sabe o deberá saber que el ejercicio de la representación legal en todo lo concerniente a las tecnologías informáticas deviene como fin primordial al mejor interés del menor.

Por lo tanto, los derechos de la personalidad del menor de edad y su derecho a la protección de datos e información personal no pueden quedar a la mera discreción de los progenitores o tutores sin que exista una guía para un proceso decisorio circunspecto. Esto conllevará un tipo de 'escrutinio' o 'directriz' que acote la indeterminación y la amplia subjetividad que pueda impregnarse al acto para llegar a una decisión que salvaguarde dignamente al menor de edad. Por supuesto, la 'directriz' sugerida deberá considerar los dos planos imaginarios de subgrupos de menores de edad aludidos anteriormente.

Por consiguiente, en el plano imaginario correspondiente a los niños o niñas de trece años o más, en Puerto Rico o de catorce años o más, en España, en armonía con lo promulgado en la jurisdicción correspondiente, el progenitor o tutor deberá: 1. Realizar una introspección cuidadosa sobre la necesidad de diseminar información personal o la

imagen del menor a cargo antes de difundirla; 2. Sopesar si la pertinencia de la diseminación de información personal persigue el mejor interés del menor de edad como fin crucial y apremiante en su presente y en su futuro; 3. Solicitar el consentimiento al mismo menor de edad para dicha exposición en las redes sociales; 4. Nunca difundir los datos e información de carácter personal y la propia imagen de los menores de dieciséis años con la intención de 'monetizar' su participación, por entenderse que dicha conducta podría resultar en un tipo de explotación infantil.

Ahora bien, si el niño o la niña pertenecen al otro plano imaginario respectivo al menor de edad, menor de trece años, es muy probable que el 'escrutinio' o la 'directriz' que se establezca, gire en torno a la narrativa siguiente: 1. El progenitor o tutor realizará una introspección cuidadosa sobre la necesidad de diseminar información personal o la imagen del menor de edad a cargo antes de difundirla; 2. Cada vez que un progenitor o tutor pretenda exponer a un menor de edad en sus redes sociales, deberá cuestionarse si la información o imagen a develar persigue el mejor interés del menor de edad como fin crucial y apremiante en su presente y en su futuro; 3. El progenitor o tutor no expondrá información e imágenes del menor de edad en la 'esfera pública' de las redes sociales; 4. El progenitor o tutor nunca difundirá los datos e información de carácter personal y la propia imagen de los menores de dieciséis años con la intención de 'monetizar' su participación, por entenderse que dicha conducta podría resultar en un tipo de explotación infantil.

Este tipo de directrices están latentes en diversas leyes de los diferentes Ordenamientos jurídicos mencionados, pero no están incorporadas de manera integral como una guía valorativa que asista a los progenitores o tutores en la toma de decisiones referente a las tecnologías informáticas. Esto ocurre porque estos lineamientos entrañan una gran voluntad de ejecución de parte del legislador o de ulteriores decisiones vinculantes de los más altos foros judiciales. No obstante, es inaplazable enfrentar este desafío y delimitar las prerrogativas arrogadas arbitrariamente por muchos progenitores y tutores con relación a la difusión, a través de las redes sociales, de información personal del menor de edad del cual se es responsable.

Habida cuenta de lo propuesto, en todo lo vinculado a cualquier decisión relacionada al derecho a la protección de datos personales y a los derechos de la

personalidad de un menor de edad, la inflexión en las disquisiciones realizadas por los progenitores o tutores, deberá torcer invariablemente hacia el mejor interés superior o apremiante del menor a cargo. En esencia, durante este torcimiento se deberá asegurar que la contemporaneidad como la posterioridad de diversos momentos y etapas en el desarrollo de la vida del menor de edad, no se vean empañados por decisiones inoportunas, caprichosas e injustificadas tomadas por sus guardianes legales. En algunos casos, las determinaciones del tratamiento de datos e información personal por parte de los progenitores o tutores crean una 'identidad alterna digital' del menor de edad, dejando un rastro virtual tan dilatado y extenso que complica la posibilidad de una edición suficiente que descorra el velo hacia la autenticidad de su 'identidad real digital'.

CAPÍTULO IV.

LA TUTELA DE ALGUNOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR NO EMANCIPADO EN LA RED INFORMÁTICA

A. Generalidades de algunos derechos de la personalidad del menor afectados en la red informática

Los monitores de las computadoras proyectan una comunidad virtual albergada en la sociedad informática donde algunos menores de edad pueden ejercer una ciudadanía digital que le amplía su horizonte de oportunidades, pero que a su vez los expone a riesgos y peligros que atentan contra sus derechos fundamentales. No obstante, los regímenes jurídicos garantizan la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad que pueden ser vulnerados en los medios masivos de comunicación, como lo son: el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. La protección de los derechos de la personalidad del menor no emancipado en la red informática se implementa a través del Estado en su función de *parens patriae*, los progenitores y tutores en el ejercicio de sus deberes de educación y vigilancia vinculantes a la patria potestad y a la tutela, y las instituciones educativas en su misión de instrucción sobre medidas de seguridad en la red.

Los derechos de la personalidad son aquellos bienes que están imbricados en la persona misma, "en su mismo cuerpo (in bonis corporis)".[567] El preludio de la evolución de esta concepción postuló dos formulaciones básicas: una que comprendía un derecho general de la personalidad enmarcado en torno "a todos los derechos subjetivos especiales (públicos y privados, reales y personales)"[568] y otra que aludía a que estos derechos se caracterizaban porque el objeto de su contenido se refería a bienes propios valorativos de la esfera personal.[569] Sin embargo, la doctrina de las dos formulaciones fue descartada a partir de la publicación del Código Civil alemán (1900), al concebirse los derechos de la personalidad como aquellos derechos que afirmaban los valores de dignidad, invulnerabilidad y libre actuación del individuo, los cuales debían gozar de protección

[567] Federico de Castro y Bravo, *Los llamados derechos de la personalidad,* Tomo XII, Fascículo IV, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL 1241 (1958).
[568] *Id.* en la pág. 1252.
[569] *Id.*

jurídica.[570] DE CASTRO Y BRAVO afirma que "[a]l abandonarse el concepto de derecho general de la personalidad quedan independizados los derechos de la personalidad y el objeto de éstos no será ya la persona sino una cualidad de la propia persona".[571] Esta nueva demarcación consigna una nueva política de entendimiento sobre los derechos de la personalidad, proyectándolos y reconociéndolos como derechos fundamentales referentes a "los atributos, cualidades, intereses y facultades personales".[572] Estos derechos son inherentes a la persona misma, a sus "modos de ser, físicos o morales".[573]

CASTÁN TOBEÑAS advierte sobre la polémica existente en torno a la denominación y naturaleza de los derechos de la personalidad, aludiendo a las discrepancias doctrinales reflejadas en las terminologías adaptadas por diversos tratadistas, los cuales denominan a estos derechos como: "derechos de la persona", "derechos individuales", "derechos personalísimos" y "derechos esenciales o fundamentales".[574] Sin embargo, la denominación que ha trascendido y prevalecido ha sido la de derechos de la personalidad,[575] reconociéndolos como derechos fundamentales.

GARCÍA RUBIO ha suscitado la cuestión, arguyendo lo siguiente:

> Cuando los civilistas hablamos de derechos o bienes de la personalidad nos referimos a la tutela civil de la personalidad, que también goza de tutela constitucional, penal y administrativa, y que en los ordenamientos jurídicos modernos está, con mayor que menor alcance, embebida en la teoría de los derechos fundamentales.[576]

La Constitución española de 1978 es la primera de su nación que incorpora expresamente el concepto de derecho fundamental para designar un ámbito de protección

---

[570] *Id.* en la pág. 1253. *Véase* JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, DISCURSOS LEÍDOS ANTE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EN LA RECEPCIÓN PÚBLICA DEL EXCMO. DON JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO 40 (1976).
[571] De Castro y Bravo, *supra* nota 567, en la pág. 1254.
[572] *Id.*
[573] ADRIANO DE CUPIS, I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ 23 (1950), citado por Castán Tobeñas, José, Los derechos de la personalidad, XXIV Rev. Gen. Legis. Jurisprud. 8 (1952). JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, DISCURSOS LEÍDOS ANTE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EN LA RECEPCIÓN PÚBLICA DEL EXCMO. DON JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO 73 (1976).
[574] Castán Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad*, XXIV REV. GEN. LEGIS. JURISPRUD. 14 (1952).
[575] *Id.*
[576] María P. García Rubio, *La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad,* en GLOSAS SOBRE FEDERICO DE CASTRO 242 (Luis Díez-Picazo, dir., 2015).

a la persona.[577] Es de esta manera que a su Título Primero se le denomina "De los derechos y deberes fundamentales". Este título anticipa lo expuesto en el artículo 10.1, el cual establece que "[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social." La Constitución española subraya la inherencia de derechos al propio concepto de persona.[578] Esto quiere decir que los valores reconocidos en esta cláusula están imbricados a los derechos de la personalidad porque, al lesionarse cualesquiera de ellos, se vulnera la dignidad del individuo y su pleno desarrollo.

Las matizaciones interpretativas de estos derechos fundamentales estarán vinculadas y determinadas por lo provisto en el artículo 10.2 de la Constitución española, el cual establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce "se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España".[579]

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha dispuesto sobre el alcance del artículo 10.2 de la Constitución española, lo siguiente:

> Lo que ciertamente desbordaría el alcance del art. 10.2 CE, pues tanto los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite este precepto constitucional como el Derecho comunitario derivado no poseen

[577] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 340.
[578] CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA, *supra* nota 211, en la pág. 162.
[579] Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir que ocurrieran "atrocidades" similares a las sucedidas en ese conflicto. Algunos líderes mundiales decidieron redactar la Carta de la Naciones Unidas para garantizar los derechos de las personas de la comunidad internacional. Este documento pasaría a ser más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos. El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de cincuenta Estados Miembros participaron en la redacción final. En su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General reunida en París aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ocho naciones se abstuvieron de votar, pero ninguna votó en contra. La Declaración supone el primer reconocimiento internacional de los derechos fundamentales como inherentes e inalienables a todos los seres humanos. *Véase* la página web de las NACIONES UNIDAS: http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml (consultado el 5 de julio de 2014). *Véase* ALFREDSSON GUDMUNDUR & ASBJØRN EIDE, THE UNIVERSAL DECLARATIONS OF HUMANS RIGHTS: A COMMON STANDARD OF ACHIEVEMENT (1999). Otros documentos que respondieron también a la gran preocupación sobre el tema de los derechos humanos y de la personalidad los son: el Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York de 19 de diciembre de 1966.

> rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, como hemos declarado con tanta reiteración en nuestra jurisprudencia que excusa su cita. Aunque también hemos declarado reiteradamente que sus disposiciones, a tenor del citado Art. 10.2 CE, sí constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce […].[580]

En esta misma línea, se debe advertir que el Tribunal Constitucional español ha trazado el alcance del artículo 10.2, reconociéndole a los Tratados y Convenios como imperativos referentes interpretativos al esbozar lo siguiente:

> No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.[581]

Teniendo al tanto su justo límite interpretativo, no es ocioso decantar que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la protección de la dignidad del ser humano y de los derechos de la personalidad en varios de sus artículos,[582] como por ejemplo en su artículo 1, el cual dispone lo siguiente: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Este precepto queda amparado por el artículo 8 que contempla el derecho a incoar un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos

---

[580] STC de 30 noviembre de 2000, FJ 3 (RTC 2000/292); STC de 4 de mayo de 1998, FJ 4 (RTC 1998/94); STC de 9 de mayo de 1994, FJ 8 (RTC 1994/143).

[581] STC de 14 de febrero de 1991, FJ 5 (RTC 1991/36).

[582] Otros artículos relacionados al presente estudio lo son el artículo 19, el cual dispone que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Además, véase el artículo 26.2, el cual señala que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Por su parte, el artículo 29.2 establece lo siguiente:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

por la Constitución o por la Ley. De la misma forma, en su artículo 12, reitera el gran interés de protección de los derechos de la personalidad al proclamar que:

> Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Asimismo, los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, reafirmaron su profunda adhesión a las libertades fundamentales y decidieron asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, redactando el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En este Convenio, se declara en el artículo 8 que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Convergiendo con las políticas de amparo de los valores reconocidos antes mencionados, la Constitución Española desplegó protecciones a los derechos de la personalidad en su artículo 18.1, el cual resguarda los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, reiterándolas en el artículo 18.4, el cual impone límites en "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". Afianzando estos derechos inherentes a la personalidad y a la dignidad humana, la Constitución española acentuó su interés de protección en su artículo 20.4, estableciéndole unos lindes al derecho a la información y al derecho a la libertad de expresión, entre otros, al promulgar lo siguiente:

> Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

De una forma más discreta, la Constitución de Puerto Rico, en su Carta de Derechos, artículo II, sección 1, le reconoce algunos derechos fundamentales al individuo, tales como el de igualdad y el de inviolabilidad a su dignidad. La cláusula lee como sigue:

> La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana.[583]

En conjunción con esta disposición, la sección 4 del mismo artículo alude a la reparación de agravios, expresando que "[n]o se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y *a pedir al gobierno la reparación de agravios*".[584] Si se revisa la semántica del concepto agravios, se notará que subyacen los conceptos de dignidad u honra. Igualmente, se reiteró la protección al honor y se consagró el derecho a la intimidad en el artículo II, sección 8, al proclamar que "[t]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar".

Se debe advertir que mientras la Constitución española hace referencia en su artículo 18.1 a que se garantiza el derecho al honor sin señalar graduaciones en la intensidad del vejamen, la Constitución de Puerto Rico en su artículo II, sección 8, se refiere a la protección contra ataques *abusivos* a la honra. Es de sospechar que el constituyente no se percató de que el término *abusivo* establecía un grado de sobrepasar ciertos límites y no necesariamente la acepción de que cualquier ataque a la honra tendría una garantía de protección por mínima que pudiera calificarse.

Entretanto la Constitución española y la Constitución puertorriqueña aluden explícitamente a los conceptos de honor o dignidad humana, la Carta de Derechos de la Constitución de Estados Unidos de América no hace alusión alguna a dichos valores. Esta omisión fue atendida por la Corte Suprema estadounidense en los casos *Griswold v. Connecticut* y *Duncan v. Louisiana,*,[585] al establecer que los derechos fundamentales del

---

[583] CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO, art. II, § 1. Dejando al margen del análisis, la discriminación acometida por los constituyentes al usar el término no inclusivo, "hombres", no debe pasarse por alto sin señalar.

[584] CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO, art. II, § 4 (énfasis suplido).

[585] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 509 (1965). Este caso declaró inconstitucional una ley que prohibía el uso de contraceptivos. La Corte Suprema de los Estados Unidos, a través del Juez William O. Douglas, quien escribió la opinión mayoritaria de una decisión siete a dos, esgrimió que el derecho a la privacidad era un derecho fundamental que estaba en las penumbras de la Carta de Derechos. Esta no es la primera vez que el Juez Douglas expone la teoría de la penumbra, como se le ha denominado, ya que, en 1958, en su libro *The Right of People,* esbozó lo siguiente: "The penumbra of the Bill of Rights reflects human rights which, though not explicit, are implied from the very nature of man as a child of God." WILLIAM O. DOUGLAS, THE RIGHT OF PEOPLE 89 (1958). Posteriormente, el Juez Douglas en el

ciudadano están reconocidos e incluidos implícitamente en la Enmienda XIV de la Carta de Derechos de la Constitución federal, cuando ésta dispone que un estado no privará a persona alguna de su derecho a la vida, a la libertad o a la propiedad sin un debido proceso de ley.[586] Sería una grave incomprensión no recalcar en este punto que Puerto Rico es una colonia, por lo que *de jure* no le hubiese aplicado la Enmienda XIV. Sin embargo, esta controversia se dirimió antes de que se resolvieran los casos de *Griswold v. Connecticut* y *Duncan v. Louisiana,* cuando el Tribunal Supremo federal, a través del dictamen de una serie de casos denominados como los 'casos insulares', le concedió a Puerto Rico los mismos derechos fundamentales que al amparo de la Enmienda XIV se le reconocieran a los ciudadanos de los estados norteamericanos.[587]

Consecuentemente, la Constitución de Puerto Rico, en su artículo II, sección 19, establece la posibilidad del reconocimiento de derechos implícitos al establecer lo siguiente:

> La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.[588]

El reconocimiento de derechos implícitos y la aseveración sobre la posibilidad de la inclusión de otros derechos fundamentales coincidieron con las políticas democráticas esbozadas en los documentos y las Constituciones[589] que inspiraron a la Constitución de

---

caso *Poe v. Ullman* reiteró su posición en su opinión disidente, expresando que el derecho a la privacidad emanaba de la totalidad del sistema constitucional al amparo del cual vivían. Poe v. Ullman; 367 U.S. 497, 521 (1961). En el caso de *Duncan v. Louisiana*, se determinó que, dado que el juicio por jurado en los casos penales era fundamental para el sistema de justicia estadounidense, la Decimocuarta Enmienda garantizaba este derecho en las cortes federales como uno fundamental. Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 158 (1968).

[586] *Véanse* Downes v. Bidwell , 182 U.S. 244 (1901) y Balzac v. Porto Rico, 258 U.S. 298 (1922).

[587] JOSÉ TRÍAS MONGE, PUERTO RICO: THE TRIALS OF THE OLDEST COLONY IN THE WORLD 36-50 (1999). *Véase* JUAN R. TORRUELLA, THE SUPREME COURT AND PUERTO RICO: THE DOCTRINE OF SEPARATE AND UNEQUAL (1988).

[588] CONSTITUCIÓN DE PUERTO RICO, art. II, § 19.

[589] La formulación de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico tuvo influencias de varios documentos constitucionales de la Época Moderna e incorporó conceptos que surgieron de la Revolución francesa (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano), de la Constitución de los Estados Unidos de 1789, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada en 1948, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de los Estados Americanos de 1948, también conocida como la Carta de Bogotá, entre otros. Opúsculo del Cincuentenario de la Carta de Derechos de Puerto Rico. COMISIÓN DE DERECHOS CIVILES DE PUERTO RICO,

Puerto Rico. Además, el ánimo reformista y la franca vocación liberal de los constituyentes de esa época caracterizaron los criterios de las libertades y derechos que se consignarían como valores exigibles. No obstante, se reconoce que los derechos fundamentales conferidos por la Constitución federal son sólo el mínimo de protección que hay que reconocer al amparo de la Constitución de Puerto Rico. Esto quiere decir que, con la Carta de Derechos puertorriqueña, se puede ser más extensivo en la defensa de los derechos constitucionales.[590] Así lo recalcó el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Empresas Puertorriqueñas v. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos,*[591] al señalar que las interpretaciones que hace la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el contenido de los derechos fundamentales conferidos por la Constitución de Estados Unidos solamente constituyen el mínimo de protección que se tiene que reconocer al amparo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Los preceptos y premisas esbozadas en las diversas jurisdicciones reseñadas adscriben y otorgan los mismos derechos fundamentales a cada persona, sin exceptuar por categorías de condiciones de madurez, ni de edades específicas vislumbradas. Es por tal motivo que los menores de edad ostentan la legitimidad de la protección de estos valores con la misma intensidad que los adultos, aunque el ejercicio y disfrute de las libertades imbricadas, en ocasiones, se vea limitada.

Este planteamiento quedó subsanado con la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Como se mencionara en el Capítulo I de esta Tesis, éste es el primer instrumento internacional vinculante que protege exclusivamente a los menores de edad, realzándole el reconocimiento de una gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, le reconoce el derecho a la intimidad a los menores de edad al advertir que "[n]ingún 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". Si se realiza un

http://www.derechoscivilespr.org (consultado el 9 de julio de 2019). *Véase* E.L.A. v. Hermandad de Empleados Telefónicos, 104 D.P.R. 436, 440 (1975).

[590] JOSÉ TRÍAS MONGE, HISTORIA CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO, 169, 170 (1980).

[591] Empresas Puertorriqueñas v. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos, 150 D.P.R. 924, 948 (2000).

recorrido a través de su articulado, se determinará que el reconocimiento de la dignidad del menor, matizada de diversas maneras, se alude y considera en ocho (8) instancias.[592] En el caso del Ordenamiento Jurídico español, esta protección especial toma preminencia con el artículo 39.4 de su Constitución al declarar que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".[593]

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, no aplica a Puerto Rico porque, como se señalara en el Capítulo I, la nación norteamericana no la ha ratificado, la Carta de Derechos de Puerto Rico evoca el principio de cuidados y protecciones especiales hacia los menores de edad en su artículo II, sección 20 al reconocer "el derecho de todo niño, a recibir cuidados y ayudas especiales".[594] Esta óptica constitucional sobre las protecciones especiales a los menores de edad arrecia cuando están involucrados sus derechos de la personalidad. En este aspecto, existe una tangencia marcada entre el Ordenamiento Jurídico español y el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, al concebir y tratar los derechos de la personalidad como derechos fundamentales.[595]

Los derechos de la personalidad se consideran derechos innatos y esenciales a la persona desde el nacimiento, sin formalidad ni requisito adicional alguno. Son derechos subjetivos fundamentalmente privados, aunque algunos de estos derechos pueden tener elementos de la esfera pública. Éstos son oponibles *erga omnes* y, aunque son derechos "extra-patrimoniales", la lesión de los mismos es indemnizable patrimonialmente.[596]

El ejercicio de estos derechos es siempre personalísimo y de ello se desprende una limitación de su ejercicio por medio de representante, tanto legal como voluntario. Un ejemplo de esta limitación se desprende del artículo 162.1 del Código Civil español, el cual señala que los progenitores que ostenten la patria potestad tienen la representación

---

[592] Se utiliza la palabra *dignidad* en tres ocasiones en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y se repite en los artículos 23, 28, 37, 39 y 40.
[593] CONST. ESP., art. 39.4.
[594] CONST. PR, art. II, § 20.
[595] La Corte Suprema de los Estados Unidos definió el concepto de derecho fundamental como aquel derecho que está reconocido expresa o implícitamente en la Constitución. San Antonio School District et al. v. Rodríguez et. al., 411 U.S. 1, 100, 101 (1973). Esta definición ha sido adoptada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico; Rodríguez v. Departamento de Servicios Sociales, 132 D.P.R. 617, 633 (1993); Sein v. Torres, 109 D.P.R. 804, 817 (1980).
[596] EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, DERECHO CIVIL DE PUERTO RICO 566 (1972).

legal de sus hijos menores no emancipados, pero que se exceptúan de esa representación "los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Aunque, este mismo artículo le reconoce cierta intervención a los progenitores "en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia".[597]

Por el contrario, el Código Civil puertorriqueño no exceptúa a los progenitores o tutores de la representación de los derechos de la personalidad del menor. De hecho, en la Ley Núm. 289 de 1 de septiembre de 2000, Ley de la Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad,[598] el legislador señala en el artículo 2 que constituye política pública del Gobierno de Puerto Rico la defensa y garantía de la dignidad y los derechos de las personas menores de edad. En ese mismo artículo, aduce que el Estado reconoce que son el padre, madre o tutor "los responsables primarios del control", supervisión y orientación de la persona menor de edad, pero no aborda el tema de la representación de los derechos de la personalidad del menor. Por consiguiente, la vaguedad de la frase "los responsables primarios del control" en el artículo en el que se aluden la defensa y garantía de la dignidad y los derechos de los menores hace que surja la interrogante de hasta dónde se extiende el derecho de representación de los progenitores y tutores y si éstos pueden tener alguna injerencia con relación a los derechos de la personalidad del menor, más allá de tutelarlos.

Otra divergencia entre ambos aparatos legales es la valoración atribuida al derecho a la propia imagen. Mientras la Constitución española elevó a rango constitucional al derecho que tiene cada persona sobre su imagen, el andamiaje jurídico puertorriqueño lo ha considerado a través de las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo, el cual lo ha reconocido como secuela del derecho a la intimidad. Al igual que los Tribunales españoles hicieron en el pasado al afrontar la carencia de una Constitución que reconociera estos derechos de la personalidad, la Rama Judicial puertorriqueña aplicó las normas derivadas del derecho general de la responsabilidad extracontractual que emanaba del artículo 1802 del derogado Código Civil puertorriqueño para reparar los agravios causados. [599] Se debe hacer la salvedad de que con la vigencia del nuevo Código

[597] CÓD. CIV. ESP. art. 162.1
[598] 1 LPRA § 424 (2012).
[599] 31 LPRA § 5141 (1930, 1956).

Civil puertorriqueño de 2020[600], el artículo 1536 sustituye al artículo 1802.

Sin embargo, la radicación de un sinnúmero de causas de acciones por violaciones al uso de imágenes no autorizadas por parte de entes comerciales propició que el legislador puertorriqueño promulgara una ley que protegiera la propia imagen de una persona para usos lucrativos, si ésta no había consentido en su uso. Es así como surge la Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, Ley del Derecho sobre la Propia Imagen.[601]

El sucinto recorrido a través de las legislaciones reseñadas obligan a precisar que los Ordenamientos Jurídicos español, puertorriqueño y norteamericano "reconocen los valores esenciales del ser humano y su condición jurídica de persona. Al hilo de diversas concepciones, habrá diferencias a la hora de contemplar las concreciones de esos valores o derechos abstractos".[602] A este respecto, el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 127/2003, de 30 de junio,[603] ha señalado que:

> [E]l derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación por ser derechos de la personalidad derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, son derechos autónomos que tienen un contenido propio y específico.[604] Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, que al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno, no conlleva necesariamente la vulneración de los demás.[605]

Este carácter autónomo de los derechos del artículo 18.1 de la Constitución española supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de

---

[600] CÓD. CIV. PR art. 1536 (2020). El nuevo Código de Puerto Rico (2020) incluyó el artículo 74 denominado "Goce de los derechos esenciales". En este artículo se señala que los derechos esenciales son aquellos derechos que emanan de la personalidad de cada individuo y que, respecto a ellos, se pueden reclamar "respeto y protección" frente al Estado "y las demás personas naturales y jurídicas". Asimismo, se establece que "[s]on derechos esenciales de la personalidad, la dignidad y el honor, la libertad de pensamiento, conciencia o religión, de acción, la intimidad, la inviolabilidad de la morada, la integridad física y moral, la creación intelectual". Estos derechos esenciales tendrán como únicas limitaciones a las impuestas por la Constitución, este Código y las leyes.
CÓD. CIV. PR art. 74 (2020).

[601] 2011 L.P.R. 139, Exposición de Motivos; 32 LPRA § 3151 *et seq.* (2012). Annabelle Gutarra Cordero, *supra* nota 115, en la pág. 61.

[602] *Id.* en la pág. 59; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DERECHO DE LA PERSONA 196 (1976).

[603] STC de 30 de junio de 2003, FJ 6b (RTC 2003/127).

[604] *Véase* STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81); STC de 2 de julio de 2001, FJ 3 (RTC 2001/156).

[605] STC de 2 de julio 2001, FJ 3 (RTC 2001/156); STC de 28 de enero de 2003, FJ 4 (RTC 2003/14).

derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales. Lo específico de cada uno de sus componentes impide considerar albergadas en alguno de ellos a las vulneraciones que puedan ocasionarse de los otros derechos.[606] Se debe advertir que, en vista de esas diferencias, el Tribunal Constitucional español, el Tribunal Supremo de Puerto Rico y la Corte Suprema de Estados Unidos han expedido numerosísimas sentencias en materia de los derechos de la personalidad a los cuales se hará referencia. Sin embargo, sólo se considerarán aquellas sentencias más influyentes y puntuales referentes a los objetivos de esta investigación.

B. Peculiaridades del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores

1. El derecho al honor

La red informática provee espacios públicos globalizados que sirven de escenarios para que algunos menores de edad lleven a cabo actividades enmarcadas en intereses variados como la recreación, la educación y la socialización. Esta oportunidad de la comunicación en línea en su justo límite le explana un marco referencial invaluable que podría ser de gran beneficio en el desarrollo de su personalidad. Sin embargo, la cotidianidad del uso de estos espacios cibernéticos y la costumbre a la exposición podrían propender el desgaste de la reflexión y las medidas preventivas de seguridad. La exposición de los menores de edad figurando como factores simultáneos de emisores y receptores de la comunicación instantánea genera la posibilidad de que encarnen el rol de víctimas o victimarios en una situación vejatoria. La falta de madurez que ostentan algunos menores de edad coadyuva a la ocurrencia del uso de frases, imágenes, "emojis", "memes" y "gifs" de manera indiscriminada y sin prevención alguna de posibles daños. Algunos menores de edad no identifican los niveles de significación de los mensajes que escriben en la red. Muchas veces, la connotación del agravio a la dignidad humana trasciende la mera denotación de un mensaje aparentemente inofensivo. Es así como en la sociedad informática algunos menores de edad, advertida o inadvertidamente, atentan contra el honor de otras personas y contra *el suyo propio*.

[606] STC de 2 de julio 2001, FJ 3 (RTC 2001/156).

Las afirmaciones anteriores traslucen la necesidad vital de insuflar al menor con el respeto hacia su derecho al honor como una protección intrínseca de su autoestima y de su identidad personal, social y cultural; considerando que esta valoración está sujeta al lugar, momento histórico y al ambiente social en el que cada individuo se desarrolla y germina. La trascendencia de la calificación del momento histórico-social queda reflejada desde tiempos remotos con la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la cual el Tribunal Supremo español examinó una reclamación por los alegados daños morales causados a una menor de quince años de edad, cuya honra y honor fueron agraviados. Los hechos que consideró el Tribunal Supremo español giraban en torno a un titular publicado en la primera página del periódico *El Liberal* de Madrid, el cual decía: "Fraile, raptor y suicida". La noticia alegaba que el fraile Fulgencio Novelda se había fugado con una menor de quince años y que al ser sorprendidos por "el tío de ésta, el fraile se suicidó y ella fue devuelta al seno de la familia".[607] Días después, el periódico realizó una rectificación en la que alegaba que la noticia había sido una falsedad. El padre de la menor, en representación de su hija, demandó al periódico *El Liberal,* reclamando "una indemnización de 150.000 pesetas para reparar el daño infligido al honor de una doncella, por culpa o negligencia civil".[608]

El Tribunal Supremo determinó que procedía el resarcimiento por los daños morales, acentuando ciertas valoraciones sobre género y clase social, las cuales hoy día no serían consideradas por entenderse discriminatorias. El Tribunal Supremo español realizó dichas valoraciones de la manera siguiente:

> [L]a honra, el honor y fama constituyen *bienes sociales* cuyo daño en especial para la mujer, es uno de los más graves en cuanto significa total expoliación de la dignidad personal, familiar y social de quien es acreedora a la estimación pública. […] siendo indudable que la honra y el decoro personales, son cosas que están por encima del comercio humano y que sólo quien los pierde puede apreciar en todo su valor, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial atendiendo las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social.[609]

[607] STS de 6 de diciembre de 1912, Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, Núm. 95 (Caso conocido popularmente como el caso de Fulgencio Novelda).
[608] *Id.*
[609] *Id.*

La doctrina de la correspondencia del agravio con el contexto histórico-social fue reiterada y aquilatada por el Tribunal Constitucional español en la STC 185/1989, de 13 de noviembre de 1989. En esta ocasión, el más alto foro examinó el derecho al honor, tanto en la esfera penal como en la esfera civil, y enfatizó tal valoración al replicar lo siguiente:

> El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión.[610]

Ahora bien, la doctrina sobre la valoración de la estimación del individuo por la sociedad en la que vive no descarta la consideración de que el honor tiene también una vertiente íntima y personal. Esta vertiente íntima y personal consiste en la propia estima que la persona tiene sobre su dignidad y que lo hace adaptar su vida, sus conductas y actuaciones a un patrón moral que la sociedad construye como honesto y honrado.[611] Esta estima personal la tiene cada individuo imbricada a su dignidad.[612] La homología existente entre el derecho al honor y el valor de la dignidad humana queda plasmada en la STC 208/2013, de 16 de diciembre de 2013, en la cual el Tribunal Constitucional español la destaca, expresando lo siguiente:

> [L]a especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor[…] Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás.[613]

---

[610] STC de 13 de noviembre de 1989, FJ 4 (RTC 1989/185).
[611] LUIS DÍEZ-PICAZO & ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 355. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, PARTE GENERAL Y DERECHO DE LA PERSONA, *supra* nota 211, en la pág. 169.
[612] A este respecto, el profesor VÁZQUEZ BOTE conceptualizó a la "propia dignidad" como un "sentimiento" inseparable de la persona misma; EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, DERECHO CIVIL DE PUERTO RICO, *supra* nota 596, en la pág. 574.
[613] STC de 16 de diciembre de 2013, FJ 3 (RTC 2013/208).

Asimismo, el Tribunal Supremo en la Sentencia 761/2008, de 22 de julio de 2008, subrayó el vínculo ineludible entre el derecho al honor y la dignidad humana y categorizó el derecho al honor como un derecho de la personalidad que irradia autonomía propia. Esta concreción quedó esbozada de la siguiente forma:

> El artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones concretas de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 del mismo texto constitucional. De él ha señalado la doctrina que se trata de un derecho de la personalidad autónomo, derivado de la dignidad humana (entendida como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona), y dirigido a preservar tanto el honor en sentido objetivo, de valoración social - trascendencia-, (entendido entonces como fama o reputación social), como el honor en sentido subjetivo, de dimensión individual -inmanencia-, (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo) evitando cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya según la ley una intromisión ilegítima.[614]

Además de concretar el derecho al honor, estas expresiones presentan el tema del honor bajo la óptica de dos aspectos conexos como lo son la inmanencia y la trascendencia. La inmanencia está representada por la percepción que posee cada persona de sí mismo (el yo percibido desde el yo) y la trascendencia por la valoración que los demás realizan de la persona (el yo percibido desde el otro o los otros). Este sincretismo entre ambos aspectos, la inmanencia y la trascendencia, singularizan y caracterizan al derecho al honor como valor y derecho autónomo.

La defensa del derecho al honor está reconocida tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal. La defensa del derecho al honor en el ámbito civil se centra en valorar el daño moral causado, considerando que la lesión al honor podría producir daños económicos.[615] Esto ocurre, por ejemplo, cuando se desprestigia profesionalmente y/o comercialmente a una persona, ya que el artículo 18.1 CE puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto "una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública".[616] De su parte, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal

[614] STS de 22 de julio de 2008, FJ 4 (RJ 2008/4494). *Véase* STC de 25 de octubre de 1999 (RTC 1999/187).
[615] RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *supra* nota 602, en la pág. 206.
[616] STC de 27 de noviembre de 2000, FJ 3 (RTC 2000/282).

y Familiar, y a la Propia Imagen (en adelante LO 1/1982), establece en su artículo 7.3 que "tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo" de la ley: "[l]a divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo". Por otro lado, el artículo 1.3 de la LO 1/1982 dispone que estos derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Además, en su artículo 3.1, aduce 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",[617] y que, en los restantes casos (artículo 3.2), 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".[618] Es oportuno mencionar que el artículo 3.2 tiene visos de contradicción con el artículo 1.3 de la LO 1/1982 y al artículo 162.1 del Código Civil español, los cuales exceptúan a los progenitores del menor de representarlos en los actos relativos a los derechos de la personalidad, en la medida en que no se especifica que los menores de edad podrán ejercitar por sí mismos los actos relativos a los derechos de la personalidad, si gozan de madurez suficiente.

Por su parte, los menores de edad, por ser una población a la cual se le han reconocido las mayores protecciones con respecto al honor, cuentan con otra salvaguarda a las antes mencionadas, como lo es el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LO 1/1996), en la cual se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

Ahora bien, los derechos de la personalidad entrañan un doble interés: de una parte, está el interés personal y, de otra, está el interés público, por lo que el ordenamiento

[617] Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen (RCL 1982, 1197) (España).
[618] *Id.*

jurídico considera a esos valores merecedores de diversas formas de tutela.[619] Es por tal motivo que el derecho al honor tiene una protección en el ámbito civil y otra en el ámbito penal. En España, se consideran delitos contra el honor a aquellas acciones consistentes en calumniar o en injuriar a alguien. El artículo 205 del Código Penal español tipifica como delito a la acción de calumniar y establece que una calumnia es "la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad". Asimismo, el artículo 206 proscribe que "[l]as calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses".[620] Ésta se reputará hecha con publicidad cuando se propague por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.[621] Sin embargo, el acusado de este delito estará exento de toda pena si prueba que la persona que alegó haber sido calumniada cometió el hecho imputado.

De la misma forma, el artículo 208 del Código Penal español tipifica la acción de injuriar como delito y establece que una injuria es la acción o expresión que lesionan la *dignidad* de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En este mismo artículo, se hace la salvedad de que solamente serán constitutivas de delito aquellas injurias que por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas por graves en el concepto público y que las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.[622] Además, establece que las injurias graves realizadas con publicidad se castigarán con la pena de seis a catorce meses y, en los casos que no intervenga publicidad, con la pena de tres a siete meses. El acusado de este delito estará exento de responsabilidad, probando la veracidad de sus imputaciones.[623]

[619] ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR DE EDAD 47 (2006).
[620] CÓD. PEN. ESP. art. 206.
[621] *Id.* art. 211.
[622] *Id.* art. 208.
[623] *Id.* art. 210.

Por su parte, el artículo 212 aduce que, si estos delitos se reputaran hechos con publicidad, "será responsable civil y solidariamente la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o la injuria".[624] La acción del reconocimiento de la falsedad o falta de certeza de la veracidad de la información ante la autoridad judicial podría tener el efecto de que el Juez le impusiera una pena inferior en grado.[625]

A diferencia del Código Penal español, el Código Penal puertorriqueño no tipifica como delito a este tipo de conducta o acción. Sin embargo, en el 1902, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico promulgó la Ley de Libelo y Calumnia, de 19 de febrero de 1902 (derogada, 2020),[626] en la cual se conformaron los rasgos principales del *Common Law* anglosajón que gobernaba las reclamaciones relacionadas a la difamación en esa época.[627] Durante varios años, las reclamaciones relacionadas a degradar a una persona a través de falsedades se cobijaban al amparo de esta ley especial.

No fue hasta 1970 que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el caso *Cortés Portalatín v. Hau Colón*, determinó que la fuente principal contra injurias era la sección 8 del artículo II de la Constitución de Puerto Rico.[628] De esta manera, se reconoció que la acción por difamación surge de la protección del derecho al honor recogido en la Constitución de Puerto Rico. Al hilo de lo anterior, cabe señalar que, en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, todo lo relacionado al derecho a no ser difamado o calumniado debe atemperarse a las limitaciones que emergen de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.[629] El Tribunal Supremo federal restringe la potestad de los estados para regular la protección del derecho al honor.[630] A este respecto, hay que considerar que la Ley de Relaciones Federales de Puerto Rico establece

---

[624] *Id.* art. 212.
[625] *Id.* art. 214.
[626] 32 LPRA § 3141- § 3149 (1902) (derogada, 2020).
[627] Colón, Ramírez v. Televicentro de Puerto Rico, 175 DPR 690, 701 (2009); Gierbolini Rosa v. Banco Popular, 930 F. Supp. 712, 716 (1996); Villanueva v. Hernández Class, 128 DPR 618, 646 (1991).
[628] "Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar." CONST. PR, art. II, § 8. *Véase* Cortés Portalatín v. Hau Colón, 103 DPR 734, 737, 738 (1975); Colón, Ramírez v. Televicentro de Puerto Rico, 175 DPR. 690 (2009).
[629] *Id.* en la pág. 720.
[630] *Id. Cf.* La Corte Suprema de los Estados Unidos, al restringirle a los Estados la potestad para regular la protección del derecho al honor, le estableció una serie de requisitos, como, por ejemplo: el requisito de identificación específica. El Alto Foro federal expresó que este requisito tiene dimensión constitucional porque surge del derecho a la libertad de expresión reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964).

que el derecho a la libre expresión se respetará como si Puerto Rico fuese un estado federado de la unión norteamericana.[631] Sin embargo, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha adoptado un estándar basado en la negligencia cuando las personas demandantes son figuras privadas, mientras que, cuando son figuras públicas, los demandantes deberán probar que hubo 'malicia real', es decir, total menosprecio a la verdad.[632]

El Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó en el caso *Ojeda v. Vocero*[633] que la acción de daños y perjuicios por difamación o la acción para exigir responsabilidad civil por injuria, calumnia y libelo es una acción torticera genérica. Por lo tanto, el desarrollo de la doctrina vigente en torno al derecho sobre difamación demuestra que la ley especial se ha ido utilizando menos y cada día más se dirimían las causas de acción a través del artículo 1802 del derogado Código Civil de Puerto Rico.[634] Se reitera la salvedad de que con la vigencia del nuevo Código Civil puertorriqueño de 2020[635], el artículo 1536 sustituye al artículo 1802.

Cabe precisar que en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño no se concebía jurídicamente el valor dignidad humana como uno independiente. El derecho a la dignidad humana se manifestaba como uno consustancial o subsumido en otros derechos fundamentales, como al derecho a la intimidad, al derecho a la propia imagen o a la igual protección de las leyes. Quedaba en manos del juzgador impartirle autonomía a un derecho que está manifiesto en la Constitución de Puerto Rico y cuya concepción jurídica

---

[631] 64 Stat. 319 (1950); Sec. 7, 61 Stat. 772 (1947).

[632] Este estándar fue adoptado en Puerto Rico a raíz de la decisión federal, New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), en el caso Torres Silva v. El Mundo, 106 DPR 415 (1977). *Cf.* Gananciales v. López Cintrón, 116 DPR 112 (1985); Oliveras v. Paniagua Diez, 115 DPR 257 (1984); García Cruz v. El Mundo, 108 DPR. 174 (1978); Zequeira Blanco v. El Mundo, 106 DPR 432 (1977) y Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974). Ahora bien, la determinación de si una persona es considerada persona pública se realiza a base de los criterios siguientes:

> 1) especial prominencia en los asuntos de la sociedad; 2) capacidad para ejercer influencia y persuasión en la discusión de asuntos de interés público; y 3) participación activa en la discusión de controversias públicas especificas con el propósito de inclinar la balanza en la resolución de las cuestiones envueltas.*

* Torres Silva v. El Mundo, Inc., 106 DPR 415, 422 (1977); Garib Bazain v. Clavell, 135 DPR 475, 483 (1994).

[633] Ojeda v. Vocero, 137 DPR 315, 325 (1994).

[634] 31 LPRA § 5141 (1956).

[635] CÓD. CIV. PR art. 1536 (2020).

abarca no sólo las instancias que trastoquen los contornos de otros derechos relacionados, sino que implica el derecho soberano de la protección contra la ofensa, agravio y humillación al ser humano. Ahora bien, se podría denotar la autonomía de estos derechos, en el 'preceptivo' artículo 74 del nuevo Código Civil de Puerto Rico en el cual se establece que la dignidad, el honor y la intimidad, junto a otros derechos determinados, son derechos esenciales de la personalidad por los que se pueden reclamar "respeto y protección" frente al Estado "y las demás personas naturales y jurídicas".[636]

Además, en *Noriega v. Hernández Colón,* el Tribunal Supremo de Puerto Rico urdió la premisa de que no había nada más preciado para un individuo que su dignidad y su reputación. Esbozó además que si un individuo realizaba actos ilegales o inmorales que mancillaban su propia dignidad, éste estaría sujeto a las sanciones penales y civiles correspondientes. Sin embargo, si su dignidad se afectaba ilegalmente por el mero hecho de haber ejercitado sus derechos fundamentes, "su yo interno debe poseer un cauce adecuado para la reparación, por las faltas a su dignidad y a su honor. En el sistema democrático que convivimos le corresponde a los tribunales atender tales reclamos y diseñar remedios que propendan a aminorar el daño irreparable que el ciudadano ha sufrido […]".[637]

En el ágora virtual, el frenesí exhibicionista que facilita la tecnología informática invita a los ordenamientos jurídicos a replantearse las protecciones relacionadas al derecho al honor del individuo. La ubicuidad de las manifestaciones e imágenes que se perfilan en la red proponen la urgencia de que la Rama Judicial puertorriqueña comience a orientar y estimular la radicación de acciones al amparo del derecho constitucional que protege la dignidad humana. De otra manera, se estará ante el panorama inquietante que describe RAMOS GONZÁLEZ al afirmar lo siguiente:

> Cuando la nueva tecnología supere incluso el mundo "Orwelliano" que creíamos lejano e imaginario, cuando nos acostumbremos a su impacto en nuestras vidas, cuando la falta de intimidad sea normal, solo nos quedará como resguardo la dignidad inalienable. Si no comenzamos a cultivar esta dignidad en todos los ámbitos no va aflorar como valor ni como derecho independiente que pueda invocarse en los tribunales. El derecho de intimidad y la dignidad humana solo deben estar en función de

[636] CÓD. CIV. PR art. 74 (2020).
[637] Noriega v. Gobernador Rafael Hernández Colón, 122 DPR 650, 654 (1988).

> nuestra condición como miembros de la especie humana que es una sola. A ella pertenecemos y solo a ella nos debemos. Lo demás sería indigno.[638]

Desgraciadamente, cada vez más la red informática se postula como el imaginario ideal para la vigilancia masiva y para todo aquél que pretenda ser "omnipresente", se manifieste o se encubra detrás del monitor. La posibilidad del surgimiento de millones de espías, piratas, blasfemos, manipuladores y usurpadores de la identidad individual obliga a que los llamados a tutelar los derechos de la personalidad del menor de edad extiendan sus deberes de educación y vigilancia a esta especie de "mundo Orwelliano", priorizando el valor de la dignidad humana como un valor verdaderamente innegociable.

2. El derecho a la intimidad de los menores

a. Algunos atisbos sobre los cimientos del derecho a la intimidad: El *right of privacy*

Una Europa feudal disgregada propició el surgimiento de una clase burguesa que transitó las postrimerías de la Edad Media para asentarse en una Edad Moderna de intensos cambios políticos, económicos y sociales. Estos cambios afloraron enfoques y valoraciones diferentes hacia el individuo, su entorno y su vida familiar. Una visión en ciernes de la necesidad de cierto espacio personal comenzó a afirmarse a través de determinaciones judiciales como la realizada en el 1604, en el caso *Peter Semayne v. Richard Gresham,* por el célebre jurista inglés, Sir Edward Coke, al aducir que "la casa de cada cual es como su castillo y fortaleza, así como para su defensa contra las lesiones y la violencia como para su reposo".[639] Es innegable que expresiones como ésta fueron preparando la ruta hacia la aspiración de esa esfera privada que se expandiría con la Ilustración y la ascendencia de la clase burguesa como clase predominante. La Revolución francesa madurará el proceso de concreción del reconocimiento del derecho a la intimidad, limitándolo precisamente a la población masculina de la clase burguesa, en conexión con la reiteración de la exigencia de inviolabilidad de la propiedad como

[638] Carlos Ramos González, *La inviolabilidad de la dignidad humana: Lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de intimidad en el Derecho Constitucional puertorriqueño*, 45 REV. JUR. UIPR 185, 204 (2011).
[639] Peter Semayne v. Richard Gresham, 77 Eng. Rep. 194, 195 (1604).

valor de la intimidad.[640] DE HEREDIA Y CASTAÑO estima que con la Revolución francesa "se da el paso decisivo"[641] de la proclamación de la 'igualdad'[642] del individuo frente al Estado y frente a otros individuos[643] porque anterior a este momento, histórico, como ÁLVAREZ CARO destaca:

> [L]a intimidad era privilegio de unos pocos, de los señores feudales que poseían propiedades, vasallos, el dominio de la tierra y de los cultivadores de la tierra. La intimidad, pues, estaba considerada como una prolongación de la propiedad; o mejor dicho, la propiedad era una condición para acceder a la intimidad. Propiedad e intimidad han seguido juntas, durante mucho tiempo, y han tenido una estrecha relación.[644]

Los atisbos de reclamos y exigencias de un derecho a la intimidad que trascendiera los derechos de propiedad cobrarán mayor fuerza con las tendencias políticas y filosóficas del 'individualismo', cuya propuesta pretenderá derrocar las posturas absolutistas de la época. Este 'individualismo' planteará postulados referentes a que cada ser humano debía concebirse como titular de sí mismo en vez de concebirse meramente como 'parte del todo social'. Estos planteamientos replicaron en la necesidad de un 'espacio personal' al que los demás no deberían tener acceso ni injerencia. STUART MILL fue uno de los pensadores más reputados del individualismo; las expresiones en su libro *"On Liberty"* ayudaron a mudar el hito del discurso "Estado-Individuo" a uno de "Individuo-Estado". Una de sus expresiones más influyentes fue la siguiente:

> Pero hay una esfera de acción en la que la sociedad, a diferencia del individuo, tiene, si alguno, sólo un interés indirecto; comprendiendo toda aquella parte de la vida y conducta de una persona que sólo afecta a sí mismo, o si también afecta a otros, sólo con su consentimiento y participación libre, voluntaria y desengañada.[645]

---

[640]ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN 321 (1984).

[641]JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, DISCURSOS LEÍDOS ANTE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EN LA RECEPCIÓN PÚBLICA DEL EXCMO. DON JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO 33 (1976).

[642] Aunque la 'igualdad' relativa a la mujer y los menores de edad frente al Estado y otros renglones públicos y privados tenían y tienen un 'inacabable' trecho por recorrer, se logró un acercamiento un poco más pluralista entre ciudadano y gobierno.

[643]JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, DISCURSOS LEÍDOS ANTE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN EN LA RECEPCIÓN PÚBLICA DEL EXCMO. DON JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO 34 (1976).

[644] MARÍA ÁLVAREZ CARO, DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET: EL NUEVO PARADIGMA DE LA PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL 37 (2015).

[645] JOHN STUAR MILL, ON LIBERTY 27 (1863) (traducción suplida). El texto original es en inglés y lee como sigue:

Las expresiones de STUART MILL sobre una esfera personal que solamente le debía incumbir al individuo y que debía ser respetada por los demás, enmarcadas en un libro que pretendía auscultar los diferentes límites de la libertad individuo-sociedad, empinaron el camino hacia el binomio preeminente intimidad-libertad. El individuo no sería valorado solamente por ser parte de una sociedad, sino que su individualidad sería respetada a través del reconocimiento de su derecho a la intimidad.

De igual forma que la Europa Occidental sufrió el embate de acontecimientos bélicos que propulsaron la necesidad del reconocimiento de una intimidad individual y familiar; la Guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775-1783) y los registros arbitrarios intensificaron las tensiones sobre el empeño por alcanzar una privacidad que girara en torno a la no intromisión del Estado norteamericano y que le reconociera al individuo cierta soberanía. El surgimiento de la democracia liberal transmutó las funciones 'absolutistas' del gobierno a funciones de seguridad y protección al ciudadano. Este marco referencial encuadró la promulgación de la Carta de Derechos de los Estados Unidos de América (1787), la cual insertó el reconocimiento de ciertas protecciones a sus ciudadanos que los resguardarían de atropellos personales y del saqueo de sus propiedades. A título de ejemplo, la Cuarta Enmienda modela el esfuerzo de este amparo al postular lo siguiente:

> El derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, hogares, documentos y efectos, sin registros ni incautaciones irrazonables, no debe ser violado, y ninguna orden de registro se emitirá sin duda razonable, sostenida por Juramento o afirmación, y particularmente describiendo el lugar a ser registrado, o las personas u objetos a ser incautados. [646]

> But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person's life and conduct which affects only himself, or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation.

Véase OTIS H. STEPHENS, JR., JOHN M. SCHEB, II & COLIN GLENNON, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: CIVIL RIGHTS AND LIBERTIES, VOL. 2, 383 (6th ed, 2014).

[646] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

*CONST. EE.UU. enm. IV.

La aplicación de la Cuarta Enmienda se enfatizó con el caso *Ex Parte Jackson,*[647] en el cual se dirimió una controversia sobre el poder que ostentaba el Congreso de los Estados Unidos de América para excluir aquellas publicaciones que promovieran la insurrección de los esclavos y que llegaban a través del correo postal. El planteamiento surgió por una petición pública que le realizara el presidente Andrew Jackson al Congreso en su discurso anual. Esta petición consistió en la solicitud de la formulación de legislación que prohibiera la circulación de 'publicaciones incendiarias' tendentes a estimular la insubordinación y rebelión de los esclavos. El Tribunal Supremo norteamericano no favoreció otorgarle ese poder al Congreso mediante la opinión mayoritaria redactada por el juez federal, Stephen Johnson Field, estableciendo lo siguiente:

> Ninguna ley del Congreso puede poner en manos de funcionarios relacionados con el servicio postal ninguna autoridad para invadir la discreción de cartas y paquetes sellados en el correo; y todos los reglamentos adoptados en materia de correo de este tipo deben estar en subordinación al gran principio consagrado en la Cuarta Enmienda de la Constitución. [648]

Aunque el reconocimiento del principio consagrado en la Cuarta Enmienda establecía ciertas seguridades jurídicas de protección hacia las cartas y paquetes enviados al correo; la concepción de la privacidad o intimidad no se había contemplado explícitamente en la Constitución de los Estados Unidos de América, aún con las adiciones de los postulados expuestos en la Tercera[649] y Quinta Enmienda.[650]

---

[647] Ex Parte Jackson, 96 US 727 (1877).

[648] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> No law of Congress can place in the hands of officials connected with the postal service any authority to invade the secrecy of letters and such sealed packages in the mail; and all regulations adopted as to mail matter of this kind must be in subordination to the great principle embodied in the Fourth Amendment of the Constitution.*

*Ex Parte Jackson, 96 US 727, 733 (1877).

[649] Third Amendment: "No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law." CONST. EE.UU. enm. III.
Tercera Enmienda: "En tiempo de paz a ningún militar se le alojará en casa alguna sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, como no sea en la forma que prescriba la ley" (versión en español); NATIONAL ARCHIVES (EN ESPAÑOL), *La Constitución de los Estados Unidos de América 1787: Tercera Enmienda,* https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html (última visita 4 de enero de 2020).

[650] Fifth Amendment:

> No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger;

Sin embargo, algunos Tribunales Estatales norteamericanos comenzaron a reconocer indemnizaciones por daños al amparo del reconocimiento al derecho a la intimidad. Un caso que ejemplifica dicha línea tendencial lo fue el caso *De May v. Roberts* resuelto en 1881 por la Corte Suprema del estado de Michigan. En este caso, el doctor De May fue a atender el parto de la señora Roberts y le pidió a un amigo lego, Scattergood, que lo acompañara. Scattergood le dio apoyo a la señora Roberts, cogiéndole su mano en momentos de intenso dolor. Después de un tiempo, la señora Roberts se enteró que Scattergood no era médico y lo demandó junto al doctor De May. Este caso fue visto por un jurado que determinó que los demandados habían cometido una intromisión fraudulenta, por la cual debían pagarle una indemnización de cinco mil dólares a la familia Roberts. En su opinión, la Corte Suprema del estado de Michigan subrayó lo siguiente:

> Sería ofensivo para nuestro sentido del derecho, la justicia y la propiedad dudar incluso, pero que para tal acto la ley proporcionaría un remedio amplio. Para el demandante, la ocasión era muy sagrada y nadie tenía derecho a entrometerse a menos que fuera invitado o debido a alguna necesidad real y urgente que no se pretende que existiera en este caso. La demandante tenía un derecho legal **a la privacidad** de su apartamento en ese momento, y la ley le garantiza este derecho al exigir que otros lo observen y se abstengan de su violación. El hecho de que en aquel momento accediera a la presencia de Scattergood suponiéndolo médico, no le impide mantener una acción y recuperar daños sustanciales después de comprobar su verdadero carácter. [651]

---

nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Quinta Enmienda:

> Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.*

*NATIONAL ARCHIVES (EN ESPAÑOL), *La Constitución de los Estados Unidos de América 1787: Quinta Enmienda,* https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html) (última visita 4 de enero de 2020).

[651] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> It would be shocking to our sense of right, justice and propriety to doubt even but that for such an act the law would afford an ample remedy. To the plaintiff the occasion was a most sacred one and no one had a right to intrude unless invited or because of some real and pressing necessity which it is not pretended existed in this case. The plaintiff had a legal **right to the privacy** of her apartment at such a time, and the law

Aunque, en el caso estatal reseñado, se reconoció el derecho a la intimidad en unas condiciones específicas y las expresiones del más alto foro de Michigan fueron contundentes, en el ámbito federal, la prominencia de este derecho fermentó en el 1890, con la publicación del artículo *The Right of Privacy* en la revista jurídica *Harvard Law Review*, en la cual los norteamericanos SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS, decidieron plasmar la necesidad del ser humano al derecho a "ser dejado solo" ("the right to be let alone").[652] Tal y como se reseñó en el Capítulo III, este artículo de revista surge como respuesta a las publicaciones no consentidas de fotografías y expresiones malintencionadas de la "prensa amarilla". Cabe advertir, que la frase "to be let alone" aludida por WARREN y BRANDEIS fue acuñada por el jurista y juez, THOMAS M. COOLEY, quien en su libro, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract,* utilizó la expresión para discutir la defensa de "inmunidad personal". WARREN y BRANDEIS evocan la frase de COOLEY en el siguiente contexto:

> Las invenciones recientes y los métodos comerciales llaman la atención sobre el siguiente paso que debe tomarse para la protección de la persona y para asegurar al individuo lo que el Juez Cooley llama el derecho de "dejarlo solo" […] Las fotografías instantáneas y la empresa de periódicos han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica; y numerosos artefactos mecánicos amenazan con hacer valer la predicción de que "lo que se susurra en el armario será proclamado desde el techo de la casa". Durante años ha habido la sensación de que la ley debe permitir algún remedio para la circulación no autorizada de retratos de personas privadas […] y el mal de la invasión de la privacidad por los periódicos […] (traducción suplida).[653]

> secures to her this right by requiring others to observe it, and to abstain from its violation. The fact that at the time, she consented to the presence of Scattergood supposing him to be a physician, does not preclude her from maintaining an action and recovering substantial damages upon afterwards ascertaining his true character.*

*De May v. Roberts, 46 Mich. 160; 9 N.W. 146, 149; 1881 Mich.(énfasis suplido) (traducción suplida).

[652] Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis T., *The Right Of Privacy,* 4 Harv. L. Rev. 193, 195 (1890).

[653] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone" […] Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops." For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; […] and the evil of invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able writer.*

*Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis T., *The Right Of Privacy,* 4 Harv. L. Rev. 193, 195 (1890). *Véase*

Es preciso señalar que, en 1916, LOUIS D. BRANDEIS fue nombrado como Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos y mantuvo su postura sobre el derecho a *"to be let alone"*. Esto quedó plasmado en *Olmstead v. United States,* caso en el cual varios peticionarios impugnaron sus sentencias por ser hallados culpables por conspirar, poseer, transportar y vender alcohol (Ley de la Prohibición del Alcohol o Ley Seca de 1919), alegando que se les violaron las protecciones y garantías que le brindaban la Cuarta Enmienda y Quinta Enmienda al utilizar como evidencia conversaciones telefónicas privadas que fueron interceptadas. La decisión mayoritaria de la Corte Suprema federal determinó que no se le violaron a los peticionarios los derechos y garantías brindadas en la Cuarta Enmienda y Quinta Enmienda porque la instalación de los equipos de escuchas telefónicas fueron instalados fuera de los hogares y de las oficinas de los involucrados. El Juez Brandeis no estuvo de acuerdo con la decisión mayoritaria y escribió una opinión disidente en la que reiteró su posición sobre el derecho a *"to be let alone"*, recalcando que el derecho a la privacidad es el derecho más valorado por las personas "civilizadas" y que debía protegerse de toda intervención injustificada del gobierno.[654]

Hay que reconocer que el tiempo le dio la razón al Juez Brandeis, cuando en el caso *Katz v. United States*,[655] la Corte Suprema de Estados Unidos, ante unos hechos análogos al caso *Olmstead v. United States,* asumió una postura contraria sobre la legitimidad del procedimiento de la intercepción de llamadas telefónicas ante las garantías y protecciones brindadas por la Cuarta Enmienda. En el caso *Katz v. United States,* el peticionario fue condenado por transmitir información relacionada a apuestas a través de líneas telefónicas estatales en violación a un estatuto federal. Las llamadas fueron realizadas desde una cabina telefónica pública y las conversaciones fueron interceptadas, oídas y grabadas por agentes del FBI. Los agentes del FBI habían conectado un dispositivo electrónico de escuchas con el respectivo equipo de grabación en el exterior de la cabina telefónica. La sentencia condenatoria se sustentó en la evidencia relacionada a las conversaciones telefónicas interceptadas, por lo que el peticionario

Ugo Pagallo, *The Impact of Domestic Robot on Privacy and Data Protection and the Troubles with Legal Regulation by Design,* en DATA PROTECTION ON THE MOVE: CURRENT DEVELOPMENTS IN ICT AND PRIVACY/DATA PROTECTION 397 (Serge Gutwirth, Ronald Leenes & Paul De Hert, eds., 2016).

[654] Olmstead v. United States, 277 US 438, 478 (1928).

[655] Katz v. United States, 389 US 347 (1967).

impugnó dicha evidencia por entender que le violaba las garantías y protecciones que le brindaban la Cuarta Enmienda.

El Tribunal de Apelaciones confirmó al Tribunal de Primera Instancia por entender que no hubo violación de la Cuarta Enmienda, ya que no había habido entrada física de agentes del FBI al área ocupada por el peticionario mientras realizaba las llamadas y, además, los dispositivos no estaban colocados dentro de la cabina. De su parte, el Tribunal Supremo federal revocó la sentencia al determinar que las actividades de espionaje realizadas por el FBI violaban las expectativas de privacidad que tenía el peticionario al realizar las llamadas en la cabina telefónica, violando lo promulgado por la Cuarta Enmienda sobre registros e incautaciones.[656] Este caso revocó las determinaciones del caso *Olmstead v. United States* y el más Alto Foro federal aprovechó la ocasión para enfatizar que la Cuarta Enmienda se extendía al registro e incautación de grabaciones de declaraciones o comunicaciones orales. Asimismo, señaló que la Cuarta Enmienda protegía "a las personas y no a los lugares", por lo que no era necesaria la intrusión física en el recinto donde se encontrara el que invocaba sus garantías[657] y que, aunque la vigilancia pudo haber sido autorizada por las autoridades pertinentes con anterioridad a los hechos, no se llevó a cabo el proceso constitucional requerido, condición previa de la vigilancia electrónica.[658] Las manifestaciones concernientes a que el derecho a la privacidad protegía "a las personas y no a los lugares", le han atribuido a este caso la categoría de precedente doctrinal de la protección de la intimidad en la red informática.

Ahora bien, si hubo un caso histórico que permitió percibir cómo se manifestaba el derecho a la privacidad a través de la sombra reflejada entre la luz y la oscuridad de la Constitución de Estados Unidos de América, lo fue el caso de *Griswold v. Connecticut*.[659] Este caso fue resuelto dos años antes que el caso de *Katz v. United States,* pero, como se reseñara anteriormente, en éste se consideró una controversia muy diferente y peculiar porque abordó un tema imbricado a las políticas de autonomía y privacidad de los cuerpos y de la reproducción. En este caso, la directora ejecutiva de *Planned Parenthood League*

[656] Katz v. United States, 389 US 347, 350-353 (1967).
[657] *Id.* en la pág. 353. *Véase* Silverman v. Estados Unidos, 365 U. S. 505 (1961); Goldman v. Estados Unidos, 316 US 129 (1942).
[658] Katz v. United States, 389 US 347, 354-359 (1967).
[659] Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).

de Connecticut y su director médico, profesor de la Escuela de Medicina de Yale, fueron condenados por infringir la "Ley Comstock"[660] al dar a las personas casadas información y asesoramiento médico sobre cómo prevenir la concepción, examinar y prescribir un dispositivo anticonceptivo. Los apelantes alegaron que el estatuto por el cual fueron hallados culpables violaba la Decimocuarta Enmienda. El Juez Douglas emitió la opinión de la Corte Suprema estadounidense, dándole la razón a los apelantes con las expresiones siguientes:

> Los casos anteriores sugieren que las garantías específicas de la Carta de Derechos tienen penumbras, formadas por emanaciones de aquellas garantías que les ayudan a dar vida y sustancia. [...] Varias garantías crean zonas de privacidad. El derecho de asociación contenido en la penumbra de la Primera Enmienda es uno, como hemos visto. La tercera enmienda, en su prohibición contra el acuartelamiento de soldados "en cualquier casa" en tiempo de paz sin el consentimiento del dueño, es otra faceta de esa privacidad. La Cuarta Enmienda afirma explícitamente el "derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, en sus casas, en sus papeles y en sus efectos contra las búsquedas y las incautaciones irrazonables". La Quinta Enmienda, en su Cláusula de Autoincriminación, permite al ciudadano crear una zona de privacidad que el gobierno no puede obligarle a rendirse a su perjuicio. [661]

Con estas expresiones, el Tribunal Supremo federal saca categóricamente de las penumbras al derecho a la privacidad y aprovecha la coyuntura para acentuar la ilación existente entre el derecho a la privacidad y los derechos reconocidos en otras enmiendas. Las consideraciones de estas correlaciones son importantes porque, más allá del

---

[660] La Ley Comstock fue una ley federal promulgada en el 1873 por el Congreso de los Estados Unidos de América que prohibía el envío a través del correo postal de cualquier material que pudiera ser obsceno, lascivo o promoviera el uso de métodos anticonceptivos o políticas en pro del aborto. Esta ley fue denominada con el apellido de su más fiel propulsor, Anthony Comstock, político e inspector postal. WAYNE E. FULLER, MORALITY AND THE MAIL IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA 100-105 (2003).

[661] El texto original es en inglés y lee con el siguiente tenor:

> The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. […] Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the "right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures." The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment.*

*Griswold v. Connecticut, 381 US 479, 484 (1965) (traducción suplida).

reconocimiento de un derecho a la privacidad reconocido e incluido implícitamente en la Enmienda IV de la Carta de Derechos de la Constitución federal, se reconoce un derecho a la privacidad imbricado a otros derechos explícitamente valorados.

Al caso de *Griswold v. Connecticut,* se sumarán otras voces que afianzarán la prominencia y la alta valoración del reconocimiento del derecho a la privacidad como un derecho esencial para el disfrute de las libertades y garantías de otros derechos fundamentales. De esta manera, *Roe v. Wade*[662] y *Planned Parenthood v. Casey*[663]*,* se sumaron a ese esfuerzo, estableciendo nuevas políticas del cuerpo y de su titularidad al amparo del derecho a la privacidad.

Con el advenimiento de las tecnologías informáticas, hoy como nunca antes, se cumple certeramente la predicción de Warren y Brandeis sobre cómo el desarrollo de "artefactos mecánicos" amenazarían la esencia de las expectativas de intimidad cuando "lo que se susurra en el armario será proclamado desde el techo de la casa". Más allá del cumplimiento de la mencionada predicción se puede argumentar que el "techo de la casa" se replica de manera indefinida hacia unos cibernautas de alcance global por lo que el "susurro será proclamado desde los techo[s] de [todas] la[s] casa[s]" que cuenten con "artefactos mecánicos" que estén en conexión con la red informática.

b. Tratamiento constitucional y jurisprudencial en España, Puerto Rico y Estados Unidos de América

El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución española es un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad[664] y deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 reconoce.[665] La intimidad personal garantizada constitucionalmente entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana.[666]

[662] Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
[663] Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833 (1992).
[664] CONST. ESP. art. 18.1.
[665] CONST. ESP. art. 10.1.
[666] STC de 28 de febrero de 1994, FJ 5 (RTC 1994/57); STC de 2 de diciembre de 1988, FJ 3 (RTC 1988/231).

De la misma manera, la intimidad constituye un recinto reservado de la persona que debe ser respetado y protegido contra las intromisiones ajenas.[667] Es el reconocimiento de que una esfera de la vida personal del individuo "es exclusiva y excluyente" y que, por tal motivo, el individuo puede prohibir el acceso a ella.[668] El derecho a la intimidad implica no tan sólo el reservarse un ámbito de la vida propia como secreto y oculto respecto a los demás, sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación e instrumentación por otros.[669]

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce este derecho en su artículo 12, en el cual establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación", y que "[t]oda persona tendrá derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Además, la sección 8 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (en adelante la Carta Europea de los Derechos del Niño), establece que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor".[670]

Como se señalara anteriormente, la Constitución española garantiza el derecho a la intimidad en su artículo 18 y lo extiende a la vida familiar, a la inviolabilidad del domicilio, a las comunicaciones en general y, en especial, a las postales, telegráficas y telefónicas, incluso limita el uso de la informática para salvaguardar este derecho. Además, el reconocimiento de la extensión del derecho a la intimidad de un individuo a determinadas instancias de la interacción con familiares y personas con los cuales se tiene una estrecha relación es importante en el entorno de las redes sociales porque lo contrario facilitaría la identificación y captación de información personal. El reconocimiento de esta extensión lo recalcó el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, en la cual expresó lo siguiente:

---

[667] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 355.
[668] Vicente L. Montés Penadés, *Derechos de la personalidad y derechos fundamentales*, en DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, DERECHO DE LA PERSONA 177 (Francisco Blasco Gascó, coord., 4ta. ed. 2003).
[669] *Id.*
[670] DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

> En principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.[671]

La determinación de extender a familiares y relacionados que puedan vincular a un individuo y facilitar su posterior identificación como parte de la configuración de la intimidad a ser protegida es una necesidad más urgente en la era de la tecnología informática. Es por tal motivo que esta misma determinación ha sido considerada en la *Children's Online Privacy Protection Act,* al incluir en la definición de información personal a "cualquier otra información que sirva para identificar o contactar al menor, e información concerniente al menor o a sus padres provista por el menor".[672]

En Puerto Rico, el derecho a la intimidad emana de su Carta de Derechos, del artículo II, sección 1, el cual dispone que "la dignidad del ser humano es inviolable", y de la sección 8, la cual establece que "toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar". Del mismo modo, el artículo 10 protege el derecho a la intimidad al determinar que "no se violará el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables". Este artículo prohíbe la intercepción de las comunicaciones telefónicas, establece el requisito de la expedición de mandamientos autorizando registros, allanamientos o arrestos por autoridad judicial, cuando exista causa probable sustentada en juramento o afirmación. En el caso *E.L.A. v. Puerto Rico Telephone Company*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico recalcó que las secciones 1, 8 y 10 de la Constitución del Estado Libre Asociado protegían el derecho a la intimidad de los ciudadanos y que este derecho ocupaba un papel privilegiado en la gama de los derechos que la Constitución amparaba.

---

[671] STC de 2 de diciembre de 1988, FJ 4 (RTC 1988/231).
[672] Children's Online Privacy Protection Act, 15 USC § 6501(8) (1998) (2013).

Aunque la conceptualización del derecho a la intimidad tiene un grado de maleabilidad, el más alto foro puertorriqueño ha tratado de precisar los intereses protegidos y el alcance de este derecho, determinando que se protegen básicamente dos intereses: 1) "el interés individual de evitar la intromisión ilícita en la vida privada"; 2) "la capacidad de poder tomar ciertas decisiones personales e íntimas libre de interferencia de terceros".[673] Sin embargo, advierte que para que prospere una acción civil al amparo de la alegación de la violación al derecho a la intimidad, se tendrá que analizar la expectativa razonable de intimidad a base de cumplir con el estándar de expectativas específicas consistente en la expectativa subjetiva y la expectativa objetiva establecida por la jurisprudencia federal.[674] La expectativa subjetiva consiste en demostrar que el demandante tenía una expectativa o creencia real de que su intimidad se debía respetar, mientras que la expectativa objetiva es el reconocimiento de la sociedad de que es razonable la tenencia de esa expectativa de privacidad.[675] Cabe recordar que al requisito de expectativa razonable de privacidad, el Ordenamiento Jurídico norteamericano le ha añadido el criterio de clasificación del contenido en la mayoría de sus valoraciones y determinaciones sobre alegaciones de violaciones al derecho a la privacidad en la red informática.

Al hilo de lo anterior, se puede precisar que tanto el Ordenamiento Jurídico español y el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño y federal coincidirán en la concepción de que la vida privada es esa esfera de cada existencia en la cual "ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado".[676] Sin embargo, los referentes legales contrastarán en el alcance de las protecciones brindadas a ciertas comunicaciones en el marco de la red informática, la telefonía fija y la telefonía móvil. Por otra parte, concordarán en que el derecho a la intimidad no se podrá concebir como "un amuleto jurídico que vence a todo otro valor en conflicto bajo todo supuesto concebible".[677]

---

[673] Siaca v. Bahía Beach Resort, 194 D.P.R. 559, 608 (2016).
[674] *Id.* en la pág. 609.
[675] *Id.*
[676] FERNANDO HERRERO TEJEDOR, LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL 20 (1998).
[677] A.A.R., Ex Parte, Peticionaria, 187 DPR 835, 841 (2013). *Véase* López Tristani v. Maldonado, 68 D.P.R. 838 (2006); Rexach v. Ramírez, 162 DPR 130 (2004); López Vives v. Policía de P.R., 118 DPR 219 (1987); Arroyo v. Rattan Specialties, 117 DPR 35 (1986); Pueblo v. Falú, 116 DPR 828 (1986); E.L.A. v. Puerto Rico Telephone Company, 114 DPR 394 (1983).

Por ejemplo, en el caso de los Tribunales puertorriqueños se debe señalar que éstos han sido deferentes con el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión, por su vínculo con el derecho anglosajón, haciendo prevalecer a estos principios en la mayoría de los casos en los que ha habido colisión de derechos fundamentales. La jurisprudencia puertorriqueña así lo ha catapultado en casos como el de *Pérez Vda. Muñiz v. Criado*, en el cual el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó lo siguiente:

> La libertad de expresión está sujeta a algunas excepciones, aunque éstas, a la luz de la más reciente jurisprudencia, cada vez son menos. […] En sólo tres (3) circunstancias específicas los tribunales han permitido que se prohíba la publicación de determinada información. Estas circunstancias son las siguientes: expresiones o publicaciones cuando una nación se encuentre en guerra, cuando se trate de publicaciones obscenas, y expresiones o publicaciones que constituyan exhortaciones a actos de violencia y al derrocamiento por la fuerza del Gobierno ordenado.[678]

Teniendo en cuenta esta postura, los Tribunales puertorriqueños de menores jerarquías casi nunca se arriesgan a ponerle límites a la libertad de expresión y a la libertad de información. Por lo tanto, no es de sorprender que, entre las excepciones mencionadas anteriormente, no se encuentre el resguardar el mejor interés de los menores de edad y, a su vez, que otros tribunales no se arriesguen a considerarla desde la óptica del deber de *parens patriae*.

Conforme con lo anterior, está la opinión del caso *Marcano v. Ramos, Santarrosa*.[679] La controversia que se planteó en este caso era si procedía la expedición de un interdicto permanente para impedirle a un conocido titiritero puertorriqueño y a su adlátere que difundiera información en su programa sobre la filiación de un hijo (menor de edad) de un conocido animador de la televisión. El Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico emitió el interdicto permanente al otorgarle preeminencia al derecho de intimidad de la familia del animador, frente al derecho de libertad de prensa y expresión de la cadena de televisión, del titiritero y de su adlátere. Los demandados radicaron recurso de apelación y el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico acogió el mismo y revocó la sentencia apelada, por considerar que el derecho a la libertad de informar y el

[678] Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355, 369, 370 (2000).
[679] Marcano v. Ramos, Santarrosa, KLAN 2001-0001248 (STA de 29 de junio de 2001).

derecho a la libertad de expresión gozaban de mayor protección que el derecho a la intimidad. Además, adujo que el remedio de interdicto constituía una censura previa vedada por la Constitución de Puerto Rico y la de Estados Unidos. En este caso, hubo una opinión disidente, la cual postuló lo siguiente:

> Entendemos que, el estado en el ejercicio de su deber de parens patriae debe proteger al menor y su derecho a la intimidad y, en última instancia, su estabilidad emocional y mental. Por ello, somos del criterio que el Tribunal debe prohibirle a ambas partes —al Sr. Marcano y al Sr. Santarrosa— continuar exponiendo la filiación de este menor en la palestra pública. De manera ilustrativa debemos recordar que la Regla 62.2 de las Procedimiento Civil de 1979, dispuso que la vista y procedimiento de los casos de filiación, entre otros, se celebra en privado. No hay justificación en este caso para abandonar o apartarnos de esa regla y, por el contrario, debemos reafirmarnos en la sabiduría de la misma.[680]

La postura mayoritaria del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico no fue bien recibida por la ciudadanía, ni por la clase togada del país porque se entendió que el foro judicial no cumplió con su deber de *parens patriae* y, aunque, como se señalara anteriormente, el Sistema Judicial puertorriqueño ha priorizado el derecho a la libertad de información y de expresión, ya había comenzado a poner límites a estas libertades, y un ejemplo de esto lo fue el caso de *Colón v. Romero Barceló*, el cual se discutirá más adelante.[681]

Por su parte, el Tribunal Constitucional español resolvió una controversia análoga a la del caso de *Marcano v. Ramos, Santarrosa* en su STC 134/1999, de 15 de julio (conocido popularmente como el caso de Sarita Montiel). En este caso, el recurso de amparo fue promovido por "Publicaciones Heres, S. A." contra una Sentencia del Tribunal Supremo que estaba relacionada a un reportaje publicado por una revista, en el cual se incluía una entrevista con una persona que alegaba ser la madre biológica de uno de los dos hijos menores adoptados por doña María Antonia Abad Fernández (mejor conocida como Sarita Montiel) y su esposo. Dicho reportaje también aludió a que la alegada madre biológica ejercía la prostitución y que los progenitores adoptivos habían comprado al menor.

---

[680] *Id.*
[681] Colón v. Romero Barceló, 12 DPR 573 (1982).

La controversia en este caso giró fundamentalmente en dilucidar si los reportajes difundidos gozaban de la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión de la entrevistada [artículo 20.1 a) C.E.] y del derecho de la revista a comunicar libremente información veraz [artículo 20.1 d) CE] o si se estaba ante una intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar y en el honor de los menores de edad y de sus progenitores adoptivos, la cual vulneraba los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE. El Tribunal Constitucional español desestimó el recurso de amparo y determinó que el interés legítimo de ambos menores de que no se divulgaran datos relativos a su vida personal o familiar imponía un límite infranqueable, tanto a la libertad de expresión de la entrevistada como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz de la revista, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonerara al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de los menores. De manera simultánea, determinó que la información divulgada no estaba revestida de interés público alguno.

El Tribunal Constitucional español aclaró que "*un menor es el titular de la información relativa a su vida privada y que debe ser éste el que consienta a develarla cuando tenga la capacidad"*. De la misma manera adujo que, si los progenitores del menor exponían "la vida privada del mismo, incumpliendo con el deber de protección que conllevaba la patria potestad", el menor no podía quedar desprotegido, ni perdía su titularidad sobre el derecho de intimidad. Además, el Tribunal puntualizó que la notoriedad pública de los progenitores no era extensiva a los menores de edad y que su vínculo con la figura pública no podía vulnerar su derecho a la intimidad, porque los menores no tenían que soportar que se les vulnerara su derecho a la intimidad por algo que ellos no escogieron ser.[682]

[682] La norma sobre la protección de la verdadera filiación u origen de un individuo al amparo del derecho a la intimidad había sido determinada anteriormente por el Tribunal Constitucional en la STC 197/1991, en la cual el Tribunal refirió que "el plantear en la prensa el debate sobre la verdadera filiación de una persona en este caso menor de edad, supone un ataque a su vida privada y constituye una injerencia a la intimidad personal y familiar […]". STC de 17 de octubre de 1991 (FJ 4) (RTC 1991/197). De su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en el caso *Handside v. Reino Unido*, expresó que la protección de la juventud puede justificar la limitación de la libertad de expresión. *Handside v. Reino Unido,* STEDH de 7 de diciembre de 1976. En este caso se confrontaron el derecho a la libertad de expresión y el deber de protección a los menores de edad y el derecho de los menores a ser protegidos. Los hechos de este caso son los siguientes: El señor Richard Handside, propietario de una editorial londinense, publicó el libro *The little red schoolbook* para su venta. Richard Handside había comprado los derechos para publicar el libro redactado por los escritores daneses Søren Hansen y Jesper Jensen en el Reino Unido. Después de traducida la obra al inglés, Hanside procedió a realizar una edición adaptada al Reino Unido. Tan pronto estuvo impreso el libro *The little red schoolbook,* se enviaron centenares de ejemplares a diferentes diarios,

Las decisiones de los casos de *Marcano v. Ramos, Santarrosa* y la STC 134/1999 son diametralmente opuestas. Las revisiones realizadas se enfocaron en priorizar la protección de intereses distintos. El análisis del caso de *Marcano v. Ramos, Santarrosa* falla en la valoración del derecho a la intimidad de cada uno de los apelantes en la medida que le adjudica inadecuadamente al señor Marcano la facultad de renunciar al derecho a la intimidad de su esposa y de su hijo menor de edad. El fundamento utilizado para dicha valoración fue el hecho de que el señor Marcano había defendido públicamente a su familia y había mostrado fotografías de ésta. Sin embargo, esta contención no justifica la vía de la desprotección de la intimidad, sobre todo del menor de edad, cuya filiación se convirtió en la punta de lanza del vaivén mediático. El tratamiento de los derechos del menor como una extensión o apéndice de la figura del progenitor, quien a su vez es figura pública, fue totalmente desacertado y atenuó perjudicialmente la doctrina de la función de *parens patriae* que obliga al Estado a proteger el mejor interés y bienestar del menor de edad. Por el contrario, el análisis de la STC 134/1999 representa un acierto jurisprudencial porque distingue al menor como un sujeto de derecho que debe gozar plenamente de sus derechos fundamentales, derechos que no deberán ser usurpados ni menoscabados.

---

revistas de pedagogía, revistas médicas con la pretensión de que realizaran una reseña del libro. Lo anterior desató un sinnúmero de quejas que propiciaron que el *Director of Public Prosecution* le solicitara a la Policía de Londres que iniciara una investigación. Como parte de la investigación, la policía londinense realizó un registro al local de la editorial del señor Handside durante el cual se embargaron 1,069 ejemplares del libro. El señor Handside continuó distribuyendo cientos de libros de *The little red schoolbook* todavía después del embargo por recomendación de sus asesores legales. Esto provocó otra orden de embargo y que se le cursaran dos citaciones por infracciones a la Ley sobre Publicaciones Obscenas de 1959, modificada por la Ley sobre Publicaciones Obscenas de 1964. El Tribunal encontró culpable a Hanside por las dos infracciones radicadas y le impuso una multa, el pago de costas, además de dictar un auto de confiscación para la destrucción de los libros.

La edición inglesa del libro en controversia pretendía estar dirigido a menores de 12 años o más. Esta edición contenía una introducción titulada *Todos los adultos son tigres de papel.* El capítulo dedicado a los menores de edad estructuraba las siguientes subsecciones: "masturbación, orgasmo, relaciones sexuales y caricias íntimas, anticonceptivos, sueños húmedos, menstruación, viejos verdes, pornografía, impotencia, homosexualidad, normal o anormal, intenta saber más, enfermedades venéreas, aborto, aborto legal e ilegal, métodos de aborto, direcciones para tu ayuda y consejo en temas sexuales". Las quejas sobre este capítulo se circunscribían más a la forma ofensiva, gráfica y grotesca de cómo fueron tratados estos temas y no a los temas *per se*, sobre todo cuando el grupo al que estaban dirigidos eran alumnos menores de edad. Cabe señalar que, en este caso, la autoridad judicial concedió particular importancia al hecho de que el libro estaba dirigido primordialmente a menores de edad que podían adquirirlo fácilmente por su precio módico y porque el título lo proyectaba como un manual escolar. Además, el TEDH entendió que el Capítulo titulado *Ser tú mismo,* podía incitar a los menores de edad a experimentar la sexualidad precoz o dañina para su edad e incluso podían impulsarlos a cometer infracciones penales.

El análisis de este caso aclara que aunque se acoge la diversidad y las nuevas propuestas sobre la evolución de las construcciones éticas y educativas, el juzgador podía ejercer su poder de apreciación y disponer que el libro *The little red Schoolbook* podía tener *"efectos nefastos sobre la moral de muchos niños y adolescente que lo leyeran".*

Dado el panorama descrito, se debe considerar poner de relieve que lo deseable sería que, en los diferentes andamiajes legales, el legislador adoptase las medidas necesarias que procuraran una mayor concreción y claridad en el panorama jurídico relacionado con la protección de los menores de edad y su derecho a la intimidad en los diferentes ámbito que le puedan concernir. Un ejemplo de lo anterior, lo fue el proyecto de ley que sometió el legislador Kevin De León[683] con relación a enmendar el Código Penal de California para hacer más severas las penas del delito de hostigamiento de menores y establecer que esta legislación protegería a todos los menores, sin importar el tipo de trabajo o vocación a la que sus progenitores o tutores se dedicaran. Esta legislación protege, entre otras instancias, a los menores del acoso por parte de los *paparazzi*. Este proyecto fue muy sonado en Estados Unidos porque varias figuras 'hollywoodenses' apoyaron el mismo. El proyecto fue aprobado y firmado por el gobernador de California el 24 de septiembre de 2013.[684]

3. El derecho a la propia imagen de los menores

Las transformaciones políticas, sociales, económicas y tecnológicas configuradas en el resurgir de nuevos marcos conceptuales, como el de democracia, sociedades transfronterizas, capitalismo y red informática, han tenido un impacto directo en la necesidad de crear nuevas formas de salvaguardar el derecho a la propia imagen en todos los ámbitos, no solo en el referido a los menores de edad. Igualmente, la forma de concebir y conceptualizar este derecho se ha modificado por la rapidez, ubicuidad y el resurgimiento de nuevos modos de transgresiones. Sirva a título de ejemplo como uno de los modos de transgresiones, más allá del de la difusión y publicación de una imagen sin el consentimiento del titular del derecho, el de la modificación o alteración de la imagen del cuerpo o de una parte del mismo a través de sistemas tecnológicos especializados.

El derecho a la propia imagen[685] se deberá concebir como el derecho de poder consentir o impedir la captación, reproducción, distribución, exposición, divulgación,

[683] SB Núm. 606, Capítulo 348, Ley para enmendar la sección 11414 de la Ley penal, relativa al hostigamiento de menores.
[684] California Code, Penal Code - PEN § 11414
[685] Alemania, Italia, Francia y Estados Unidos fueron las naciones precursoras de la configuración doctrinal del derecho a la propia imagen. Este derecho fue concebido en sus comienzos como un derecho inherente

manipulación y alteración de la representación de la propia figura o imagen de la persona por cualquier medio. Considerables disquisiciones doctrinales "señalan que este derecho no es más que un aspecto del derecho a la intimidad que alcanza una autonomía de tratamiento porque, a través de la divulgación de imágenes, se viola más fácil y frecuentemente la esfera reservada de la persona."[686] Sin embargo, otras doctrinas consideran que la protección a la propia imagen es una manifestación o concreción del derecho al honor.[687]

Más aún, se ha considerado que la propia imagen constituye un atributo fundamental con el cual se individualiza socialmente a la persona, siendo parte de la identidad personal. Por lo tanto, es digna de ser tutelada por su estrecha relación con el derecho a la intimidad de la persona como con el derecho al honor.[688] A este respecto, el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

> No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona podría vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana.[689]

El derecho a la propia imagen constituido en el artículo 18.1 CE se concibe como un derecho derivado de la dignidad humana dirigido a proteger la dimensión moral de las

---

a la propiedad intelectual o sea que se le reconocía el derecho al que tomó la imagen o al que la dibujó y no al titular del cuerpo captado. Esta concepción comenzó a matizarse hasta que se redefinió como una manifestación del derecho al propio cuerpo. Esta nueva concepción le reconoció la potestad de rechazar el que su figura fuera reproducida al titular del cuerpo. ANA AZURMENDI ADARRAGA, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: SU IDENTIDAD Y APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA INFORMACIÓN 50, 72 (1998).

[686] Annabelle Gutarra Cordero, *supra* nota 115, en la pág. 62; DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 355.

[687] EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, DERECHO CIVIL DE PUERTO RICO, *supra* nota 596, en la pág. 579.

[688] López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838, 849 (2006). *Cf.* CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL 138-142 (1992), JAIME SANTOS BRIZ, LA RESPONSABILIDAD CIVIL 199-201 (1993).

[689] STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81). *Véase* STC de 2 de diciembre de 1988, FJ 13 (RTC 1988/231).

personas y garantizarles el ámbito de libertad decisoria respecto de sus atributos propios más característicos, como lo son: la imagen física, la voz y el nombre.[690] El derecho a la propia imagen faculta al individuo "a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad – informativa, comercial, científica, cultural".[691]

En las Sentencias del Tribunal Constitucional español 231/1988, de 2 de diciembre,[692] y 99/1994, de 11 de abril,[693] se esgrime que con el derecho a la propia imagen se salvaguarda la facultad para evitar la "difusión incondicionada del aspecto físico", ya que éste constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto a instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. El Tribunal también determinó que la captación y difusión de la imagen de un sujeto será admisible solamente cuando la conducta del individuo o las circunstancias específicas "justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público" que pueda estar en colisión con el derecho a la propia imagen.

En relación con lo señalado, se puede entender que cada individuo ostenta la libertad de proyectarse físicamente por medio de su cuerpo y sus atributos, conservando la libre determinación de escoger el marco en el cual se expondrán dichas manifestaciones.[694] Lo que se pretende con el derecho a la propia imagen es que los individuos puedan determinar libremente qué aspectos del físico y atributos de su persona desean mantener fuera de la palestra pública con el propósito de preservar su dignidad y el desarrollo de su propia personalidad.[695]

Precisamente, el Tribunal Constitucional español ha aclarado que la protección que reconoce los derechos relacionados a la explotación comercial de la propia imagen de un individuo contemplada en la LO 1/1982, de 5 de mayo de 1982, no debe confundirse con la protección constitucional consagrada en el artículo 18.1 de la CE. El artículo 18.1

[690] STC de 25 de abril de 1994, FJ 3 (RTC 1994/117).
[691] STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81); STC de 18 de junio de 2001, FJ 4 (RTC 2001/139); STC de 22 de abril de 2002, FJ 4 (RTC 2002/83).
[692] STC de 2 de diciembre de 1988, FJ 3 (RTC 1988/231).
[693] STC de 11 de abril de 1994, FJ 5 (RTC 1994/99).
[694] STC de 25 de abril de 1994, FJ 3 (RTC 1994/117).
[695] STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81).

CE propende resguardar exclusivamente al derecho a la propia imagen en su categoría de derecho personalísimo "que limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto" y excluye la protección a la propia imagen de carácter meramente comercial. Este argumento lo esbozó de la siguiente manera:

> Es cierto que en nuestro Ordenamiento - especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE.[696]

En el caso puntual de los menores de edad, en la STC 158/ 2009, de 25 de junio, el Tribunal Constitucional español esgrimió lo siguiente:

> Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor […] En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan "y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"[…].[697]

Los hechos de este caso giraban en torno a la publicación de un reportaje en el periódico "La Opinión de Murcia" en el cual se aludía a las actividades de la entidad APANDA (Asociación de Padres de Niños con Discapacidad Auditiva) y mostraba un encabezado con el titular "Discapacitados". El reportaje ilustraba una fotografía en la que aparecía una profesora del centro de APANDA con dos niños. La fotografía era de gran tamaño y los menores aparecían en primer plano y con el rostro perfectamente visible. La

[696] STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81). *Véase* STC de 2 de diciembre de 1988, FJ 3 (RTC 1988/231).
[697] STC de 25 de junio de 2009, FJ 4 (RTC 2009/158).

profesora aparecía situada de espaldas y en el pie de foto se podía leer lo siguiente: "Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida". Días posteriores a la publicación, a instancias de los progenitores de uno de los menores, el periódico publicó una rectificación, pero no del mismo tamaño e importancia que tuvo el reportaje en anterior. La rectificación solicitada debía aclarar que los menores de edad de la fotografía publicada no eran "discapacitados". Al no estar conformes con la rectificación solicitada, los progenitores del menor radicaron un recurso de casación.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, analizaron el conflicto entre el derecho a la información del periódico y el derecho a la propia imagen del menor de edad y determinaron que se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, ya que la fotografía fue captada y difundida sin el consentimiento de los progenitores del menor, lo que hacía irrelevante el argumento de que la entidad titular del centro en el que fue tomada la imagen había prestado su autorización para ello. Asimismo, ambos órganos judiciales determinaron que la publicación de la fotografía no podía ampararse en el interés social sobre los "discapacitados", ni en la veracidad del contenido de la información, porque no se justificaba la inclusión de una fotografía de dos menores en un reportaje periodístico sin el consentimiento de sus representantes legales. De la misma forma, se determinó que era innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje, por lo que no era de aplicación la exclusión provista en el artículo 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982.[698]

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español confirmó las sentencias dictadas en primera instancia y en apelación, considerando de igual manera que el derecho a la propia imagen del menor debía prevalecer sobre el derecho de los periodistas a

[698] El artículo 8.2 c) de 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, lee con el siguiente tenor:

> Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.
>
> Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:
>
> […] c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

difundir libremente información veraz. Además, señaló lo siguiente:

> [Q]ue la finalidad divulgativa y social del reportaje sobre la discapacitación en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo intranscendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje, pues el hecho que se enjuicia es la publicación no consentida de la foto del menor, lo que convierte en irrelevantes la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra gráficamente dicha fotografía.

De su parte, el Tribunal Constitucional español denegó el amparo solicitado por la recurrente, determinando que no existía un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pudiera considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior del menor de preservar su imagen. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional rechazó la pretendida vulneración del derecho fundamental a la libertad de información alegada por la recurrente y denegó el amparo solicitado.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional español advirtió que, para que la captación, reproducción o publicación de la fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tuviera la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, sería necesario el consentimiento previo y expreso del menor si éste gozara de madurez suficiente o de sus progenitores o tutores, y que ese consentimiento podría ser ineficaz si la utilización de la imagen del menor en los medios de comunicación pudiera implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses, según lo señalado en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996.

Asimismo, el Tribunal Supremo español en la STS 621/2003, de 27 de junio, determinó que se ha de proteger la intimidad de todas las personas y "con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable".[699] De la misma forma, la Carta Europea de los Derechos del Niño señala en su sección 8 que "todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad". Por supuesto, al igual que sucede con los demás derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen no es absoluto. Este encontrará sus límites en otros derechos constitucionales, como podría ser en el derecho a la libertad de información y en las

[699] STS de 27 de junio de 2003, FJ 1 (RJ 2003/4312).

libertades de expresión y de creación artística.[700] Ahora bien, este principio general no se aplica de la misma forma ni sufrirá el mismo análisis jurídico cuando sea un menor de edad el agraviado.

La Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores (en adelante Instrucción 2/2006), enuncia que los supuestos de reproducción de imágenes de menores de edad, cuando están acompañados de sus progenitores que son personajes públicos o notorios, deben contar con el consentimiento del representante legal o del menor con suficiente madurez, siempre que dichas imágenes no sean contrarias a sus intereses. Sobre los menores hijos de figuras con notoriedad pública, MORENO FLÓREZ señala lo siguiente:

> Hay que tener en cuenta que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derechos al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena que cualquier otro menor, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que estos hayan hecho de sus derechos.[701]

Las expresiones transcritas de MORENO FLÓREZ adquieren cada vez más vigencia y relevancia porque, en la esfera de las tecnologías informáticas, en muchas ocasiones, son los mismos progenitores o tutores los primeros en exponer fotografías de sus hijos, hijas, tutelados o tuteladas menores de edad en las redes sociales. De hecho, muchos personajes notorios o celebridades venden de manera exclusiva las primeras fotos de sus hijos e hijas por ganancias exorbitantes. Otros progenitores o tutores, tal vez por desesperación, colocan fotos de sus hijos o tutelados en estados precarios de salud en internet con el interés de evidenciar la condición física en real deterioro y conmover a la audiencia para obtener ciertas contribuciones económicas que puedan ayudarlos a sufragar los gastos médicos.

En previsión de situaciones como las anteriores, la Instrucción 2/2006 aduce que, en los casos de personajes con notoriedad pública que explotan sus intimidades, incluyendo las de sus hijos, "habrán de ser tratados por el Fiscal, de acuerdo con el

[700] STC de 26 de marzo de 2001, FJ 2 (RTC 2001/81).
[701] Rosa M. Moreno Flórez, *supra* nota 251, en la pág. 112.

principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma", de modo y manera que podrán proceder a demandar a sus progenitores y al medio. Por otro lado, señala que, en caso de difundirse imágenes de un menor "sin ningún tipo de consentimiento y sin emplear mecanismos de distorsión de la imagen, podrán ejercitarse las correspondientes acciones civiles". Sin embargo, habrá de tenerse siempre presente que "la utilización de mecanismos de distorsión de la imagen no habrá de llevar a calificar automáticamente la inmisión como conforme a Derecho". Además señala que, en ocasiones, la mera captación de la imagen del menor podría suponer un atentado antijurídico a su intimidad, "aunque la imagen captada no llegue a reproducirse o a publicarse y aunque consiguientemente no se produzca la consumación de la lesión al derecho a la propia imagen".

Entretanto en el Ordenamiento Jurídico español se reconoce constitucionalmente el derecho a la propia imagen, en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño este derecho se manifiesta como una modalidad del derecho a la intimidad y las causas de acción que emanan de la transgresión de este derecho son invocadas al amparo del precepto constitucional preservado anteriormente en el artículo 1802 del derogado Código Civil de Puerto Rico.[702] Al presente, preservado en el nuevo Código Civil puertorriqueño de 2020[703] en el artículo 1536.[704]

Eventualmente, en el caso *Colón v. Romero Barceló,*[705] el Tribunal Supremo de Puerto Rico se expresó sobre el derecho a la propia imagen en la vertiente del derecho a la intimidad. En este caso se solventó una controversia que gravitaba en torno al escalafón jerárquico entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión a base de sus hechos

[702] 31 LPRA § 5141 (1930).
[703] CÓD. CIV. PR art. 1536 (2020). El nuevo Código de Puerto Rico (2020) incluyó el artículo 74 denominado "Goce de los derechos esenciales". En este artículo se señala que los derechos esenciales son aquellos derechos que emanan de la personalidad de cada individuo y que, respecto a ellos, se pueden reclamar "respeto y protección" frente al Estado "y las demás personas naturales y jurídicas". Asimismo, se establece que "[s]on derechos esenciales de la personalidad, la dignidad y el honor, la libertad de pensamiento, conciencia o religión, de acción, la intimidad, la inviolabilidad de la morada, la integridad física y moral, la creación intelectual". Estos derechos esenciales tendrán como únicas limitaciones a las impuestas por la Constitución, el Código y las Leyes de Puerto Rico. CÓD. CIV. PR art. 74 (2020). Cabe destacar que en la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 55-2020, de 1 de junio de 2020 por la que se legisla y se instituye el nuevo Código Civil de Puerto Rico, se aclara y se afirma que la enumeración de derechos que se realiza en el artículo 74, no es *numerus clausus* sino que es *numerus apertus*.
[704] CÓD. CIV. PR art. 1536 (2020).
[705] Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573 (1982). *Véase* Pérez v. El Vocero de Puerto Rico, 149 DPR 427 (1999).

específicos. Los hechos del caso consistían "en que un grupo de ciudadanos publicó la fotografía de una persona fallecida contra la voluntad expresa de sus familiares en circunstancias en que el fin último de dicha publicación era asequible por otros medios."[706] El Tribunal Supremo resolvió que, en las circunstancias precisas y puntuales que inciden en la narrativa del caso, el derecho a la intimidad será de superior jerarquía que el derecho a la libertad de expresión. Además, el Tribunal acuñó lo esbozado por SANTOS BRIZ,[707] señalando que "toda persona puede oponerse a que se reproduzca su efigie o se obtengan pruebas fotográficas de la misma por personas a quienes no haya concedido autorización expresa o tácita"[708]. Se extendió la prohibición a reproducir la imagen de otro en otros medios y comprendió "no sólo la publicación de la imagen, sino también la confección, dibujo o pintura de la misma sin autorización cuando se oponga a legítimos intereses del afectado, en especial si según el objeto de la fotografía o el modo y forma de su obtención resulta escandalosa o tuvo lugar contra la voluntad conocida del perjudicado". Subsecuentemente, el máximo foro incardinó lo siguiente:

> [L]a autorización para tomar una fotografía no incluye la autorización para publicarla, ya que la publicación afecta a la personalidad del interesado más intensamente que el simple hecho de retratarlo. La autorización para ser publicada o difundida puede incluir alguna limitación cuya amplitud se determinará según la interpretación del caso concreto.[709]

Asimismo, el Tribunal Supremo de Puerto Rico aprovechó la ocasión para señalar que sería permisible el uso de una imagen sin el consentimiento del titular en la publicación o la toma de fotografías en la esfera llamada *historia contemporánea* "no referida a la vida privada, o cuando reproduzcan reuniones, manifestaciones u otros actos públicos semejantes o sucesos o localidades públicos en los que la persona fotografiada sea una figura accesoria"[710]. Igualmente, el Tribunal recalcó que en aquellos casos en los

---

[706] De la misma forma, el Tribunal Supremo pronunció lo siguiente:

> El interés público que pueda tener la publicación de la fotografía de una persona es una defensa oponible en una acción por daños basada en la infracción del derecho del demandante a la intimidad siempre y cuando la intromisión en la intimidad de la persona sea necesaria e inevitable y constituya el medio más adecuado para obtener un fin licito.*

*Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573, 574 (1982).

[707] JAIME SANTOS BRIZ, DERECHO DE DAÑOS 178, 179 (1963).

[708] *Id.*

[709] Colón v. Romero Barceló, 112 D.P.R. 573, 578, 579 (1982*). Véase* SANTOS BRIZ, *supra* nota 707.

[710] SANTOS BRIZ, *supra* nota 707.

cuales se publiquen fotografías respectivas a la *historia contemporánea,* el derecho a la propia imagen deberá "ceder ante el interés público de acceso a información".[711]

No fue hasta el caso *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's*[712] que al Tribunal Supremo de Puerto Rico le correspondió establecer un justo balance entre el derecho a la intimidad en su vertiente del derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión en su modalidad de manifestación comercial. En este caso, el señor Roberto Vigoreaux, animador, político y pasado candidato a la alcaldía de San Juan, Puerto Rico, radicó una demanda en contra de la cadena de restaurantes, Quizno's, por haber utilizado su foto para promocionar un emparedado de pollo con la frase: "Para los que se quedaron con las ganas", sobrepuesta entre la fotografía de Vigoreaux y otro candidato, quien al igual que el demandante no revalidó en sus aspiraciones políticas. En este caso, el Tribunal Supremo de Puerto Rico señaló que el derecho a la propia imagen era un derecho de la personalidad, protegido por principios constitutivos del ordenamiento jurídico. Determinó que se consideraba imagen a la proyección o representación de la figura humana mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción. A su vez esbozó, citando al tratadista VÁZQUEZ BOTE que "[s]obre esa imagen se reconoce un derecho, inherente a la personalidad, sobre la que sólo puede actuar, normalmente, el sujeto de la imagen misma".[713] Igualmente, el Tribunal reiteró que la propia imagen es digna de tutela por su estrecha relación con la intimidad de la persona como con su honor. De la misma forma, el más alto foro dejó claro que, a pesar de que ninguna legislación específica contemplaba expresamente el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, dicho derecho configuraba una causa de acción en daños por violación al derecho a la intimidad. "Así, toda persona tiene derecho a controlar dónde, cuándo y cómo se le toma una fotografía o se reproduce de cualquier forma su imagen."[714]

En el 2010, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, redactó el Proyecto del Senado 1750, el cual promulgó un estatuto para regular el uso y protección sobre la propia imagen para propósitos comerciales. Este proyecto de ley se convirtió posteriormente en

[711] Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573, 578 (1982). Esta doctrina se reiteró en el caso Bonilla Medina v. Partido Nuevo Progresista, 140 DPR 294, 301 (1996).
[712] Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's, 173 DPR 254 (2008).
[713] EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, LOS DENOMINADOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 425 (1973).
[714] Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's, 173 DPR 254 (2008).

la Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, denominada como la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, (adelante Ley Núm. 139),[715] la cual establece lo siguiente:

> [R]esponderá en daños cualquier persona natural o jurídica que utilice la imagen de otra persona sin su previa autorización o de la autorización de la persona que posea una licencia sobre la imagen en cuestión o de los herederos en caso de fallecimiento o del agente autorizado con propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios.[716]

El Derecho sobre la Propia Imagen al amparo de la Ley Núm. 139 está inspirado en el Derecho anglosajón, el cual ha reconocido el derecho a la publicidad o *right of publicity*. El concepto de *right of publicity* se deriva del concepto legal discutido, *right of privacy* esbozado por WARREN y BRANDEIS. Sin embargo, en el *right of privacy*, las protecciones que se brindaban a la imagen de un individuo estaban dirigidas a la compensación de los daños y angustias mentales ocasionados por la diseminación de la imagen para uso comercial sin autorización del titular. Ahora bien, esta protección casi nunca aplicaba a personajes famosos por entenderse que eran figuras públicas. Se elaboró el argumento de que las mismas figuras públicas propiciaban el entorno para que no se les reconociera el derecho a "to be let alone".[717]

El *right of publicity* surgió en un principio con la intención de proteger a aquellas personas a las cuales se les reconocía como figuras públicas o celebridades. No es de sorprender que Estados Unidos se haya interesado en desarrollar una doctrina legal que salvaguardara a las celebridades de la explotación comercial no deseada porque el fenómeno de la "fama" ha estado muy presente y notable en diversas facetas del quehacer

---

[715] 32 LPRA § 3151-§ 3158.

[716] 32 LPRA § 3152. En la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 139, el legislador hace una distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, señalando lo siguiente:

> Mientras el derecho sobre la propia imagen o derecho a la publicidad, como se conoce en algunas jurisdicciones, provee al individuo un derecho propietario sobre lo que es su identidad, el derecho a la intimidad protege la información que tiene el Estado u otras personas sobre ese individuo, sus comunicaciones, cuerpo y pensamientos. Aunque a veces concurren las violaciones a ambos, ya que se producen por una interferencia no autorizada ni consentida de terceros, los bienes jurídicos concretos protegidos en ambos derechos son diferentes. Por otro lado, el derecho a la propia imagen se diferencia de la difamación en que ésta última requiere publicación de información falsa.

[717] *Véase* Julian S. Millstein, Jeffrey D. Neuburger, Jeffrey P. Weingart, *Doing Business on the Internet: Forms and Analysis,* LAW JOURNAL PRESS (2004).

cotidiano de los Estados Unidos. En consecuencia, este derecho de publicidad responde a las pretextadas nuevas necesidades surgidas a raíz de las concepciones sociológicas de "fama" y "celebridad". Sobre este asunto, ROSENTHAL KWALL puntualiza lo siguiente:

> No es de extrañar que nuestra obsesión por la fama y nuestra reverencia por las celebridades han dado lugar a una doctrina única, diseñada para proteger contra los intentos no autorizados para utilizar a personas famosas. Aun así, la doctrina presenta algo de ironía, ya que proporciona una mayor protección económica para los que ya están en el nivel superior de ingresos de este país.[718]

Todo lo anterior acarreó como consecuencia el que, en la actividad judicial, se estableciera una distinción más delineada entre la apropiación del derecho de publicidad y el de la violación del derecho a la intimidad de un individuo. Las diferencias medulares entre estos derechos quedaron plasmadas en las expresiones de THOMAS McCARTHY, cuando adujo lo siguiente:

> El tipo de apropiación de la invasión de la privacidad, como todos los derechos de privacidad, se centra en el daño a la dignidad humana. Los daños se miden generalmente por "angustia mental"-alguna herida de la psique humana. Por otro lado, el derecho de publicidad se refiere al daño comercial para el valor de negocio de la identidad humana. Dicho de manera simple, mientras que la violación del derecho de publicidad se ve como una lesión en el bolsillo, una invasión de la apropiación de la privacidad se ve como una lesión a la psique.[719]

---

[718] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> It is not surprising that our obsession with fame and our reverence for celebrities have given rise to a unique doctrine designed to protect against unauthorized attempts to utilize famous persons. Still, the doctrine presents something of an irony in that it provides increased economic protection for those who already are at this country's top income level.*

*Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 INDIANA LAW JOURNAL 2 (1997) (traducción suplida). La presunta "fama" tiene su origen en los antiguos griegos, cuando Alejandro Magno imprimió su imagen en las monedas que circulaban por todas las tierras conquistadas. Sin embargo, en el siglo XVII solamente los aristócratas y los reconocidos como héroes tenían "fama". Esta "fama" era concebida de una manera diferente, ya que su propagación se daba a través de la divulgación boca a boca de los hechos y las virtudes sobre el alegado famoso. Roberta Rosenthal Kwall, *Fame,* 73 INDIANA LAW JOURNAL 1(1997). *Cf.* LEO BRAUDY, THE FRENZY OF RENOWN: FAME AND ITS HISTORY, 1st ed. (1986).

[719] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> The appropriation type of invasion of privacy, like all privacy rights, centers on damage to human dignity. Damages are usually measured by "mental distress"— some bruising of the human psyche. On the other hand, the right of publicity relates to

Este derecho de publicidad no es el producto de un estatuto federal, sino que ha sido establecido y matizado por lo legislado en algunas jurisdicciones estatales y por lo establecido por la jurisprudencia. En consecuencia, el alcance del derecho de publicidad varía entre los diferentes estados, atrayendo una gama de inconsistencias en la interpretación de conceptos.[720] El concepto de derecho a la propia imagen, derecho de publicidad o *right of publicity* ha sido recopilado como concepto general en los *Restatements of Law.* Los *Restatements of Law* sirven como fuentes secundarias del Derecho estadounidense y consisten en las reformulaciones de leyes, estatutos y principios generales del Derecho, realizados con el objetivo de compilar, armonizar y simplificar aquellas tendencias jurídicas que se van desarrollando en los diferentes estados. Las compilaciones de los *Restatements of Law* son publicadas por la *American Law Institute*. La *American Law Institute* es una organización formada por juristas, académicos del Derecho, jueces y abogados con una prestigiosa trayectoria profesional. Esta organización fue fundada en el 1923 y goza de una impecable reputación por lo cual sus compilaciones sirven de referente a los diversos tribunales de Estados Unidos.

Realizada la salvedad, se debe especificar que el derecho a la propia imagen o *right of publicity* se encuentra contemplado específicamente en el *Restatement, Third, of Unfair Competition de los Restatements of Law.*[721] La sección 46 pretende armonizar los diversos conceptos formulados en los diferentes estados y reformula al concepto de *right of publicity* como aquel derecho que tiene el individuo a que no se utilice su nombre, imagen u otros indicios de su identidad para usos comerciales sin su consentimiento. Además, le reconoce una causa de daño o *tort* independiente al *tort* generado por la transgresión al derecho a la intimidad.[722]

> commercial damage to the business value of human identity. Put simplistically, while infringement of the right of publicity looks to an injury to the pocketbook, an invasion of appropriation privacy looks to an injury to the psyche.*

*J. THOMAS McCARTHY, McCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION, §28.6 (1997), según citado por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico en el caso López Mulero v. Sánchez Rodríguez, KLAN 2013-00260 (2013). *Véase* Allison v. Vintage Sports Plaques, 136 F. 3d 1443, 1447 (11th Cir. 1998).

[720] Stephen R. Barnett, *The Right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain,* 47 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 557 (1999).

[721] *Véase* Dale Beck Furnish, *Fuentes del Derecho en Estados Unidos: la muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo y el papel y efecto de los Restatements of Law*, LI Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM 75 (2001).

[722] American Law Institute, Restatement of the Law Third, of Unfair Competition, §46, §48 y §49 (1995).

Se debe aclarar que ni la jurisprudencia federal ni los *Restatements* recopilados han impedido el que algunos tribunales estatales hayan ampliado el concepto de imagen. Ejemplo de lo anterior se puede mostrar con lo establecido por algunos tribunales del estado de Nueva York, en los cuales se ha remarcado que el objeto del *right of publicity* incluye: a) la imagen fotográfica tanto de la persona ilustrada en cuerpo entero[723] como las fotografías de partes de su cuerpo, si esas partes pueden llevar a identificar a la persona; b) el dibujo;[724] y c) la recreación de la imagen de una persona encarnada en la figura de un imitador cuando se logre identificar al sujeto imitado.[725]

En Estados Unidos, los cimientos del reconocimiento formal y explícito del derecho a la propia imagen o *right of publicity* se remontan al año 1953 con el caso de *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*[726] En este caso, el Segundo Circuito de Apelaciones de Estados Unidos reconoció el valor de la imagen de una celebridad como un derecho inalienable y sostuvo que un jugador de béisbol podía vender el derecho exclusivo de su imagen para ser utilizada en tarjetas de béisbol. El Segundo Circuito de Apelaciones señaló lo siguiente:

> Este derecho puede ser llamado un "derecho de publicidad". Porque es bien sabido que muchas personas prominentes (especialmente los actores y jugadores de pelota), lejos de tener sus sentimientos lesionados a través de la exposición pública de sus atributos, se sentirían muy privados si no recibieran dinero por la autorización de los anuncios, la popularización de sus rostros, que aparecen en los periódicos, revistas, autobuses, trenes y metros. [727]

---

[723] Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 346 US 816 (1953).
[724] Ali v. Playgirl, Inc. 447 F. Supp. 723 (S. D. N. Y.1978).
[725] Inmaculada Higueras, *Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad*, Vol. XIII Revista Comunicación y Sociedad 2 (2000).
[726] Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 346 US 816 (1953).
[727] El texto original es en inglés y lee con el siguiente tenor:

> This right might be called a 'right of publicity'. For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, buses, trains and subways.*

*Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 202 F. 2d 866 (1953) (traducción suplida).

Ahora bien, no fue hasta el caso seminal *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*[728] que la Corte Suprema de los Estados Unidos revisó una controversia que giraba en torno al derecho a la propia imagen o *right of publicity*. Este caso atendió el reclamo de un famoso "hombre bala" que se opuso a que toda su actuación de quince segundos de duración fuese televisada en las noticias locales. Zacchini entendía que el valor económico de su acto dependía de la voluntad del público para presenciar el evento, por lo que la transmisión del mismo le restaba a la demanda de personas dispuestas a pagar para ver su acto. De su parte, *Scripps-Howard Broadcasting* amparó su derecho a la transmisión del evento en la Primera Enmienda[729] y en la Decimocuarta Enmienda, sección 1.[730]

Antes de este caso, se comprendía el derecho a la imagen o *right of publicity* cobijado bajo el manto del derecho a la intimidad o *right of privacy* que protegía a las personas del uso no autorizado de su imagen y nombre con fines comerciales. Sin embargo, a partir de esta decisión, se distinguió no tan sólo una causa de acción que

---

[728] 433 US 562 (1977).

[729] La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos dispone lo siguiente:

> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.
>
> El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios (traducción de LexJuris).

[730] La Decimocuarta Enmienda, Sección 1 de la Constitución de Estados Unidos dispone lo siguiente:

> All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.
>
> Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes. (traducción de LexJuris).

emanaba del *right of publicity,* sino también, se reconoció un derecho de propiedad sobre la imagen.[731]

Con relación a la explotación de la imagen con fines pecuniarios en la red informática, se debe puntualizar que el uso comercial de la imagen de los individuos es constante, ya que coinciden en una misma pantalla las promociones de productos con imágenes de usuarios y sus correspondientes perfiles. Esto quiere decir que, de manera indirecta, se utiliza el perfil de un individuo como 'gancho' publicitario para introducir ventanas emergentes con una gran variedad de propagandas. Esto ocurre, como se señalara en el apartado relativo a los contratos de las redes sociales, por la cesión de una licencia de propiedad intelectual que puede ser transferida a terceros.

En este punto, es preciso distinguir que el concepto de imagen en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño es mucho más amplio que el constituido en el Ordenamiento Jurídico español porque, más allá de la fotografía o retrato, el nombre y la voz, se extiende a la firma, atributo o cualquiera o representación de una persona que sirva para identificarla "ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción".[732] No obstante, las protecciones constitucionales reconocidas al derecho a la propia imagen en el Ordenamiento Jurídico español despliegan mayores protecciones, las cuales son avaladas con leyes especiales. Por el contrario, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño carece de otras leyes especiales que afiancen específicamente las protecciones al derecho a la propia imagen de los menores de edad.

Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico en *Fonseca Aponte v. Arrieta*,[733] tuvo que dilucidar un recurso de certiorari relacionado a una solicitud de sentencia sumaria respectiva a una demanda de daños y perjuicios. La parte demandante-recurrida alegó que durante una transmisión por WAPA Televisión del desaparecido programa "Qué Vacilón", animado por el comediante Raymond Arrieta, en el segmento

[731] Joseph Gordon Hylton, *Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 12 Marq. Sports L. Rev. 273 (2001).
[732] 32 LPRA § 3151 c) (2012). *Véase e.g.* Stephen R. Barnett, *The Right to One's Own Image: Publicity and privacy Rights in the United States and Spain*, 47 American Journal of Comparative Law 556 (1999). Sobre algunos atributos del individuo, se deben considerar aquellos señalados por el Código Penal de Puerto Rico en el artículo 209 relativo al delito de apropiación ilegal de identidad, en el cual se hace alusión a algunos datos biométricos, tales como huellas, grabación de voz, retina, imagen del iris, red de venas de las manos o cualquier representación física particularizada. 33 LPRA §5279 (2012).
[733] Fonseca Aponte v. Arrieta, KLCE1998-9800054 (STA de 16 de octubre 1998).

de comedia denominado "Loca Visión", se celebró un 'concurso' denominado "Buscando la Loca Perdida". "A esos fines, se exhortó a los televidentes a que enviaran fotografías de la alegada "Loca Perdida", acto que premeditadamente propagaba construcciones discriminatorias por orientación sexual."[734] Durante el mencionado concurso, se difundió una fotografía en la cual se alteraron imágenes para lograr un fotomontaje en el cual se involucró la cara de un menor de edad. Este fotomontaje consistió en poner la cara del menor sobre "el cuerpo de una mujer voluptuosa en traje de baño ("bikini")"[735]. "Cabe señalar además que, mientras se difundía la fotografía, se llevaron a cabo bromas y chistes sobre la imagen del menor."[736] Por su parte, los codemandados-peticionarios alegaron que las expresiones humorísticas están cobijadas al amparo del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, argumentaron que a este tipo de expresión se le ha reconocido una importante función social por lo que cualquier esfuerzo para limitarla podría menoscabar su derecho a la libertad expresión reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.[737]

En este caso, el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico señaló lo siguiente:

> La ideas y opiniones constituyen parte fundamental en la infraestructura de nuestro sistema democrático. Sin embargo, no logramos entender de qué manera la difusión de la foto del menor demandante, bajo las circunstancias atenuantes, conlleva la expresión de una idea o una opinión de interés público que redunde en beneficio social. Menos aún cuando éstos admiten que su único interés al difundir la fotografía en cuestión era hacer reír a la teleaudiencia del programa. No hay duda de que la difusión, a través de una fotografía, de la imagen alterada del menor demandante para hacer reír a la teleaudiencia, no es ficción ni aporta a la atmósfera de discusión amplia, franca y depurada de ideas y opiniones, útil como crítica social que pretende proteger la libre expresión.[…] Tampoco se trata de una leve intromisión en la intimidad en su vertiente del derecho a la propia imagen del menor demandante.[738]

Otro caso que atendió el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico referente al derecho a la propia imagen de un menor de edad lo fue el caso *Vilmarie Carrasquillo Ortiz v. Partido Nuevo Progresista.* Los hechos de este caso surgieron con motivo de la

[734] *Id*. en la pág. 7.
[735] *Id.*
[736] *Id* en las páginas 2 y 3.
[737] *Id* en la página 13.
[738] *Id.* en las páginas 14 y 15.

celebración de un referéndum sobre una posible enmienda a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para limitar el derecho a la fianza. El Partido Nuevo Progresista (en adelante, PNP) generó una campaña a favor de la enmienda propuesta. El PNP, en su campaña de medios, publicó un anuncio utilizando la imagen de un menor de edad que estaba imputado de delito. Este anuncio leía como sigue: "En el referéndum, si tú no votas, ellos ganan, por tu seguridad, vota sí". La foto utilizada en el anuncio fue tomada por la prensa del país, quien luego la publicó en un rotativo. En la foto, se veía a un menor de edad esposado y escoltado por alguaciles saliendo del Tribunal de Primera Instancia. El PNP no tenía autorización del menor de edad, ni de sus progenitores para utilizar su imagen en la mencionada campaña política. Al ver la imagen de su hijo desplegada en la mencionada campaña, la madre del menor de edad presentó una demanda de entredicho provisional y de *injunction* preliminar y permanente para que se le ordenara al PNP retirar los anuncios que contenían la imagen del menor de edad. Las alegaciones de la demanda fueron amparadas en la protección del derecho a la intimidad del menor y de su familia que cobija la Constitución del Estado Libre Asociado. De su parte, el PNP se negó a retirar los anuncios y alegó que sus acciones estaban protegidas por el derecho a la libertad de expresión, además de que el menor no tenía una expectativa razonable de privacidad porque estaba saliendo del tribunal y que, de haberla tenido, había renunciado a ésta, al realizar un gesto con un dedo de su mano ante la cámara que captó la imagen.

El Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico coincidió en que, "en un tribunal o en sus afueras inmediatas", no existía una expectativa razonable de intimidad. Sin embargo, aclaró que eso no implicaba que las fotografías tomadas por la prensa podían ser utilizadas para otros fines que no fueran los fines informativos y mucho menos cuando se referían a un menor de edad como figura principal. El Tribunal de Apelaciones ejemplificó su planteamiento al aseverar que "una persona que se encuentre en una plaza pública no alberga una expectativa razonable de intimidad. Sin embargo, no podría utilizarse su imagen allí captada, para todo fin, sin autorización de dicha persona".

Sobre la alegación del PNP relativa a la renuncia del menor a su derecho a la intimidad al éste realizar un gesto con el dedo de su mano hacia la cámara que estaba tomando su imagen, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que una renuncia de un derecho fundamental podía realizarse válidamente si esta renuncia era "patente, específica,

inequívoca, […] voluntaria, inteligente y consciente". El Tribunal entendió que el gesto que realizó el menor de edad no podía valorarse como una renuncia a su derecho a la intimidad porque se desconoce el significado que éste le otorgó al gesto. Además, el Tribunal determinó que había una consideración muy importante a la cual no se le había dado la relevancia que ameritaba y ésta era la relativa a la minoridad del afectado. Con relación a este aspecto, el Tribunal significó lo siguiente:

> Se nos plantea la alegada renuncia de un derecho constitucional de un menor de edad. Ello de por sí derrota la idea de que exista aquí una renuncia patente, específica, inequívoca que pueda ser voluntaria, consciente e inteligente. Un menor no tiene la capacidad legal para ello. Tiene que ser suplida por sus padres, quienes ostentan la patria potestad.

Estas expresiones sugieren que los menores de edad, aunque tengan madurez suficiente, no tienen la capacidad para poder renunciar a sus derechos de la personalidad, a menos que lo hagan a través de sus progenitores con patria potestad. Se entiende que la adjudicación final de las controversias fueron correctas en derecho; por el contrario, en el análisis sobre la capacidad del menor de edad, el Tribunal erró al expresar rotundamente que los menores no tenían capacidad para otorgar contratos, ni para otorgar testamentos. Esa premisa de incapacidad absoluta es incorrecta tal y como se discutiera en el Capítulo II de esta investigación. Precisamente en esta línea, conviene señalar que no se consideraron las legislaciones existentes respectivas a las nuevas tecnologías informáticas, las cuales les permiten a los menores de edad de trece años o más otorgar contratos con las redes sociales sin el consentimiento del guardián legal.

El caso de *Vilmarie Carrasquillo Ortiz v. Partido Nuevo Progresista* evidencia cómo al Ordenamiento Jurídico puertorriqueño le falta mucho por lograr un andamiaje legal coherente con relación a los derechos de los menores de edad y su legítimo ejercicio. Las declaraciones de este caso pretenden anular totalmente la capacidad de obrar de un menor de edad sin aplicar regla de excepción alguna, ante el hecho contradictorio de que el menor a quien se le infringió el derecho a la intimidad y se le tomó la fotografía saliendo del tribunal estaba siendo juzgado como adulto en el ámbito penal.

Sobre este asunto, es menester reconocer que el Ordenamiento Jurídico español, ha afianzado algunos derechos fundamentales, mediante Leyes Especiales u Orgánicas,

reguladoras de su ejercicio y protección. En otros casos, han recibido la concreción y desarrollo vía jurisprudencial.[739] En España, esta consideración es imperativa por el rango constitucional del derecho a la propia imagen y del amparo a la niñez y a la infancia. Éste es el caso de la LO 1/1996, la cual dispone en su artículo 4.2 que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, el cual instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. De la misma forma, la Ley Orgánica 1/1982 avala esta protección, disponiendo en su artículo 1.1 que los derechos garantizados en el artículo 18 de la Constitución Española serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas.[740] En su artículo 4.3, establece que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Esta ley define el concepto de intromisiones ilegítimas en su artículo 7, disponiendo una serie de supuestos y de situaciones previstas por el legislador, las cuales quedarían protegidas de cualquier injerencia. Estas intromisiones ilegítimas serán abordadas subsiguientemente. Sin embargo, la misma normativa establece en su artículo 8.2 a) que el derecho a la propia imagen no impedirá la captación, reproducción o publicación de una imagen por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y ésta se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. Permite además la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social,[741] y la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.[742]

[739] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 341.
[740] Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, art. 1 (RCL 1982, 1197) (España).
[741] *Id.* en el art. 8.2 b).
[742] *Id.* en el art. 8.2 c).

En el Ordenamiento Jurídico de Puerto Rico, la Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, Ley del Derecho a la Propia Imagen, establece en su artículo 4 que el propietario del derecho a la propia imagen que encuentre que el mismo ha sido violentado tendrá disponible el remedio de interdicto, así como una acción en daños y perjuicios.[743] Sin embargo, en su artículo 8, establece unas excepciones en las cuales la ley no aplica. Esta ley no aplica cuando se utilice la imagen de una persona como parte de un reportaje noticioso, expresión política, transmisión de evento deportivo o artístico, o una presentación que tenga un interés público, no con propósitos comerciales o publicitarios. Además, esta ley no aplica cuando se utilice la imagen de una persona como parte de una sátira o parodia en la cual el propósito principal del uso de la imagen no sea uno comercial o publicitario, ni cuando se utilice la imagen con propósitos de crítica o comentario académico o investigativo, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la imagen protegida.[744] Esta ley le concede inmunidad limitada a los dueños o empleados de cualquier medio en el que aparezca la imagen de una persona en violación de la ley, excepto en el caso que se establezca el que tenían conocimiento de que el uso de esa imagen se hizo sin la autorización requerida.[745]

a. Ámbito de protección ante intromisiones ilegítimas de las que son víctimas los menores

El artículo 2.1 de la LO 1/1982 establece que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.[746] Se estima razonable admitir que los derechos de la personalidad reconocidos por este artículo están determinados por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus reglas de comportamiento. De esta forma,

[743] 32 LPRA § 3153 (2012). Cabe señalar que esta Ley, al tener el propósito de amparar la explotación comercial/publicitaria de la imagen, amplía el concepto más allá de una fotografía o retrato para incluir al nombre, voz, firma, atributo o cualquiera otra representación de una persona que sirva para identificarla ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción. 32 LPRA § 3151 c) (2012).
[744] 32 LPRA § 3157 (2012).
[745] 32 LPRA § 3152 (2012).
[746] Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, art. 2.1 (RCL 1982, 1197) (España).

se le permite al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables, según los tiempos y las personas.[747]

A este respecto, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS han esgrimido que estas salvedades quieren significar que las leyes y los usos sociales pueden tolerar o prohibir determinadas intromisiones y que lo mismo podría ocurrir con el propio comportamiento de la persona, aunque entienden que este último criterio podría ser discutible, ya que el que una figura pública revele ciertas intimidades de su vida amorosa no legitimaría el que se divulguen información posterior u otros aspectos de su vida.[748]

De esta misma forma, se expresó el Tribunal Supremo español en su Sentencia 756/2010, de 1 de diciembre de 2010, en la cual avaló la afirmación de la sentencia recurrida, en el sentido de que sea "una persona de gran notoriedad o popularidad no significa que no tenga su parcela de privacidad, un ámbito reservado de su vida, que no tiene por qué ser dado a conocer al público en general, si no presta su consentimiento expreso al efecto".[749] Asimismo, advirtió que el factor sobre la veracidad de la información resulta indiferente en la ponderación de derechos en colisión.[750]

Ahora bien, en el artículo 2.2 de la LO 1/1982, se regula lo relativo al consentimiento que autorizaría una intromisión ilegítima en el ámbito protegido y se establece que se permite cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.[751] Este

---

[747] *Id.* en la Introducción.
[748] DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en las págs. 356, 357.
[749] STS de 1 de diciembre de 2010, FJ 4 B(i) (RJ 2011/1172).
[750] *Id.* en el FJ 4 B(ii).
[751] La Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, adicionó un inciso final al artículo 2, párrafo 2, de la LO 1/1982. El artículo lee como sigue:

> 2.2 No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

Esta adición ocurre para conformar la Ley con lo esgrimido en el artículo 71 de la Constitución, en sus incisos 1 y 2, el cual garantiza la inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y actividades realizadas durante el período de su mandato.

consentimiento será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.[752]

Por su parte, el artículo 7, como se advirtiera anteriormente, recoge en términos de razonable amplitud una serie de supuestos de intromisiones e injerencias ilegítimas, estableciendo los siguientes:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.[753]

[752] Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, art. 2.3 (RCL 1982, 1197) (España).
[753] *Id.* art. 7v.

Por el contrario, en el artículo 8, se señalan aquellas circunstancias o casos en los cuales ciertas injerencias o intromisiones no podrían ser consideradas ilegítimas en virtud del interés público que ostentan, estableciéndose que no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas a las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.[754] Además, como se discutiera anteriormente, permite la captación, reproducción y publicación de imágenes de figuras con notoriedad o proyección pública y la utilización de sus caricaturas de acuerdo con el uso social,[755] así como aquéllas que aparezcan meramente como accesorias en sucesos públicos.[756]

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional español se expresó con relación a las imágenes de los menores de edad como figuras accesorias en sucesos públicos y expuso lo siguiente:

> [T]ratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la mencionada Ley de protección del menor […].[757]

Sobre el asunto de las caricaturas, se debe advertir que en la STC de 23/2010, de 27 de abril, el Tribunal Constitucional español clasificó a los fotomontajes como caricaturas y determinó que un fotomontaje podría ser considerado una manipulación satírica protegida por la libertad de expresión o libertad de creación artística cuando responde a valores de ámbito político y social que benefician a la evolución pluralista y democrática de la sociedad.

El caso sobre el cual se expresó el Tribunal Constitucional español trataba sobre un reportaje que utilizó un fotomontaje de alegado corte caricaturesco, sobre doña Isabel Iglesias Preysler publicado por la revista "Noticias del Mundo". Con el titular de *La doble*

---

[754] *Id.* art. 8.1.
[755] *Id.* art. 8.2 a).
[756] *Id.* art. 8.2 c).
[757] STS de 13 de julio de 2006, FJ 3 (RJ 2006/4969). Los antecedentes fácticos de esta sentencia están relacionados a la imposición del pago de una indemnización al diario "La Opinión de Murcia, S.A." por los daños y perjuicios causados al difundir la imagen de un menor de edad con deficiencias auditivas sin consentimiento alguno. La fotografía del menor fue captada en el aula de un centro de niños con discapacidades auditivas y el reportaje periodístico fue titulado "Discapacitados". *Véase* STC de 25 de junio de 2009, FJ 6 (RTC 2009/158).

de Chabeli se desnuda, aparecía un fotomontaje que colocaba la cabeza y el rostro de la recurrente al cuerpo de otra mujer. El cuerpo utilizado para el fotomontaje estaba cubierto exclusivamente con un tanga. El texto que acompañaba a la fotografía indicaba que la imagen correspondía a una bañista de asombroso parecido con la señora Iglesias. Además, se exhortó a los lectores a responder una encuesta que pretendía decidir si los pechos de *la auténtica Chabeli* eran más o menos bonitos que los del cuerpo de la mujer del fotomontaje.

Ante esos hechos, el Tribunal Constitucional español distinguió que, si el fotomontaje carece de interés público y se utiliza como instrumento de escarnio, degradación, difamación o como mero mecanismo económico, no se justificaría "la intromisión en el derecho a la propia imagen, de tal modo que si se usa ésta sin consentimiento de su titular puede resultar lesionado el citado derecho fundamental garantizado en el art. 18.1 CE".[758]

Ahora bien, sin dejar de atender los supuestos que podrían redundar tanto en actos de intromisión ilegítima como de intromisión legítima que le son de aplicabilidad a todo individuo, en el caso específico de los menores de edad, se debe además reiterar y conformar el ámbito delimitado por la LO 1/1982 con lo esgrimido en la Ley Orgánica 1/1996. La LO 1/1996, en su artículo 4.2, establece que la difusión de información o la utilización de "imágenes o nombres de los menores" en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.[759] Según esta ley, se considera una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso "si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

[758] STC de 27 de abril de 2010, FJ 5 (RTC 2010/23).
[759] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 4.2 (BOE-A-1996-1069) (España).

La prohibición de la difusión de imágenes y datos referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del mismo menor, se realizó con el propósito de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la LO 1/1982. Esta salvaguarda se establece por entenderse que el menor puede ser objeto de manipulaciones, incluso por sus propios representantes legales y por personas pertenecientes al entorno que los rodea.[760]

Estas previsiones de protección hacia el menor de edad y sus derechos de la personalidad son indispensables en la sociedad informática, ya que en el fulgor y frenesí de la fama se encuentran inmersos muchos menores de edad, los cuales han encontrado en las plataformas de los medios virtuales un escenario propicio para saciar la desenfrenada necesidad de ser vistos, reconocidos y 'admirados'. Ante este panorama, es imperativo que los progenitores y tutores sean los primeros en respetar el derecho a la propia imagen del menor de edad, evitando su exposición en perfiles y álbumes electrónicos públicos. Por consiguiente, se le deberá orientar al menor sobre el respeto al derecho a la propia imagen de los demás y sobre la solicitud de autorización previa para insertar fotos de terceros a la red.

b. Los rasgos biométricos más almacenados con el uso de la web

A los datos recopilados a través de sistemas de identificación y autenticación basados en los rasgos distintivos de un individuo específico con el objetivo de realizar identificaciones futuras se les denominan como datos biométricos.

> Estos datos pueden definirse como propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una sola persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad.[761]

[760] *Id.* en la Exposición de Motivos.

[761] Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales, 01248/07/ES (WP 136), adoptado el 20 de junio de 2007, en la pág. 9. Este dictamen fue realizado por el Grupo de Protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Este grupo también fue denominado como el Grupo de Trabajo del Artículo 29. Éste fue un organismo consultivo creado por la Unión Europea para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Las funciones de este grupo se describen en el artículo 30 de la derogada Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la derogada Directiva 2002/58/CE.

Con mucha afinidad terminológica, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), ha concebido a los 'datos biométricos' de la forma siguiente:

> [D]atos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos[…][762]

Por consiguiente, los datos biométricos se consideran información personal cuando vinculan e identifican cierta información con una determinada persona. Los datos biométricos se pueden almacenar de diversas formas. Se puede almacenar una fotografía de la cara de un individuo, su huella dactilar o una grabación de su voz o se pueden extraer ciertos rasgos para ser colocados en una plantilla biométrica [763] o "en registros de datos denominados firmas, patrones o *templates*"[764]. Ahora bien, se debe precisar que la identificación a través de datos biométricos no es 100% precisa como lo es una clave o contraseña. Sobre este asunto, la Agencia Española de Protección de Datos puntualiza las posibles imprecisiones con el siguiente tenor:

> A diferencia de los procesos basados en contraseñas o certificados, que es 100% precisa (p. ej. una clave puede ser correcta o no serlo), la identificación/autenticación biométrica se basa en probabilidades (p. ej. una huella digitalizada proporcionará una correspondencia al 96% con un individuo). Existe una determinada tasa de falsos positivos (da por buena una suplantación) y falsos negativos (rechaza a un individuo autorizado).[765]

---

[762] Art. 4, Definición 14 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
[763] UNIÓN EUROPEA-GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, Dictamen 3/2012, sobre la evolución de las tecnologías biométricas, 00720/12/ES (WP 193), adoptado el 27 de abril de 2012.
[764] 14 EQUÍVOCOS CON RELACIÓN A LA IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICACIÓN BIOMÉTRICA 1(2020), https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-06/nota-equivocos-biometria.pdf (consultado el 5 de abril de 2021).
[765] *Id.* en la pág. 2.

Aunque estos procesos no sean infalibles, será importante identificar aquellos rasgos biométricos que son más almacenados en el uso de la red informática. Estos datos biométricos son los siguientes:

Las huellas dactilares - Los datos biométricos de la huella dactilar se adquieren generalmente cuando un sujeto presiona la parte superior de su dedo contra una placa de vidrio, pero la imagen de la huella en sí no se almacena. Se almacena la información sobre la ubicación relativa de las crestas, bifurcaciones peculiares de la imagen del dedo, en un archivo de base de datos. Esta información será comparada con otros datos recopilados para autenticar a un usuario específico.[766] Estos datos son fáciles de recopilar en los equipos tecnológicos sensitivos al tacto y se facilitan cuando se usa la huella dactilar como contraseña.

La geometría de las manos - Los datos biométricos de la geometría de las manos se adquieren al medir sus características generales consistentes en la longitud, la anchura y los patrones de las venas en la palma de la mano.[767]

La geometría de las orejas - Los datos biométricos de la geometría de las orejas se adquieren al medir sus características generales consistentes en la longitud, la anchura y los patrones de las venas de las orejas.[768]

La imagen de la retina - Los datos biométricos de la retina consisten en el uso de escáneres de retina que recopilan los patrones únicos de los vasos sanguíneos en la parte posterior del ojo. La plantilla resultante de este registro puede producir una imagen para fines de autenticación.[769]

La imagen del iris - La biometría del iris implica la captura de imágenes del iris del ojo, utilizando una cámara de vídeo para producir una imagen única. Los datos biométricos de la retina y el iris se consideran generalmente más precisos que otros tipos

[766] SUSAN YOUNG & DAVE AITEL, THE HACKER'S HANDBOOK: THE STRATEGY BEHIND BREAKING INTO AND DEFENDING NETWORKS 150 (2003).
[767] *Id.* en la página 151.
[768] *Id.*
[769] *Id.*

de datos biométricos utilizados en la identificación o autenticación.[770] El iris permite unas características de identificación mucho más precisas, únicas y exclusivas que las mismas huellas dactilares.[771]

El reconocimiento de voz - Los datos biométricos del reconocimiento de voz se adquieren identificando el sistema de longitudes de onda, capturando los tonos nasales sensores de audio para producir un archivo de referencia.[772]

El reconocimiento facial - El reconocimiento facial se logra generalmente a través de la descripción de la estructura o diagrama de la cara, la relación y el tamaño de cada uno de sus componentes (el pelo, las cejas, los ojos, la nariz, la boca y la barbilla o el mentón) y la identificación de cualquier atributo o distintivo específico.[773]

La dinámica del uso del teclado o biometría del tecleo - La biometría del tecleo estudia y recoge patrones relacionados a la forma y los tiempos de duración del pulsar y soltar una tecla del equipo telemático utilizado.[774] Cada individuo tiene una forma peculiar y distintiva de ejercer esta dinámica, la cual puede ser identificada.

Cabe recordar que la tecnología de reconocimiento facial ha sido integrada en los servicios de la red informática y en los teléfonos móviles denominados como teléfonos inteligentes. Este tipo de servicio facilita la identificación, la autenticación, la verificación o la categorización de las personas.[775] Ahora bien, si se discute específicamente lo

---

[770] *Id.*

[771] MARCOS FAÚNDEZ ZANUY, TRATAMIENTO DIGITAL DE VOZ E IMAGEN Y APLICACIÓN A LA MULTIMEDIA, 199 (2000).

[772] SUSAN YOUNG & DAVE AITEL, THE HACKER'S HANDBOOK: THE STRATEGY BEHIND BREAKING INTO AND DEFENDING NETWORKS 151 (2003).

[773]SAM S. RAKOVER & BARUCH CAHLON, FACE RECOGNITION: COGNITIVE AND COMPUTATIONAL PROCESSES 18 (2001).

[774] Ki-seok Sung & Sungzoon Cho, *GA SVM Wrapper Ensemble for Keystroke Dinamics Authentication*, en ADVANCES IN BIOMETRICS 254 (David Zhang & Anil K. Jain eds., 2006).

[775] Se debe indicar que el tratamiento de datos biométricos se permite para la emisión del Documento Nacional de Identidad electrónico o del Pasaporte. El artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, otorgó la potestad de incluir lo datos biométricos necesarios para lograr una identificación más completa del sujeto. El artículo 10.5 precisa lo siguiente:

> El pasaporte llevará incorporado un chip electrónico que contendrá la siguiente información referida a su titular: datos de filiación, imagen digitalizada de la fotografía, impresiones dactilares de los dedos índices de ambas manos, o los que en su defecto correspondan conforme al siguiente orden de prelación: medio, anular o pulgar.

respectivo a la imagen de una persona, se debe advertir que, cuando ésta se somete a un sistema de reconocimiento facial, la plantilla de su imagen se almacena o registra en la red. Esta plantilla podrá ser utilizada posteriormente para comparaciones que casi siempre tienen el fin de la identificación del individuo titular de la imagen o de asignarle un porciento comparativo.

Por consiguiente, una plantilla de una imagen de una persona es un dato personal cuando contiene una serie de características y atributos distintivos del rostro de una persona y se almacena como una referencia que viabilice las comparaciones futuras en procesos de identificación. Sin embargo, una plantilla de una imagen no se considerará información personal cuando se utilice exclusivamente para categorizar y no contenga información suficiente para identificar a una persona. Un ejemplo del sistema de categorización es establecer si la imagen de la plantilla consiste en la de un hombre o una mujer. De otra parte, si dicha plantilla estuviese asociada al perfil o a la imagen directa de una persona identificable se consideraría información personal porque de categorización pasaría a servir de verificación de identidad.

En consonancia con lo anterior, se debe considerar que los proveedores de servicios de las plataformas de las redes sociales les brindan a los usuarios el servicio de poder adjuntar imágenes a sus perfiles y el poder adjuntar fotografías o imágenes digitales de otros usuarios y de personas no registradas. Incluso, se le permite a los usuarios registrados etiquetar las fotos de otras personas. Este sistema de etiquetado consiste casi siempre en colocar el nombre o un alias del titular de la imagen. Esta imagen etiquetada queda a la disposición del proveedor de servicios de la red. Éste podría crear una plantilla de cada imagen etiquetada y utilizarla para sugerir la identidad de las nuevas fotografías que se publiquen con las mismas características y atributos faciales.[776]

De la misma forma, el Reglamento (CE) 2252/2004, de 13 de diciembre, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros, catapultó la integración de identificadores biométricos en los pasaportes o documentos de viajes con la intención de determinar un vínculo fiable entre el documento y su titular real. Así lo señala el acápite 3 del Reglamento:

> La armonización de las medidas de seguridad y la integración de identificadores biométricos constituye un importante paso en la utilización de nuevos elementos, de cara a futuros desarrollos a escala europea, para dotar de más seguridad al documento de viaje y establecer un vínculo más fiable entre el titular y el pasaporte y el documento de viaje como importante contribución para garantizar su protección contra el uso fraudulento.

[776] UNIÓN EUROPEA-GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO

Los proveedores de servicios de las redes sociales deberán advertirle claramente al usuario registrado que las imágenes que publique en la plataforma serán sometidas a un sistema de reconocimiento facial y podrán ser etiquetadas automáticamente. Por el contrario, las imágenes de los usuarios no registrados no deberán ser automáticamente etiquetadas porque no coincidirán con plantilla alguna autorizada. Además, se debe puntualizar que el consentimiento otorgado por el usuario registrado que publica una imagen no garantiza una base legal legítima para el tratamiento de los datos personales de otras personas no registradas que pudieran aparecer en una imagen publicada por éste. El no hallar coincidencias con plantillas autorizadas previamente debería ser razón suficiente para que el responsable del tratamiento de datos elimine todas las plantillas de usuarios no registrados.[777]

Sobre la legalidad del uso de fotografías para extraer plantillas biométricas, el Dictamen 3/2012, sobre la evolución de las tecnologías biométricas del Grupo de Trabajo del artículo 29, estableció lo siguiente:

> Las fotografías en internet, en las redes sociales, en aplicaciones de puesta en común o de gestión de fotos en línea no podrán tratarse con el fin de extraer plantillas biométricas ni registrarse en un sistema biométrico a fin de reconocer a las personas de las imágenes automáticamente (reconocimiento facial) sin una base jurídica específica (por ejemplo, consentimiento) para esta nueva finalidad. Si existe una base jurídica para dicha finalidad secundaria, el tratamiento también deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con dicha finalidad. Si un interesado ha consentido en que las fotografías en las que aparece puedan tratarse para etiquetarle automáticamente en un álbum de fotografías en línea con un algoritmo de reconocimiento facial, este tratamiento deberá efectuarse de forma favorable a la protección de datos: los datos biométricos que no sean necesarios tras el etiquetado de las imágenes con el nombre, alias o cualquier otro texto especificado por el interesado deberán suprimirse. La creación de una base de datos biométricos permanente no es a priori necesaria para este fin.[778]

29, en la página 3 del *Dictamen 02/2012 sobre reconocimiento facial en los servicios en línea y móviles*, 0727/12/ES (WP 192), adoptado el 22 de marzo de 2012.

[777] UNIÓN EUROPEA-GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 02/2012 sobre reconocimiento facial en los servicios en línea y móviles,* 0727/12/ES (WP 192), adoptado el 22 de marzo de 2012, pág. 6.

[778] UNIÓN EUROPEA-GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 3/2012, sobre la evolución de las tecnologías biométricas,* 00720/12/ES (WP 193), adoptado el 27 de abril de 2012, pág. 8.

Por consiguiente, al indexar fotos a las plataformas de las redes sociales desde edades muy tempranas, se incorpora la historia de las transformaciones faciales de un individuo a través de plantillas que se registran en un archivo telemático al cual el usuario no tiene acceso ni control. El posible daño o invasión se magnifica cuando los rasgos almacenados de un menor de edad se han archivado en algún lugar en la red por la difusión pública de una ingente cantidad de imágenes suyas sobre las cuales no consintió a su difusión.

CAPÍTULO V.

LOS DEBERES DE LOS PROGENITORES Y LOS TUTORES ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A. El deber de vigilancia y educación de los progenitores o tutores

Mientras los ordenamientos jurídicos intentan conformar sus legislaciones a los avances impetuosos de las nuevas tecnologías informáticas y por ende a los nuevos retos de protección que salvaguarden los derechos de los menores de edad, los progenitores o tutores deberán educar y empoderar al menor de edad en su actividad y convivencia virtual. Esto responde a que nuevos conceptos de sociedades despuntan como nuevas alternativas de socialización y aprendizaje, pero también como nuevos medios de actividades arriesgadas e ilegítimas. La profesora y psicóloga, ANITA E. WOOLFOLK, destaca en su libro *Psicología educativa* que, en la actualidad, hay otra fuente de abuso contra los menores de edad y que esta fuente es indiscutiblemente el internet.[779]

Es por tal motivo que se hace imperativo explorar las responsabilidades que tienen los progenitores o tutores ante la participación de sus hijos e hijas, tutelados o tuteladas menores de edad en la sociedad de la red informática. Esta encomienda obliga a examinar las fuentes jurídicas que imputan el deber de velar, educar y proteger los mejores intereses del menor de edad a cargo a los guardianes legales.

En tal sentido, la Constitución Española en su artículo 39.3 establece que los progenitores deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Por su parte, el Código Civil español establece en su artículo 154 que "[l]os hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores"[780] y que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad.[781]

---

[779] ANITA E. WOOLFOLK, PSICOLOGÍA EDUCATIVA 94 (2006).
[780] CÓD. CIV. ESP. art. 154.
[781] El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere,

Tanto en el Ordenamiento Jurídico español[782] como en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, ambos progenitores tendrán igualdad en el derecho y el ejercicio de la patria potestad.[783] De hecho, los tribunales favorecerán la conservación de esta paridad, a menos que se pueda evidenciar que uno de los progenitores podría menoscabar las condiciones que propugnan el mejor interés del menor.

Si bien, el concepto de patria potestad no está definido categóricamente en el Código Civil español, el Código Civil puertorriqueño intenta definirlo en su artículo 589 al disponer que "[l]a patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes de los hijos, desde que estos nacen hasta que alcanzan la mayoría de edad u obtienen su emancipación". No obstante, esta definición guarda mucha similitud con la esbozada anteriormente por la doctrina civilista que trató de fijar la naturaleza de la institución de la patria potestad con 'algo' de claridad al significarla como: "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos menores no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole"[784].

Entendiendo que la patria potestad es una institución con una función tuitiva que "deberá ejercerse siempre a beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad".[785] Esta consideración doctrinal ha sido recogida por el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 31 de diciembre de 1996, indicando que:

> La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por DERECHOS, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil. El

tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Además, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 señala que, "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes […]."

[782] CÓD. CIV. ESP. art. 156.

[783] CÓD. CIV. PR arts. 592, 593 (2020).

[784] JOSÉ M. CASTÁN VÁZQUEZ, LA PATRIA POTESTAD 9, 10 (1960). CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, DERECHO DE FAMILIA 350 (2011). Rodríguez Mejías v. E.L.A. 122 DPR 832, 836 (1988).

[785] *Id.*

> carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor.[786]

La característica de función tuitiva de la patria potestad fue fortalecida por la reforma del Código Civil español realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Esta conceptualización de la patria potestad como una institución con deberes tuitivos de guarda, amparo, protección y educación dejó atrás al poder absoluto del *paterfamilia*. Sin embargo, es indubitable que este sesgo jurídico se ladeó palmariamente a partir de la LO 1/1996[787] y se fortaleció con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los corolarios legales preminentes en estas legislaciones se sustentan en la mímesis del principio relativo a la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés en conflicto.

Conviene poner de manifiesto que los deberes impuestos de manera explícita a la institución de la patria potestad se han considerado con el único fin de facilitarle el cumplimiento de los deberes exigidos y de su función primordial de protección y amparo a los progenitores.[788] Es por tal motivo que los artículos 154.1 y 154.2 del Código Civil español exponen que la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

> 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
> 2. Representarlos y administrar sus bienes.
>
> Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.
>
> Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

[786] STS de 31 de diciembre de 1996, FJ 4 (RJ 1996/9223).
[787] BERNARDO MORENO QUESADA, *supra* nota 229, en la pág. 206.
[788] INMACULADA GARCÍA PRESAS, LA PATRIA POTESTAD 18-20 (2013).

Sin embargo, en el ejercicio y cumplimiento de estos deberes y facultades, los progenitores disponen de "un margen de decisión lo suficientemente amplio como para actuar guiados por el interés del menor, sin tener que renunciar a su particular visión del mundo, creencias y principios"[789]. Obviamente, si las creencias de los progenitores advinieran en posibles causales de daños a los menores de edad a cargo, al analizarse las correspondientes conductas se aplicará el estándar de precaución de prudencia y diligencia del buen padre o madre de familia.

En esta avalancha de conceptos jurídicos indeterminados, emerge también el deber de vigilancia sin precisarse su naturaleza ni sus límites. Debido a estas imprecisiones e indeterminaciones, GARCÍA PRESAS reconoce al deber de vigilancia como un deber genérico de protección[790]. No obstante, lo anterior, el deber de vigilancia de los progenitores hacia sus hijos e hijas menores de edad se proyecta como un abanico de supuestos de toma de decisiones atinentes al ámbito de la familia, la salud (tratamientos curativos y preventivos), la seguridad, la escuela y el debido uso de las tecnologías informáticas.

Por otro lado, se debe subrayar que la facultad de representación que se le reconoce a los progenitores en este artículo se tiene que conformar a la limitación que se aduce en el artículo 162.1,[791] el cual dispone que se exceptúan de representación a los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo o hija, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda ejercitar por sí mismo.[792]

---

[789] Verónica Nevado Catalán, *Responsabilidad civil de los progenitores por infracción del deber de velar por sus hijos,* 36 REV. JUR. UAM, 281-311 (2017).
[790] GARCÍA PRESAS, *supra* nota 788, en la pág. 18.
[791] CÓD. CIV. ESP. art. 162.1. Sobre la concepción de exclusión de los derechos de la personalidad de la representación cuando el menor de edad cuente con madurez suficiente, ESPÍN CÁNOVAS señaló lo siguiente: "Los derechos de la personalidad merecen especial protección en esta norma, siendo innovación su expresa exclusión." DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. IV, pág. 463 (8va. ed. 1984).
[792] Sobre el exceptuar los derechos de la personalidad del menor o la menor a la representación de los progenitores, ESPÍN CÁNOVAS señala que de esta regla "resulta una amplia atribución de capacidad al menor, ya que los derechos de la personalidad comprenden una amplia serie de derechos, […]." DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. I, pág. 289 (8va. ed. 1982). De esa manera, se ha señalado que, al excluir a los derechos de la personalidad del menor de la representación legal de los progenitores con patria potestad, podría concluirse que se ha reconocido, a "sensu contrario", un ámbito de capacidad de obrar al menor de edad no emancipado. GARCÍA PRESAS, *supra* nota 788, en la pág. 43.

Sobre el exceptuar los derechos de la personalidad del menor a la representación de los progenitores, ESPÍN CÁNOVAS señala que de esta regla "resulta una amplia atribución de capacidad al menor, ya que los derechos de la personalidad comprenden una amplia serie de derechos […]"[793]. De esa manera, se ha señalado que, al excluir a los derechos de la personalidad del menor maduro de la representación legal de los progenitores con patria potestad, podría reiterarse que se ha reconocido, a *sensu contrario*, un ámbito de capacidad jurídica (España) o de obrar (Puerto Rico) al menor de edad no emancipado.[794]

Tal y como se mencionara anteriormente, fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil español en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la que estableció el ejercicio compartido de la patria potestad y el reconocimiento y respeto a los derechos de la personalidad del menor de edad.[795] Sin embargo, esto no quiere decir que los progenitores podrán desvincularse de este aspecto de la vida del menor, ni de situaciones que pudieran atentar contra los derechos de su personalidad, ya que su participación consistirá en asegurarse de que estos derechos no sean transgredidos ni vulnerados. Sobre este asunto, RUBIO SAN ROMÁN señala que, "en cuanto a los derechos personalísimos la excepción a la representación tiene siempre carácter absoluto y no actúa en los casos en que el hijo no tenga suficiente madurez para el total y libre ejercicio de sus derechos[…]".[796] Es por esto que, con relación a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos e información personal de los menores, el artículo 4, inciso 5 de LO 1/1996, le imputa a los progenitores o tutores y a los poderes públicos el deber de respetar estos derechos y de protegerlos frente a posibles ataques de terceros.[797] De la misma forma, se contempla la protección de datos e información personal de los menores de edad, tanto al establecer la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones como al disponer que la difusión de información o la utilización de imágenes o del nombre del menor en los medios de

[793] DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, VOL. I, pág. 289 (8va. ed. 1982).
[794] GARCÍA GARNICA, *supra* nota 792, en la pág. 43.
[795] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE-A-1981-11198) (España).
[796] José Ignacio Rubio San Román, *De la representación legal de los hijos,* en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL II-VOL.2, 1503 (Joaquín Rams Albesa y Rosa M. Moreno Flórez, coords., 2000).
[797] Ley Orgánica 1/1996, de 15, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 4(5) (BOE-A-1996-1069) (España).

comunicación pudieran implicar una intromisión ilegítima en su intimidad u honra o por ser contraria a sus intereses.

De su parte, el Código Civil puertorriqueño establece las facultades y deberes de los progenitores con patria potestad en sus artículos 589 y 590. Estos artículos disponen que los progenitores tienen respecto al hijo no emancipado el deber de: vigilancia, compañía, alimento y todo "lo necesario para su desarrollo y formación integral", "el inculcarle valores y buenos hábitos de convivencia" y el enseñarle a respetarse a sí mismo y a las otras personas, "corregirlo y disciplinarlo según su edad y madurez intelectual y emocional y castigarlo moderadamente o de una manera razonable". Igualmente, se incluyen, como deberes de la patria potestad, el deber de representación en toda aquella situación o acción que pueda beneficiar al menor y "en aquellas en las que comparece como demandado".[798]

Cabe destacar que, la facultad de corregir y castigar a los hijos es una norma que el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño emuló del Ordenamiento Jurídico español. Empero, mientras el Código Civil español en su reforma de 1981 impartió un matiz pedagógico al acto de corregir[799] y eliminó este inciso por entender que podía propiciar el maltrato, el Código Civil puertorriqueño lo ha mantenido vigente, incluso en su última versión del año 2020.

Ahora bien, mientras el Código Civil español impone unas limitaciones concernientes al ejercicio de los derechos de la personalidad a los progenitores, el Código Civil puertorriqueño guarda silencio y no establece disposición alguna al respecto. Esta carencia de acotación es alarmante en un mundo mediático globalizado porque, en muchas ocasiones, son los mismos progenitores los que exponen en las redes sociales la intimidad e imagen del menor de edad a cargo y en algunas de estas exposiciones se avasalla sin pudor alguno su honra.

En cambio, la concepción primaria de la patria potestad como función que "conlleva una doble vertiente de deber/derecho, teniendo presente que el derecho se

[798] CÓD. CIV. PR art. 590 (2020).
[799] LUIS DÍEZ-PICAZO & ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, SISTEMA DE DERECHO CIVIL 293 (7ma ed. 1998).

otorga, únicamente para facilitar el cumplimiento del deber"[800], se mantiene tanto en el Ordenamiento Jurídico español como en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño. En ambas jurisdicciones redunda el ejercicio de la institución en el mejor bienestar e interés del menor de edad y se concibe paralelamente a lo propugnado por PUIG PEÑA al puntualizar lo siguiente:

> [L]a patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el Estado reconoce en los padres respecto de los hijos, en beneficio de éstos "siendo pues caracteres de la patria potestad los siguientes "(a) constituye, ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa [ni renunciada] puesto que está asignada a los padres en virtud de los supremos principios de la moral familiar y razón social del Estado, que la articula en ellos como sujetos a quienes corresponden con exclusividad; (b) esta obligación es de carácter personal no pudiendo ser realizada a través de un tercero . . . (c) además es intransferible; no puede el padre transmitir a un tercero en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos…; (d) finalmente representa una obligación positiva de tracto continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad.[801]

El despliegue prolijo y eficaz en el cumplimiento de la patria potestad con sus características de ser irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, como destaca PUIG PEÑA, conllevará los sacrificios necesarios de parte de los progenitores en vías de empoderar a un menor de edad en su transformación de ciudadano integral. Este sentido de sacrificio como manifestación de la dedicación necesaria en el cumplimiento de los deberes impuestos, lo enfatizó el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Llopart v. Mesorana*. En esta opinión, el Tribunal Supremo puertorriqueño expuso lo siguiente:

> [L]os padres […] están obligados a sacrificarse por sus hijos, a procurar su felicidad, a cuidar de su educación, de su desarrollo moral, intelectual y físico, y a prepararlos, en suma, para asumir las eventualidades y responsabilidades del porvenir, en el seno de la familia y en el campo más amplio de la sociedad.[802]

---

[800] GARCÍA PRESAS, *supra* 788, en la pág. 24.
[801] 2-II FEDERICO PUIG PEÑA, TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL 152-154 (1951).
[802] Llopart v. Mesorana, 49 DPR 250, 254 (1935) (énfasis suplido). *Véase* Soto Cabral v. E.L.A., 138 DPR 298, 323 (1995).

Si se analiza la expresión correspondiente al deber de preparar al menor de edad para asumir responsabilidades futuras en el "campo más amplio de la sociedad", se denotará la obligación vigente de empoderar al menor de edad en el uso juicioso y prudente de la red informática. Es por tal motivo que, no se puede ser selectivo en el ejercicio de los deberes que imponen la patria potestad y dejar al margen el ejercicio de estos deberes en el entorno de la sociedad informática. Máxime, cuando esta estructura virtual de comunicación representa uno de los referentes de aprendizaje y socialización más amplios para el menor de edad. Estos recursos tecnológicos les sirven a los menores como medio pertinente para ejercer su derecho a la libertad de expresión, su derecho de acceso a la información y su derecho a la educación. La prospección de prohibirle totalmente y determinantemente el acceso a la tecnología a los menores de edad y no educarlos ni empoderarlos en su uso adecuado, seguro y eficiente, conllevaría la desastrosa posibilidad de posicionar al menor de edad en cuestión en un estado de indefensión y maltrato.[803]

Ahora bien, ante escenarios de maltrato, la ausencia de progenitores que ejerzan la patria potestad o ante el deficiente ejercicio de la misma, se requiere que otras personas con plena capacidad de obrar desempeñen la función tutelar. La tutela, al igual que la patria potestad, consiste en ostentar los derechos y facultades en relación con la persona y/o bienes de un menor o de un incapacitado que le son atribuidos en beneficio del tutelado.[804]

En el Ordenamiento Jurídico español, los deberes propios de la tutela están esbozados en el artículo 228 del Código Civil español, el cual señala que el tutor debe velar y proteger la persona y los bienes del tutelado.[805] Es por tal motivo que se ha

[803] En Puerto Rico, teniendo en consideración el maltrato como una conducta potencial en el ejercicio de la guarda de menores de edad, se promulgó una la Ley 246/2011, de 16 de diciembre de 2011, Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores, la cual proscribe a todo acto u omisión intencional en el que incurra el padre, la madre o persona responsable del menor que ocasione o ponga en riesgo de sufrir daño o perjuicio a su salud e integridad física, mental y/o emocional. 8 LPRA §1101 (2012). En su artículo 39 v), esta ley señala que también se identificará como "maltrato de menores el que se permita que terceras personas ocasionen o ponga en riesgo de sufrir daño o perjuicio a la salud e integridad física, mental y/o emocional de un menor". Por lo tanto, si un menor de edad sin madurez suficiente sufriera daños a su integridad por discurrir por la red informática sin supervisión alguna, los llamados a protegerlos podrían incurrir en maltrato por omisión del cumplimiento de su deber de supervisión y vigilancia. 8 LPRA § 1101, art. 39 v) (2012).

[804] CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, DERECHO DE FAMILIA 350 (2011).

[805] El artículo 228 del Código Civil español establece que:

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

determinado que "[d]entro del ámbito personal, el tutor es el encargado de ejercitar las acciones propias de la defensa de la persona, como puede ser la defensa de los bienes de la personalidad [..]"[806]. Asimismo, se debe recordar que "[e]l tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por si solo o para los que únicamente precise asistencia."[807]

Mientras, en Puerto Rico, el artículo 122 establece que "[l]a tutela tiene por objeto la guarda y la representación de la persona incapaz y la administración de sus bienes, o solamente la administración de los bienes, según las limitaciones que determina la sentencia […]"[808]. Sobre aquellas personas que podrían ser tuteladas, el artículo 123 enumera las personas que son susceptibles a este tipo de amparo y señala que están sujetos a la tutela los menores de edad no emancipados "que no se encuentra bajo la patria potestad de sus progenitores".[809]

El Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Fernández Sánchez v. Fernández Rodríguez*[810] expresó que la tutela era una institución de defensa, de amparo o protección, similar a la patria potestad, con la que tiene muchos rasgos comunes. Este pronunciamiento fue remarcado por el alto foro puertorriqueño en el caso *González Hernández v. González Hernández,* en el cual el tribunal coincidió con la premisa de similitud entre ambas instituciones, pero añadió la diferencia causal con el siguiente pronunciamiento: "No obstante, a pesar de que la tutela y la patria potestad comparten características similares, ambas se diferencian principalmente en el diverso fondo que les da la vida"[811].

1. A velar por él y a procurarle alimentos.
2. A educar al menor y procurarle una formación integral.
3. A promover su mejor inserción en la sociedad.
4. A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida.
5. A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración.
6. A oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten.*

*CÓD. CIV. ESP. art. 228. No obstante, se deberá tener presente que el artículo 224 determina que son aplicable a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela. CÓD. CIV. ESP. art. 224.

[806] MALUQUER DE MOTES BERNET, *supra* nota 225, en la pág.138.

[807] CÓD. CIV. ESP. art. 225.

[808] CÓD. CIV. PR art. 122 (2020).

[809] *Id.* art. 123.

[810] Fernández Sánchez v. Fernández Rodríguez, 142 DPR 275, 280 (1997).

[811] González Hernández v. González Hernández, 181 DPR 746 (2011).

Precisamente, por los rasgos comunes protectores en conjunción al principio primordial del mejor interés del menor es que los progenitores o tutores tendrán igualmente la obligación de tomar todas las medidas necesarias de protección que eviten que un tercero pueda afectar de manera alguna la integridad y dignidad del menor para así asegurarle un desarrollo óptimo. Si los progenitores o tutores no ejercieran diligentemente los deberes impuestos por la patria potestad o la tutela, el Estado ejercerá su función de *parens patriae* y le dará amparo al menor de edad afectado. Lo anterior queda apercibido en el artículo 170 del Código Civil español, al promulgar que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.[812] Sobre las consecuencias de ejercer la patria potestad con *"desacierto y perjuicio",* el Tribunal Supremo español ha proclamado lo siguiente:

> [A]unque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.[813]

Esta posición se reitera en el artículo 172.1 del Código Civil español, al considerarse como situación de desamparo el que se incumpla o se ejerzan inadecuadamente los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o

[812] CÓD. CIV. ESP. art. 170.
[813] STS de 31 de diciembre de 1996, FJ 3 (RJ 1996/9223). *Véase* STS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478); STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108); STS de 9 de marzo de 1989 (RJ 1989/2030).

material". Es por tal motivo que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

De modo similar, el artículo 614 del Código Civil puertorriqueño establece que los tribunales podrán terminar o suspender la patria potestad si no se cumplen diligentemente con las obligaciones de velar por el bienestar y los mejores intereses del menor de edad, atendiendo los deberes dispuestos en el Código Civil y en las leyes especiales.[814] Siguiendo el mismo tenor, el artículo 615 instituye las causas por las cuales se puede privar, restringir o suspender la patria potestad;[815] se preceptúa el que no se cumpla con los deberes o facultades de la patria potestad y, en la letra (d), se proscribe como causa el faltar al deber de supervisión y cuidado del menor.[816]

B. La protección de los datos e información personal de los menores de edad en las administraciones escolares españolas y puertorriqueñas

Las noveles tecnologías informáticas enriquecen la dinámica de la enseñanza académica y estimulan el aprendizaje del educando, cautivando su atención de manera activa y vigorosa. Este dínamo virtual, muchas veces interactivo, se torna desafiante para aquellos educadores cuyos educandos sobrepasan "sus conocimientos y destrezas en el ámbito de las redes informáticas".[817] Esto ocurre porque, como se expusiera en el Capítulo I, muchos integrantes de "las nuevas generaciones han evolucionado inmersas en el mundo de la tecnología digital"[818]. Por consiguiente, el sistema educativo deberá adaptarse al devenir de los cambios sociales y las evoluciones del educando como ente activo en el paradigma de la sociedad informática y los progenitores y tutores deberán vigilar la legitimidad de esas adaptaciones.

---

[814] CÓD. CIV. PR art. 614 (2020).
[815] CÓD. CIV. PR art. 615 (2020). De la misma forma, el art. 172.1 del Código Civil español señala lo siguiente:

> Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

*CÓD. CIV. ESP. art. 172.1
[816] CÓD. CIV. PR art. 615(d) (2020).
[817] Annabelle Gutarra Cordero, *supra* nota 115, en la pág. 57.
[818] *Id.*

Esta vigilancia será indispensable y responderá al intento inmediato de adaptaciones itinerantes que las tecnologías informáticas han forzado a incorporar repentinamente a los sistemas educativos sin una evaluación minuciosa de los procesos administrativos ni de las metodologías didácticas requeridas. Peor todavía, muchas veces, estas adaptaciones se realizan sin una consideración rigurosa del régimen jurídico que protege a los menores de edad en armonía a los usos y tratamientos que puedan dárseles a sus datos e información de carácter personal[819].

Por ejemplo, en España, la dicotomía entre los datos e información de carácter personal requeridos legítimamente por los centros docentes y aquéllos solicitados ilegítimamente obliga a considerar la cohesión de las disposiciones reguladoras de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sobre todo en lo establecido en su Disposición adicional vigesimotercera, denominada *Datos personales de los alumnos,* en congruencia y coherencia con los principios establecidos en el Reglamento de la Unión Europea 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Además, se deberán considerar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en todo aquello que no contradiga o rebata al Reglamento de la Unión Europea 2016/679).

Por consiguiente, la variante del plano familiar al plano escolar no significará que los progenitores y tutores se desprenderán de sus deberes de educación y vigilancia respectivos a las tecnologías informáticas. Por el contrario, los progenitores y tutores deberán estar informados sobre el régimen jurídico concerniente al tratamiento de datos e información personal en el entorno académico y procurarán empoderar al menor de edad a cargo para que sus derechos no sean conculcados.

La pretensión no es argüir que los entes administrativos escolares y su personal docente tengan la intención de realizar actos ilegítimos con relación al acceso a la información que obra en el expediente académico del educando. La precaución subyace

[819] *Id.*

y se sustenta en las vaguedades reflejadas en el inciso 1 de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Este inciso dispone lo siguiente:

> Los centros docentes podrán recabar los datos personales de su alumnado que sean necesarios para el ejercicio de su función educativa. Dichos datos podrán hacer referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al desarrollo y resultados de su escolarización, así como *a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos.*[820]

La elasticidad y amplitud otorgada al tipo de información personal que los centros docentes pueden recabar al arrogarse el derecho de solicitar y compilar datos e información de carácter personal sobre "aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos", rebasa la maleabilidad del principio de transparencia[821] y minimización de datos[822] establecidos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (por sus siglas en español, RGPD). Este rebasamiento no es de extrañar porque el RGPD es posterior a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Sin embargo, esta ley está vigente como la norma reguladora en lo concerniente a los datos personales de los alumnos de los centros docentes españoles.[823] Por consiguiente, los progenitores y tutores

---

[820]Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (Inciso 1 de la Disposición Adicional Vigesimotercera) (BOE-A-2006-7899) (España) (énfasis suplido).

[821] Capítulo II, artículo 5, apartado 1, letra a) del REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

[822] *Id.* en el Capítulo II, artículo 5, apartado1, letra c).

[823] Esta legitimación para el tratamiento de datos de los centros docentes fue reconocida posteriormente al advenimiento del Reglamento General de Protección de Datos de 2016 por la Agencia Española de Protección de Datos con el pronunciamiento siguiente:

> Los centros docentes están legitimados por la Ley Orgánica de Educación de 2006 (LOE) para el tratamiento de los datos en el ejercicio de la función educativa. También están legitimados para el desarrollo y ejecución de la relación jurídica que se produce con la matriculación del alumno en un centro, así como por el consentimiento de los interesados, o de sus padres o tutores si son menores de 14 años, o por la existencia en los centros privados de intereses legítimos que, previa ponderación con los derechos y libertades de los afectados, se considere que prevalecen sobre éstos.*

deberán estar alertas de que por la falta de armonización entre ambas legislaciones no se transgredan los derechos a la intimidad del menor y a una debida protección de sus datos e información de carácter personal.[824]

En vías de evitar interpretaciones conflictivas sobre lo concerniente a la protección de datos e información de carácter personal de los estudiantes, la Agencia Española de Protección de Datos realizó una *Guía para los centros educativos*[825] y un *Informe sobre la utilización por parte de profesores y alumnos de aplicaciones que almacenan datos en la nube con sistemas ajenos a las plataformas educativas*[826]. Entre las recomendaciones más relevantes que puntualiza la *AEPD* se encuentra el deber de los centros escolares de "informar a los padres o tutores del comienzo de la utilización de la tecnología en las aulas, así como de las Apps que traten datos personales de los alumnos y su funcionalidad". Asimismo, recalca que "el usuario y las familias deben ser informadas de la utilización de sistemas de almacenamiento en nube". Esta alerta puntual ocurre porque la AEPD se percató de que las herramientas de almacenamiento en nube; *DROPBOX*, *Google DRIVE* e *iCLOUD*, se utilizaban constantemente en los centros escolares por los estudiantes y el personal docente. La mayoría de los documentos que compartían alumnos y maestros estaban relacionados a material didáctico relativo a las materias estudiadas. Sin embargo, en algunas instancias se almacenaron "datos personales tales como listas de asistencia, calificaciones, fotos y vídeos"[827]. Este tipo de datos

*AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para los Centros Educativos,*http://tudecideseninternet.es/aepd/images/guias/GuiaCentros/GuiaCentrosEducativos (última visita 5 de diciembre de 2020).

[824] Con anterioridad al nuevo Reglamento General de Protección de Datos de 2016, la faena de la aplicabilidad del régimen jurídico en el tratamiento de los datos e información personal de los estudiantes menores de edad en el entorno escolar fue estudiado por el Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas) y estableció que basados en el principio de limitación de la finalidad; las escuelas estarían impedidas de facilitar los nombres, direcciones y cualquier otra información personal recopilada de sus alumnos o alumnas a terceros. Sobre todo, se enfatizaba que el tratamiento de prospección comercial debería estar supeditado al consentimiento de los menores con madurez suficiente o por sus progenitores o tutores legales. Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños. Además, (Directrices generales y especial referencia a las escuelas), Apartado 1 "Expediente escolares", Renglón d.2) "Acceso a los datos", pág. 14.

[825] *Id.*

[826] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre la utilización por parte de profesores y alumnos de aplicaciones que almacenan datos en la nube con sistemas ajenos a las plataformas educativas*, https://www.aepd.es/media/guias/guia-orientaciones-apps-datos-alumnos.pdf (última visita 5 de diciembre de 2020).

[827] *Id.* Sobre la publicación de fotografías de los estudiantes, el Gabinete Jurídico de la AEPD en su Informe 0477/2009, advirtió que "las escuelas deben informar a los niños y a sus padres de que se van a tomar fotografías y cómo van a utilizarse, dándoles la oportunidad de rehusar su inclusión en dicha foto".

personales del estudiante deberá ser tratado de manera especial porque se podría afectar su derecho a la intimidad y la de terceros relacionados.

Sobre el tratamiento especial de datos personales, la AEPD ha enfatizado su mayor preocupación en el tratamiento de aquellos datos personales que todavía son más riesgosos, como lo son los datos biométricos. En su *Decálogo de Recomendaciones* del Informe[828], la AEPD ha pormenorizado que el responsable de este tratamiento especial de datos deberá "obtener el consentimiento expreso de los alumnos" mayores de catorce años o de los progenitores o tutores de aquellos alumnos menores de catorce años. De la misma forma, la AEPD recomienda tener presente lo siguiente:

> Por regla general, los centros educativos no necesitan el consentimiento de los titulares de los datos para su tratamiento, que estará justificado en el ejercicio de la función educativa y en la relación ocasionada con las matrículas de los alumnos. No obstante, se les debe informar de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo, que se puede realizar en el mismo impreso en el que se recojan los datos de: la finalidad para la que se recaban los datos y su licitud, por ejemplo, para el ejercicio de la función educativa, o para difundir y dar a conocer las actividades del centro, la obligatoriedad o no de facilitar los datos y las consecuencias de la negativa a facilitarlos, los destinatarios de los datos, los derechos de los interesados y dónde ejercitarlos, la identidad del responsable del tratamiento: la Administración educativa o el centro.[829]

Sobre este mismo particular, la AEPD puntualiza que será importante tener presente que el RGPD y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, amplían "la información que debe facilitarse a los titulares de los datos cuando se recaben de ellos mismos, añadiendo los datos de contacto del delegado de protección de datos, el plazo de conservación o los criterios para determinarlo"[830]. Asimismo, advierte que la comunicación dirigida para cumplir con este requisito deberá "realizarse de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, en lenguaje claro y sencillo, especialmente cuando se dirija a los niños"[831].

[828] *Id.*
[829] *Id.*
[830] *Id.* en la pág. 16.
[831] *Id.*

Igualmente, el artículo 92 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, extiende las garantías impuesta a la protección de datos de los menores en la red informática a los centros educativos al indicar lo siguiente:

> Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.
> Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica.[832]

A los postulados precedentes de protección de datos, se deberán adicionar, de manera complementaria, aquellas recomendaciones anteriores al RGPD que, al no entrar en conflicto con las nuevas legislaciones de protección de datos e información de carácter personal, deberán ser consideradas, según lo establece el mismo reglamento. Estas recomendaciones anteriores fueron el producto del estudio del Grupo WP 160[833] que redundó en el *Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas)*. La faena encomendada a este grupo de estudio fue el investigar la aplicabilidad del régimen jurídico en el tratamiento de los datos e información personal de los estudiantes menores de edad en el entorno escolar. Como resultado de la auscultación del tema, el Dictamen 2/2009 estableció que basados en el principio de limitación de la finalidad; las escuelas estarían impedidas de facilitar los nombres, direcciones y cualquier otra información personal recopilada de sus alumnos a terceros. Sobre todo, los hallazgos de la investigación enfatizan que el tratamiento de prospección comercial debería estar supeditado al consentimiento de los menores con madurez suficiente o por sus progenitores o tutores legales.[834]

---

[832] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, art. 92.

[833] Sobre este grupo de trabajo, el Dictamen 2/2009 acota lo siguiente: "El Grupo de trabajo fue creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano europeo consultivo en materia de protección de datos y privacidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE."

[834] El anterior pronunciamiento del Dictamen 2/2009 conserva su vigencia porque el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, no se contradicen.

En el apartado d.2) denominado "Acceso a los datos" del Dictamen 2/2009 se establece que el expediente escolar de cada uno de los alumnos es confidencial. Se identifican como datos de carácter especial a los siguientes tipos de datos: *"Procedimiento disciplinario - Registro de casos de violencia - Tratamiento médico en la escuela - Orientación escolar - Educación especial de personas discapacitadas - Ayuda social a alumnos desfavorecidos"* Este tipo de datos será protegido de manera especial y su tratamiento será regulado rigurosamente, limitando su acceso a "las autoridades escolares, los inspectores escolares, el personal sanitario, los asistentes sociales y los servicios policiales".[835] De la misma forma, la comunicación de resultados escolares a través de internet conllevará unas garantías especiales, ya sea utilizando sitios seguros y confiables de la red informática o utilizando códigos específicos que serán utilizados para el acceso de dicha información por los menores que gocen de madurez suficiente, sus progenitores o tutores legales.[836]

Entretanto, esta mirada al régimen jurídico español sobre el tratamiento de datos e información personal en el entorno escolar, suscitará el paradigma y la inquietud pertinaz de la evitación de la exposición de información personal y de las imágenes de aquellos menores de catorce años o menos cuyos progenitores no han consentido y de aquellos menores de catorce años o más que no han asentido a la exhibición de información, fotos o vídeos en los cuales han sido captados; el régimen jurídico puertorriqueño enfatizará en medidas restrictivas respectivas al acceso de información clasificada como obscena o perniciosa por parte de aquellos menores de diecisiete años o dieciocho años, según la legislación aplicable. En cierta medida, este énfasis a la restricción de acceso de información responde a la preminencia de ciertas leyes federales que condicionan la asignación de descuentos y fondos para el financiamiento del uso de la tecnología informática en las escuelas y bibliotecas solicitantes.

Ejemplo de esta política restrictiva de acceso a ciertos contenidos en la red, lo es la norma puertorriqueña denominada como la Ley Núm. 267 de 31 de agosto de 2000, Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Jóvenes en el Uso y Manejo de la Red de

[835]Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas), Apartado 1 "Expediente escolares", Renglón d.2) "Acceso a los datos", pág. 14.
[836]Dictamen 2/2009 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas), Apartado 1 "Expediente escolares,", Renglón d.3) "Resultados escolares", pág. 15.

Internet (en adelante Ley Núm. 267, de 31 de agosto de 2000)[837]. Esta ley tiene como propósito requerir la instalación y uso de dispositivos tecnológicos que identifiquen y restrinjan el acceso y uso de material pornográfico u obsceno a los menores de dieciocho años en las escuelas del nivel preescolar, elemental, intermedio y secundario del sistema de educación pública y privada, bibliotecas escolares y comunitarias y cualquier otra institución pública o privada que brinde servicios mediante computadoras que tengan acceso a la internet. Le confiere al Consejo General de Educación la facultad de adoptar los reglamentos necesarios para poner en vigor las disposiciones de la misma. Esta ley persigue el mismo propósito que la Ley de Protección de Niños en Internet (*Children's Internet Protection Act, CIPA* por sus siglas en inglés) (en adelante CIPA),[838] la cual fue promulgada por el Congreso de los Estados Unidos de América el 21 de diciembre de 2000. Esta ley tiene la finalidad primordial de imposibilitar el acceso a material obsceno, pornográfico o dañino a menores de diecisiete años de edad[839]. Esa finalidad es la razón por la cual esta regulación le impone ciertas restricciones al uso de las tecnologías informáticas a los colegios y bibliotecas que reciben descuentos para su acceso a internet mediante el programa *E-rate*.[840] Este programa abarata significativamente ciertos productos y hace más asequibles ciertos servicios de comunicaciones para aquellos colegios y bibliotecas que sean elegibles. No obstante, no fue hasta comienzos del año 2001, que la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission*, por sus siglas en inglés, FCC) emitió normas específicas para implementar la Ley CIPA[841]. Sobre las instituciones que se acogen al programa *E-rate,* se recalca lo

---

[837] 18 LPRA § 1118a *et seq.* (2012).

[838] El Congreso de Estados Unidos promulgó CIPA en el 2000 como parte de la Consolidated Appropriations Act, 2001. Pub. L. No. 106-554. CIPA enmendó la sección 254(h) de la Communications *Ac*t de 1934, 47 U.S.C. § 151 *et seq.*

[839] Cuando la Ley CIPA se promulgó inicialmente, se determinó la edad de 18 años.

[840] El *E-rate* o el Mecanismo de Apoyo de Servicios Universales de Escuelas y Bibliotecas (*Schools and Libraries Universal Service Support Mecanism*) proporciona una serie de descuentos para ayudar a la mayoría de las escuelas y bibliotecas de los Estados Unidos y Puerto Rico para obtener servicios de telecomunicaciones y acceso a internet. Se financian cuatro categorías de servicios: servicios de telecomunicaciones, acceso a internet, conexiones internas que no sean de mantenimiento básico y mantenimiento básico de conexiones internas. Los descuentos oscilan del 20% al 90% de los costos de los servicios elegibles, dependiendo del nivel de pobreza y de la clasificación de la población servida. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *E-Rate - Schools & Libraries USF Program,* https://www.fcc.gov/general/e-rate-schools-libraries-usf-program (última visita 20 de septiembre de 2021).

[841] La Ley CIPA tuvo muchos detractores que alegaron su inconstitucionalidad por entender que imponía restricciones al ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión. Uno de estos detractores lo fue la *American Library Association* (reconocida como la asociación de bibliotecas más antigua y con más miembros asociados del mundo). Las contenciones de esta asociación sobre la Ley CIPA fueron finalmente resueltas y adjudicadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso United States v. American Library Association, 539 US 194 (2003). En este caso, el más Alto Foro federal determinó que las medidas restrictivas impuestas relacionadas al acceso de información que condicionaban

siguiente:

> A estas instituciones, se les exigen dos certificaciones. Una de las certificaciones debe alegar que sus políticas de resguardo en internet incluyen el monitoreo de las actividades que los menores realizan cuando están conectados en la red informática. Otra de las certificaciones debe señalar el cumplimiento como lo exige la Ley de Protección de Niños del Siglo Veintiuno (*Protecting Children in the 21st Century Act*) […] de proveer los medios para educar a los menores respecto a las conductas que son apropiadas en internet, incluyendo su interacción con otros individuos en los sitios de redes sociales y en sitios de conversaciones a través de medios telemáticos. Además, deberán orientar a las instituciones educativas sobre el acoso cibernético (*cyberbullying*) y cómo responder al mismo.[842]

Ahora bien, no se debe perder de perspectiva que "las instituciones educativas y bibliotecas que no se beneficien del programa de fondos federales tendrán que cumplir de todos modos con la Ley Núm. 267 de 31 de agosto de 2000, la cual obliga al uso de filtros y sistemas de bloqueos"[843]. Por otra parte, si se incumpliera con esta ley, el Secretario de Justicia de Puerto Rico podrá instar las acciones civiles necesarias para cancelar cualquier licencia o permiso "otorgado para establecer y operar instituciones educativas públicas y privadas y biblioteca […]"[844].

Si bien la legislación atinente a las tecnologías informáticas en el sistema educativo puertorriqueño ha priorizado atender los requisitos federales establecidos para la obtención de fondos y descuentos como medio económico dirigido a satisfacer las necesidades y el acceso del estudiantado a las tecnologías informáticas, también ha realizado pronunciamientos atinentes a la confidencialidad de los expedientes escolares. Por ejemplo, la Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018, conocida como la *Ley de Reforma Educativa puertorriqueña* establece lo siguiente:

> Los directores de escuelas serán responsables de mantener y custodiar los expedientes escolares de su matrícula. Estos deberán contener la siguiente información del estudiante: nombre, dirección, teléfono, nombre de los padres, tutores o encargados y su información de

---

la adjudicación de beneficios y descuentos a las escuelas y bibliotecas, no violaban el derecho a la libertad de expresión.

[842] Annabelle Gutarra Cordero, *supra* nota 115, en la pág. 69. *Véase* Protecting Children in the 21st Century Act, Pub. L. No. 110-385, Title II, 122 Stat. 4096 (2007); 47 CFR 54.520(c)(1)(i).

[843] *Id.*

[844] *Id.* en la pág. 70.

> contacto, datos académicos tales como calificaciones y resultados de evaluaciones, información sobre condiciones de salud y certificado de vacunas, siempre salvaguardando la confidencialidad de dicha información, informes disciplinarios, informes de asistencia, escuelas en las que ha estado matriculado, cursos tomados, reconocimientos y grados otorgados, y en los casos de estudiantes de educación especial los informes del PEI. Los expedientes escolares serán de naturaleza confidencial, con excepción de la información compartida entre funcionarios de las agencias de gobierno o instituciones educativas, según las limitaciones y requisitos impuestos por las leyes aplicables, en el curso y ejercicio de sus funciones o cualquier información requerida mediante orden judicial. El expediente escolar deberá contener información clara y actualizada y deberá estar accesible para casos de traslado del estudiante a otras escuelas o jurisdicciones.[845]

Asimismo, esta ley establece que toda "la información escolar recopilada será enviada a las Oficinas Regionales Educativas para que, salvaguardando la identidad de los estudiantes, formen parte del Sistema de Datos Longitudinal del Departamento". Esta aseveración cumple, a su vez, con la Ley Núm. 195 de 22 de agosto de 2012, denominada como *La Carta de Derechos del Estudiante de Puerto Rico*[846], la cual incide en la confidencialidad de los expedientes escolares.

En resumen, las coincidencias jurídicas entre las legislaciones españolas y puertorriqueñas referentes al uso de las nuevas tecnologías en el entorno escolar, sugieren el diseño de algunas guías básicas respectivas a la protección de los derechos fundamentales de los estudiantes. Estas guías básicas pudieran exponer las siguientes precisiones:

1. El expediente del estudiante es de naturaleza confidencial y lo será también aquella información o dato de un familiar, progenitor o tutor que obre en dicha documentación.

[845] Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018, conocida como la Ley de Reforma Educativa puertorriqueña, 2018 LPR 85. PEI: Estas siglas se refieren al Programa Educativo Individualizado establecido en el Departamento de Educación de Puerto Rico para aquellos estudiantes que requieran educación y servicios especiales.
[846] Ley Núm. 195 de 22 de agosto de 2012, denominada como La Carta de Derechos del Estudiante de Puerto Rico; 2012 LPR 2012.

2. Las instituciones educativas no obligarán "al estudiante a realizar trabajos escolares o proyectos en los cuales su imagen o su intimidad se vea expuesta de manera alguna en la red informática"[847].
3. "Nunca se obligará al estudiante a la toma de fotografías, ni se le deberá rechazar de modo alguno por su negativa."[848]
4. Las instituciones educativas no publicarán "fotos, escritos, ni información personal del estudiante sin el consentimiento escrito del menor"[849], sus progenitores o tutores.
5. Las instituciones educativas tienen "la obligación de denunciar cualquier acto en el que se puedan ver vulnerados los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor"[850].
6. Las instituciones educativas no promoverán el que, un menor de trece años en Puerto Rico o menor de catorce años en España, sean titulares de una cuenta en la red informática porque estarán fomentando el incumplimiento de los contratos telemáticos y la violación a la *Children's Online Privacy Protection Act* o al artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de 2007.

C. Algunos riesgos y peligros en la red informática

La red informática despliega un sinnúmero de comunidades virtuales que se establecen con diversos propósitos. Algunos de estos propósitos gozan de legitimidad, mientras otros, en algunas instancias disfrazados de licitud, conculcan leyes y derechos fundamentales. Los riesgos y peligros que subyacen en esta estructura informática tan sofisticada obligan a tomar medidas preventivas de protección hacia aquellos menores de edad que no gozan de madurez suficiente. Sobre este particular, he esbozado anteriormente lo siguiente:

> [E]l complejo entramado de los riesgos que dimana de la red informática incardina una diligencia razonable de protección hacia el menor de edad del cual se es responsable. Riesgos y peligros

[847] Annabelle Gutarra Cordero, *supra* nota 115, en la pág. 71.
[848] *Id.*
[849] *Id.*
[850] *Id.*

> inimaginables surgen y emergen cada día en los laberintos insondables que conforman una inmensa amalgama de comunidades virtuales en las que logran infiltrarse *perpetradores y perpetradoras,* quienes falsean perfiles con la intención de emboscar a sus víctimas.[851]

Frente a la mampara de ese entramado informático en el cual confluyen múltiples beneficios y riesgos, se deberán valorar e implementar medidas de protección que empoderen al menor de edad para que ascienda en el ejercicio progresivo de su autonomía de la voluntad. Para lograr este ejercicio progresivo de manera razonable, se deberá dotar al menor de edad de nociones básicas relativas a la seguridad y la prevención de escollos en su travesía telemática. Esto conllevará que los responsables del bienestar del menor lo orienten sobre el uso adecuado y legítimo de las herramientas de este nuevo entorno. Como corolario de lo anterior, estos adultos deberán estar alertas y vigilantes de los peligros constantes a los que los niños, niñas y adolescentes están expuestos cuando discurren por los dédalos incognoscibles de la red informática.

Parecería incongruente pensar que los llamados *"nativos digitales"* no cuenten con las destrezas necesarias relativas a la seguridad. Sin embargo, es preciso reiterar que los denominados *"nativos digitales"* ostentas vastas destrezas sobre el uso de la tecnología, pero no necesariamente despliegan el discernimiento necesario para anticipar las posibles consecuencias de ciertos usos de la red. Peor aún, en su mayoría los menores de edad no se han leído o no han entendido las obligaciones de los contratos telemáticos contraídos. Por consiguiente, el deber de educar de parte de los progenitores o tutores trasluce ante cada valoración de educación y vigilancia relativa a las tecnologías informáticas.

Ante el reto de educar sobre el uso seguro de las nuevas tecnologías, los adultos responsables del bienestar del menor a cargo deberán instruirse adecuadamente. En tal sentido, se puede subrayar que un adulto responsable de preservar el bienestar e interés apremiante de un menor cibernauta no podrá alegar la objeción digital como excusa al incumplimiento del deber de educación y vigilancia. Esto quiere decir que un progenitor o un tutor no podrá lapidar la omisión de la educación con la piedra de la ignorancia.

---

[851] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 110.

La anterior contención desata la necesidad de que los progenitores y tutores se instruyan sobre la estructura de la web y los posibles peligros a los que los menores de edad se enfrentan en la red informática. Para efectos de esta investigación, se estudiarán los riesgos y peligros siguientes: el acoso sexual o el *cybergrooming*, la pornografía infantil, la trata humana, el acoso cibernético o *cyberbullying* y el castigo a través de la humillación pública en la red o *public shaming on the Internet.* Sin embargo, cabe precisar que los perpetradores y piratas cibernéticos ingenian constantemente nuevos modos de transgresiones y formas noveles de incitación a 'retos telemáticos perniciosos'.[852]

1. Escenarios de los peligros: La web superficial y la web profunda

La inherente configuración de la infraestructura de la red informática facilita la obtención de invaluable información y recopilación de datos, así como, allana la presencia de un sinnúmero de riesgos y peligros despreciables. Esta estructura *"*consiste básicamente en una web superficial, o *surface web*, y otra web profunda, o *deep web*, (red invisible o red oculta)".[853]

La web superficial, conocida también como web visible o web indexada, es aquel espacio o paraje del internet en el cual se encuentran registrados sus contenidos y sitios virtuales de manera ordenada.[854] Esta indexación se logra mediante la aplicación de algoritmos que permiten el fácil acceso a la información a través del uso de palabras claves alusivas al contenido. Las páginas indexadas son estáticas por lo cual la aproximación a la información transcurre directa y expedita, facilitando a su vez la identificación de las direcciones *IP (Internet Protocol)* PI (Protocolo de internet) de cada una de las computadoras conectadas.[855]

Se estima que los buscadores de la web superficial tienen indexados de un 20% a un 10% a de la información que está dispersa en la totalidad de la red informática y que el restante 80% al 90% de los datos y de los sitios de la web están ocultos de los motores

[852] *Id.* en la página 111.
[853] *Id.*
[854] *Id.*
[855] JONAS FRANSSON, EFFICIENT INFORMATION SEARCHING ON THE WEB: A HANDBOOK IN THE ART OF SEARCHING FOR INFORMATION 106 (2009). *Véase* ROCKY TERMANINI, THE NANO AGE OF DIGITAL IMMUNITY INFRASTRUCTURE FUNDAMENTALS AND APPLICATIONS: THE INTELLIGENT CYBER SHIELD FOR SMART CITIES (2018).

de búsqueda.[856] Esta ocultación ocurre porque estos componentes virtuales evaden la indexación a través de algoritmos cifrados y variables que complican la posibilidad del rastreo. Es por tal motivo que, a este espacio mutable y no indexado de la red se le denomina como la web profunda.[857]

La web profunda es la base de datos más amplia de la red informática. Este entorno reservado del internet no utiliza la indexación estandarizada a través de los motores de búsqueda como método de recopilación de sus contenidos, tales como, los mecanismos de registro de información utilizados por *Google, Firefox, Mozilla* y *Microsoft - Internet Explorer*, entre otros.[858] Por el contrario, la web profunda utiliza, como estrategia de recopilación de datos y acceso, el mecanismo de conducción de la información mediante voluntarios que encaminan "el tráfico web de los usuarios a través de una serie de computadoras de otros usuarios, de modo que el tráfico no se pueda rastrear hasta el usuario original" [859]. Lo anterior ocasiona que la información discurra por túneles virtuales que facilitan el anonimato y en ocasiones permiten el acceso a contenidos bloqueados. [860]

La web profunda cuenta con amplios e invaluables archivos de datos especializados e información clasificada que, muchas veces, no están accesibles a través de la web superficial. Por lo tanto, se debe distinguir y diferenciar al ecosistema de la web profunda que le puede brindar beneficios positivos al usuario potencial, de aquel ecosistema denominado como web obscura o *dark net*. La web oscura o *dark net* es aquella parte de la web profunda que casi imposibilita la identificación de los servidores concatenados porque logran hacer invisibles sus direcciones correspondientes al protocolo de internet. La pretensión de salvaguardar y conservar el anonimato incide en que en este ecosistema se realizan actos ilícitos y deplorables. Esta web obscura puede asentar actos ilícitos tan repulsivos como "el terrorismo, el comercio ilegal de armas,

---

[856] ENRIQUE STEL, SEGURIDAD Y DEFENSA DEL CIBERESPACIO 99 (2014).
[857] *Id.*
[858] MULTI-STATE INFORMATION SHARING AND ANALYSIS CENTER (MS-ISAC), *The Deep Web,* SP2017-09/ March 2017, https://www.cisecurity.org/wp-content/uploads/2015/10/Security-Primer-Deep-Web.pdf (última visita 26 de abril de 2020).
[859] KRISTIN FINKLEA, *Congressional Research Service: Dark Web,* 7-5700 /R4410 (March 10, 2017), https://fas.org/sgp/crs/misc/R44101.pdf (última visita 26 de abril de 2020).
[860]TOR PROJECT AND TOR NETWORK (THE ONION ROUTER), *TOR Overview*: https://www.torproject.org/about/overview.html.en#stayinganonymous (última visita 19 de agosto de 2020).

venta de drogas y medicamentos controlados sin receta, difusión de pornografía infantil, la captación de menores para la trata humana, la contratación de asesinos a sueldo y piratas cibernéticos que alquilan sus servicios".[861]

Es ineludible destacar que la web profunda posee una estructura de distribución de contenidos y riesgos que se intensificarán y potenciarán a mayor descenso, calado y profundidad. Asimismo, se clarifica que en la red superficial también advienen riesgos y peligros, pero no en la ascensión y escalada en que estos actos ilícitos se posicionan en la web obscura. No se puede perder de vista que la web obscura venera el anonimato y está diseñada para delinquir y transgredir sin la contingencia de ser identificado ni atrapado. De todos modos, diversas agencias de seguridad confluyen en este entorno abismal de la web obscura, logrando desarticular *"pandillas cibernéticas"*[862] que persiguen la consecución de crímenes atroces. Esta vigilancia cibernética trasluce espinosa debido a la proliferación de colaboradores subrepticios que entorpecen la identificación de los perpetradores o perpetradoras que se apertrechan en la web profunda porque les suple al cambio constante, apresurado y dinámico de sus *IP* o direcciones telemáticas.

El objetivo de que no se descorra el velo del anonimato dejando al descubierto la identidad real se ha resguardado cuidadosamente al punto de establecerse un método específico de desembolsos para las transacciones relativas al pago de mercancía o de servicios contratados. Es por tal motivo que se acostumbra a manejar las designadas *criptomonedas o criptodivisas.* El *bitcoin* es una de las monedas digitales o *criptomonedas* más utilizada en la red informática con la mayor incidencia de uso en la web obscura. La característica principal de esta moneda es que "no está controlada ni respaldada por gobiernos ni por industrias financieras". Por el contrario, el *bitcoin* elude la interposición de intermediarios al maniobrar con la intersección de operaciones algorítmicas que permiten transacciones directas entre los usuarios. Aunque ha habido ciertos debates que pretenden puntualizar que la transacción en la red se realiza a través de una página web, la cual podría ser considerada una intermediaria, otros expertos enfatizan que el usuario tendrá plena libertad de escoger el medio de intercambio correspondiente. Por consiguiente, los vestigios aparentemente 'exitosos' de un emisor y

[861] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 112.
[862] *Id.*

receptor invisibles llevan a predecir que este medio de pago virtual será el más consumido y servido por las generaciones venideras.[863]

Ante la urdimbre de la vigilancia y el entramado del anonimato reprensible de la web obscura no es indolente cuestionarse si tanto víctimas como victimarios son observados y vigilados por autoridades del orden público siguiendo patrones de marginalización y opresión como ocurre comúnmente en la mayoría de las sociedades del llamado 'primer mundo'. La respuesta incógnita a este cuestionamiento abona a la reflexión obligada sobre la protección hacia aquellos menores de edad que ven acrecentados sus riesgos y peligros explícitos con riesgos y peligros implícitos atados al discrimen y la persecución de grupos excluidos y marginados.

Es por tal motivo que, las tensiones dilatadas que concurren en la web profunda, obligan a estimar la aprobación de su uso por un menor de edad del cual se es responsable. En esta introspectiva se debe reputar si es consecuente con los deberes de educación y vigilancia el permitirle a un menor de edad discurrir sin supervisión alguna por un hábitat que facilita la comisión de delitos inclementes y repugnantes.

Lo anterior derivará la conveniencia de que los progenitores o tutores traten de identificar "y bloquear a aquellos programas o softwares que permitan el acceso a la web profunda en las computadoras que provean para el uso de los menores de edad"[864]. No obstante, cabe enfatizar que la herramienta recia que empoderará al menor de edad en su vida virtual será la educación adecuada y concerniente al discernimiento de la estructura de la red, su método funcional y las protecciones referentes a "los usos adecuados y eficientes de la web superficial y la web profunda y sus contexturas tanto ventajosas como peligrosas"[865].

[863] *Id.* MOSTAFA HASHEM SHERIF, *Protocols for secure electronic commerce* 357 (3rd ed. 2016).
[864] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital, supra* nota 59, en la pág. 112.
[865] *Id.*

2. El acoso sexual en internet o *cybergrooming*

De la misma forma que los virus y los piratas cibernéticos comenzaron a incursionar y desplegarse por los intersticios de la red informática, personas con diversas parafilias y conductas desviadas de la norma de la licitud, comenzaron a identificar víctimas en un entorno mediático que le facilitaba el mantenerse enmascarado con el velo del anonimato. Este nuevo escenario allanó el camino a los depredadores sexuales y suscitó el peligro denominado como acoso sexual cibernético u *online grooming o cybergrooming*.

El acosador sexual recorrerá gradualmente diferentes fases estratégicas a través de las cuales se acercará más a la meta de su perverso plan de acción. Sin embargo, cabe advertir que ningún plan, enumeración y descripción de fases o etapas serán iguales en el *modus operandi* de este tipo de perpetrador o perpetradora porque la forma de actuar dependerá de los sujetos involucrados y su entorno.[866] Empero, algunos comportamientos y tácticas de la mayoría de los depredadores son paradigmáticas. Por consiguiente, serán sugeridos algunos comunes denominadores del proceder de este transgresor y victimario de menores de edad.

El depredador sexual cibernético que acosa a víctimas menores de edad está encarnado usualmente en un adulto que miente sobre su edad y utiliza su estatus o posición de poder jerárquico de ser un mayor de edad para manipular y explotar sicológicamente al menor de edad. Su táctica en el entorno virtual será identificar y estudiar minuciosamente el perfil de su víctima potencial para familiarizarse con sus gustos, preferencias y vulnerabilidades.[867] Teniendo esa información previa, el depredador sexual creará un perfil falso en el cual resaltará aquellas coincidencias y semejanzas con el menor de edad con la intención de captar su atención a través de las presuntas afinidades de carácter. Si el depredador sexual lograra establecer una relación virtual de 'amigo' o 'seguidor' con el menor de edad, tratará de ganarse su confianza y,

[866] Helen C. Whittle, Catherine E. Hamilton-Giachritsis, and Anthony R. Beech, *A Comparison of Victim and Offender Perspectives of Grooming and Sexual Abuse,* 36(7) DEVIANT BEHAVIOR 539, 564 (2015).
[867] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, supra nota 59, en la pág. 113.

de ser posible, se tratará de adentrar cuidadosamente en un plano conversacional más íntimo.

En reiterados casos, el perpetrador o perpetradora utilizará maniobras de adulación hacia la víctima potencial para promover cierto estado de dependencia. Este tipo de maltrato y explotación sicológica será continua, persistente e insistente. No obstante, cuando el acosador intuya o imagine que tiene cierto control sobre la víctima, se arriesgará a experimentar con la inserción de conversaciones e insinuaciones de tipo sexual o se atreverá a enviar o solicitar pornografía como métodos de observación de las reacciones del niño, niña o adolescente. Ahora bien, cuando este depredador sexual suponga que cuenta con la credulidad y confidencialidad del menor de edad, acordará un encuentro cara a cara *(offline)* con su víctima potencial con la justificación de que ya se le hace imposible soportar las ganas del encuentro personal o con la excusa de entregarle algún regalo o bien de su interés.[868]

El acoso sexual cibernético queda ejemplificado en los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de diciembre de 2015.[869] Antes de secuenciar algunos de los hechos del caso, se debe anticipar que, en esta resolución jurisprudencial, el alto foro apoyó el acceso de los progenitores a las cuentas de *Facebook* de sus hijos menores de edad para evitar el acoso sexual cibernético. En este caso un perpetrador llamado Gonzalo, mayor de edad, conoció a Estela de quince años de edad en unas actividades de la Colla Vella de Valls en Tarragona y le envió posteriormente una petición virtual de amistad a sabiendas que la joven era menor de edad. Estela aceptó la invitación realizada a través de la red social *Facebook*. Gonzalo mantuvo varias conversaciones con la menor de edad y durante algunas de estas conversaciones, éste le

[868]Sobre estas características particulares la organización *Enough is Enough** ha declarado lo siguiente: "These tactics lead children to believe that no one else can understand them or their situation like the groomer". "Estas tácticas dirigen a los niños a creer que nadie más los entiende a ellos o a su situación como el groomer" (traducción suplida).
**Enough Is Enough* (EIE) es una corporación sin fines de lucro que se incorporó en el 1994 y ha surgido como líder en Estados Unidos en la orientación a los menores y sus familias sobre las salvaguardas y medidas de protección que deben tener en el uso del internet. La EIE ha sido pionera en realizar esfuerzos en contra de la pornografía infantil, el acoso cibernético, el *grooming,* el *gaming* el *sexting* y cualesquiera otros peligros que se presenten en la red. El Departamento de Justicia Federal se ha unido a los esfuerzos de esta corporación con relación al programa conocido como *Internet Safety 101*. *Véase* a INTERNET SAFETY 101, *Predators 101: Warning Signs*, https://internetsafety101.org/predatorwarningsigns (última visita 10 de mayo de 2019).
[869] STS de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5809).

realizó diferentes solicitudes para que mantuvieran relaciones sexuales. Además, durante algunas conversaciones mediante chat, Gonzalo activó su cámara web para que la menor lo viera desnudo y masturbándose. Ulteriormente, Estela le comunicó a Gonzalo que Angelina, una amiga suya menor de edad, quería conocerlo. En octubre de 2012, Estela y Angelina tuvieron comunicación vía chat a través de la red social *Facebook* con Gonzalo. Durante esta conversación, Gonzalo le propuso a Estela que los tres se encontraran al día siguiente para "que le realizara una felación delante de Angelina […], proponiéndole posteriormente a Angelina que fuera ella quien le realizara la felación"[870]. Después de la proposición, Gonzalo "procedió a masturbarse delante de las menores a través de la webcam de su ordenador"[871]. Al día siguiente, Gonzalo se encontró con las menores en la bajada de Colla Vella de Valls y los tres se escondieron en un aparcamiento donde Gonzalo le dijo a Angelina que se bajara los pantalones. Angelina se negó y Estela la amenazó con pegarle y ella misma procedió a bajarle los pantalones y quitarle las bragas a la menor de siete años. "Gonzalo dio varios besos en la boca a Angelina y seguidamente le tocó sus partes genitales y succionándose a continuación un dedo, mientras se masturbaba delante de las menores"[872].

En este caso el acusado solicitó la supresión de la evidencia respectiva a los mensajes intercambiados con Estela, "alegando que se había accedido a los mismos sin autorización de la menor y que, por tanto, se había vulnerado el derecho a la intimidad de los comunicantes"[873]. Ante esta contención, como se anticipara previamente, el Tribunal Supremo español señaló lo siguiente:

> En este sentido, indica que la madre accedió a esa cuenta ante los signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. Por todo ello, afirma que no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección.[874]

[870] *Id.* en el antecedente 2.
[871] *Id.*
[872] *Id.* en el antecedente 3.
[873] STS de 10 de diciembre de 2015, FJ 2 (RJ 2015/5809).
[874] *Id.* en el FJ 5.

Cabe destacar que, en el análisis del caso se destaca el hecho de que no se tenía conocimiento fehaciente de cómo la progenitora obtuvo el acceso a la información del perfil de la red social de su hija. Sin embargo, el tribunal consideró fundada y razonable la inferencia de que la menor o su hermana le comunicaron voluntariamente la contraseña a la madre, "descartando que la conociera a través de artilugios o métodos de indagación informática al margen de la voluntad de la titular de la cuenta"[875]. No obstante, lo anterior suscita dudas atinentes a la eventualidad de que un progenitor tuviera motivos fundados para creer que su hijo o hija menor de edad está ante un peligro inminente, pero el menor no consintiera a proveer la contraseña. La interrogante versa en torno a la licitud de acceso a la información de cualquiera otra manera alterna y sin la anuencia del titular de la cuenta.

Dilucidar esta cuestión, obligará a confrontar los derechos y deberes constitucionales respectivos al derecho a la intimidad del menor de edad y al deber de los progenitores relativos a la protección integral de los hijos e hijas. Si a este paragón se le secuencia con la norma constitucional que limita el uso de la informática para garantizar el honor de los individuos y se le asienta con los deberes de protección y vigilancia que se les impone a los progenitores, se podría preludiar que la integridad física y síquica del menor deberán ser los considerandos que girarán la balanza hacia el interés superior del menor involucrado.

Al hilo de lo anterior, es imprescindible puntualizar que el acoso sexual cibernético se ha exacerbado como consecuencia del "auge de la erotización y la cosificación de los cuerpos"[876] en los medios de comunicación y en "[e]l afán por la eterna juventud, junto al uso de estrategias de retoque de fotografías en las cuales se alteran las realidades del físico"[877]. La construcción o estereotipo del binomio inocencia-lozanía, impuesta por los gobiernos, los medios de comunicación, los anuncios publicitarios y el cine, invita al abuso de poder basado en valoraciones y ponderaciones desacertadas. Esta pleitesía a la lozanía o pureza de los cuerpos conectada a las construcciones de inocencia infantil o candor puberal suscitan ciertas tensiones cuando se pretenden aproximar a la

[875] *Id.*
[876] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital, supra* nota 59, en la pág. 113.
[877] *Id.*

sexualidad.[878] No es ajena la premisa de que "[e]sta declarada inocencia se considera una de las características que más excitan a los pedófilos en su empeño de trastocar la alegada candidez"[879].

La proposición anterior, convida a suponer que, si los progenitores o tutores estuvieran informados y educados con relación a la proliferación y ubicuidad de los acosadores sexuales en la red informática, estarían más alertas y no difundirían la ingente cantidad de fotos de sus hijos menores de edad o tutelados en sus propias plataformas de manera pública. Como imperativo jurídico, no se debe preterir que el derecho a la propia imagen que se desprende de la fotografía o vídeo de un menor de edad le pertenece como derecho fundamental.

En concordancia con este precepto, los progenitores y tutores deberán evitar dispersar globalmente la imagen de un menor de edad del cual se es responsable. Una posible visualización de lo esbozado se podría replicar con un simulacro escénico en la sociedad no virtual en el que se posicionara a un progenitor o a un tutor en una plaza pública o centro comercial con un paquete de fotografías de su hijo o tutelado y procediera a regalar una fotografía a cada uno de los transeúntes conocidos y desconocidos que discurrieran por su lado. De hecho, ni en tiempo y espacio, este simulacro reflejaría la amplitud y rapidez de difusión de una imagen en la red informática.

No obstante, este imperativo jurídico no conllevará una reclamación categórica y absoluta de "censura previa a la exposición de fotografías de menores de edad sobre las cuales ellos hayan consentido, si ostentan de la madurez suficiente para consentir, según sea el caso"[880]. De todos modos, será ineludible ponderar si lo consentido por el menor podría menoscabar su seguridad. Esta valoración subjetiva deberá regentarse por el principio primordial de su mejor interés a base de la ponderación de los riesgos *versus* los beneficios.

---

[878] SUZANNE OST, CHILD PORNOGRAPHY AND SEXUAL GROOMING: LEGAL AND SOCIETAL RESPONSES 12 (2009).
[879] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 113.
[880] *Id.*

a. El *social gaming* como método de aproximación a la víctima

El *social gaming* es una de las maniobras o métodos más utilizados por los depredadores sexuales para la captación de víctimas potenciales menores de edad. Esta maniobra lúdica transpira por diversas plataformas que viabilizan el entretenimiento del juego. El acosador sexual accederá a través de comunidades de juegos configuradas en diversas redes sociales, en la nube o mediante consolas de videojuegos o televisores con acceso a la red informática.[881]

Una de las peculiaridades del *social gaming* en una comunidad virtual es que podrían confluir personas de diversas edades como jugadores. Por ejemplo, la demografía de los jugadores de videojuegos electrónicos en Estados Unidos en el 2018 demuestra que un 28% eran jugadores menores de dieciocho años, un 29% eran jugadores de dieciocho años a treinta y cinco años, un 20% de los jugadores eran de treinta y seis años a cuarenta y nueve años y un 23% pertenecían al rango de personas de cincuenta años o más.[882]

Esta pluralidad en la edad de los jugadores de videojuegos queda plasmada igualmente en la distribución de los jugadores de videojuegos en España durante el tercer trimestre de 2018. Según las estadísticas, el 11% de los jugadores eran menores de edad de seis años a diez años, el 8% de los jugadores eran de once años a catorce años, el 19%

---

[881] Sobre el uso de estos dispositivos electrónicos de entretenimiento, Chad Gallagher, agente del FBI contra la explotación infantil, expuso lo siguiente:

> Online gaming devices are just like a computer and a lot of parents don't realize that. There are messaging, chat and IM features. Using an Xbox, you can receive messages from any of the major platforms. Even if you're in the game, somebody who has your game ID or screen name can send a text message to you and it will pop up on the screen and you can chat just like you do on a computer.» Chad Gallagher, Child Exploitation Squad, FBI.*

**Véase* ENOUGH IS ENOUGH: INTERNET SAFETY 101, *Online Gaming: Introduction,* www.internetsafety101.org/onlinegaming.htm (última visita 26 de octubre de 2020).

> Los dispositivos de juegos en línea son exactamente como una computadora y muchos progenitores desconocen esto. Hay oportunidades de mensajería, de chat y de mensajería instantánea. Usando un Xbox, uno puede recibir mensajes de cualquiera de las plataformas principales. Aun si estás jugando, alguien que tenga el número de identificación del juego o el nombre del usuario puede enviarle un mensaje de texto y éste aparecerá en la pantalla y uno puede chatear exactamente como en una computadora (traducción suplida).

[882] INNOCENT LIFE FOUNDATION, *Gaming and Grooming: Connecting Through Gaming Sites,* https://www.innocentlivesfoundation.org/gaming-and-grooming-how-minecraft-and-fortnite-could-be-dangerous/ (última visita 24 de mayo de 2019).

de los jugadores fluctuaban entre las edades de quince a veinticuatro años, el 26% de los jugadores correspondían a las edades de veinticinco a treinta y cuatro años, mientras alrededor del 36% eran adultos de treinta cinco años a sesenta y seis años.[883]

Ante la cándida presunción de que los jugadores de una plataforma de entretenimiento para menores de edad son de edades similares, el acosador verá allanada la ejecución del pérfido histrionismo de ser uno de sus pares. Este artificio de infiltración en un marco escénico divertido y relajado para el menor de edad, será otra ventaja que aprovechará perversamente el perpetrador.

Estas tácticas y métodos paradigmáticos del *social gaming* fueron utilizados por Toby Studabaker, un ex marino estadounidense que a sus treinta y un años se infiltró como jugador en las salas de chat de una plataforma virtual para acosar sexualmente a una menor de doce años de edad. Studabaker se ganó la confianza de la menor y la convenció de que se encontraran en Manchester para posteriormente partir a París. Este secuestro generó un descomunal despliegue mediático ante lo grave y peligrosa de la situación para la menor de edad involucrada. Toby Studabaker fue arrestado eventualmente en Frankfurt, Alemania para ser extraditado posteriormente al Reino Unido, donde sería enjuiciado. Studabaker fue sentenciado a cuatro años y medio de prisión. Este caso despertó el interés público hacia los riesgos y peligros relacionados al acoso sexual cibernético. Los debates que se suscitaron en torno a posibles propuestas de prevención favorecieron la promulgación de la *UK Sexual Offences Act 2003*, la cual endureció las leyes existentes relacionadas al acoso sexual.[884]

La aparición de nuevos videojuegos electrónicos en conjunción a la falta de orientación y supervisión por parte de los progenitores o tutores han empinado las incidencias de este tipo de abuso sexual. Esto ha obligado a diversos ordenamientos jurídicos a conformar leyes que puedan tipificar el acoso sexual cibernético como delito que incorpore elementos relacionados a las estratagemas que utilizan regularmente la mayoría de los acosadores. Un ejemplo de esta aseveración queda exteriorizado con la

[883] STATISTA, GMBH, *Industria del juego,* https://es.statista.com/estadisticas/481369/jugadores-de-videojuegos-en-espana-por-edad-y-genero/ (última visita 24 de mayo de 2020).
[884]DAVID S. WALL, CYBERCRIME: THE TRANSFORMATION OF CRIME IN THE INFORMATION AGE 125 (2007).

forma en que el Ordenamiento Jurídico español ha tratado de truncar el peligro del acoso sexual cibernético al tipificarlo como delito en el artículo 183(1) ter. de la forma siguiente:

> El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.[885]

De igual forma, el Código Penal puertorriqueño ha hecho lo propio al constituir el denominado delito de "Seducción de menores a través de la internet o medios electrónicos" en el artículo 124. El artículo 124 intenta criminalizar el acoso sexual cibernético configurando lo siguiente:

> Toda persona que, a sabiendas, utilice cualquier medio de comunicación telemática para seducir o convencer a un menor para encontrarse con la persona, con el propósito de incurrir en conducta sexual prohibida por este Código Penal u otras leyes penales, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. Este delito no cualificará para penas alternativas a la reclusión.[886]

Si se comparan ambos artículos, se puede apreciar que el artículo 183(1) ter. del Código Penal español es más amplio y enumerativo al designar los medios de comunicación que se considerarán como vías de realización del acto delictivo. Esto obliga a destacar que el artículo 124 del Código Penal puertorriqueño no deja claro si está incluido el teléfono como medio en aquellas instancias en que la información que se emita no sea computadorizada. La inclusión del teléfono de manera explícita y clara como posible medio de continuidad o de comisión del acoso es relevante porque muchos perpetradores desplazan o intercalan consecuentemente los medios y tácticas de comunicación de la computadora al teléfono o viceversa.

[885] CÓD. PEN. ESP. art. 183(1) ter.
[886] 33 LPRA § 5183 (2012, 2014).

Otra disparidad entre ambos artículos corresponde a la precisión de la edad del menor al que se refiere. El artículo 183(1) ter. del Código Penal español alude a un menor de dieciséis años, mientras el artículo 124 del Código Penal puertorriqueño señala simplemente lo respectivo a un menor de edad del cual no hay fijación de edad específica. Sin embargo, esta divergencia es aparente en su generalidad porque se supone que de manera tácita prevalezca la edad de consentimiento para tener relaciones sexuales, según los estatutos de la jurisdicción correspondiente. La edad de dieciséis años es la preceptuada en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, equiparándose a la del Ordenamiento Jurídico español. No obstante, hay unas variaciones concernientes a las provisiones de diferencia de edad *(age gap provisions)* propuestas en ambos Códigos Penales. Estas provisiones son las que establecen *"*la capacidad de un joven para consentir en la actividad sexual según los estándares para la edad mínima de la pareja más joven […], y si existe una brecha de edad particular entre las dos parejas"[887]. Esta provisión se establece ordinariamente cuando una de las partes es menor de edad, pero el estado de derecho le atribuye la capacidad de consentir en la actividad sexual y la otra parte es una persona con mayoría de edad cercana a la edad de la parte de menor edad. Esta cercanía de edad permitida entre ambas partes será determinada por cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 183 *quater* del Código Penal español determina que "[e]l consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez"[888]. Esta pretendida proposición o salvedad de diferencia de edad establecida en el Ordenamiento Jurídico español pretende más o menos calcar y trasponer el artículo 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.[889] Este artículo 8 dispone que los Estados miembros tendrán la discreción de decidir la aplicabilidad de la imputación de infracciones de abusos sexuales o explotación sexual "en los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y

[887] Victoria A. Mauer & Nicholas Dickon Reppucci, *Legal and Psychological Approaches to Understanding and Adressing Teen Dating Violence*, en ADVANCES IN PSYCHOLOGY AND LAW, VOLUME 4, 294 (Brian H. Bornstein & Monica K. Miller, eds., 2019).
[888] CÓD. PEN. ESP. art. 183 *quater.*
[889] JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO, DERECHO PENAL E INTERNET: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DELITOS QUE AFECTAN A JÓVENES Y ADOLESCENTES 160 (2011).

psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos"[890]. Ahora bien, lo anterior podría conllevar la evaluación y valoración caso a caso por parte del juzgador de la alegada *proximidad de edad o madurez* entre las partes involucradas, sin haberse advertido o sugerido una diferencia o margen de edad aceptable de manera específica en la ley. Esta falta de precisión podría levantar por defensa, si se diera el caso de una situación de abuso, que se ha conculcado el principio de legalidad.

Mientras el Ordenamiento Jurídico español enmarca su disposición en torno a lo sugerido en la Directiva 2011/93/UE, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño sigue las tendencias legislativas adoptadas por diversas jurisdicciones estatales de Estados Unidos de América, que tienden a precisar la proposición de diferencia de edad considerada aceptable, la cual fluctúa generalmente entre dos a cuatro años. Siguiendo este marco referencial, el artículo 130 del Código Penal de Puerto Rico establece una salvedad en la tipificación del delito de agresión sexual como posible eximente "cuando la víctima es mayor de catorce (14) años y la diferencia de edad entre la víctima y el acusado es de cuatro (4) años o menos"[891]. No obstante, el reconsiderar la edad de catorce años como una edad que, en algunas circunstancias, dota al menor de la capacidad de consentir a la actividad sexual, implica contradicciones importantes debatidas y aclaradas cuando se propuso la edad vigente de los dieciséis años como la edad de capacidad para consentir a la actividad sexual.

La discusión respectiva al desfase en las edades del consentimiento en diversas materias y jurisdicciones es importante porque esta circunstancia agrava la problemática de captación de menores de edad para posibles conversaciones o encuentros de índole sexual con adultos que enmascaran su adultez detrás de la pantalla del monitor de una computadora o un teléfono inteligente. La posible desaparición o alteración de los rostros e identidades reales impiden alguna aproximación de verificación de las posibles edades de las personas y de su factible capacidad para consentir. Esa otredad continua y confusa de las redes sociales atraerán nuevos riesgos y estrategias de engaños y fraudes planificados que deberán ser atajados por agencias de seguridad especializadas en la cibernética.

---

[890] *Véase* MYRIAM CABRERA MARTÍN, LA VICTIMIZACIÓN SEXUAL DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y EN LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL 349 (2019).
[891] 33 LPRA § 5191 (2012).

No obstante, esto no será suficiente si los progenitores o tutores no integran a sus deberes de educación y vigilancia "los referentes tecnológicos suficientes que procuren salvaguardar la integridad moral y física del menor de edad"[892]. Es por tal motivo que el empoderamiento del menor de edad respectivo a la discreción que éste tendrá al aceptar las solicitudes de amistades, deberá ser un aspecto tutelar primordial. Sobre este asunto, se debe aludir lo siguiente:

> Mientras la plaga de la pedofilia contamine la red informática, los adultos que sean parte de la educación integral del menor de edad deberán empoderarlos para que puedan rechazar las peticiones de adiciones a la lista de amigos que le realicen personas desconocidas y de las cuales no tengan referencias. La realidad es que, aunque algunos aleguen que el concepto de inocencia del menor es una construcción que los últimos siglos han catapultado, la mayoría de los menores carecen de la información suficiente para descubrir las estratagemas de personas que padecen parafilias y falsean perfiles con las pretensiones de erosionar su dignidad y su honor.[893]

3. La pornografía infantil

La aparición de la red informática inoculó de manera exponencial el germen global de la pornografía infantil. Niños, niñas y adolescentes se sintieron atraídos por nuevos espacios coloridos e interactivos repletos de información y entretenimiento. Muchos de estos menores de edad transitan constantemente por variados laberintos cibernéticos desolados y riesgosos al margen de las clasificaciones de edad permitidas para el acceso del espacio virtual que han pretendido navegar. Sin embargo, como ya se discutiera en el Capítulo II, la seguridad en internet no está garantizada por el fiel cumplimiento de los contratos telemáticos, los cuales amplían el marco de difusión de la información debido a la cesión de datos personales.

Es por tal motivo que, en el mundo caótico de la red, la seguridad se encuentra constantemente amenazada y desafiada por agentes perversos que se podrían clasificar como inadaptados sociales cibernéticos que deambulan en persecución de víctimas

---

[892] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 114.
[893] *Id.*

potenciales. Estos perpetradores han podido burlar los sistemas de seguridad tecnológica más sofisticados de poderosas naciones y multinacionales. La fragilidad de los sistemas de información ante las artimañas maquiavélicas de pérfidos piratas, constriñen la reflexión y apreciación del daño inconmensurable que le podrían causar a un menor de edad captado como objetivo-víctima para la explotación o el abuso sexual.

Sobre este asunto, MORALES PRATS aduce lo siguiente:

> Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado (escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos). Y estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona Internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el "ciberespacio" intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los *anonymous remailers*, que permiten el envío de correos electrónicos sin remite; los *remailers* suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.[894]

Estas mismas contingencias fueron consideradas y valoradas por las Naciones Unidas y sus miembros al imponer, a los Estados partes, la obligación de promulgar todas las leyes necesarias para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra las diversas formas existentes de explotación y abusos sexuales. Lo anterior, le arroga a cada Estado parte, el deber de impedir: "a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos"[895].

---

[894] FERMÍN MORALES PRATS, *Pornografía Infantil e Internet* (Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet, organizadas por la Universitat Oberta de Catalunya y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona) (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), https://www.uoc.edu/in3/dt/20056/20056.pdf (última visita 10 de julio 2020). *Cf.* ESTHER MORÓN LERMA, INTERNET Y DERECHO PENAL: HACKING Y OTRAS CONDUCTAS ILÍCITAS EN LA RED 27-28 (1999).

[895] Convención sobre los Derechos del Niño, AS/ RES/ 44/25 de 20 de noviembre de 1989, art. 34.

Al anterior esfuerzo de protección, se sumaron los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. De estos esfuerzos, afloró una formulación y conceptualización más precisa del delito de pornografía infantil. La definición concebida fue la siguiente: "toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales"[896]. Esta definición sirvió de referente a varias legislaciones, entre las que se encuentra la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Esta Directiva impuso a los Estados miembros el endurecer las penas de los delitos contra la libertad sexual y el elevar la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años.[897]

En consecuencia, el Ordenamiento Jurídico español realizó varias reformas a su Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; con la intención de trasponer las modificaciones realizadas a los delitos contra la libertad sexual impuestas por la Directiva 2011/93/UE. El enfoque punitivo severo hacia el delito de pornografía infantil redundó en una esfera más amplia de conductas específicas y se consideraron a las tecnologías informáticas como uno de los medios de difusión. Es por tal motivo que el Código Penal español estableció en su artículo 183.2 ter., lo siguiente:

---

[896] *Id.*

[897] Un esfuerzo significativo realizado por el Consejo de Europa en pro de erradicar la pornografía infantil quedó exteriorizado en la Decisión 2000/375/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet. Entre varios asuntos respectivos a "prevenir y combatir el abuso sexual de los niños y, en particular, la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil a través de Internet", esta Decisión enfatizó sobre: "reforzar las medidas de prevención y de lucha contra la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de pornografía infantil y de garantizar que las infracciones en este ámbito sean efectivamente investigadas y perseguidas" (artículo 1.1), la creación de unidades especializadas en combatir la pornografía infantil (artículo 1.2), el deber de los Estados miembros de informar a Europol en este tipo de casos (artículo 2), la exigencia imprescindible a los proveedores de servicios de la retirada inmediata de material pornográfico (artículo 3b), el deber que tienen las autoridades concernientes de la verificación constante de las evoluciones tecnológicas para que se realicen las modificaciones necesarias en las leyes penales y sus procedimientos en vías de lograr mayor eficacia en la lucha contra la pornografía infantil (artículo 4). *Véase* Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. (DOUE-L-2018-80435).

> El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Asimismo, se mantuvo la tipificación de la conducta sexualmente simulada y se incluyó como pornografía infantil, a *"*todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor […]"[898]. No obstante, no queda totalmente claro, si la conducta esbozada se refiere a la toma, reproducción y difusión de imágenes que se retoquen mediante software con la intención de que los adultos que intervengan exponiendo conductas sexuales puedan parecer menores de edad.

Al igual que el Ordenamiento Jurídico español, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha realizado varios esfuerzos para erradicar la pornografía infantil y asimismo se ha desempeñado enérgicamente para alcanzar su conceptualización y tipificación en el ámbito penal. Por ejemplo, la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Obscenidad y la Pornografía Infantil de Puerto Rico conceptualiza la pornografía infantil como cualquier retrato, dibujo, fotografía, película de movimiento, cinta cinematográfica u otra representación gráfica o cualquier representación visual transmitida o retransmitida a través de cables, ondas electromagnéticas, tecnología digital o cualesquiera medios electrónicos de radio o televisión que contenga conducta sexual real o simulada y se lleve a cabo para, con o en presencia de menores.[899] A esta definición se integrará lo esbozado en el artículo 143 del Código Penal puertorriqueño en el que se define a la pornografía infantil con el siguiente tenor:

> [C]ualquier representación de conducta sexual explícita, todo acto de masturbación, abuso sadomasoquista, relaciones sexuales reales o simuladas, relaciones sexuales desviadas, bestialismo, homosexualismo, lesbianismo, actos de sodomía, o exhibición de los órganos genitales llevados a cabo por personas menores de dieciocho (18) años de edad.[900]

[898] CÓD. PEN. ESP. art. 189.
[899] 1 LPRA § 541 (b) y (f) (2012), (2014).
[900] 33 LPRA § 5204 [e(3f)] (2012).

Se debe puntualizar que de la misma forma que la legislación española incluye el acto sexual *simulado* como conducta delictiva, la legislación puertorriqueña también la tipifica, sobre todo siguiendo la norma del ámbito federal. Esta norma federal, en la sección 2256 define el concepto de pornografía infantil como cualquier representación visual, incluyendo cualquier fotografía, película, vídeo o imagen generados por ordenador o fabricados o producidos por medios electrónicos, mecánicos o de cualquier otro tipo, de una conducta sexualmente explícita, en la cual se implica el uso de un menor (persona menor de dieciocho (18) años). Entendiéndose por representación visual a cualquier cinta fílmica sin revelar, cintas de vídeo sin desarrollar, datos almacenados en el disco de un ordenador o por medios electrónicos que pueden convertirse en una imagen visual y los datos que son capaces de convertirse en una imagen visual que ha sido transmitida por cualquier medio, ya sea que se almacenen o no en un formato permanente.

Además, se deberá considerar como 'Conducta sexualmente explícita' a aquella conducta real o simulada sobre: relaciones sexuales (incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, ya sea entre personas del mismo sexo o de sexos opuestos; la bestialidad; la masturbación; el abuso sádico o masoquista; o la exhibición lasciva de los genitales o área púbica de cualquier persona).[901] Se debe notar que, aunque el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha adoptado una definición con algunos rasgos similares a la concebida por el Ordenamiento Jurídico norteamericano, la definición federal es mucho más precisa en la descripción de las conductas específicas tipificadas.

Sobre la pornografía infantil, el Departamento de Justicia Federal ha expresado lo siguiente:

> Cabe destacar que la definición legal de una conducta sexualmente explícita no requiere que una imagen represente a un niño participando en la actividad sexual. Una imagen de un niño desnudo puede constituir un acto ilegal de pornografía infantil si es suficientemente sexualmente sugestivo. [902]

[901] 18 USC § 2256 (1996).
[902] Traducción suplida. El texto original lee como sigue:

> Notably, the legal definition of sexually explicit conduct does not require that an image depict a child engaging in sexual activity. A picture of a naked child may constitute illegal child pornography if it is sufficiently sexually suggestive.*

*THE UNITES STATES DEPARMENT OF JUSTICE, *Citizen's Guide to U.S. Federal Law on Child Pornography,* https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-pornography

Estas expresiones están en armonía con lo decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *New York v. Ferber*.[903] En este caso, se dispuso que la pornografía infantil puede ser prohibida, aunque el material no sea obsceno y que la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos no se puede invocar como protección para este tipo de explotación sexual.[904]

(última visita el 15 de mayo de 2020).

[903] New York v. Ferber, 458 US 747 (1982)

[904] En el caso *New York v. Ferber,* 458 US 747 (1982), el Tribunal dirimió cinco razones por las cuales "[l]os Estados tienen derecho a una mayor libertad de acción en la regulación de las representaciones pornográficas de niños, según lo establecido en el caso *Miller v. California*, 413 US 15 (1973)". Estas cinco razones son las siguientes:

> (1) el juicio legislativo de que el uso de niños como sujetos de materiales pornográficos es perjudicial para la salud fisiológica, emocional y mental del niño pasa fácilmente el examen bajo la Primera Enmienda; (2) el estándar de *Miller v. California*, 413 U. S. 15, para determinar qué es legalmente obsceno no es una solución satisfactoria al problema de la pornografía infantil; (3) la publicidad y venta de pornografía infantil proporciona un motivo económico y, por lo tanto, es parte integral de la producción de dichos materiales, una actividad ilegal en todo el país; (4) el valor de permitir representaciones en vivo y reproducciones fotográficas de niños involucrados en exhibiciones lascivas es excesivamente modesto, si no mínimo; y (5) reconocer y clasificar la pornografía infantil como una categoría de material fuera de la protección de la Primera Enmienda no es incompatible con las decisiones de esta Corte que tratan sobre qué discurso está desprotegido. cuando una clase de material definible, […] influye de manera tan fuerte y omnipresente en el bienestar de los niños que participan en su producción, el equilibrio de intereses en competencia está claramente establecido, y es permisible considerar estos materiales sin la protección de la Primera Enmienda.*

*Traducción suplida. El texto original es en inglés y lee como sigue:

> (1) the legislative judgment that the use of children as subjects of pornographic materials is harmful to the physiological, emotional, and mental health of the child, easily passes muster under the First Amendment; (2) the standard of *Miller v. California*,413 U.S. 15, 93 S. Ct. 2607, 37 L.Ed.2d 419, for determining what is legally obscene is not a satisfactory solution to the child pornography problem; (3) the advertising and selling of child pornography provide an economic motive for and are thus an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the Nation; (4) the value of permitting live performances and photographic reproductions of children engaged in lewd exhibitions is exceedingly modest, if not *de minimis*; and (5) recognizing and classifying child pornography as a category of material outside the First Amendment's protection is not incompatible with this Court's decisions dealing with what speech is unprotected. When a definable class of material, such as that covered by the New York statute, bears so heavily and pervasively on the welfare of children engaged in its production, the balance of competing interests is clearly struck, and it is permissible to consider these materials as without the First Amendment's protection.*

*New York v. Ferber, 458 US 747 (1982).

Asimismo, se debe recalcar que en *Miller v. California,* el Tribunal Supremo Federal tuvo que dilucidar anteriormente si la venta y distribución de material obsceno estaba protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. El Tribunal dictaminó que el material obsceno no estaba protegido por el derecho a la libertad de expresión e información. Además, la Corte intentó fijar los límites de lo que se debía considerar material obsceno.

El deber de protección que tienen las naciones hacia los menores de edad y la correspondiente evitación de su explotación sexual repercute en la tipificación del acto sexual simulado como una manifestación de la pornografía infantil. Lo anterior, obliga a recalcar de que tanto el Ordenamiento Jurídico español como el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño han tipificado dicha conducta en sus respectivos Códigos penales, porque este tipo de exposición transgrede la dignidad y el honor del menor de edad y le quita al perpetrador una posible defensa relacionada a la violación del principio de legalidad.

Empero, existe cierta incoherencia en la legislación puertorriqueña al reconocer la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años y mantener la edad del menor como "menor de dieciocho años" en la tipificación relativa al delito de pornografía infantil. Tal vez, esta incongruencia se deba al intento de armonizar las leyes penales con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso reseñado anteriormente, *New York v. Ferber,* en el cual el alto foro también señaló que, "la edad de consentimiento para la actividad sexual en un estado determinado es irrelevante; cualquier representación de un menor de 18 años participando en una conducta sexualmente explícita es ilegal".[905]

La pornografía infantil ha eclosionado intensamente y se proyecta como uno de los peligros más ubicuos de la red informática. En el 2017, la *Internet Watch Foundation* (conocida como, IWP) identificó y eliminó 78,589 páginas web con imágenes de abuso sexual infantil. El contenido de estas páginas reflejó que el 43% de las víctimas tenían entre once y quince años, el 55% tenía diez años o menos y el 2% correspondía a las edades de dos años o menos. Es necesario advertir que el 54% de las imágenes identificadas implicaban actividad sexual sin penetración o actividad sexual con penetración y en algunos casos perpetradas con sadismo.[906]

---

[905] Traducción suplida.

[906] Un estudio realizado en el 2005 en el Reino Unido concluyó que el 57% de los menores de nueve (9) a diecinueve (19) años habían tenido diariamente o semanalmente contacto con pornografía en la red informática. Este estudio también identificó que la mayoría de los menores o jóvenes se toparon con la pornografía accidentalmente. Un 38% de los usuarios tuvieron contacto con pornografía mientras realizaban otras tareas y les surgió la misma en una ventana emergente *(pop-up)*. Un 36% tuvo contacto mientras hacía una búsqueda de algún tema de interés y abría una página que contenía pornografía. Otro 25% encontró pornografía en el correo-basura *(junk mail)* de su correo electrónico. EVA LIEVENS, PROTECTING CHILDREN IN THE DIGITAL ERA: THE USE OF ALTERNATIVE REGULATORY INSTRUMENTS 63 (2010).

De hecho, en un estudio denominado como *Trends in Online Child Sexual Exploitation: Examining the Distribution of Captures of Live-streamed Child Sexual Abuse* realizado entre agosto y octubre del 2017 (publicado en mayo de 2018) por la *Internet Watch Foundation* (IWF) y financiado por *Microsoft*, reflejó los hallazgos sobre la distribución de capturas de abuso sexual infantil en vivo *(captures of live-streamed)* que se produjeron públicamente en la red informática durante tres meses. Las imágenes y los vídeos fueron evaluados de acuerdo con los procedimientos estándares para procesar imágenes de abuso sexual infantil establecidos por la IWF. Después de evaluar un sinnúmero de imágenes y vídeos, concluyeron que 2,082 cumplían con los criterios de investigación. Los resultados finales del estudio arrojaron las estadísticas siguientes: el 96% de las imágenes mostraban a los niños solos, por lo general, en un dormitorio; el 98% de las imágenes representaron a niños de trece años o menos; el 96% de las imágenes mostró a adolescentes mujeres; el 40% de las imágenes implicaban actividad sexual sin penetración o actividad sexual con penetración y en algunos casos perpetradas con sadismo; el 100% de las imágenes habían sido recolectadas de la ubicación original de carga y se estaba redistribuyendo en sitios webs de terceros; el 4% de las imágenes se capturaron solamente desde aplicaciones de *streaming* de dispositivos móviles; el 73% de las imágenes aparecieron en dieciséis foros dedicados a realizar descargas pagadas de vídeos de *webcams* de abuso sexual infantil.

En lo pertinente al incremento de casos de pornografía infantil en la red, el Ex Secretario de Justicia de los Estados Unidos, Erick Holder, Jr. ya había expresado el 19 de mayo de 2011 en la Conferencia Nacional de Estrategia de Lucha contra la Explotación de Niños en San José, California, lo siguiente:

> Desafortunadamente, hemos visto también un aumento histórico en la distribución de pornografía infantil, en el número de imágenes que se comparten en la red informática, y en el nivel de violencia asociada con la explotación infantil y delitos de abuso sexual. Trágicamente, el único lugar en el cual hemos visto una disminución es en la edad de las víctimas. Esto es –simplemente– inaceptable.[907]

[907] Traducción suplida. El texto original es en inglés y lee como sigue:

> Unfortunately, we've also seen a historic rise in the distribution of child pornography, in the number of images being shared online, and in the level of violence associated with child exploitation and sexual abuse crimes. Tragically, the only place we've seen a decrease is in the age of victims. This is – quite simply – unacceptable.*

*The Unites States Deparment of Justice, www.justice.gov (última visita el 15 de mayo de 2020).

Existen desgraciadamente cuantiosos casos de victimización sexual de menores de edad y las respectivas grabaciones y difusiones de dichos actos en las redes sociales, lo que conllevará la reiteración implacable de esa victimización. Un caso ilustrativo de esta situación lo fue el caso de 'Helena' ocurrido a finales de 1980. Este caso de pornografía infantil aludía a una menor británica de alrededor de ocho años a la cual denominaban 'Helena', quien comenzó a ser estigmatizada como una alegada 'estrella porno' de la red informática. En las alegadas publicaciones de 'Helena' había fotos de ella desnuda, de ella y otro niño de su misma edad teniendo relaciones sexuales, además de fotos de la menor siendo agredida sexualmente por un adulto. Todas estas imágenes fueron copiadas y publicadas en diferentes espacios de internet que denominaron a la página que contenía las fotos como 'Hel-Lo' (Helena/Lolita). La alusión al nombre Lolita correspondía al nombre de una novela erótica publicada en el 1955 por el ruso Vladimir Vladimirovich Nabokov. En la novela *Lolita,* un hombre mayor se obsesiona con Lolita, una menor de 12 años de edad.

Se alega que 'Helena' fue una víctima de pornografía infantil hasta sus doce años. Sin embargo, su re-victimización perdura y se reitera en los espacios de la red informática cada vez que algún usuario tiene acceso a sus imágenes. Esta reiteración de la victimización quedó ejemplarizada con una secuela relacionada a este mismo caso. Esta secuela consistió en el arresto de un pedófilo por posesión de pornografía infantil realizado en el 2005 en el estado de la Florida. En el momento del arresto, el arrestado estaba buscando imágenes de la serie denominada 'Hel-Lo'.[908]

Desgraciadamente, la pornografía infantil sigue mordaz y virulenta en las profundidades del internet. Cada vez más, se cuelgan imágenes y vídeos que pretenden perpetuar la victimización de menores de edad. El perpetrador pretende cruelmente realizar una especie de exhibición de la agresión perpetrada como un alarde de poderío. Este fue el caso de *Russian Pedo 8yo girl.avi,* un caso de pornografía infantil muy popular en España, que consistió en la difusión de un vídeo de una niña menor de trece años que le realizaba una felación a un adulto para después ser penetrada por vía vaginal. La policía portuguesa identificó la distribución del vídeo y les notificó a las autoridades españolas por ser uno de los involucrados residente de España. Después de la identificación del

[908] PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE: CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET 257 (2003).

usuario como un tal Florencio, a través del PI del aparato tecnológico y con la correspondiente autorización judicial, las autoridades diligenciaron el registro de su domicilio. Las autoridades del orden público incautaron el ordenador que manejaba el sospechoso y revisaron el contenido del disco duro. "La investigación constató que Florencio tenía instalados varios programas de intercambio de datos e información, en los que se hallaron sesenta y tres archivos fotográficos y seis vídeos de pornografía infantil."[909] De hecho, la re-victimización referida del aludido vídeo denominado *Russian Pedo 8yo girl.avi* quedó evidenciada porque las imágenes concernidas fueron transferidas a otros usuarios quinientas sesenta y dos veces.[910]

Estas re-victimizaciones ocurren también de maneras inclementes en el ámbito familiar. Este es el caso de unas gemelas de cuatro años que fueron agredidas sexualmente de diversas maneras por su padre, Pedro Jesús. El *modus operandi* del padre perpetrador consistía en llevar a las menores de edad al dormitorio conyugal, "donde las despojaba de sus ropas y les introducía en vagina y ano los dedos de su propia mano y pequeños vibradores"[911], además de realizarles otras agresiones deplorables. Este pedófilo finalizaba su conducta "eyaculando sobre sí mismo y las menores, haciendo que éstas tocaran después el semen con las manos y los vibradores utilizados"[912]. Pedro Jesús reiteró repugnantemente la victimización de sus hijas al tomarle un sinnúmero de fotografías durante las agresiones perpetradas "en las que se podían ver perfectamente todos los actos realizados, en diversos primeros planos de los genitales, tanto de las niñas como propios, además de tomar otras fotografías que pretendían resaltar el carácter infantil de sus víctimas […]"[913]. Estas fotografías fueron insertadas por el perpetrador "en un muy estricto servidor de internet denominado PEDOLEAKS dentro de la red TOR". PEDOLEAKS es un servidor de internet de la web obscura "reservado a un reducido círculo de pedófilos y siendo de muy difícil acceso".[914]

Si sumamos a lo anterior que los adelantos de la tecnología mediática han estructurado el entramado de la pornografía infantil, añadiéndole nuevas modalidades

[909] STS de 16 de noviembre de 2009, Ant. 1(c) (RJ 2010/177).
[910] *Id.*
[911] STS de 11 de abril de 2018, Ant. 1 (RJ 2018/1385).
[912] *Id.*
[913] *Id*
[914] *Id.*

como el *sexting* y la *sextorsión* (extorsión sexual) a este deplorable delito, el empoderamiento educativo de los menores de edad deberá ser una obligación y no una mera alternativa para los progenitores y tutores ante estas nuevas formas de explotación y extorsión.

La modalidad del *sexting,*[915] como medio de difundir o intercambiar pornografía infantil, consiste en el envío de mensajes de textos con o sin *emojis*, emoticonos[916] y/o imágenes con contenido sexual.[917] Es imperativo dilucidar esta modalidad porque algunos menores de edad tienen acceso a un teléfono celular a edades tempranas y tienen a su disposición la alternativa de la mensajería instantánea, aunque no estén adheridos a una red social o aplicación de comunicación. Se debe precisar que esta tendencia mediática enmarca "varias situaciones en que puede ocurrir sexting: entre adultos que están de acuerdo; entre dos adultos, pero uno de ellos no está de acuerdo; entre un adulto y un menor; y entre menores"[918].

Al dilucidar estas relaciones interactivas se resalta que la única instancia de intercambio legítimo sería aquella interacción en la que ambos adultos consienten a tener este tipo de comunicación. Sin embargo, todavía en este intercambio legítimo, las líneas de los acuerdos podrían tornarse difusas y acarrear conflictos posteriores porque tal vez una de las partes rebasó el límite consentido sobre lo exhibido. En lo tocante a esta investigación, las mensajerías instantáneas pertinentes serían entre un adulto y un menor y dos menores de edad. Esta distinción es imprescindible porque la minoridad no cobija siempre al menor de edad con el manto de la inimputabilidad. Si la relación de mensajería instantánea de índole sexual ocurriera entre un adulto y un menor, habría que indagar quién inició el texto sexual porque si el adulto fue el recipiente del mensaje e inmediatamente notificara a las agencias de seguridad de crímenes cibernéticos, el que podría ser imputado podría ser el menor de edad, dependiendo de su edad. De otra forma, si el adulto le contestara al menor de edad siguiendo la línea de mensajes sexuales, el

---

[915] La palabra *sexting* es una contracción o composición lingüística de la palabra *sex* y la palabra *texting*. DENA T. SACO, REBECCA ARGUDIN, JAMES MAGUIRE & KELLY TALLON, SEXTING: YOUTH PRACTICES AND LEGAL IMPLICATIONS 3 y 5 (2010).
[916] Michel Walrave, Joris Van Ouytsel, Koen Ponnet, Jeff R. Temple, *Sharing and Caring? The Role of Social Media and Privacy in Sexting Behaviour,* en SEXTING: MOTIVES AND RISK IN ONLINE SEXUAL SELF-PRESENTATION 2 (Michel Walrave et al. eds., 2018).
[917] *Véase* Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 118.
[918] *Id.*

adulto será imputado de pornografía infantil y podría no eximirse necesariamente de responsabilidad al menor de edad. Igualmente, si el adulto le reenviara el texto pornográfico a otra persona, adulto o menor, estaría incurriendo en el delito de pornografía infantil. Paralelamente, si fueran dos menores de edad el que inició el mensaje con pornografía infantil podría ser imputado y si el que lo recibió lo reenvía a otros menores, todos los menores emisores podrían ser imputados de pornografía infantil.

Una demostración de las afirmaciones precedentes queda ejemplificada en el caso de un menor de diecisiete años residente de *Middletown, New York,* quien fue arrestado e imputado de pornografía infantil por difundir a terceros unas fotografías de su novia (diecisiete años) desnuda e imágenes de su novia sosteniendo relaciones sexuales. En este caso los otros usuarios menores de edad no emitieron la foto a un tercero. Sin embargo, ese mismo año un adolescente residente en *Whitnall, Wisconsin* difundió una serie de fotos de su novia adolescente desnuda a sus compañeros de estudios. En este caso, algunos menores recipientes del mensaje pornográfico replicaron las imágenes a otros menores, lo que resultó en la imputación del delito de pornografía infantil. [919]

Si se deconstruyen los ejemplos referidos, traslucirá el entresijo del uso de la tecnología más allá de un medio facilitador de difusión de diversos tipos de violencias estructuradas, sino que también emergerá la oportunidad del intento de la perpetuidad de la violencia de género y de la irradiación de las conceptualizaciones 'heteronormativas' del patriarcado. Esta alineación es importante destacarla porque imbricada al tema de la posibilidad de la explotación de los cuerpos de los menores de edad en la red informática, se debe enfatizar que la mayoría de las víctimas de estos delitos son mujeres, niñas o adolescentes. Por consiguiente, esta puntualización apoya aquella teoría que ha ido gestándose en la que se reconoce desafortunadamente que en lo concerniente a comportamientos antisociales, la tecnología tiene "la capacidad de mutar y de ser percibida como un escenario capaz de ampliar el espacio de la realidad, no tanto de cambiarla". [920]

[919] CHUCK EASTTOM & JEFF TAYLOR, COMPUTER CRIME, INVESTIGATION AND THE LAW 156 (2011).
[920] Miguel Lorente Acosta, *Prólogo: «Virtualidad ficticia» y violencia de género,* en VIOLENCIAS DE GÉNERO EN ENTORNOS VIRTUALES 4 (Trinidad Donoso Vázquez & Ángeles Rebollo Catalán, coords., 2018).

Esta realidad se amplía y se constata igualmente a través de otra modalidad de explotación sexual denominada como *sextorsión* (extorsión sexual). Esta modalidad ocurre cuando un individuo obtiene fotografías de desnudos o con contenido sexual explícito de otra persona, conocida o desconocida, y la chantajea con difundir las imágenes en internet a menos que no cumpla con las exigencias impuestas. "Las exigencias del perpetrador pueden ser dinero, sexo, regalos o trabajo. Este crimen se realiza utilizando un tipo de software "pirata", denominado como malware que corrompe la computadora en la cual se infiltra […]."[921] Este tipo de destreza de piratería cibernética dominada por el victimario le brinda la oportunidad de la apropiación de imágenes e información personal de la víctima. Lo anterior conllevará, la toma del control de algunas o todas las funciones del equipo tecnológico de la víctima, como, por ejemplo: la activación de la cámara web o la trasmisión de un virus o software malicioso para dañar el equipo.[922] Es propio resaltar que la *sextorsión* ocurre en las mismas variantes de interacciones personales señaladas anteriormente en el *sexting* y que su acometimiento acontece mayormente a través del teléfono celular.

Por consiguiente, no se debe oponer que tanto el *sexting* como la *sextorsión* son manifestaciones virtuales de la violencia de género. Este reconocimiento es ineludible porque le impone a los progenitores y tutores la obligación de educar a los menores en las narrativas de género y sexualidad tanto en la convivencia *offline* como en la convivencia *online*. Dilucidar esta realidad será imprescindible para empoderarlos en el reconocimiento de este tipo de explotación y discriminación. A fin de cuentas, como arguye LORENTE ACOSTA: "Reconocer la violencia de género en los entornos virtuales que crea el machismo es conocernos mejor como sociedad, y disponer de referencias para transformarnos sobre la igualdad, única forma de erradicar las violencias machistas de la realidad y la convivencia".[923]

[921] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 118 (2017).
[922] ED SKOUDIS & LENNY ZELTSER, MALWARE: FIGHTING MALICIOUS CODE 4 (2004). ERIK DE LUIS GARGALLO, LA SEGURIDAD PARA LOS MENORES EN INTERNET 18 (2017).
[923] ED SKOUDIS & LENNY ZELTSER, MALWARE: FIGHTING MALICIOUS CODE 7 (2004).

4. La trata humana: la esclavitud contemporánea

Aunque parezca repetitivo el argumento de que la red informática le ha facilitado el acceso de imágenes de niños, niñas y adolescentes a una ingente cantidad de pedófilos y traficantes de trata humana, es totalmente ineludible esta reiteración porque la aproximación del perpetrador o perpetradora será la primera movida de un proyectil que estallará en una posible laceración irreparable de la integridad física, síquica y moral del menor de edad. Este enunciado sostiene irrebatiblemente la puntualización de que la trata humana también se ha remontado con el surgimiento de las tecnologías modernas. Esta trágica precisión deberá situar a los progenitores y tutores de los menores de edad en un estado de alerta y de persistencia educativa sobre las tecnologías informáticas.

Ahora bien, para tener un panorama general de la gravedad de este riesgo atroz se deberá revisar la conceptualización de la trata humana como la esclavitud contemporánea. Para llevar a cabo este ejercicio será necesario despuntar las narrativas persistentes a finales de los años 90's cuando la comunidad internacional incrementó su atención y observación hacia la venta de seres humanos como esclavos por la nueva narrativa de la 'trata de blancas'.[924] Desafortunadamente, esta reacción no fue igualitaria cuando en años anteriores, las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes africanos, indígenas y pertenecientes a diversas 'minorías' fueron comercializados para su explotación y no hubo una indignación global trascendental que proclamara los derechos civiles y la integridad personal de las víctimas. Es por tal motivo que esta discriminación es imprescindible puntualizarla y denunciarla. Por consiguiente, aunque con matices discriminatorios, no cabe duda que la narrativa sobre la 'trata de blancas' desencadenó una preocupación cosmopolita que desembocó en un esfuerzo que pretendió aclarar la heterogeneidad de elementos de esta aterradora transgresión.[925]

La intensificación del activismo contra la trata humana desató que, en el año 2000, los Estados Partes de las Naciones Unidas consensuaran y suscribieran una disposición

[924] ANNE GALLAGHER, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN TRAFFICKING 16 (2010). James Greuner, Counteracting the Bias: *The Department of Labor's Unique Opportunity to Combat Human Trafficking,* 126 Harv. L. Rev. 1012 (2013).
[925] CARRIE N. BAKER, FIGHTING THE US YOUTH SEX TRADE: GENDER, RACE, AND POLITICS 20, 43 (2018); Tessa L. Dysart, *Child, Victim, or Prostitute? Justice Through Immunity for Prostituted Children*, 21 Duke Journal of Gender Law & Policy 255, 258 (2014).

dimanante contra el flagelo atroz de la trata humana en Palermo, Italia. Esta normativa, conocida como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[926] se apoyó y complementó con el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (también conocido como el Protocolo contra la Trata de Personas). Este Protocolo suplió por primera vez una definición de esta vil y deplorable transgresión.[927] Esta definición ha tenido gran aceptación internacional y ha sido reproducida en otras legislaciones, como en la 2005 *European Convention on Action against Trafficking* (mejor conocida como la *European Trafficking Convention*).[928]

> La "trata de personas" significará el reclutamiento, la transportación, la transferencia, la acogida o el recibimiento de personas, a través de los medios de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, de abducción, de fraude, de decepción, del abuso del poder o de una posición de vulnerabilidad o de la prestación o recibimiento de pagos o beneficios para alcanzar el consentimiento de una persona teniendo el control sobre otra persona, para el propósito de la explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o la remoción de órganos.[929]

---

[926] Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[927] El artículo 3(a) del Protocolo establece lo siguiente:

> Para los fines del presente Protocolo:
>
> a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; […]

[928] ANNE GALLAGHER, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN TRAFFICKING 43 (2010).

[929] Traducción suplida. El texto original es en inglés y lee como sigue:

> "Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.*

Si se deshace analíticamente esta definición en sus componentes principales, traslucirá claramente la segmentación sintagmática de tres elementos esenciales: "la "acción" (reclutamiento, transportación, transferencia, acogida y recibimiento de personas), los "medios" [930] (el engaño, la amenaza o uso de fuerza u otras formas de coerción) "y el "propósito" (la explotación)".[931]

A la luz de estos elementos, cabe señalar que tanto el artículo 177 bis. del Código Penal español[932] como el artículo 160 del Código Penal puertorriqueño[933] preservan esta segmentación cuando tipifican el delito de la trata de seres humanos. Desgraciadamente, el entramado de la red desdibuja las fronteras con compás trepidante, facilitándoles la consecución o ejecución de los tres elementos enunciados a los victimarios de manera

*UNITED NATIONS HUMANS RIGHTS, *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime,* (General Assembly Resolution 55/25 of 15 November 2000), https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolTraffickingInPersons.aspx. (última visita 27 de julio de 2020).

[930] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 119. *Véase* LOUISE SHELLEY, HUMAN TRAFFICKING: A GLOBAL PERSPECTIVE 41 (2010).

[931] *Id.*

[932] El artículo 177 bis. del Código Penal español establece lo siguiente:

> Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) La explotación para realizar actividades delictivas; d) La extracción de sus órganos corporals; e) La celebración de matrimonios forzados.[…].

[933] El artículo 160 del Código Penal puertorriqueño establece lo siguiente:

> Toda persona que mediante la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas y que recurriendo al uso de la fuerza, amenaza, coacción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder, u otras situaciones de vulnerabilidad, ofrezca o reciba la concesión o recepción de pagos o beneficios con el fin de obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para que ésta ejerza la mendicidad, cualquier clase de explotación sexual, pornografía, trabajo o servicio forzado, servidumbre por deudas, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o sus prácticas análogas, la servidumbre o extracción de órganos, aun con el consentimiento de la víctima, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de doce (12) años. Cuando la persona que comete el acto fuere el padre o madre, encargado o tutor legal de la víctima menor de edad será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de veinte (20) años. […].

más rápida y amplia. Esto ocurre porque los perpetradores tendrán a su disposición un vasto caudal de víctimas de diversas edades y nacionalidades, la ventaja del manto del anonimato en conjunción con el despojo del rastro de su Protocolo de Internet (PI) o *Internet Protocol (IP)* y de una moneda *(bitcoin)* que no responde a un banco comercial rastreable.[934]

El primer sintagma atinente al operativo del reclutamiento ha enmarcado preferentemente su proceso de captación de los niños, las niñas y los adolescentes en las vías amplias que le brinda internet como nuevo espacio de alcance globalizado. El reclutamiento de víctimas en la red informática tiende a ser similar al fenómeno del acoso sexual (*cybergrooming)* o a basarse plenamente en convocatorias laborales en regiones con altas tasas de desempleo[935]. Del menor llegar a tener contacto personal con el perpetrador o la perpetradora, "éste podría ser secuestrado con la intención de ser explotado sexual o laboralmente o con la intención de extraerle aquellos órganos, células o tejidos que serán traficados"[936].

El segundo sintagma señalado anteriormente como 'los medios' se refiere al método de subyugación de la víctima. El perpetrador o perpetradora subyugará casi siempre a la víctima mediante engaño o coerción. No obstante, todas las formas de sumisión deberán considerarse violentas porque la víctima será cosificada, dominada y empujada al tráfico humano. El alegar que la víctima consintió es *irrelevante* porque se reconoce que la víctima no tiene capacidad alguna de consentir ante su estado de indefensión sobre un acto que viola la ley, la moral y el orden público. La irrelevancia del consentimiento fue resaltada por el Protocolo contra la Trata de Personas "en la totalidad de las variedades de explotación especificadas en su definición de la trata humana; la percepción popular en torno a políticas del consentimiento interviene irreparablemente en la persecución de los transgresores de la explotación de los cuerpos".[937] De hecho, una

[934] Sobre estas negociaciones, yo he remarcado en un artículo de revista arbitrada que "[e]stas transacciones cibernéticas conservan el anonimato tanto del cliente como de las víctimas, mientras que la mayoría de los traficantes se comunican con otros proveedores, ya sea de esclavos o de sus tejidos, células u órganos, a través de la red informática o de la mensajería instantánea". Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 119.
[935] *Id.*
[936] *Id.* en la pág. 120.
[937] *Id.* en la pág. 121. *Véase* JESSICA ELLIOT, THE ROLE OF CONSENT IN HUMAN TRAFFICKING (2015).

de las críticas que se pueden señalar a la definición modelo de trata humana es que alude al consentimiento cuando no hay cabida para su inserción.

Es por tal motivo que es ineluctable apuntalar que la trata humana ha escalado con el surgimiento de la red informática porque este espacio virtual le ha simplificado el proceso de la captación de sus objetivos preferentes (niños, niñas, adolescentes y mujeres) a los impostores traficantes, al proveerles de una plataforma global que le facilita el anonimato y el engaño. Esto, a su vez, ha aligerado la consecución de la explotación como propósito mencionado como tercer sintagma de la definición de trata humana.

Ante ese escenario mediático que amplía el universo de opciones de captación, no se puede perder de vista que las imágenes y la información de los menores de edad en la red, coadyuvan a que los traficantes puedan enlazar el rostro y la edad de una posible víctima con las finalidades de las explotaciones que pretenden ejercer. El asunto se agrava cuando se confirma que los tipos de explotaciones en la trata de personas pueden estar destinados a diversos fines y que estas consumaciones estarán dirigidas al lucro o a la evitación del gasto. Por ejemplo, la explotación laboral infantil es uno de los objetivos de la trata de personas. Esta finalidad de explotación ha ascendido vertiginosamente, "máxime en momentos de crisis económica cuando la mano de obra sin paga se propende como el mejor negocio vislumbrado en la economía sumergida o subterránea"[938]. Muchos menores de edad son captados y reclutados en la red informática para una diversidad de presuntos puestos de 'trabajo'. Estas pretendidas ejecuciones laborales pueden incluir el trabajar en maquiladoras dentro de la industria textil, la labranza y el cultivo, la pesca, la albañilería, "la construcción, la servidumbre doméstica, la mendicidad, la venta de medicamentos y sustancias controladas y cualesquiera otros tipos de trabajo de mano de obra pesada"[939]. Desafortunadamente, a la esclavitud laboral, se deben incorporar otras configuraciones de explotación como la utilización de los menores de edad en el turismo sexual, la prostitución, el matrimonio forzado, el mercado de órganos y el terrorismo[940].

[938] *Id.* en la pág. 120.
[939] INTERPOL*, Connecting the Police for a Safer World*; www.interpol.int (última visita 25 de julio de 2020).
[940] KEVIN BALES, DISPOSABLE PEOPLE: NEW SLAVERY IN THE GLOBAL ECONOMY, UPDATED WITH A NEW PREFACE 29 (2012).

El turismo sexual especulativo de niños, niñas y adolescentes gravita hacia un encumbramiento altivo que se ha difundido y afianzado mundialmente de maneras imprevisibles e inesperadas. A este respecto, se debe precisar que la red informática le facilita y abarata la inversión detrás del delito a los perpetradores y perpetradoras, proveyéndoles de las plataformas en las cuales se promocionan las ofertas mediáticas de viajes aéreos de bajo costo. Esto ocurre porque los esclavistas investigarán los destinos más económicos, según sus estrategias de especulación e investigarán, además, cuáles son las jurisdicciones más empobrecidas y menos 'vigiladas'. Si a lo anterior, le sumamos que, muchas veces, estos traficantes cuentan con más recursos económicos que las mismas agencias llamadas a intensificar los esfuerzos dirigidos en la persecución de este crimen, se podría concluir que se necesitan todavía copiosas colaboraciones conjuntas a nivel global y las asignaciones adecuadas de fondos que ayuden a educar a los menores de edad sobre la trata humana, sin olvidar las debidas protecciones a las víctimas.[941]

Ejemplo de lo anterior quedó ilustrado sucintamente en la STS 2572/2019 al Tribunal Supremo español narrar los antecedentes de los hechos probados que giraban en torno a unos traficantes de trata humana que engañaron a unas menores de edad nigerianas y a sus familias con la promesa de trasladarlas a España para proveerles de una mejor escolarización. Los perpetradores lograron 'ingresar' a las menores de edad a España con documentos falsificados. Posteriormente, los victimarios 'ayudaron' a las víctimas en el trámite de sometimiento de los documentos correspondientes a la visa de asilo y le informaron que le adeudaban 50,000 euros por las gestiones realizadas. Con el subterfugio de las supuestas deudas, los perpetradores les revelaron a las menores captadas que serían prostituidas para que pudieran responder por lo adeudado. Inmediatamente, los traficantes activaron su estrategia de coacción para explotarlas sexualmente, la cual consistía en someterlas a un ritual de vudú y "para ello le cortaron el pelo púbico y de las axilas y las uñas, le hicieron tomar un brebaje y con ello se aseguraron de la obediencia de la testigo pues cualquier desobediencia podía volverse contra ella y su familia en Nigeria"[942]. Estas medidas de coacción no se limitaron a la subyugación mental a través de la sugestión promovida por los rituales de vudú, sino que

[941] INTERPOL, *Connecting the Police for a Safer World*, www.interpol.int (última visita 25 de julio de 2020).
[942] STS de 24 de julio de 2019 (RJ 2019/2572).

se extendían a amenazas continuas de la perpetración de daños corporales a sus respectivas familias.

Igualmente, en Puerto Rico, los casos de trata humana de menores de edad mantienen vigilantes a las autoridades de seguridad pública. Durante una investigación sobre la trata humana, REY HERNÁNDEZ y HERNÁNDEZ ANGUEIRA entrevistaron a un portavoz de la Fiscalía del Departamento de Justicia de Puerto Rico y éste resaltó un caso de un traficante que hizo alegación de culpabilidad en la Corte Federal por haber captado a dos menores de edad a través de la red informática, haber abusado sexualmente de ellas y haberlas asesinado posteriormente.[943]

Otro de los objetivos de los traficantes de la trata de menores de edad es la extracción y venta de órganos. Esta finalidad infausta es una de las más demandadas por los consumidores del tráfico humano, ya que existen muchas personas con condiciones terminales, cuyos nombres yacen en "interminables listas de espera" de donantes de órganos.

> Los menores de edad captados en la red informática y posteriormente secuestrados para este propósito serán sometidos a intervenciones quirúrgicas clandestinas ajenas totalmente a los criterios básicos de higiene y salubridad requeridos por las autoridades concernientes. Las circunstancias deplorables en las que las víctimas son intervenidas y la ausencia de seguimiento médico pondrán en riesgo la vida de estos menores de edad en la mayoría de los casos.[944]

Una manifestación de esta afirmación se dilucidó en el 2010, cuando se descubrió a un grupo de traficantes de órganos en Israel quienes empleaban la red informática para atraer a 'candidatos de donación', ofreciendo sumas desorbitantes de dinero por sus riñones; las víctimas se veían posteriormente desprovistas de sus expedientes médicos y así los perpetradores se aseguraban de impedir el acceso a atención médica para las víctimas tras las cirugías atroces.[945]

---

[943] CÉSAR REY HERNÁNDEZ & LUISA HERNÁNDEZ, *La Trata de Personas en Puerto Rico: Un reto a la invisibilidad*, http://rickymartinfoundation.org/images/rmf_spanish_final1.pdf 14 (2010) (última visita 23 de septiembre de 2020).
[944] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital, supra* nota 59, en la pág. 120.
[945] STEPHANIE HEPBURN & RITA J. SIMON, HUMAN TRAFFICKING AROUND THE WORLD: HIDDEN IN PLAIN SIGHT 100 (2013).

Las redes sociales permiten el desbordamiento de imágenes de niños, niñas y adolescentes que podrían replicarse en múltiples ocasiones de manera exponencial. En algunas circunstancias, los mismos progenitores o tutores son los que posibilitan estas descomunales difusiones porque pretenden realizar álbumes virtuales de sus hijos o tutelados. La exhibición de los cuerpos de los menores de edad da paso a una publicidad transgresiva que simplifica la captación de las víctimas que serán explotadas. Para la realización de las captaciones y demás procedimientos, los traficantes de la trata de personas utilizan una serie de códigos durante el proceso de mercadeo ilegal. "La publicidad transgresiva de la explotación de los cuerpos se emite globalmente en mensajes a ser decodificados en anuncios clasificados de bajo costo en periódicos digitales o en servicios tan notorios como Craigslist".[946] Este señalamiento queda evidenciado con unos traficantes rusos que realizaron transacciones cibernéticas en las que estaban involucrados varones de catorce años. De la misma forma, las estadísticas japonesas indicaron que en el 2007 se identificaron 984 delitos de prostitución de menores de edad que fueron coordinados y mercadeados en la red informática.[947]

Ante el delito abominable de la trata de personas, las autoridades de seguridad han tenido que aliarse y compartir información en vías de evitar que la esclavitud moderna siga en escalada. A tales efectos, la Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC-INTERPOL por sus siglas en español, en adelante INTERPOL), integrada por la participación y apoyo de alrededor de 190 países miembros, ha conformado la mayor organización policial internacional que labora para erradicar la trata humana y otros crímenes cibernéticos relacionados al tráfico humano, entre otros delitos realizados en el marco transnacional. Muchos países cuentan con una sede de INTERPOL o con una agencia que le sirve de apoyo. España tiene una sede de INTERPOL que está en la División de Cooperación Internacional del Cuerpo Nacional de la Policía sita en su ciudad

[946] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital, supra* nota 59, en la pág. 120. *Craigslist* es un sitio web o red en línea (*online network*) dedicado a publicar y diseminar anuncios clasificados respectivos a ofertas de empleos, ventas y servicios. El usuario adherido a esta red podrá tener contacto con otros usuarios y podrá participar en foros de debates. Fue fundado por Craig Newmark en el 1995 en San Francisco, EE.UU. *Véase* SUSAN M. FREESE, CRAIGLIST: THE COMPANY AND ITS FOUNDER 7 (2011). *Backpage* es otro portal web muy parecido a *Craigslis*t que se alega ha sido utilizado como medio tecnológico para la captación de víctimas potenciales. LEONARD TERRITO & NATALIYA GLOVER, CRIMINAL INVESTIGATION OF SEX TRAFFICKING IN AMERICA 119 (2014).

[947] STEPHANIE HEPBURN & RITA J. SIMON, HUMAN TRAFFICKING AROUND THE WORLD: HIDDEN IN PLAIN SIGHT 52, 400 (2013).

capital, Madrid. De igual forma, Puerto Rico cuenta con una sede de INTERPOL adscrita al Departamento de Justicia en su ciudad capital, San Juan.

Ahora bien, el Ordenamiento Jurídico español deberá cumplir además con la normativa establecida en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la cual le exige a los Estados miembros que "[l]a coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales en los casos de trata de seres humanos debe ser facilitada por una mayor cooperación con Europol y Eurojust […]"[948].

De su parte, el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño ha tenido que compartir el esfuerzo de erradicación de la trata humana al surgir nuevas agencias investigativas a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Una de estas agencias es la agencia federal del Departamento de Seguridad Nacional o *Department of Homeland Security* (en adelante, *Homeland Security),* la cual le sirve de apoyo a varias agencias puertorriqueñas de seguridad. Al amparo del *Homeland Security,* se encuentra el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de Estados Unidos (en adelante ICE, por sus siglas en inglés de *U.S. Immigration and Customs Enforcement*), el cual se creó en marzo de 2003. ICE se ha convertido en la entidad principal de investigación y seguridad, encargada de indagar y arrestar a los transgresores y traficantes de la trata de personas en Puerto Rico.

En síntesis, queda demostrado que la red informática es el medio más utilizado por los perpetradores y perpetradoras para la captación de aquellos menores de edad que se pretenderán explotar. Esta desventurada realidad le imputará, a los progenitores o tutores, la obligación de orientación y educación concerniente a las probables imposturas y suplantaciones de perfiles en la red y a los riesgos eventuales que conllevará el aceptar como 'amigos' a personas desconocidas. "Estas guías serán continuas, reiterativas y extensivas, entendiéndose por esto que las guías que persiguen el mejor interés del menor

[948] Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, Párrafo 5. A lo establecido en la Directiva 2011/36/UE, se le deberá armonizar con el proceso establecido en la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, *sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.* DO L 328 de 15.12.2009, p. 42.

en su navegar en la red informática"[949] serán reforzadas continuamente con la finalidad de empoderar y fortalecer al menor hacia el ejercicio de su autorregulación y autodeterminación en el uso de la red informática.

5. El acoso cibernético o *cyberbullying*

En una sociedad tecnológica vislumbrada desde su dualidad negativa, despuntan asuntos, como: la invasión frecuente de los espacios más íntimos de una persona, las facilidades de difusión de información y la ubicuidad e internacionalización de las vejaciones y agravios sufridos. Esta manifestación adversa de la red informática afecta a muchos menores de edad en su modalidad de acoso psicológico cibernético, acoso moral cibernético o *cyberbullying*. Esta modalidad negativa ocurre cuando una persona utiliza las redes informáticas para publicar información privada o fotos de una persona para degradarla u ofenderla, o le envía directamente mensajes amenazantes, odiosos o desagradables con la intención de agraviarla. Hay dos clasificaciones de acoso psicológico o moral: el acoso directo y el acoso indirecto. El acoso directo es el *"*ataque abierto"[950] o frontal a la víctima, mientras el acoso indirecto es el "aislamiento social y de exclusión deliberada de un grupo".[951] Un ejemplo del acoso indirecto en la red informática sería el que se abrieran páginas de grupos y todos los individuos de una misma clase fueran aceptados y se dejara afuera a uno o a varios integrantes como muestra de evidente rechazo.

Los artificios y estrategias de los acosadores abusadores pueden causar graves daños emocionales y físicos a la víctima abusada, sobre todo a los menores de edad vulnerables. Según expertos en los lineamientos de los constructos psicométricos de rasgos de personalidad, esto responde a que los perfiles de los acosadores abusadores pertenecen, en la mayoría de los casos, a personalidades psicopáticas, antisociales, narcisistas o con síndrome de mediocridad inoperante activa[952]. La intercomunicación

---

[949] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 122.
[950] DAN OLWEUS, CONDUCTAS DE ACOSO Y AMENAZA ENTRE ESCOLARES 26 (2004).
[951] *Id.*
[952] María J. Edreira Vázquez, *Fenomenología del acoso moral*, 36 LOGOS - ANALES DEL SEMINARIO DE METAFÍSICA 131, 136 (2003). María J. Edreira Vázquez, *Fenomenología del acoso moral*, 36 LOGOS - ANALES DEL SEMINARIO DE METAFÍSICA 131, 136 (2003). *Cf.* MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, *El acoso moral: El maltrato psicológico en la vida cotidiana* (Enrique Folch González, trad., 1999); JOSÉ LUIS GONZÁLEZ DE RIVERA, EL MALTRATO PSICOLÓGICO (3ra. ed. 2005). El

informática con individuos que ostentan estos rasgos de personalidad no representará siempre un problema considerable ni riesgoso, de hecho, en la sociedad 'cara a cara' se aprende a lidiar con algunas personas con estos rasgos de personalidad. No obstante, el peligro ocurre cuando estos individuos se transforman disfuncionales e inadaptados sociales y se arrogan el reto de captar víctimas para 'liberar' las tensiones causadas por su trastorno de personalidad. Por lo tanto, la irrupción de un victimario acosador en la plataforma de una red social de un menor de edad se podría tornar en una situación altamente peligrosa porque "el modo en que los mensajes del ciberacoso se crean y difunden también puede verse fomentado por los estados emocionales de los ciberacosadores"[953].

A los embates que puedan causarles a los menores de edad las intercomunicaciones con los acosadores abusadores, se les podría adicionar la instancia de que los agravios podrían extenderse al plano sexual porque el victimario podría, sin tener el objetivo de obtener placer sexual de su fechoría, utilizar la sexualidad *"como instrumento para controlar, humillar, intimidar y degradar al otro. En estos casos el fin es el acoso moral y la sexualidad un instrumento"*[954]. La utilización de la sexualidad como instrumento de vejaciones y agravios conllevará consecuentemente la difusión de imágenes tanto reales como alteradas de la víctima. La captación de este tipo de imágenes colocará al menor de edad en un estado de evidente vulnerabilidad por la viabilidad e incertidumbre de la difusión y su alcance mediático. A esto se añaden, las preocupaciones relacionadas a la velocidad de la distribución de la información o imágenes, su alcance y su acceso continuo.[955]

Aunque el Código Penal español no tipifica específicamente el acoso psicológico o moral cibernético como delito, los casos pueden radicarse al amparo del artículo 173.1, el cual establece que "[e]l que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando

síndrome de mediocridad inoperante activa es el tipo más severo de un trastorno de la personalidad que quien lo padece presenta incapacidad para valorar la excelencia y "procura destruirla por todos los medios a su alcance, desarrollando sofisticados sistemas de persecución y entorpecimiento". *Véase* José Luis González de Rivera, *El Trastorno por Mediocridad Inoperante Activa (Síndrome MIA),* 18(6) PSIQUIS 229-231 (1997).

[953] MAILI PÖRHÖLÄ & TERRY A. KINNEY, EL ACOSO: CONTEXTOS, CONSECUENCIAS Y CONTROL 90 (Raquel Duato, trad., 2010).

[954] María José Edreira Vázquez, *Fenomenología del acoso moral*, 36 LOGOS. ANALES DEL SEMINARIO DE METAFÍSICA 131, 146 (2003).

[955] ROBIN M. KOWALSKI, SUSAN P. LIMBER, PATRICIA W. AGATSTON, CYBERBULLYING: BULLYING IN THE DIGITAL AGE 24 (2da. ed., 2012).

gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.[…]".[956] Es indudable que este artículo suple un remedio para penalizar este patrón de conducta porque las características propias de este tipo de acoso están subsumidas en el menoscabo de la integridad moral.[957] De igual forma, el ámbito legal civil ofrece los recursos jurídicos suficientes para radicar una causa de acción reparativa por los daños sufridos mediante los artículos 1902 y 1903 del Código Civil español.

De la misma forma que, el Código Penal español no tipifica específicamente el acoso cibernético, el Código Penal de Puerto Rico tampoco lo hace. El Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico ha atendido el problema del acoso cibernético al amparo de la Ley Núm. 284-1999 de 21 agosto de 1999, conocida como la "Ley contra el Acecho en Puerto Rico", según enmendada.[958] En el caso *Vélez Fournier v. Aponte,*[959] el Tribunal utilizó esta ley como fundamento jurídico para imponer la orden de protección solicitada e imponer otras medidas provisionales como la prohibición del uso de medios electrónicos por vía propia o por vía de terceros. Sin embargo, por ser personas adultas las partes involucradas en este caso, el Tribunal aclaró lo siguiente:

> Si bien el TPI hizo referencia al término "cyberbullying", lo cierto es que hasta ahora dicho término está limitado a aquellos incidentes donde menores de edad utilizan los medios tecnológicos, usualmente computadoras y/o teléfonos celulares para acosar, maltratar, humillar o causarle daño psicológico a otro individuo también en edad escolar.[960]

Estas expresiones siguen la doctrina que niega que los adultos puedan ser víctimas de *cyberbullying*[961], circunscribiendo el término, la mayoría de las veces, al ámbito escolar. Esta visión es la que ha reclamado el que las autoridades escolares diseñen reglamentos sobre políticas relacionadas al acoso *offline* y al acoso *online*.

No obstante, al igual que el artículo 173.1 del Código Penal español suplió la carencia de una tipificación específica del acoso cibernético, el artículo 178 del Código Penal puertorriqueño podría aplicar también a este patrón de conducta en la medida en

---

[956] CÓD. PEN. ESP. art. 173.1.
[957] *Véase* SAP de Valencia 488/2009, de 10 de septiembre.
[958] 1999 LPR 284; 33 LPRA § 4012- § 4026 (2012).
[959] Vélez Fournier v. Aponte*,* KLCE 2012-201101394 (STA de 22 de febrero de 2012).
[960] *Id.* en la nota al calce 1 del caso.
[961] MARY LINDEEN, DIGITAL SAFETY SMARTS: PREVENTING CYBERBULLYING 7 (2016).

que el delito de intrusión en la tranquilidad personal establece que: "[t]oda persona que por medio de comunicación telemática, o por cualquier otro medio profiera o escriba a otra lenguaje amenazante, abusivo, obsceno o lascivo[…]".[962] De igual forma, se suplen otros amparos jurídicos que les brinda remedios a las víctimas como los provistos para la reparación del daño causado por culpa o negligencia dispuesta en los artículos 1536 y 1540[963] del Código Civil puertorriqueño (2020).

Aunque el artículo 1903 del Código Civil español y el artículo 1540 del Código Civil puertorriqueño, les imputan responsabilidad a los progenitores y tutores por los daños causados por los menores de edad que se encuentren bajo su guarda, desafortunadamente, en muchas ocasiones, las conductas de los menores abusadores son minimizadas adjudicándoles cierta liviandad bajo el manto desenfadado de la frase: "son cosas de niños o adolescentes". Sin embargo, las características intrínsecas del medio de comunicación *per se,* que brinda la oportunidad de la asunción de roles e identidades, arrecia la intensidad de la crueldad en este tipo de intimidación cibernética.

Al respecto, PÖRHÖLÄ y KINNEY han argumentado lo siguiente:

> El factor de los medios de comunicación hace que uno sea más capaz y esté más dispuesto a hacer daño a otros, ya que ayuda a alejar al ciberacosador de la cibervíctima, circunstancias que las investigaciones sobre agresividad humana muestran que es un importante factor ambiental que permite a los individuos ser más hirientes con los demás porque no presencian las reacciones de la cibervíctima.[964]

Esta conectividad social que podría convertirse en transgresora porque les brinda a sus usuarios la oportunidad de camuflar, alterar, anonimizar o editar su identidad, debe mantener en vigilancia a los progenitores y tutores y no debe ser minusvalorada porque el nivel de violencia que puede suscitarse en las redes sociales podría resultar totalmente insospechado. Los menores de edad víctimas de los acosadores abusadores pueden experimentar ansiedad, depresión y menoscabo de su autoestima. Aunque no se puede atribuir la interrelación directa del acoso y el suicidio, se ha identificado como un posible

[962] 33 LPRA § 5244 (2012).
[963] CÓD. CIV. PR arts. 1536, 1540 (2020).
[964] MAILI PÖRHÖLÄ & TERRY A. KINNEY, *supra* en la nota 953, en la pág. 91.

factor de riesgo. Sobre las sensibles y profundas fisuras relacionadas a este asunto, DUONG y PILCHER, académicos y especialistas en salud mental, señalan lo siguiente:

> La asociación entre intimidación y suicidio no es simple. Si bien la investigación respalda una conexión entre la participación en el acoso y las tendencias suicidas […], es importante ver esta relación dentro del contexto socio-ecológico más amplio y reconocer que el acoso es solo un factor de riesgo potencial en una constelación de otros factores de riesgo y protección […]. Más recientemente, la intimidación también se está enmarcando como un problema de salud pública debido a las asociaciones concurrentes entre la intimidación, la violencia escolar y los comportamientos suicidas […].[965]

El posible riesgo de interrelación entre el acoso psicológico o moral cibernético y el suicidio, se sugirió como detonante en el caso de Ryan Patrick Halligan, un menor de trece años que se ahorcó mientras lidiaba con el acoso cibernético ocasionado por sus pares. El acoso comenzó en la escuela y continuó en las redes sociales. La conducta de acoso consistió en propagar el rumor de que Ryan era homosexual, propagando a su vez, burlas discriminatorias al respecto. Después de la muerte de Ryan, su padre comenzó a ver los mensajes salvados en la computadora de su hijo y fue en ese momento que descubrió que éste había sido víctima de acoso psicológico y moral cibernético. El padre de Ryan descubrió además que éste había hecho un acercamiento vía internet hacia la joven más popular de la clase durante el verano de séptimo grado a octavo grado para combatir y disipar los rumores sobre su supuesta homosexualidad. El primer día de clases del octavo grado, Ryan descubrió que la joven fingió que él le atraía a ella, con la única intención de enviarle sus intercomunicaciones privadas a los demás compañeros de clase para ridiculizarlo y humillarlo.[966]

Otro ejemplo, lo es el caso de Megan Taylor Meier, una joven de trece años que, en el 2006, se suicidó por una crisis suscitada a raíz de ser acosada en la red social *MySpace.* Este caso causó mucha conmoción a nivel mundial porque el supuesto 'acosador' estaba encarnado por Lori Drew, mamá de otra menor de edad vecina de

---

[965] Jeffrey Duong & Catherine Pilcher Bradshaw, *Comment Chapter: Bullying and Suicide Prevention: Taking a Balanced Approach that is Scientifically Informed,* en YOUTH SUICIDE AND BULLYING, CHALLENGES AND STRATEGIES FOR PREVENTION AND INTERVENTION 23 (Peter Goldblum, Dorothy L. Espelage & Joyce Chu, eds., 2015).

[966] ROBIN M. KOWASKI, SUSAN P. LIMBER & PATRICIA W. AGATSTON, CYBERBULLYING: BULLYING IN THE DIGITAL AGE 15 (2008).

Megan, a la que Megan le había dejado de hablar hacía un tiempo. La señora Drew creó un perfil falso en *MySpace* de un joven de dieciséis años, al que denominó Josh Evans, y contactó la cuenta de la red social de Megan, solicitándole ser su amigo. Megan recibió la solicitud, lo encontró atractivo y le pidió a su mamá que le permitiera aceptarlo como amigo. A la mamá no le pareció adecuado por ser éste un desconocido, pero luego accedió a los reclamos de Megan. Megan estuvo relacionándose con Josh durante seis semanas, hasta que un día Josh la comenzó a insultar por la red y compartió con otras personas lo que ella le había escrito. El último mensaje que Josh le envió a Megan decía que el mundo sería uno mejor sin ella. Megan se suicidó ahorcándose con un cinturón en el armario de su cuarto. Debido a que los crímenes cibernéticos no estaban tipificados en Missouri en ese momento, Drew sólo fue encontrada culpable de fraude informático por violar el contrato de *MySpace*.[967] Al día de hoy, la señora Tina Meier, mamá de Megan, alega que se siente culpable porque entiende que pudo haber sido más diligente en la protección de su hija y que debió haberle prohibido relacionarse con un extraño.[968]

Casos como el de Ryan Patrick Halligan y el de Megan Taylor Meier obligan a los progenitores y tutores a estar alertas sobre la posibilidad de que un menor de edad esté siendo acosado. Es por tal motivo que se deberá prestar vigilancia y educar al menor sobre todas las modalidades de acoso cibernético y se le deberá instruir sobre la importancia de comunicar y denunciar dicho patrón de conducta.

---

[967] MEGAN MEIER FOUNDATION, *We work to create a world where bullying and cyberbullying no longer exist*, www.meganmeierfoundation.com (última visita 1 de noviembre de 2019).

[968] En este punto, es importante reseñar un caso que, aunque no se considera un caso de acoso cibernético porque fue juzgado y sentenciado como homicidio involuntario por incitación al suicidio, se utilizó la mensajería electrónica como medio de exhortación a atentar contra la propia vida. Los hechos del caso son los siguientes: Conrad Roy, un joven de dieciocho años, mantuvo pensamientos suicidas mientras era 'novio a larga distancia' de Michelle Carter. Durante aproximadamente dos años, Michelle y Conrad habían intercambiado mensajes de texto. En muchos de estos mensajes, Conrad le había confesado a Michelle sobre sus pensamientos suicidas, antecedentes de problemas de salud mental e intentos de suicidio previos. Si bien, Michelle Carter trató inicialmente de animarlo y disuadirlo a buscar ayuda, eventualmente cambió totalmente su actitud, animándolo constantemente a suicidarse y enviándole una serie de mensajes de texto con recomendaciones sobre los métodos de suicidio más efectivos. De hecho, Michelle le había sugerido como altamente efectivo el uso de un generador productor de monóxido de carbono. Los hechos probados del caso indicaron que el 12 de julio de 2014, después de que Conrad encendió un generador productor de monóxido de carbono en su camioneta, se quedó sentado dentro del vehículo, pero se asustó y salió para hablar por teléfono con Michelle. Ella le dijo que volviera a la camioneta. Después de esa conversación, Conrad murió de envenenamiento por monóxido de carbono. Michelle fue arrestada por incitar a Conrad a suicidarse. Michelle fue procesada y declarada culpable por homicidio involuntario. Commonwealth v. Carter, No. 15YO0001NE (Mass. Juv. Ct. June 16, 2017). *Véase* Daniel Etcovitch, *Commonwealth v. Carter: Trial Court Convicts Defendant of Involuntary Manslaughter Based on Encouragement of Suicide,* 131 HARV. L. REV. 918, (Carol Lin, ed., 2018)*;* MARK TUNICK, TEXTING, SUICIDE, AND THE LAW, THE CASE AGAINST PUNISHING MICHELLE CARTER (2019).

Según PÖRHÖLÄ y KINNEY es posible prevenir el acoso cibernético:

> [L]os primeros pasos en la prevención del ciberacoso son establecer las reglas apropiadas de edad y contexto que rigen el uso de las tecnologías de comunicación, y que apoyan el uso ético y responsable de esas tecnologías. Además, se recomienda una apropiada supervisión adulta de los niños para el conocer el uso que hacen de las tecnologías de comunicación, como son los móviles e Internet. Básicamente los padres (y otros) deben establecer directrices e involucrarse en las vidas de los niños y deben conocer las nuevas tecnologías por las que los niños se sientan atraídos.[969]

6. El *sharenting* y el castigo a través de la humillación pública

La red informática ha exacerbado los deseos de algunos individuos de ser 'reconocidos' en el mundo mediatizado. Estas ansias maltrechas de ser reconocidos como celebridades *online* han frenetizado el ansia por seguidores, 'amigos' o *likes*. Esta tendencia ha arropado a determinados progenitores, quienes interesan alcanzar cierto reconocimiento a través de la exposición de la crianza de sus hijos o hijas menores de edad[970]. Estos progenitores se convierten en los máximos difundidores de una descomunal cantidad de información personal de los menores de edad con audiencias masivas globalizadas. Esto puede ocurrir cuando un progenitor o ambos progenitores pretenden utilizar la exposición que brindan las redes sociales para realizar una especie de programa de realidad virtual sobre sus interacciones con el menor de edad. El progenitor crea un tipo de álbum de fotografías e imágenes en movimiento en el cual pretende dejarle saber al mundo el 'buen' progenitor que es, aunque a veces las imágenes expuestas demuestren lo contrario. A este tipo de exhibición que los progenitores realizan en la red informática de la vida y crianza de sus hijos e hijas menores de edad, se le ha denominado como *sharenting.* La palabra *sharenting* es una contracción de las palabras *share* (compartir) y *parenting* (crianza).[971]

---

[969] MAILI PÖRHÖLÄ & TERRY A. KINNEY, *supra* en la nota 953, en la pág. 99.
[970] KATE EICHHORN, THE END OF FORGETTING: GROWING UP WITH SOCIAL MEDIA 80 (2019); Stacey B. Steinberg, *Sharenting: Children's privacy in the age of social media* 66 UNIVERSITY OF FLORIDA LEVIN COLLEGE OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES 839 (2016).
[971] María del Pilar Tintoré Garriga, *Sharenting y la responsabilidad parental,* 14 LA LEY - Derecho de familia 2 (2017).

El *sharenting* como una necesidad enigmática de exposición de los hijos e hijas por parte de algunos progenitores, quebranta el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor de edad expuesto. Además, esta exhibición podría subsumir transgresiones crueles e insospechadas a su integridad personal, vulneración conexa al derecho al honor. Uno de estos dislates ocurre cuando los progenitores pretenden utilizar la estructura mediática de la red informática para 'corregir' a sus hijos, reseñando el 'castigo' impuesto a través de imágenes como si estuvieran en un programa de realidad virtual. A este posible componente o variante del *sharenting* se le reconoce como: humillación pública en la red informática o *public shaming in internet*. La humillación pública en la red informática "consiste en fotografiar o grabar a un individuo, en este caso a un menor de edad, mientras es humillado y avergonzado para posteriormente "subir" las fotos o la grabación a la red".[972]

Un ejemplo de la humillación pública cibernética se estampa en los desgraciados eventos que rodearon el suicidio de una menor de trece años de edad, llamada Izabel Laxamana. Los sucesos detonaron ascendentemente a partir del día que Izabel decidió realizarse un *selfie* vestida con un sujetador deportivo *(sport bra)* y unas mallas (*leggings)* y le envió la fotografía a un joven de su escuela que a ella le gustaba. El joven les difundió la fotografía a sus amigos tan pronto la recibió. El personal docente de la escuela a la que asistía Izabel, se enteró de la fotografía e informó inmediatamente a sus progenitores. Los progenitores de Izabel eran renuentes a los usos de los medios sociales telemáticos y le insistían constantemente a que los evitara. El padre de Izabel, Jeff Laxamana, había amenazado a la joven con cortarle su cabellera larga si alguna eventualidad negativa ocurría atinente al uso del internet. Jeff sabía que a Izabel le encantaba su pelo largo y que era parte importante de su identidad personal. Cuando las autoridades escolares de la escuela le informaron al padre de Izabel sobre el asunto de la fotografía, Jeff procedió a recortarle despiadadamente el cabello a Izabel, tirar los mechones de pelo al suelo, mientras grababa e inmortalizaba todo su maltrato en un vídeo, el cual fue difundido a través de la plataforma web, *YouTube*. En el vídeo, se podía apreciar a Jeff diciéndole a su hija lo siguiente: "The consequences of getting messed up, man, you lost all that beautiful hair." ("Las consecuencias de arruinarlo, hombre, perdiste todo ese cabello

[972] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 122.

hermoso.")[973] Súbitamente, él le preguntó a Izabel, si valió la pena lo que había hecho, a lo que Izabel contestó con un apesadumbrado "no". En el vídeo se puede apreciar a Izabel afligida y temerosa frente a un padre abusivo, opresivo y despreciable. Jeff menoscabó de diversas formas la dignidad de su hija menor de edad. Además, la maltrató y atropelló con total displicencia al dejar de lado la responsabilidad que atañe al escalafón en la jerarquía de poder de la relación adulto-menor/progenitor-hija. El deber de Jeff no era castigarla, era educarla, protegerla y empoderarla. Por otra parte, Jeff transgredió el derecho que Izabel ostentaba sobre la autonomía de su cuerpo y la preservación de su identidad personal al recortarle el cabello sin ella desearlo. En este punto es imprescindible considerar que meses antes de este aciago incidente de humillación pública, Izabel había difundido mensajes concernientes a su victimización de acoso escolar. Este acoso escolar previo escaló con la difusión del vídeo exhibido en *YouTube.*

El 29 de mayo de 2015, días posteriores a este desventurado incidente de maltrato, Izabel Laxamana salió corriendo del auto de su abuela que transitaba por una ruta interestatal a las afueras de la localidad de Tacoma, Washington, y se arrojó por un puente, cayendo a treinta pies de altura sobre la capota de un vehículo marca Nissan que discurría a sesenta y cinco millas por hora.

Definitivamente, no sería propio concluir categóricamente que la conducta del padre fue la causa próxima del suicidio de Izabel "porque pudieron intervenir múltiples factores"[974]. Sin embargo, se podría inferir que la maniobra indigna realizada por Jeff fue un detonante que pudo haber 'lanzado' a Izabel a un estado de aflicción y tribulación severa. Lo que sí es innegable es que ambos progenitores actuaron como objetores digitales y se desvincularon de su deber de educación y vigilancia, limitándose a advertirle a Izabel sobre cuál sería la consecuencia atribuible si se posicionaba en una situación contenciosa respecto a la red informática, sin importarles ni considerar si la menor era la víctima de la situación controversial y necesitaba apoyo y protección. Además, más allá de haberla dejado desprotegida del acoso escolar, el mero hecho de haber grabado y difundido el palmario maltrato, se reiteró, agravó e intensificó la

[973] Traducción suplida.
[974] Annabelle Gutarra Cordero, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, *supra* nota 59, en la pág. 123.

indecorosa vejación. Es indubitable que el total menosprecio a la dignidad y resguardo de la menor fueron rematados con la difusión del implacable vídeo difundido en *YouTube.*

En 'refuerzo' de aquellos progenitores avasalladores cibernéticos, la creatividad negativa socorre su ambición de obtención de reconocimiento virtual por lo que los modos y variantes de humillación pública han recorrido caminos indecorosos y turbios. Estas actuaciones degradantes entrañan la mutación del progenitor en un acosador abusador. Lamentablemente, esta floreciente y marchita modalidad de agravio, le ofrece al espectador invisible el acceso a imágenes de menores de edad que son exhibidos de manera degradante con apenas días de nacidos. Esta práctica habitualmente es elaborada con la colocación de carteles que exhiben "mensajes hirientes y humillantes sobre la figura de un menor identificable".[975] Sobre este asunto, he puntualizado en escritos previos lo siguiente:

> [S]e debe prevenir que será suficiente con que se exponga la imagen de un menor en una situación vergonzosa o de indignidad para que ocurra el acto de humillación pública porque en la mayoría de los casos la imagen 'habla' por sí sola y el cartel o el mensaje sobrepuesto lo que hace es abonar a la degradación del menor de edad.[976]

Cabe recalcar que, no es imperativo que el menor de edad tenga un cartel con un mensaje hiriente para que se configure la humillación pública porque puede ser que la situación y condición del menor expuesto sea de tal explicitud vejatoria que mancille su honor. Desagraciadamente, lo anterior quedó demostrado con el terrible caso de Izabel Laxamana.

Por consiguiente, ante estos peligros existentes en la red informática, es imperativo determinar cuáles serían las medidas de protección que los progenitores o tutores deberían asumir como conducta cautelar en el buen ejercicio de la patria potestad o de la tutela. La educación sería una respuesta obvia e inmediata, pero no puede ser el único mecanismo de protección ante la gravedad de los casos trágicos en escalada como los casos reseñados.

---

[975] *Id.* en la pág. 123.
[976] *Id.*

Por lo tanto, lo anterior intensifica la necesidad de que: a) los progenitores y tutores se eduquen sobre los usos y riesgos de la red informática para que puedan orientar y apoyar adecuadamente a los menores de edad a cargo en sus ejecutorias en las diversas funciones y plataformas de la web; b) los progenitores y tutores eduquen y empoderen a los menores de edad con relación a los riesgos y peligros de las redes sociales; b) se establezca una política familiar democratizada sobre el uso del internet en armonía con el deber de vigilancia impuesto por la patria potestad o la tutela tomando en consideración la edad del menor concernido, la madurez que ostenta y su derecho a la intimidad; d) los progenitores y tutores, como figuras llamadas a la protección de la infancia, se autocensuren en la exposición mediática de sus hijos o tutelados en escenarios públicos virtuales de alcances globales sobre narrativas o imágenes indecorosas o conflictivas.

Obviamente, se deberá considerar que se suscitarán tensiones en la consecución del balance 'adecuado' entre el deber de educación y vigilancia que los progenitores y tutores ejercerán y los derechos fundamentales que ostentan los menores de edad. Esto surge ante las posibles injerencias o límites que los progenitores o tutores pretendieran ejecutar sobre el uso de la red informática de sus hijos o tutelados. Sin embargo, se deberá considerar la edad y el grado de madurez del menor para establecer la vigilancia necesaria para la protección apropiada, ya que un menor de cinco años requiere más intensidad de vigilancia que uno de trece años. De la misma forma que no permitiríamos que un menor de cinco años cruzara solo una avenida, no se debería permitir que manejara una computadora sin filtros ni bloqueos de control parental y mucho menos sin supervisión alguna, ya que las avenidas transfronterizas a las que está expuesto podrían resultar sumamente temerarias.

No obstante, se podrá afirmar que el salvaguardar la integridad física y emocional de un menor de edad deberá prevalecer sobre su derecho a la intimidad, su derecho a estar informado y su derecho a la libertad de expresión. Esta afirmación se fundamenta en el pronunciamiento judicial esbozado en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de diciembre de 2015,[977] discutida anteriormente, en la que el alto foro admitió evidencia recopilada por una madre que accedió a la cuenta personal de su hija menor de edad porque entendía que "se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal

[977] STS de 10 de diciembre de 2015, FJ5 (RJ 2015/5809).

en la que no cabía excluir la victimización de su hija"[978]. Además, el Tribunal Supremo español, traslució la premisa de que si un progenitor tiene la convicción de que su hijo o hija están siendo víctimas de alguna conducta delictiva deberían tener "toda capacidad de control"[979] que le permita cumplir con sus obligaciones de velar por sus hijos menores de edad.

De igual forma, un asunto referente al deber de vigilancia de los progenitores fue abordado por el Quinto Circuito de Apelaciones de Estados Unidos en el caso *Doe v. MySpace, Inc.*[980] Los hechos de este caso ocurrieron en el 2005 y giraron en torno a una menor de trece años de edad *(Julie Doe)*, quien se registró como usuaria de una cuenta de la red social *MySpace*, creando un perfil en el cual se representó como una joven de dieciocho años de edad. Un hombre llamado Pete Solís, de diecinueve años de edad, la contactó y ambos continuaron comunicándose a través de la red social y estas pláticas se extendieron vía telefónica porque *Julie* le dio su número telefónico. En el 2006, se conocieron personalmente y Solís la agredió sexualmente. El día posterior a la agresión, la madre de la menor denunció el crimen y Solís fue arrestado y acusado ulteriormente por agresión sexual.

En el 2007, *Jane Doe*, la madre de *Julie Doe* demandó en su nombre y en el de su hija a *MySpace, Inc.* y a Pete Solís. Respecto a *MySpace, Inc*., las demandantes alegaron que los proveedores de servicio de la red social, *MySpace.com* no implementaron medidas básicas de seguridad que evitaran que depredadores sexuales contactaran y se comunicaran con menores de edad a través de su plataforma. La demanda inicial de las demandantes instada en un tribunal estatal de Texas se basó en la alegación de fraude y negligencia grave y la causa de acción contra Pete Solís se fundamentó en la reclamación de daños por asalto sexual e imposición intencional de angustias emocionales.[981] Después que *MySpace.com* contestó la demanda y presentó excepciones especiales legales que sostenían que, el derecho consuetudinario de Texas impedía que prosperaran sus reclamos, además de puntualizar que, en los términos y condiciones del contrato de servicios de *MySpace, Inc.,* se prohibía la suscripción a su plataforma de menores de

[978] *Id.*
[979] *Id.*
[980] Doe v. MySpace, Inc, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008).
[981] *Id.*

catorce años de edad. Igualmente, la red social alegó que empleaba un programa de computadora que trataba de rastrear las cuentas de menores de catorce años que habían mentido sobre su edad para tener acceso a su plataforma, pero que las tecnologías actuales no eran infalibles. Por tal motivo, los usuarios tenían total discreción sobre la información que incluían en su perfil personal y que solamente los usuarios mayores de dieciséis años tenían la concesión de elegir el grado de privacidad que deseaban (perfil público o privado) porque a los menores de esta edad no se les permitía la configuración pública. En el mismo tenor, *MySpace, Inc.* remarcó que en el contrato de servicios les advertían a sus usuarios que debían ser cautelosos con el tipo de información que compartían con otros usuarios en la red e incluían una prohibición específica de publicar información personal como números de teléfono, direcciones, apellidos o direcciones de correo electrónico. Ante las alegaciones y contenciones desplegadas por *MySpace, Inc.*, las demandantes radicaron una moción *non suit* y la corte desestimó el caso sin perjuicio.

Posteriormente, *Jane Do*e y *Julie Doe* radicaron una demanda en una corte del estado de Nueva York realizando los mismos reclamos contra *MySpace, Inc*., pero en esta ocasión no incluyeron a Pete Solís como demandado. *MySpace, Inc*. logró transferir el caso al Distrito Oeste de Texas. El Tribunal de Distrito de Texas desestimó con perjuicio las demandas de negligencia y negligencia grave incoadas por las demandantes, resolviendo que dichas reclamaciones estaban prohibidas por la *Communications Decency Act* y las leyes aplicables al estado de Texas. Ante la decisión del tribunal estatal, las demandantes recurrieron al Quinto Circuito de Apelaciones.

Los jueces del Quinto Circuito de Apelaciones realizaron un análisis legal minucioso y en su decisión reseñaron y puntualizaron un pronunciamiento del Juez de la Corte de Distrito de Texas por entender que la manifestación fue muy acertada y correcta. El pronunciamiento del Juez de Distrito fue el siguiente:

> Quiero dejar esto claro. Usted tiene una hija de 13 años que miente, desobedece todas las instrucciones, posteriormente desobedece la advertencia de no proveer información personal, obviamente, [y] no se comunica con los progenitores. Más importante, los progenitores no ejercen el control parental sobre la menor. La menor es abusada sexualmente y, ¿usted quiere que alguien más pague por esto? ¿Ésta es la demanda que usted radicó? [982]

[982] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> […] *MySpace* no tenía deber alguno en proteger a Julie Doe de los actos criminales de Pete Solís ni tenía que instituir medidas de seguridad en su página de internet. Si alguien tenía que proteger a Julie Doe, eran sus progenitores, no *MySpace*.[983]

El talante jurídico desplegado por el Tribunal Estatal de Texas y el Quinto Circuito de Apelaciones discernió que los progenitores no fueron diligentes por no ejercer el "control parental sobre la menor"[984] y clarificó que el deber de protección de *Julie Doe* les correspondía a los progenitores y no a los proveedores de servicios. Si armonizamos los pronunciamientos judiciales de *Doe v. MySpace, Inc.* y de la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de diciembre de 2015[985], discutida anteriormente, se identificará la exteriorización y prevalencia del razonamiento jurídico tendente a considerar que los progenitores deberán brindar afirmativamente salvaguardas a los hijos e hijas menores de edad usuarios de la red informática que están bajo su resguardo.

Aunque no fue diáfana la expresión concerniente al ejercicio del control parental realizada por el tribunal en el caso de *Doe v. MySpace, Inc.,* las expresiones denotan la imposición de un deber de supervisión y vigilancia de los progenitores como piezas claves de apoyo y amparo. Ahora bien, la referencia o premisa judicial puede tener una doble acepción porque no cabe duda que una manera de proteger a los menores de edad en internet es empleando filtros que limiten el acceso de información, imágenes y lugares de la web. Estos filtros o 'controles parentales' bloquean páginas de contenidos ofensivos, proveen un informe de actividades realizadas y detallan los programas que se han descargado, la cantidad de tiempo de utilización de la red y las direcciones virtuales de

---

> I want to get this straight. You have a 13-year-old girl who lies, disobeys all of the instructions, later on disobeys the warning not to give personal information, obviously, [and] does not communicate with the parents. More important, the parents does not exercise the parental control over the minor. The minor gets sexually abused, and you want somebody else to pay for it? This is the lawsuit that you filed?*

**Doe v. MySpace, Inc.,* 528 F. 3d 413, 421 (5th Cir. 2008); [982] *Doe v. MySpace*, Inc*.,* 474 F. Supp. 2d 843, 852 (W.D. Tex. 2007).

[983] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> […] MySpace had no duty to protect Julie Doe from Pete Solis's criminal acts nor to institute reasonable safety measures on its website. If anyone had a duty to protect Julie Doe, it was her parents, not MySpace.*

* Doe v. MySpace, Inc*.,* 474 F. Supp. 2d 843, 852 (2007) (énfasis suplido).

[984] *Id.*

[985] STS de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5809).

las páginas visitadas.[986] Muchos de estos controles evitan la aparición de ventanas emergentes, las cuales casi siempre son de propaganda comercial, pornografía o de invitaciones a las salas virtuales de chat. Estos enunciados suscitan la posibilidad de la premisa de que los filtros y controles parentales deberían ser obligatorios en las computadoras de algunos menores de edad, cuya edad no les permitiría pertenecer a una red social. El problema estribaría en determinar hasta qué edad deberían ser exigidos como medida preventiva. No obstante, se deberían utilizar estos mecanismos tutelares en los aditamentos tecnológicos que se le provean a aquella población de menores de edad más vulnerable que desde sus etapas de párvulos están teniendo contacto con la red informática, en muchos casos, sin ninguna orientación, supervisión y vigilancia.

Aunque las doctrinas que están gestándose en el ámbito judicial imputan responsabilidad a los progenitores con relación al uso de las redes sociales de sus hijos o hijas y tienden a exonerar a los proveedores de servicios en la mayoría de los casos, es propicio señalar que, el 10 de febrero de 2009, la *ICT Coalition for a Safer Internet for Children and Young People*, compuesta por varias compañías proveedoras de servicios en la red[987] que están activas en Europa, firmaron un acuerdo titulado: *Principles for the safer use of connected devices and online services by children and young people in the EU*. El artículo 2 de este acuerdo, alusivo al control parental, señala lo siguiente:

> Los signatarios deberían, como algo relevante para sus productos o servicios, asistir a los progenitores para limitar la exposición de sus hijos a contenido y contacto potencialmente inapropiado. Se reconoce que los controles parentales tienen limitaciones y no pueden reemplazar la participación de los progenitores en el uso de sus hijos del internet. Las medidas que están disponibles o son apropiadas a cada servicio/producto variarán, pero podrían incluir:
> ·Manufactureros buscando optimizar el diseño del *hardware* para proveer productos que ayuden a los progenitores de manera simple y clara a establecer niveles apropiados de control en los dispositivos.
> ·Proveedores de redes cibernéticas buscando proveer las herramientas y los ajustes necesarios para permitirles a los progenitores establecer niveles de control.

[986]PURIFICACIÓN AGUILAR LÓPEZ & MARÍA MORANTE FERNÁNDEZ, TRATAMIENTO INFORMÁTICO DE LA INFORMACIÓN 310 (2012).

[987] Estas compañías son las siguientes: Arto, Bebo, Dailymotion, Facebook, Google, Hyves, Microsoft Europe, MySpace, nasza-klasa.pl, Netlog, One.lt, Piczo, Rate.ee, Skyrock, StudiVZ.de, Sulake/Habbo, Tuenti, Yahoo! Europe, Zap.lu (última visita 12 de septiembre de 2020).

> ·Proveedores de servicios y contenidos haciendo disponibles las herramientas y los ajustes necesarios para permitirles a los progenitores establecer niveles apropiados de control.[988]

Promover la anterior exhortación entre proveedores de servicios de auxiliar y proveerles herramientas de control a los progenitores redunda en la aseveración de que hay peligros insospechados en la red informática. Igualmente, los proveedores de servicios manifiestan las faltas de destrezas que algunos progenitores exhiben ante las nuevas tecnologías para lo que han buscado alternativas que les faciliten la incorporación de sistemas de seguridad en las computadoras de los menores de edad.

Ahora bien, ningún aditamento de seguridad sustituirá el acuerdo de uso de la tecnología a los que hayan llegado los progenitores con sus hijos y los tutores con sus tutelados. Esto quiere decir que, cuando se expone a unas avenidas globales de vasto alcance a un menor de edad que no tiene la madurez suficiente para discernir entre la esfera pública y privada y las consecuencias del despliegue de información, los progenitores y tutores tendrán la obligación de vigilar e intervenir ante los peligros y acercamientos indebidos, implantando las medidas necesarias para preservar la integridad física y la dignidad del menor.

---

[988] El texto original es en inglés y lee como sigue:

> Signatories should, as relevant for their products or services, assist parents to limit their children's exposure to potentially inappropriate content and contact. It is recognized that parental controls have limitations and cannot replace parents' engagement in their children's online use. Measures that are available or appropriate to each service/product will vary, but may include:
> Manufacturers seeking to optimize hardware design to provide products which simply and clearly help parents to set appropriate levels of control on devices.
> Network providers seeking to provide necessary tools and settings across their services to enable parents to set appropriate levels of control."
> Service and content providers making available the necessary tools and settings across their services to enable parents to set appropriate levels of control.*

INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGY FOR CHILDREN ONLINE, Parental Control,* www.ictcoalition.eu (última visita 14 de julio de 2020).

D. La responsabilidad civil por los daños causados por los menores en la red

1. Trascendencia de las potestades del paterfamilias y la responsabilidad civil de los menores de edad

En la constitución de la familia clásica romana, tal como se discutiera en el Capítulo I, las responsabilidades por las acciones realizadas por cada uno de sus miembros, recaían sobre el *paterfamilias*. Debido a que la familia giraba en torno a éste, sus potestades eran ejercitadas sobre cada uno de los miembros de la familia sin importar la edad que tuvieran.[989] De la misma forma, cada adquisición o ganancia que obtuviera cada uno de los integrantes de ese núcleo familiar pasaban a formar parte del patrimonio del *pater,* quien administraría el bien adquirido. Algunos tratadistas le adjudican al hecho de administración del patrimonio, el que el *paterfamilias* respondiera y resarciera los daños ocasionados por sus sometidos.[990] Ahora bien, éste respondía no por la obligación de la guarda y vigilancia que debía tener hacia sus hijos, sino por razón de ser considerado el sujeto activo o cabecilla de la estructura familiar.

La familia romana evolucionó de manera conjugada al concepto inveterado de la patria potestad. Esto acarreó el que la patria potestad adquiriera otros matices que la liberarían de instituciones primitivas y le atribuirían una serie de obligaciones que coadyuvarían al fortalecimiento de las relaciones paterno-materno filiales. Sin embargo, las evoluciones de las potestades impuestas a los progenitores, no los eximieron de las responsabilidades civiles extracontractuales respectivas a los actos u omisiones realizados por los menores de edad a cargo.

GARCÍA PRESAS señala que, debido a las transformaciones significativas producidas durante el Siglo XX, "la patria potestad ha pasado a ser definitivamente una función, es decir, un conjunto de deberes que la ley impone a quien la ejerce, en beneficio de los sometidos a ella"[991] y que, en vías de propender un Derecho europeo un poco más homogéneo, se le ha reconocido jurídicamente la patria potestad a ambos progenitores[992].

---

[989] LÓPEZ SÁNCHEZ, *supra* nota 210, en la pág. 38.
[990] *Id.* en la pág. 39.
[991] GARCÍA PRESAS, *supra* nota 788, en la pág. 18.
[992] *Id.*

2. Consideraciones generales relativas a la responsabilidad civil del menor de edad

El andamiaje legal de la responsabilidad civil extracontractual está construido sobre las zapatas de tres elementos esenciales: la acción negligente u omisión que ocasiona el daño, la existencia de un daño y el nexo causal entre la acción u omisión y el daño sufrido. La concurrencia de estos elementos va a acarrear la imputación de responsabilidad a una persona individual o jurídica. Dependiendo de la persona que sea imputada de haber causado el resultado lesivo, será propio distinguir si la responsabilidad será por actos propios o por la responsabilidad ocasionada por actos ajenos. Si la responsabilidad extracontractual imputada corresponde a actos propios, el artículo 1902 del Código Civil en España y el artículo 1536 en el Código Civil de Puerto Rico serán el derecho aplicable que primará la acción civil. Sin embargo, si el acto u omisión que causó el daño es imputado a un tercero que está al amparo de la autoridad de otra persona, se aplicará la norma reconocida como responsabilidad vicaria. Esta normativa reconoce el que haya unas personas individuales o jurídicas que debido a la relación de poder, autoridad o potestad sobre el tercero tienen a su haber un deber de vigilancia.

De otra parte, la doctrina jurídica mayoritaria ha propendido a integrar a la responsabilidad civil germen de un delito a la vertiente de responsabilidad civil extracontractual. Esta concepción ha sido avalada por el Tribunal Supremo español en su Sentencia del 22 de enero 1999, en la cual determinó lo siguiente:

> [L]as normas que articulan la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito no pierden su naturaleza civil aunque se hallan recogidas en una norma penal, de tal forma que su actuación en un proceso penal no afecta para nada a sus características propias y específicas […] y regida por los principios procesales propios de toda acción civil.[993]

Asimismo, en la Sentencia de 30 de diciembre de 1992, el Tribunal Supremo español ya había puntualizado anteriormente que no es categorizar el que las obligaciones *ex delicto* afloren como causa directa del hecho punible, sino que son los hechos constitutivos del delito los que engendran unos daños y perjuicios que deben ser

[993] STS de 22 de enero de 1999, FJ 4 (RJ 1999/403). *Véase* JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR MENORES 24, 26 (2012).

reparados, restituidos o indemnizados.[994] Es por tal motivo, que "los hechos constitutivos de delito o falta y merecedores por ello de reproche penal pueden ser también la fuente de obligaciones civiles […]".[995]

En el caso de los menores de edad, la novedad de la regulación civil en el ámbito penal ocurre porque interviene la regulación especial de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM). La LORPM justifica su creación aludiendo al artículo 19 del vigente Código Penal español que fija la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige una regulación expresa y específica de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una ley especial.

En las acciones de daños y perjuicios resultantes de los actos realizados por los menores de edad, se deberá devanar la madeja de las legislaciones que podrían concurrir porque en algunos casos se amparará la acción civil en el artículo 1903 del Código Civil español, en otros en la extensión de la responsabilidad civil del Código Penal o en la LORPM.

Sobre esta concurrencia de legislaciones españolas, DE LA ROSA CORTINA precisa que el régimen jurídico que cobijará la responsabilidad civil resultante de los actos cometidos por un menor de edad será el artículo 1903 en los siguientes casos:

> a) [S]i la responsabilidad civil emana de los actos cometidos por un menor, pero esta conducta no está tipificada en el Código Penal español. b) si los actos culposos o negligentes están tipificados en el CP, pero el perjudicado se reserva el derecho de ejecutar las acciones civiles a través del Artículo 1903. c) si el menor de edad infractor es un menor de (14) catorce años.[996]

Por otro lado, si la responsabilidad civil emana de los actos cometidos por un menor, mayor de (14) catorce años de edad y estos actos están tipificados en el Código Penal español y el perjudicado no se reserva el derecho de ejecutar las acciones civiles a

[994] STS de 30 de diciembre de 1992, FJ 5 (RJ 1992/10565).
[995] *Id.*
[996] JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, *Responsabilidad civil por daños causados por menores* 28, 29 (2012).

través del artículo 1903 del Código Civil, se aplicará el sistema jurídico establecido en la LORPM.[997]

3. La responsabilidad civil de los progenitores y tutores

Los progenitores y tutores deben estar conscientes que, en las ejecutorias de sus hijos o tutelados en la red informática, éstos podrían ser víctimas o victimarios de conductas que podrían acarrear daños. Es por tal motivo que, si el menor de edad a cargo le causara daño a otra persona, los progenitores o tutores podrían responder por los daños y perjuicios reclamados en una acción civil. A estos efectos, se incardina la aplicación de la responsabilidad vicaria manifiesta en el artículo 1903 del Código Civil español. Este artículo expresa lo siguiente:

> La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.
> Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
> Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.
> Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
> Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.
> La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.[998]

---

[997] JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES 455 (2015).

[998] CÓD. CIV. ESP. art. 1903. Entendiéndose por *ser responsables,* el que los progenitores o tutores tendrán la obligación de reparar el daño causado por el menor de edad del cual están encargados. BERNARDO MORENO QUESADA, INMACULADA BUSTOS VALDIVIA, MARÍA ISABEL TRUJILLO CALZADO & CEFERINO BUSTOS VALDIVIA, DERECHO CIVIL DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA 211 (2002).

Al respecto, se debe matizar que la enumeración de las personas o entes responsables señalados en el artículo 1903 del Código Civil español es generalmente taxativa por lo que no se admiten de ordinario ampliaciones arbitrarias.[999] Así, lo enfatizó el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 30 de abril de 1969, en la cual subrayó el carácter restrictivo de dicho artículo al no permitir el que se extendiera la responsabilidad a un abuelo de un menor autor material de los hechos. Los hechos de este caso giraron en torno a una demanda incoada en reclamación por los daños y perjuicios causados a un menor de edad a consecuencia de una pedrada que le propinó otro menor de edad. En este recurso se demandó a la madre y al abuelo del menor. La parte demandante incluyó al abuelo alegando que el menor había vivido siempre con su abuelo por lo que le aplicaba el artículo 1903 del Código Civil español. El Tribunal de Primera Instancia determinó que la madre debía responder por los daños alegados y que el abuelo debía responder subsidiariamente. En la resolución del recurso de apelación se absolvió al abuelo de responsabilidad civil.

Debido a la presunta exclusión de las personas o entes no enumerados en el artículo 1903, la forma que se tendría para considerar la inclusión de otros individuos o entidades como responsables, si así lo fueran, lo sería en virtud del artículo 1902.[1000] Sobre este dilema, LÓPEZ SÁNCHEZ propugna lo siguiente:

> Esto no significa que no puedan existir otras personas responsables distintas de las relacionadas, sino que en el caso de que concurriera de su parte alguna culpa, se las podrá demandar por la vía del art. 1902 Cc o en virtud de otras normas especiales. Si el legislador ha optado por establecer unos casos, en principios cabe entender que quedan excluidos los no mencionados y, en consecuencia, el art. 1903 Cc no podrá invocarse más

[999]CRISTINA LÓPEZ SANCHEZ, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR 179 (2001).

[1000] Ahora bien, a pesar de que se acostumbra a radicar las acciones extracontractuales contra los progenitores, tutores y las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza por los daños y perjuicios causados por los menores de edad que están bajo su potestad, no quiere decir que no se le pueda imputar directamente responsabilidad al menor al amparo del artículo 1902 del Código Civil español. Esther Gómez Calle, *La responsabilidad civil del menor,* Núm. 7 de sept.-dic., DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN 97 (1995). Por otra parte, se debe llamar a la atención de que hay cierta inconsistencia en las prédicas que por un lado amplían la participación del menor de edad en aras de promover el libre desarrollo de su personalidad, pero lo eximen de las consecuencias de sus actos. Esta situación es palpable cuando en el Ordenamiento Jurídico español se considera capacitado para ejercitar la caza con armas de fuego a un menor de dieciséis (16) años o más. Tal vez, sería más educativo para el menor de edad que decidió ejercitarse en la caza y utilizar un arma de fuego, asumir la responsabilidad de cualquier daño o perjuicio que haya causado. Gómez Calle, Esther, *La responsabilidad civil del menor,* Núm. 7 de sept.-dic., DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN 104 (1995).

> que contra los sujetos que aparecen explícitamente recogidos en la previsión normativa.[1001]

Ahora bien, con relación a la responsabilidad de los progenitores o tutores por los daños y perjuicios causados por sus hijos, hijas, tutelados o tuteladas, el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 22 de enero de 1991 debatió sobre los alcances de los criterios de "*responsabilidad por riesgo"* o *"responsabilidad cuasi objetiva"* que se desprenden del artículo 1903. Al respecto, el Tribunal Supremo señaló:

> [S]e ha declarado que la responsabilidad civil de los padres dimanantes de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos «in potestate» se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por inmisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad.[1002]

Los criterios de "responsabilidad por riesgo" o "responsabilidad cuasi objetiva" demarcados por la jurisprudencia, quedan arraigados todavía más al darse la inversión de la carga del peso de la prueba en el aspecto procesal, ya que no será la víctima la que deberá probar que intervino *culpa (in vigilando)* de los progenitores o tutores, sino que éstos tendrán que demostrar con prueba fehaciente que no incurrieron en negligencia y que en todo momento actuaron con la correspondiente diligencia "en su labor de supervisión o educación del menor de edad".[1003] Teniéndose en cuenta que la diligencia exigida es la que correspondería a un buen padre o madre de familia.[1004]

De otra parte, no será "permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del

---

[1001] LÓPEZ SÁNCHEZ, *supra* nota 210, en la pág. 179.
[1002] STS de 22 de enero de 1991, FJ 2 (RJ 1991/304). *Cf.* STS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1520); STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5272); STS de 7 de enero de 1992 (RJ 1992/149), STS de 10 de marzo de1983 (RJ 1983/1469), la STS de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409), STS de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979/919) y la STS de 14 de marzo de 1978 (RJ 1978/815).
[1003] SAP de Madrid (Sección 14a) de 21 de octubre de 2002, FJ 4 (JUR 2003/49305).
[1004] CÓD. CIV. ESP., art. 1.104.

guardador por omisión del deber de vigilancia […]".[1005] Por consiguiente, se debe advertir que el tribunal ha dispuesto que la responsabilidad que le imputa el artículo 1903 a los progenitores o tutores es directa y no subsidiaria y que la obligación resarcitoria se funda en la falta de vigilancia o previsión, "admitiéndose una responsabilidad próxima a la objetiva".[1006]

Cabe destacar que en lo referente al tipo de responsabilidad, solidaria o mancomunada, si no se pudiera determinar el grado de responsabilidad de cada uno de los intervinientes en los actos lesivos, se imputará la solidaridad entre los "menores causantes del ilícito civil y progenitores que no ejercieron adecuadamente las obligaciones inherentes a la guarda frente al perjudicado".[1007] Sin embargo, si la edad del menor estuviera entre los siete y trece años se deberá valorar, caso a caso, la mínima madurez del menor.

De la misma forma, el Código Civil de Puerto Rico, en su artículo 1536,[1008] establece la responsabilidad cuando se causa daño por culpa o negligencia y, en su artículo 1539, se establece la responsabilidad de los progenitores y tutores por los perjuicios causados por aquellos menores de edad que viven en su compañía y están bajo su autoridad.[1009] Sin embargo, al igual que en el régimen jurídico español, la responsabilidad de los progenitores y tutores con relación a los actos ilícitos de sus hijos o tutelados no es absoluta, teniéndose que examinar los hechos particulares de cada caso,[1010] al amparo de la doctrina que define el deber de vigilancia como "el deber de anticipar riesgos que, a su vez, depende de la peligrosidad de la conducta".[1011]

En el caso *López v. Porrata Doria*[1012]*,* el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresó que "[a]unque la doctrina no se encuentra unánime sobre el particular, un amplio

[1005] SAP de Madrid (Sección 14a) de 21 de octubre de 2002, FJ 5 (JUR 2003/49305).
[1006] *Id.*
[1007] SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 19 de enero de 2012, FJ 7 (JUR 2012/92111).
[1008] Art. 1536 CÓD. CIV. PR (2020).
[1009] *Id.* en el artículo 1539.
[1010] Laureano Pérez v. Soto, 141 DPR 77, 87 (1996).
[1011] Cruz v. Rivera, 73 D.P.R. 682, 688 (1952).
[1012] Rafael Lugo Porrata Doria, de veinte años de edad, murió en un trágico accidente automovilístico mientras conducía un vehículo de motor acompañado de su amigo, Ricardo Calderón López. Ricardo Calderón López, también menor de edad, resultó con varias lesiones causadas por el accidente. Al momento del trágico accidente Rafael Lugo Porrata Doria residía con su progenitora, quien poseía su custodia, ya que sus progenitores estaban divorciados, pero conservaban la patria potestad compartida. Debido al

sector de ésta, estima que, si la responsabilidad de los progenitores está basada en la culpa *in vigilando*, la "convivencia" es indispensable".[1013] Esta consideración se vislumbró a base de la teoría del traspaso de responsabilidad en el caso de progenitores divorciados. Entendiendo, el más Alto Foro puertorriqueño que, en esas instancias de ordinario, responderá por los daños y perjuicios causados por el hijo o hija, el progenitor que ostente la custodia del menor. Ahora bien, el Tribunal hace la siguiente salvedad:

> [E]xcepto si el hecho dañoso se comete cuando el menor "convive" con el otro padre, en virtud del derecho de visita, pues este derecho transfiere la custodia y el deber de vigilar al menor durante los periodos de tiempo en que tenga lugar. En tales casos, la ausencia de "compañía" del padre custodio será legítima, pues se fundamenta en el derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con su hijo.[1014]

Como proposición contraria al análisis de la Opinión Mayoritaria del Tribunal Supremo puertorriqueño respectivo al traspaso de responsabilidad cuando los progenitores están divorciados, es imperativo reseñar la opinión disidente emitida por el Juez Asociado Fuster Berlingeri a la que se unieron el Juez Presidente Andréu García y la Jueza Asociada Naveira de Rodón. Esta opinión disidente realiza unos planteamientos llamativos con una perspectiva altamente introspectiva que deberían ser observados. Entre estos planteamientos se aduce que en algunas ocasiones la desatención e incumplimiento de los deberes del progenitor no custodio "provoca sentimientos de inseguridad, ira, poca autoestima y rencor en el menor, que se expresan a través de un comportamiento socialmente problemático"[1015] y que a este progenitor incumplidor se le está exonerando por el mero hecho de no ostentar la custodia del menor. Otro desacierto que la Opinión Disidente le remarca a la Opinión Mayoritaria es la relativa a las injusticias que se cometerán al imponerle solamente al progenitor custodio "la responsabilidad por los daños causados por el menor porque ello significa que el progenitor que presta más

---

accidente, los progenitores de Ricardo Calderón López (pasajero) demandaron a la madre del menor fallecido (conductor) por los daños y perjuicios sufridos por su hijo. Los demandantes fundamentaron en derecho su reclamación con base en el artículo 1803 del Código Civil puertorriqueño, que reconocía que los progenitores podrían ser responsables vicariamente por las actuaciones de sus hijos, máxime cuando se alegó que Rafael Lugo Porrata Doria conducía en estado de embriaguez. Después de la interposición de sendas reclamaciones entre las partes. La demandada radicó una moción de sentencia sumaria por entender que procedía la desestimación de la demanda "por no haberse demandado al padre del menor." López v. Porrata Doria, 156 D.P.R. 503, 507 (2002).

[1013] *Id.* en las págs. 513-14. *Véase* DÍEZ-PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, *supra* nota 191, en la pág. 645.

[1014] López v. Porrata Doria, 156 D.P.R. 503, 505 (2002).

[1015] *Id*. en la pág. 528.

directamente sus cuidados y atención al menor, el que se sacrifica más, resulta ser el más responsabilizado"[1016]. Suma, además, como tercer desacierto de la Opinión Mayoritaria, el evidente discrimen hacia la mujer aludiendo a que "[e]s un dato incuestionable de nuestra realidad social que la custodia de los hijos menores de edad en casos de divorcio recae primordialmente sobre la madre"[1017]. Asimismo, la Opinión Disidente reclama que, "el decreto mayoritario en el caso de autos significa en la práctica, que la carga por los daños causados por los hijos menores de edad ha de recaer esencialmente sobre las madres de éstos"[1018].

Aunque este dilema permanece latente, el Tribunal Supremo puertorriqueño reafirmó la doctrina de la Opinión Mayoritaria esbozada en el caso *López v. Porrata Doria,* en el caso *Baba et al. v. González et al.* En este caso el Tribunal Supremo recalcó que el artículo 1803 (hoy artículo 1536) no establece un régimen de responsabilidad absoluta bajo el cual se responda por el mero hecho de ser padre o madre, sino que el mismo encuentra su fundamento en la culpa *in vigilando*.[1019] Sobre este particular, el alto foro expresó lo siguiente:

> El art. 1803 presume que los padres que conviven con sus hijos son responsables de los daños que estos producen porque teniendo las condiciones necesarias para vigilarlos (en tanto conviven con ellos) aun así se causa un daño. En otras palabras, se presume que si se produce un daño, pudiendo vigilar al menor, es porque hubo negligencia en tal vigilancia. Por supuesto, esta presunción de culpa in vigilando puede ser rebatida con prueba en contrario.[1020]

Esto quiere decir que, si un menor de edad le causara daño a una persona, el progenitor o tutor que tenga en ese momento la guarda del mismo tendrá que demostrar que ha sido diligente en el cumplimiento de su deber de vigilancia para poder derrotar la presunción de negligencia. No obstante al producirse una falta de convivencia, sería

---

[1016] *Id.*
[1017] *Id*. en la pág. 529. La Opinión Disidente fundamentó el tercer desacierto en varios documentos, entre los cuales, se encontraban las estadísticas del Censo del Año 2000, Perfil de Características Demográficas Generales, U.S. Census Bureau y el caso de Nudelman v. Ferrer Bolívar, 107 D.P.R. 495 (1978).
[1018] López v. Porrata Doria*,* 156 D.P.R. 503, 530 (2002).
[1019] Sobre el artículo 1803, el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Laureano Pérez v. Soto*, puntualizó que "[d]ebe mantenerse presente que el transcrito Artículo 1803 establece una presunción *juris tantum* contra las partes, o personas, que en el mismo se enumeran. […] El padre o tutor puede, naturalmente, rebatir tal presunción mediante prueba demostrativa de que él cumplió con su deber de vigilancia." Laureano Pérez v. Soto, 141 DPR 77, 87 (1996). *Véase* Álvarez v. Irizarry, 80 DPR. 63, 66 (1957).
[1020]Baba et al. v. González et al., 157 DPR 636, 641 (2002).

meritorio examinar, caso a caso, si las causas que propiciaron la ausencia del no custodio fueron legítimas.

Siguiendo el mismo tenor de las teorías que han ido gestándose, si se extrapolan las anteriores prospecciones hilvanadas sobre los posibles riesgos y peligros reseñados que pueden sufrir los menores de edad al compás de eventuales acciones de daños y perjuicios en las cuales éstos podrían convertirse en víctimas o victimarios, se remata intensamente el argumento de que, los progenitores y los tutores deberán ejercer diligentemente los deberes que la patria potestad y la tutela les imponen en todo lo concerniente a las tecnologías informáticas porque más allá de la amalgama de recursos educativos, sociales y comerciales invaluables que subsisten a través del monitor de una computadora, coexisten simultáneamente actividades ilegítimas y crímenes cibernéticos deplorables. En esta aseveración subyace el postulado afirmativo de que en lo relativo a la red informática se deberán ejercer la patria potestad y la tutela con la rigurosidad que se ejercen en los otros ámbitos de la vida diaria desconectados de la web. Esto quiere decir que, si en el ejercicio de la patria potestad y la tutela, como medida de seguridad, se le tiene prohibido al menor relacionarse con extraños, esa misma medida preventiva deberá orientarse en el uso de internet. De otra manera, se estará desamparando al menor porque, detrás de cada perfil desconocido, no se tendrá la certeza de si la identidad es auténtica o si está perversamente camuflada.

CONCLUSIONES

PRIMERA - A pesar de que algunos ordenamientos jurídicos han promulgado unas normativas de protección respectivas a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, todavía se identifican algunas narrativas referentes a las políticas de la 'cosificación' del menor de edad que urgen la continua revisión o promulgación de nueva legislación protectora que fortalezca positivamente el régimen jurídico del menor de edad ante ambos tipos de sociedades, tanto en la sociedad 'cara a cara' como en la sociedad informática.

SEGUNDA - Los deberes de educación y vigilancia derivados de la patria potestad o la tutela deben estar en consonancia con los conocimientos básicos sobre tecnologías informáticas que los titulares de aquéllas deben poseer, a fin de vigilar y aconsejar al menor de edad con diversas incidencias en las diferentes etapas de su vida.

TERCERA - En tanto, el derecho al acceso de información se concibe como un derecho autónomo en el Ordenamiento Jurídico español, en el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, se reconoce como uno atado a los derechos de libertad de expresión y, en algunos casos, cobijado por la libertad de prensa. De su parte, la jurisprudencia puertorriqueña remata este acotamiento conceptual al limitar su objeto y contenido a lo concerniente al acceso de información gubernamental con la excusa de aspirar a la 'transparencia' en los sistemas de gobernanzas.

CUARTA - Se reconoce al menor de edad como posible 'ciudadano digital' y actor social de las redes informáticas. La posibilidad de imponerle ciertas restricciones o limitaciones a su participación en su devenir en la red informática y al ejercicio de sus derechos a la educación, libertad de expresión y a la libertad de información deberá contemplarse solamente con la intención de salvaguardar su bienestar y sus intereses. No obstante, estas limitaciones deberán liberalizarse de acuerdo con el desarrollo progresivo del menor, su 'alfabetización digital' y su madurez suficiente.

QUINTA - Los menores de edad tienen capacidad de consentir en algunos supuestos, delimitada la misma por la edad y, en otros, acotada por los conceptos jurídicos

indeterminados respectivos a la madurez y suficiente juicio, criterios que han ido gestándose como rectores en lo concerniente a la nulidad o anulabilidad de un contrato otorgado con un menor de edad; y si se demuestra que éste no tenía la capacidad de discernir, el contenido de las obligaciones adquiridas ni sus consecuencias, el contrato sería nulo. El atribuirle la capacidad de consentir a estos menores para otorgar un contrato de adhesión con una red social podría representar un peligro si el menor no entendiera sus deberes y responsabilidades como usuario. No obstante, la capacidad para consentir en el acopio y tratamiento de datos de carácter personal del menor de catorce años en España y del menor de trece años en Puerto Rico no libera a los progenitores o tutores de sus deberes de protección, educación y vigilancia.

SEXTA - Los usuarios y algunas redes sociales se convierten en 'cotitulares' de los derechos de propiedad intelectual de los contenidos, fotos o vídeos que difunden y comparten con sus 'amigos'. Ello conllevará la cesión de datos e información a la red social vinculada, que podrá transferirlos a otras plataformas o a otros terceros, lo que provoca la incertidumbre del destino de la información con el agravante de un almacenamiento posiblemente *perpetuo*.

SÉPTIMA - Los contratos de los proveedores de servicios de la redes sociales contienen varias cláusulas leoninas, tales como las que le conceden la facultad unilateral para enmendar el contrato, o las que establecen renuncias o limitaciones al ejercicio de acciones judiciales en caso de incumplimiento, imponiendo el proceso de arbitraje como el único medio de dilucidar las posibles controversias o exonerando al predisponente del resarcimiento de daños a terceros. Esta desigual intervención de las voluntades de las partes se agrava cuando la parte 'más débil' está encarnada por un menor de edad sin la madurez suficiente para discernir los derechos que ha cedido y los compromisos que ha asumido. No obstante, el menor de edad gozará de las mismas limitaciones a su autonomía de la voluntad que cualquier usuario mayor de edad con respecto al 'acuerdo' de las cláusulas contractuales.

OCTAVA - Cualquier persona que se adhiera a este tipo de contrato no tendrá poder de negociación y su único ejercicio de libertad contractual consistirá en tomar la decisión de adherirse al contrato pulsando el botón de "Estoy de acuerdo" ("I agree"). Ahora bien, cuando el usuario está adherido contractualmente a la red social, éste ejercerá su

autonomía de la voluntad con relación al tipo y cantidad de datos que desplegará en su proceso de autorregulación y autodeterminación de información personal.

NOVENA - La legislación española y la puertorriqueña ostentan una preocupación palpable por dotar al menor de edad de un marco jurídico adecuado que pueda garantizarle las protecciones necesarias para que sus derechos fundamentales sean salvaguardados. Así lo evidencian las diferentes leyes que se han promulgado en los últimos años con la intención de renovar las políticas institucionales de las agencias relacionadas a los menores en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, los Ordenamientos Jurídicos de España y la Unión Europea han avanzado en el desarrollo de salvaguardas y medidas cautelares del tratamiento de los datos que se difunden con el uso de la tecnología, al reconocer el derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho constitucional autónomo e implantar leyes y reglamentos en vías de identificar nuevos amparos. Sin embargo, a los Ordenamientos Jurídicos de Puerto Rico, Estados Unidos y la Organización para los Estados Americanos les falta detraer el derecho a la protección de datos de carácter personal del derecho a la intimidad.

DÉCIMA - Los progenitores o tutores que pretendan difundir datos o imágenes de un menor de edad a cargo por diversión o simple exposición, deberán considerar que el derecho de autodeterminación de la información no es subrogable por tener la representación legal, que no legitima la subrogación de un derecho que es personalísimo. El progenitor o tutor deberá ser consciente de que las funciones derivadas de la representación legal deberán responder al mejor interés del menor en todo lo concerniente a las tecnologías informáticas, debiendo estar informados sobre el régimen jurídico concerniente al tratamiento de datos de carácter personal en el entorno académico y procurarán empoderar al menor de edad a cargo para que sus derechos no sean conculcados.

UNDÉCIMA - Aunque el entorno jurídico provea las herramientas necesarias para amparar los derechos de los menores de edad en el ámbito de la red informática, si los progenitores y tutores no ejercen diligentemente los deberes de educación y vigilancia que les imponen la patria potestad y la tutela en todo lo concerniente a las nuevas tecnologías y no entienden que, más allá del monitor de una computadora, hay una serie de avenidas por las cuales discurren algunos depredadores y depredadoras capaces de

mancillar la dignidad de un menor de edad, se derrotará el fin principal perseguido del mejor interés del menor.

DUODÉCIMA - En España, ha habido un nuevo enfoque con relación al reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de su autonomía progresiva con la intención de promover el desarrollo integral del mismo; toda su legislación posterior a su Constitución así lo demuestra. Mientras, en Puerto Rico, faltan más esfuerzos dirigidos en esa vertiente, debiéndose comenzar con exceptuar explícitamente los derechos de la personalidad del menor de edad del derecho de la representación de los progenitores con patria potestad, ya que al respecto se guarda silencio en el Código Civil puertorriqueño, dejando la puerta abierta para que un progenitor con patria potestad se crea con derecho de atribuirse dicha representación. Se debe dejar claro que el ejercicio de estos derechos es siempre personalísimo y de ello se desprende una limitación de su ejercicio por medio de representante. El deber que le impone la patria potestad y la tutela a los progenitores y tutores es el de proteger y defender los derechos de la personalidad del menor, salvaguardando su mejor desarrollo integral.

Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda, sobre todo en los casos de los menores con madurez suficiente.

DECIMOTERCERA - Los tribunales que han atendido acciones de daños y perjuicios en contra de proveedores de servicios de la red, en los cuales se alegaba que el proveedor no resguardó los derechos de los usuarios menores de edad, ni protegió a los mismos, han dejado claro que los llamados a proteger a los menores son sus progenitores o tutores. De la misma forma, si los progenitores o tutores no ejercieran su deber de educación y vigilancia con relación al uso de las tecnologías informáticas y los menores de edad realizaran acciones ilegítimas que le ocasionaran daños a un tercero, los adultos a cargo podrían responder por culpa y negligencia.

En el Ordenamiento Jurídico puertorriqueño, se aplica la doctrina de responsabilidad vicaria sin reconocerse una ‘responsabilidad cuasi objetiva’ por lo que la

carga del peso probatorio en los casos de daños y perjuicios se mantiene sobre la parte demandante, aunque un menor de edad sea el causante del daño.

DECIMOCUARTA - Es imperativo que los progenitores y tutores se instruyan sobre los usos y riesgos de la red informática para que puedan orientar y apoyar adecuadamente a los niños, niñas y adolescente en sus ejecutorias en las diversas funciones y plataformas de la web, debiendo educar a éstos con relación a los riesgos y peligros de las redes sociales. Asimismo, en el entorno familiar, han de establecerse criterios sobre el uso del internet que estén en armonía con el deber de vigilancia ínsito al ejercicio de la patria potestad o la tutela, tomando en consideración la edad del menor concernido, su madurez y su derecho a la intimidad. Es necesario igualmente que se autocensuren 'los adultos a cargo' en la exposición mediática de los menores de edad tutelados sobre narrativas o imágenes que podrían resultar indecorosas, transgresoras y conflictivas.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales

ABAD CASTELOS, Montserrat, LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz & BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Perspectivas actuales de las libertades de opinión, expresión e información,* Dykinson, Madrid, 2015.

ABBATE, Janet, *Inventing the Internet*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

AGUILAR LÓPEZ, Purificación, MORANTE FERNÁNDEZ, María, *Tratamiento informático de la información*, , Editex, Madrid, 2012.

ALBADALEJO García, Manuel, *Derecho Civil: Introducción y Parte General*, 10ma ed., 2002.

ALBADALEJO García, Manuel, *Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia,* Tomo IV, 10ma ed., Edisofer, Madrid, 2006.

ALBADALEJO García, Manuel, *Derecho Civil: Introducción y Parte General*, 19na ed., Edisofer, Madrid, 2013.

ALBUQUERQUE DOUETTES, Ludmila, *Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito: breves comentarios a su régimen jurídico*, Vol. XXV, Anuario de la Facultad de Derecho, Brasil, 2007.

ALFAGEME, Erika, CANTOS, Raquel, MARTÍNEZ, Marta, *De la participación al protagonismos infantil: Propuestas para la acción,* Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid, 2003.

ALFONSO X, *Las siete partidas: antología*, (eds. Francisco López Estrada & María Teresa López García-Berdoy, eds.), Castalia, Madrid, 1992.

ALONSO MAS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

ÁLVAREZ CARO, María, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2015.

ÁLVAREZ HERNANDO, Javier, *Guía práctica sobre protección de datos: cuestiones y formularios,* Lex Nova, Valladolid, 2011.

ANDERSON, Eve A., GREENSPUN, Philip y GRUMET Andrew, *Software Engineering*

for Internet Application, MIT Press, Boston, 2006.

ARAMBURU Y MACHADO, Mariano, *La capacidad civil*, 2da ed., Reus, Madrid, 1931.

ARIÉS, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime,* Éditions du Seuil, París, Francia, 1960.

ARIÉS, Philippe, *The Discovery of Childhood,* en THE GLOBAL HISTORY OF CHILDHOOD READER (ed. Heidi Morrison), 1st. ed., Routlege, New York, 2012.

ARISTOTLE, *Rhetoric* (trans. William Rhys Roberts, 1823).

ARISTOTLE, *Rhetoric* (trans. William Rhys Roberts, eds.), Dover Publications, New York, 2004

AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad yaproximación al derecho a la información,* 2da ed., Editoral Civitas, S.A., México, 1998.

BAKER, Carrie N*., Fighting the U.S Youth Sex Trade: Gender, Race, and Politics,* Cambridge University Press, New York, 2018.

BALAGUER PRESTES, Roberto, *Internet: un nuevo espacio psicosocial,* Ediciones Trilce,Uruguay, 2003.

BALES, Kevin, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy, Updated with a New Preface,* University of California Press, California, 2012.

BANZAL, Shashi, *Data and Computer Network Communication*, Firewall Media, Boston, 2007.

BARNETT LIDSKY, Lyrissa, *Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace*, 49 Duke Law Journal 855 (2000).

BARNETT, STEPHEN R., *The Right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain,* 47 American Journal of Comparative Law 555 (1999).

BARRET, John, *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes,* en BULLETIN OF THE PAN AMERICAN UNION (dir. John Barret)*,* VOL. XLIII, Editorial Renacimiento, Valencia, 1916.

BAUDRILLARD, Jean*, El otro por sí mismo*, Anagrama, Barcelona, 1988.

BAUDRILLARD, Jean, *The Ecstasy of Communication,* en POSTMODERNISM: CRITICAL CONCEPTS 41 (eds. Victor E. Taylor & Charles E. Vinquist) Semiotext(e), New York, 1998 .

BECK FURNISH, Dale, *Fuentes del Derecho en Estados Unidos: la muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo y el papel y efecto de los Restatements of Law*, LI Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM 75, México (2001).

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La construcción jurídica de los derechos de la personalidad" en discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Don José Beltrán de Heredia y Castaño*, Madrid, 1976.

BENKE, Nikolaus, *On the Roman father's right to kill his adulterous daughter*, en THE POWER OF THE FATHERS: HISTORICAL PERSPECTIVES FROM ANCIENT ROME TO THE NINETEENTH CENTURY, (ed. Margaret Lanzinger), Routledge, Nueva York, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, (dir. Carlos Rogel Vide) Editorial Reus, S.A., Madrid, 2017.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Estudio Jurídico-Crítico sobre la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales,* Editorial Reus, S.A., Madrid, 2019.

BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Niceto, *El desafío ético de la información,* Edibesa, Madrid, 2000.

BOIX PALOP, Andrés, *La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales*, 173 Revista de Estudios Políticos, Universidad de Valencia, 2016.

BORRÁS, Alegría, *La evolución de la protección del niño en el Derecho Internacional Privado desde el Convenio de Nueva York de 1989*, en LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES, (dirs. Francisco Aldecoa Luzárraga y Joaquim-J. Forner Delaygua; coords. Emili González Bou y Natacha González Viada, Marcial Pons, Madrid, 2010.

BRADLEY, Keith, *, Images of Childhood in Classical Antiquity,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD THE WESTERN WORLD, (ed. Paula S. Fass), Routledge, New York, 2013.

BRAND, Sheila L. & MAKEY, Jeffrey D., *Password Managemente Guideline: Deparment of Defense*, Computer, DoD Computer Security Center, Maryland, 1985.

BRAUDY SMITH, Leo, *The Frenzy of Renown: Fame and Its History*, Oxford University Press, New York, 1986.

BRION DAVIS, David, *Inhuman Bondage: The Rise and Fall of Slavery in the New World,* Oxford University Press, New York, 2006.

BUDIANSKY, Stephen, *Colossus, Codebreaking, and the Digital Age*, en THE SECRETS OF BLETCHLEY PARK'S CODE-BREAKING COMPUTERS (ed. Jack Copeland, 2006), Oxford University Press, New York, 2006.

BUNGE Marcia J. & WALL, John, *Christianity*, en CHILDREN AND CHILDHOOD IN WORLD RELIGIONS: PRIMARY SOURCES AND TEXTS (eds. Don S. Browning & Marcia J. Bunge), Rutgers University Press, New Jersey, 2009.

BURDICK, William L., *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law,* The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2004.

BUSTAMANTE DONAS, Javier, *El computador como metáfora de identidad y control,* en SOCIOLOGÍA DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA, (coords. Juan Manuel Iranzo Amatriaín & José Rubén Blanco Merlo), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995.

CABRERA MARTÍN, Myriam, *La victimización sexual de menores en el Código Penal Español y en la Política Criminal Internacio*nal, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

CARBALLAR FALCÓN, José A., *Twitter: Marketing personal y profesional,* RC Libros, Madrid, 2011.

CARBALLAR FALCÓN, José A., *Social Media Marketing Personal y Profesional*, Alfaomega Grupo Editor, México, 2012.

CARDELL, Kylie, DOUGLAS, Kate & MAGUIRE, Emma, *'Stories': Social Media and Ephemeral Narratives as Memoir,* en MEDIATING MEMORY: TRACING THE LIMITS OF MEMOIR (eds. Bunty Avieson, Fiona Giles & Sue Joseph), Routledge, New York, 2018.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1933.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, XXIV Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid (1952).

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 3ra ed., Reus, S.A., Madrid, 1974.

CASTÁN VÁZQUEZ, José, *La Patria Potestad*, Revista de Derecho Privado, Madrid (1960).

CASTELLS, Manuel, *La era de la información,* Vol. 2 (trad. Carmen Martínez Gimeno), Grupo Editorial Siglo Veintiuno, México, 1999.

CASTELLS, Manuel, *Redes de indignación y esperanza,* 2da. ed. Alianza Editorial, Madrid, 2015.

CAZURRO BARAHONA, Víctor, Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos, José María Bosch Editor, Barcelona, 2020.

CHAN, Emily, *Harvard Business School Confidential: Secret of Success*, John Wiley & Sons, Singapur, 2009.

CHATIN, Louis*, Les conflicts relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé,* Vol. 4, Núm.1981, Ediciones CNRS, Francia, 1985.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José L., *Derecho de Contratos*, Editorial Bosh, S.A., Barcelona, 2003.

CONDE ORTIZ, Concepción, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad,* Dykinson, Madrid, 2005.

COOK, Daniel Thomas *Children and Consumers: History and Historiography*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 291 (Paula S. Fass, *ed.*, 2012).

CRAIN, Patricia, *Childhood as Spectacle*, 11 American Literary History, 1999.

CROSS, Gary, *Play, Games, and Toys*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD 271 (Paula S. Fass, *ed.*, 2012).

CUNNINGHAM, Hugh, *Histories of Childhood*, 103 The American Historical Review (1998).

CUNNINGHAM, Hugh, *The invention of childhood*, BBC Books Worldwide Ltd., London, 2006.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, Régimen jurídico de las redes sociales, en DERECHO DIGITAL: PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA (dir.Víctor Cazurro Barahona), Bosch Editor, Barcelona, 2017.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los padres y Centros Educativos (Breve Referencia al Fenómeno Pokémon Go),* Agencia Española de Protección de Datos y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

DAVARA RODRÍDUEZ, Manuel, *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Madrid, 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España: Derecho de la persona. La persona y su estado civil*, Tomo II, Parte 1ra, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Los llamados derechos de la personalidad,* ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Vol. XII, Fascículo IV, Instituto de Estudios Públicos, Madrid, 1958.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil: Introducción y Derecho de la persona*, Editorial Marisal, Madrid, 1970.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1971.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Vol. 35, Núm. 4, Madrid, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1985.

DE CUPIS, Adriano, *I Diritti Della Personalità* (1950), citado por Castán Tobeñas, José, Los derechos de la personalidad, XXIV Rev. Gen. Legis. Jurisprud. 8 (1952).

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Responsabilidad civil por daños causados por menores*, Tirant lo Blanch, Valencia (2012).

DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

DE LUIS GARGALLO, Erik, *La seguridad para los menores en internet*,), Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2017.

DE WINTER, Micha, *The child in the developmental psychology and pedagogy:on infantilization and participation,* en BEYOND THE CENTURY OF THE CHILD: CULTURAL HISTORY AND DEVELOPMENTAL PSYCHOLOGY1 (cords. Willem Koops & Michael Zuckerman), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2003.

DEGARMO, John, *Keeping Foster Children Safe Online: Positive Strategies to Prevent Cyberbullying, Inappropriate Contact and Other Digital Dangers,* Jessica Kingsley Publishers, Philadelphia, (2014).

DEMAUSE, Lloyd, *The evolution of childhood*, en THE HISTORY OF CHILDHOOD, (ed. Lloyd deMause), Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Maryland, 2006.

DÍAZ PELAYO, César Amador, LÓPEZ MARTÍNEZ, Edgardo Flavio, GONZÁLEZ MONROY, Roberto & Preciado Ortiz, Claudia Leticia, *Mercadotecnia Digital y Publicidad On Line*, Centro Universitario De La Costa Sur, México, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol III, 8va. ed., Tecnos, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol IV, 7ma. ed., Tecnos, Madrid, 1998.

DOBINICK, Susan, *Mark Zuckerberg And Facebook*, Rosen Publishing Group, New York, 2012.

DOUGLAS, William O., *The Right of People*, Doubleday, New York, 1958.

DUONG, Jeffrey & PILCHER BRADSHAW, Catherine, *Comment Chapter: Bullying and Suicide Prevention: Taking a Balanced Approach that is Scientifically Informed,* en YOUTH SUICIDE AND BULLYING, CHALLENGES AND STRATEGIES FOR PREVENTION AND INTERVENTION (eds. Peter Goldblum, Dorothy L. Espelage & Joyce Chu), Oxford University Press, New York, 2015.

DYSART, Tessa L., *Child, Victim, or Prostitute? Justice Through Immunity for Prostituted Children*, 21 Duke Journal of Gender Law & Policy 255 (2014).

EASTTOM, Chuck & TAYLOR, Jeff, *Computer crime, investigation, and the law*, Cengage Learning Publisher, Boston, 2011.

EDREIRA VÁZQUEZ, María J., *Fenomenología del acoso moral*, 36 LOGOS - ANALES DEL SEMINARIO DE METAFÍSICA 131-151, Universidad Complutense de Madrid, España, 2003.

EHRENZWEIG, Albert A., *Adhesion Contracts in the Conflict of Laws,* 53 COLUM. L. REV. 1072 (1953).

EICHHORN, Kate, *The End of Forgetting: Growing Up With Social Media,* Harvard University Press, Boston, 2019.

ELLIOT, Jessica, *The Role of Consent in Human Trafficking,* Routledge, Nueva York, 2015.

EMERSON, Thomas I., *Toward a General Theory of the First Amendment,* Vol. 72, Núm. 2796, Yale Law School Faculty Scholarship, New Haven (1963).

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. III, 4ta ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1975).

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. I, 8va ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1982).

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. III, 6ta ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1983).

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. IV, 8va ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1984).

ETCOVITCH, Daniel *Commonwealth v. Carter: Trial Court Convicts Defendant of Involuntary Manslaughter Based on Encouragement of Suicide,* 131 Harv. L. Rev. 918, (ed. Carol Lin) (2018).

FASS, Paula S., *The Child-Centered Family? New Rules in Postwar America*, en REINVENTING CHILDHOOD AFTER WORLD WAR II 9 (eds.Paula S. Fass & Michael Grossberg), University of Pennsylvania, Philadelphia, 2012.

FASS*,* Paula S., *Is there a story in the history of childhood?,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD THE WESTERN WORLD (ed. Paula S. Fass) Routledge, Nueva York, 2013.

FASS, Paula S., *The End of American Childhood: A History of Parenting from Life on the Frontier to the Managed Child*, Princeton University Press, New Jersey, 2016.

FATÁS CABEZA, Guillermo, *La Ley de las Doce Tablas*, en MATERIALES PARA UN CURSO DE HISTORIA ANTIGUA, (trad. Guillermo Fatás Cabeza), Tórculo, Santiago de Compostela, 1994.

FAÚNDEZ ZANUY, Marcos, *Tratamiento digital de voz e imagen y aplicación a la multimedia*, Marcombo, S. A., Barcelona, 2000.

FEINBERG, Joel*, Harm to Others; The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1987.

FEINBERG, Joel, *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I., *Prontuario de citas: Según la norma UNE 50-104-94 (Equivalente a la ISO 690:1987),* Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Argentina,1992.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Derecho Penal e Internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, Lex Nova, España, 2011.

FERRARO, Joanne M., *Childhood in Medieval and Early Modern Times*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD, Routledge, New York (ed. Paula S. Fass), 2012.

FERRI, Luigi, *La Autonomía Privada,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

FRANSSON, JONAS, *Efficient Information Searching On The Web: A Handbook in the Art of Searching for Information,* jonasfransson.com, 2009.

FREEMAN, Michael D., *Tomando más en serio los derechos de los niños,* Núms. 3-4 Revista de Derechos del Niño, UNICEF, Santiago, 2006.

FREESE, Susan M., *Craigslist: The Company and Its Founder,* ABDO Publishing Company, Minnesota, 2011.

FREY, Martin A., *Essential of Contract Law*, 2da. ed., Cengage, Massachusetts, 2014.

FULLER, Wayne E., *Morality and the Mail in Nineteenth-Century America*, University of Illinois Press, Illinois, 2003.

GALLAGHER, ANNE, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN TRAFFICKING, Cambridge University Press, New York, 2010.

GALVAO TELLES, Inocencio, *Aspectos comuns aos varios contratos,*en EXPOSIGAO DE MOTIVOS REFERENTE AO TITULO DO FUTURO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS SOBRE CONTRATOS EM ESPECIAL, Lisboa, 1951.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El derecho de la personalidad del menor no emancipado*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2004.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *La patria potestad,* Dykinson, Madrid, 2013.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad,* en GLOSAS SOBRE FEDERICO DE CASTRO 242 (dir. Luis Díez-Picazo), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015.

GEORGALOU, Mariza, *Discourse and Identity on Facebook*, (ed. Ken Hyland), Bloomsbury Discourse, United Kingdom, 2017.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Instituciones de derecho notarial*, Editorial Reus, Madrid (1954).

GOLDRING, Orit & HAMBLIN, Antonia L., *Think Before You Click Online Anonymity Does Not Make Defamation Legal*, 20 Hofstra Labor and Employment Law Journal 383, Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University, New York (2003).

GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil del menor,* Núm. 7 de sept.-dic., Derecho Privado y Constitución, Madrid (1995).

GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luis, *El Trastorno por Mediocridad Inoperante Activa (Síndrome MIA),* 18(6) PSIQUIS 229, Madrid (1997).

GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luis, *El Maltrato Psicológico*, 3ra. ed., S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2005.

GORDON HYLTON, Joseph, *Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 12 Marquette Sports Law Review 273, Wisconsin (2001).

GORHAM PALFREY, John y GASSER, Urs, *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*, Basic Book, New York, 2008.

GREUNER, James, *Counteracting the Bias: The Department of Labor's Unique Opportunity to Combat Human Trafficking*,126 Harv. L. Rev. 1012, Massachusetts (2013).

GREW, Raymond, *On Seeking Global History's Inner Child*, Vol. 38 Núm 4 Journal of Social History, Michigan (2005).

GRIESHABER, SUSAN, *Rethinking Parent and Child Conflict*, Routledge, New York, 2004.

GUDMUNDUR, Alfredsson y ASBJØRN, Eide, *The Universal Declarations of Humans Rights: A Common Standard of Achievement*, Kluwer Law International, Cambridge, 1999.

GUTARRA CORDERO, Annabelle, *Los riesgos de la red informática y las responsabilidades de los educadores,* 31 CUADERNO DE INVESTIGACIÓN EN LA EDUCACIÓN 56, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras (2016).

GUTARRA CORDERO, Annabelle, *Algunos impedimentos del educador a ser objector digital*, 32 CUADERNO DE INVESTIGACIÓN EN LA EDUCACIÓN 107, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras (2017).

GUTMAN, Marta, *The Physical Spaces of Childhood*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD, (ed. Paula S. Fass), Routledge, New York, 2012.

HARE, Chris, & SIYAN, Karanjit, *Internet Firewalls and Network Security*, New Riders Publishing Indianapolis, Indiana, 1996.

HAYES, Darren R., *A Practical Guide to Computer Forensics Investigations*, Pearson, Reino Unido, 2015.

HEPBURN, Stephanie & SIMON, RITA J. *Human Trafficking Around the World: Hidden in Plain Sight,* Columbia University Press, New York, 2013.

HERLIHY, David, *The Making of the Medieval Family: Symmetry, Structure, and Sentiment,* en MEDIEVAL FAMILIES: PERSPECTIVES ON MARRIAGE, HOUSEHOLD, & CHILDREN (ed. Carol Neel), The Medieval Academy of America, Canada, 2004.

HERRÁN ORTIZ, Ana I., *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales,* Dickinson, Madrid, 2002.

HERRERO TEJEDOR, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.

HIGUERAS, Inmaculada, *Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad*, Vol. XIII, Núm. 2 Revista Comunicación y Sociedad, Navarra, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral: El maltrato psicológico en la vida cotidiana* (trad. Enrique Folch González) Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1999.

IGARASHI, Yoshihide, ALTMAN, Tom, FUNADA, Mariko y KAMIYAMA, Barbara *Computing: A Historical and Technical Perspective*, Taylor & Francis Group, LLC, Florida, 2014.

INTEBI, Irene V., *Abuso sexual infantil: en las mejores familias,* Ediciones Granica, S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008.

ISAACS, Nathan, *The Standardizing of Contracts*, 27 YALE L.J. 34, Connecticut (1917).

JACHYRA, Daniel, *How to improve Internet?,* en INTERNET - TECHNICAL DEVELOPMENT AND APPLICATIONS (eds. Ewaryst Tkacz & Adrian Kapczynski), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Munich, 2009.

JACOBSON, Lisa, *Raising consumers: Children and the American Mass Market in the Early Twentieth Century,* Columbia University Press, New York, 2004.

JAMES, Edward *Childhood and Youth in the Early Middle Ages*, en YOUTH IN THE MIDDLE AGES 12, (eds. P.J.P. Goldberg & Felicity Riddy), The Medieval Review, Indiana, 2004.

JENKINS, Philip, *Beyond Tolerance: child pornography on the internet,* New York University Press, New York, 2003.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La capacidad general del menor,* Vol. LXVIII, Revista de Derecho Privado, Madrid (1984).

JUSTEL VICENTE, Daniel, *El estudio de la infancia en el mundo antiguo,* en NIÑOS EN LA ANTIGÜEDAD: ESTUDIOS SOBRE LA INFANCIA EN EL MEDITERRÁNEO ANTIGUO (ed. Daniel Justel Vicente), Prensas de la Universidad de Zaragoza, España, 2012.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. José Mardomingo) Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

KAPLAN, Andreas y HAENLEIN, Michael*, Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media,* Business Horizons, Indiana, 2010.

KERR, Orin S., The Case for the Third-Party Doctrine, 107 Michigan Law Review Association 4, Michigan, 2009.

KESSLER, Friedrich*, Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 Columbia Law Review 629, New York (1943).

KEY, Ellen, *The Century of the Child*, The Knickerboker Press, New York, 1909.

KING, Leonard W., *The Code of Hammurabi* (trad. L.W. King, ed. Richard Hooker), Washington State University, Washington, 1996.

KING, Margaret L., *Children in Judaism and Christianity,* en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD (ed. Paula S. Fass), Routledge, New York, 2013.

KIRKPATRICK, David, *The Facebook Effect: The Inside Story of the Company that is Connecting The World*, Simon & Shuster, New York, 2010.

KLITOU, Demetrius, *Privacy-Invading Technologies and Privacy by Design: Safeguarding Privacy in the 21st Century*, Asser Press, Países Bajos, 2014.

KOWASKI, Robin M., LIMBER, Susan P. y AGATSTON, Patricia W., *Cyberbullying: Bullying in the Digital Age*, 2da. ed., Blackwell Publishing Ltd, Reino Unido, 2008.

KUMAR, Krishna, *Childhood in a Globalizing World*, Vol. 4, Núm 38 Economic and Political Weekly 4030, India (2006).

LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho Civil* , Tomo II, Dykinson, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, José L., DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, PARRA LUCÁN, María A., *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al derecho*, 4ta. ed., Dykinson, Madrid, 2004.

LARRAÍN, Soledad, *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos de la infancia,* en POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UN ESTADO SOCIAL DE DERECHOS: EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS UNIVERSALES (eds. Ximena Erazo, Víctor Amabrovich & Jorge Orbe), Fundación Henry Dunant, Chile, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Parte General y Derecho de la persona*, 14ta. ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de familia,* Marcial Pons, Madrid, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio,* 2014.

LASSONDE, Stephen, *Age, Schooling, and Development*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD (ed. Paula S. Fass) Routledge, Reino Unido, 2012.

LASSONDE, Stephen, *Ten is the New Fourteen: Age Compression and the "Real" Childhood*, en REINVENTING CHILDHOOD AFTER WORLD WAR II (eds. Paula S. Fass & Michael Grossberg), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2012.

LEAVITT, David, *The Man Who Knew Too Much: Alan Turing and the Invention of the Computer*, W. W. Norton & Company, Inc., New York, 2006

LETE DEL RÍO, José M., *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, España, 1986.

LEYERLE, Blake*, Children and "the Child" in Early Christianity*, en THE OXFORD HANDBOOK OF CHILDHOOD AND EDUCATION IN THE CLASSICAL WORLD (eds. Judith Evans Grubbs & Tim Parkin) Oxford University Press, Reino Unido, 2013.

LI, Tingjun*, Using Microblogging for the PKM in the Web 2.0 Environment,* en EMERGING COMPUTATION AND INFORMATION TECHNOLOGIES FOR EDUCATION (eds. Elwin Mao, Linli Xu & Wenya Tin), Springer, New York, 2012.

LICKLIDER, Joseph Carl Robnett, *Man-Computer Symbiosis,* en IRE TRANSACTIONS ON HUMAN FACTORS, Vol. HFE-1, Núm.1, Institute of Electrical and Electronics Engineers Group, Boston (1960).

LIEVENS, Eva, *Protecting children in the Digital Era: the use of alternative regulatory instruments,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

LINDEEN, MARY, DIGITAL SAFETY SMARTS: PREVENTING CYBERBULLYING, Lerner Publications, Minnesota, 2016.

LOCKE, Richard, *Critical Children: The use of children in ten great novels*, Columbia University Press, New York, 2011.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor,* Dykinson, Madrid*,* 2001.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid*,* 2001.

LORENTE ACOSTA, Miguel *Prólogo: «Virtualidad ficticia» y violencia de género,* en VIOLENCIAS DE GÉNERO EN ENTORNOS VIRTUALES (coords. Trinidad Donoso Vázquez & Ángeles Rebollo Catalán), Editorial Octaedro, Barcelona, 2018.

LUBAN, David, O'SULLIVAN, Julie R. & STEWART, David P., *International and Transnational Criminal Law*, 3rd ed., Wolters Kluwer, Países Bajos, 2019.

LUJÁN MORA, Sergio, *Programación de aplicaciones web: historia, principios básicos, clientes web,* Editorial Club Universitario, Alicante, 2003.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., *Relevancia jurídica de la edad,* en CODIFICACIÓN, PERSONA Y NEGOCIO JURÍDICO (coord. Carlos J. Maluquer de Motes Bernet), Bosch Editor, Barcelona, 2003.

MAO, Elwin, XU, Linli y TIN, Wenya, *Emerging computation and information technologies for education,* Springer, Luxemburgo, 2012.

MARCANO SALAZAR, Luis M., *Fundamentos de derecho internacional público: introducción al estudio de la historia de las instituciones del derecho internacional público y su impacto en las relaciones internacionales,* Editorial CEC, S.A., Caracas, 2005.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *José Antonio, Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2015.

MARTINS, Rosa, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Oxford, 2003.

MATTERN, Joanne, INSTAGRAM, Abdo Publishing Company, Minnesota, 2017.

MAUER, Victoria A. & DICKON REPPUCCI, Nicholas, *Legal and Psychological Approaches to Understanding and Adressing Teen Dating Violence*, en 4 ADVANCES IN PSYCHOLOGY AND LAW, 294 (eds. Brian H. Bornstein, Monica K. Miller), Springer, New York, 2019.

McCARTHY, J. Thomas, *McCarthy on trademarks and unfair competition*, Thomson Reuters, Canada, 1997.

McLAUGHLIN, Caitlin, & VITAK, Jessica, *Norm evolution and violation on Facebook*,14(2) Sage Journal-New Media & Society ,1-17, Sage Publishing, New York, 2012.

MILL, John S., *On Liberty*, Ticknor and Fields, Boston (1863).

MILLSTEIN, Julian S., NEUBURGER, Jeffrey D. y WEINGART, Jeffrey P., *Doing Business on the Intenert: Forms and Analysis,* Law Journal Seminars Press, New York, 2004.

MOINY, Jean-Philippe, *Facebook y la Directiva 95/46: Algunas reflexiones,* en PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA SOCIEDAD DE LA

INFORMACIÓN Y LA VIGILANCIA (trad. y coord. María R. Llácer Matacás), Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

MONTÉS PENADÉS, Vicente, *Derechos de la personalidad y derechos fundamentales*, en DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, DERECHO DE LA PERSONA, (coord. Francisco Blasco Gascó) 4ta. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MOORE, Robert, *Cybercrime: investigating high technology computer crime*, 2da. ed., Oxford, Anderson Publishing, Reino Unido, 2011.

MORENO FLÓREZ, Rosa M., *Los menores y el control de la información personal,* en PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA VIGILANCIA*,* (coord. María R. Llácer Matacás), Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

MORENO QUESADA, Bernardo, BUSTOS VALDIVIA, Ceferino & TRUJILLO CALZADO, María I., *Derecho civil patrimonial*, Comares, Granada, 1997.

MORENO QUESADA, Bernardo, BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, TRUJILLO CALZADO, María I. & BUSTOS VALDIVIA, Ceferino, *Derecho civil de la persona y de la familia*, Comares, Granada, 2002.

MORGAN, Richard & BOARDMAN, Ruth, *Data protection strategy: Implementing data protection compliance,* 2da. ed. Thomson Reuters, Londres, 2012.

MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red,* Editorial Aranzadi, Barcelona, 1999.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *La construcción del derecho a la autodeterminación informativa*, 104 Revista de Estudios Políticos, , abril-junio de 1999. 35-60 Azpilcueta-Cuadernos de Derecho (1999).

NEVADO CATALÁN, Verónica*, Responsabilidad civil de los progenitores por infracción del deber de velar por sus hijos,* 36 REV. JUR. UAM, 281-311, Madrid (2017).

NDEDI, Alain & KINGSLEY, Mua *Understanding How Failing a Job Interview May Be a Source of Innovation: The Case of WhatsApp Founders*, en MANAGING KNOWLEDGE AND INNOVATION FOR BUSINESS SUSTAINABILITY IN AFRICA (ed. Allam Ahmed), Springer, Luxemburgo, 2017.

O'BRIEN, Jennifer, *Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the Identities of Anonymous Internet Speakers in Online Defamation Cases,* 70 Fordham L. Rev. 2745, New York, 2002.

OLWEUS, Dan, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares,* 2da. ed., Ediciones Morata, S. L., Madrid, 2004.

OROZCO GONZÁLEZ, Margarita, *La red como escenario de conflictos,* en SOCIOLOGÍA DEL CONFLICTO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS, (eds. Diego Becerril Ruiz & Antonio M. Lozano Martín), Dykinson, Madrid, 2017.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, *Algunas claves en las relaciones entre EEUU y la UE sobre transferencias de datos de carácter personal: El acuerdo de Puerto Seguro*, en TELOS 97: PRIVACIDAD Y SEGURIDAD EN INTERNET (coords. Jorge Pérez Martínez y Zoraida Frías Barroso; ed. Fundación Telefónica), Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad, España (2014).

ORTÍ VALLEJO, Antonio, *El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993 de 20 de julio),* 2 Der. Priv. Const. 305 (1994).

OST, Suzanne*, Child pornography and sexual grooming: Legal and societal responses,* Cambridge University Press, New York, 2009.

PAGALLO, Ugo, *The Impact of Domestic Robot on Privacy and Data Protection and the Troubles with Legal Regulation by Design,* en DATA PROTECTION ON THE MOVE: CURRENT DEVELOPMENTS IN ICT AND PRIVACY/DATA PROTECTION (eds. Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul De Hert), Springer, Londres, 2016.

PALFREY , John Gorham, & GASSER, Urs, Born Digital: *Understanding the First Generation of Digitals Natives,* Basic Books, New York, 2008.

PARRA LUCÁN, María A., *De la incapacitación,* en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL II-VOL.2, (coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M. Moreno Flórez), Bosch Editor, Barcelona, 2000.

PATTERSON, Edwin W., *The interpretation and construction of contracts*, 64 COLUM. L. REV. 833 (1964).

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984.

PESCADOR, Sergio, *Tuenti: la estrella española en el mundo de las redes sociales,* en NIÑOS, ADOLESCENTES Y REDES SOCIALES ¿CONECTADOS O ATRAPADOS?, (coords. Rodrigo Ron, Antón Álvarez y Patricia Núñez) ESIC Editorial, Madrid, 2013.

PINE II, B. Joseph, GILMOR, James H., *La economía de la experiencia: El trabajo es teatro y cada empresa es un escenario,* Ediciones Granica, S.A., Barcelona, 2001.

PIÑAR MAÑAS, José L., *El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales, en* REDES SOCIALES Y PRIVACIDAD DEL MENOR, Reus, Madrid, 2011.

PLATO, *Republic,* (trans. Benjamin Jowett; ed. Albert A. Anderson), Agora Publications, Maryland, 2001.

PONS RAFOLS, Xavier, *La Declaración Universal de Derechos humanos: Comentario artículo por artículo*, Editorial Icaria, S.A., Barcelona, 1998.

PÖRHÖLÄ, Maili & KINNEY, Terry A., *El Acoso: Contextos, Consecuencias y Control* (trad. Raquel Duato), Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2010.

POTTER, W. James, *Media Literacy*, 4ta. ed., Sage Publications, Inc., California, 2008.
PRATO, Laura B. y VILLORIA, Liliana I., *Aplicaciones Web 2.0 - Redes Sociales*, Eduvim, Argentina, 2010.

PRENSKY, Marc, *Digital Natives, Digital Immigrants*, Vol. 9 No. 5, MCB University Press, Reino Unido, 2001.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Vol. I, Tomo II, 2da ed., Bosh, Barcelona, 1978.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español,* Vol. II, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

RAKOVER, Sam S. & CAHLON, Baruch, *Face Recognition: Cognitive and Computational Processes,* John Benjamins Publishing Company, Philadelphia, 2001.

RAMOS BUSCAÑANA, Rafael, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse: con arreglo a la legislación vigente,* 3ra ed., Hijos de Reus, Madrid, 1907.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos, *La inviolabilidad de la dignidad humana: lo indigno de la búsqueda de expectativas razonables de intimidad en el derecho constitucional puertorriqueño,* 45 Rev. Jur. U.I.P.R. 185 (2011).

REDONDO MARTÍN, José A., *Socialnets: La insospechada fuerza que está cambiando nuestras vidas y nuestros trabajos*, Editorial Península, Barcelona, 2010.

RESTREPO RESTREPO, Jorge*, Autonomía*, en EL NIÑO SANO (eds. Álvaro Posada Díaz, Juan Fernando Gómez Ramírez, Humberto Ramírez Gómez), Editorial Médica Internacional, Bogotá, 2005.

RIFKIN, Jeremy, *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power is Transforming Energy, the Economy, and the World,* Palgrave Macmillan, Reino Unido, 2011.

RITTINGHOUSE*,* John & RANSOME, James F., *IM Instant Messaging Security,* Elsevier Digital Press, Oxford, 2005.

RIVERA RAMOS, Efrén, *La libertad de información: Necesidad de su reglamentación en Puerto Rico,* 44 Rev. Jur. UPR 67 (1975).

RIVERO ALEMÁN, Santiago, *Crédito, consumo y comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2002.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, , *El interés del menor*, 1ra ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2da ed., Dykinson, S. L., Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ PASCUAL, Iván, *Infancia y nuevas tecnologías: un análisis del discurso sobre la sociedad de la información y los niños*, Rev. Pol. Soc., Vol. 43 Revista Política y Sociedad, Madrid (2006).

ROJAS CASTAÑEDA, Miguel A., *Una Superación Metafísica en la Construcción del Derecho,* Palibrio, Indiana, 2011.

ROSELAAR, Saskia T., *The Concept of Conubium in the Roman Republic,* en NEW FRONTIERS: LAW AND SOCIETY IN THE ROMAN WORLD (ed. Paul J. du Plessis), Edinburgh University Press, Edimburgo, Escocia, 2013.

ROSENTHAL KWALL, Roberta, *Fame,* 73 Indiana Law Journal 1(1997).

RUBIO SAN ROMÁN José Ignacio, *De la representación legal de los hijos,* en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL II-VOL.2, (coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M. Moreno Flórez) Bosch Editor, Barcelona, 2000.

RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, (trads. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro) , 4ta ed., Reus, Madrid, 1900.

RULLKOETER, William, *The Legal Protection of Woman Among The Ancient Germans*, University of Chicago Press, Chicago, 1900.

SACO, Dena T., ARGUDIN, Rebecca, MAGUIRE, James y TALLON, Kelly, *Sexting: youth practices and legal implications*, Harvard University, Cambridge, 2010.

SANTOS BRIZ, Jaime*, Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 7ma. ed. Montecorvo, Madrid, 1993.

SARAT, Austin, *Whither Privacy? An introduction*, en A WORLD WITHOUT PRIVACY: WHAT LAW CAN AND SHOULD DO? (ed. Austin Sarat), Cambridge University Press, New York, 2015.

SCHELL, Bernadette H., *Online Health and Safety: From Cyberbullying to Internet Addiction,* Greenwood Publishing Group, Inc., California, 2016.

SCHMIDT, James, *Children and the State*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD, (ed. Paula S. Fass), Routledge, Londres, 2012.

SCHWAB, Klaus, *The Fourth Industrial Revolution*, Penguin Random House Grupo Editorial, España, 2016.

SCOTT, Samuel P., trad., *The Visigothic Code: Forum Judicum*, Boston Book Company, Boston, 1910.

SCOTT, Samuel P., trad., *The Visigothic Code: Forum Judicum* , Cornell University Library, New York, 2009.

SHELLEY, Louise, *Human Trafficking: A Global Perspective,* Cambridge University Press, New York, 2010.

SHERIF, Mostafa Hashem, *Protocols for secure electronic commerce*, *3rd* , CRC Press, Boca Raton, FL, 2016.

SHERMAN, Dennis y SALISBURY, Joyce, *Fábricas, Ciudades y Familias en la Era Industrial: Civilizaciones de Occidente*, Vol. II, McGraw-Hill, Ciudad de México, 2008.

SILVA BALERIO, Diego, *Pedagogía y Criminalización: Cartografías Socioeducativas con adolescentes,* Editorial de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2016.

SKOUDIS, Ed & ZELTSER, Lenny, *Malware: Fighting Malicious Code,* Pearson, Reino Unido, 2004.

SMIDT, Sandra, *The Developing Child in the 21st Century: A Global Perspective in Child Development*, Routledge, New York, 2013.

SMITH, Bonnie G. ed., THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF WOMEN IN WORLD HISTORY, Vol. I, Oxford University Press, New York, 2008.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato,* 52(106) Rev. Vniversitas 519 (2003).

SPENCE, George, trad., *Code Napoleon; Or, The French Civil Code,* The Lawbook Exchange, L.T.D., New Jersey, 1827.

SPIELVOGEL, Jackson J., *Western Civilization: Volume I*, Cengage, Boston, 2012.

SPIELVOGEL, Jackson J*., Western Civilization: Volume II*, Cengage, Boston, 2012.

STEARNS, Peter N., *Globalization and Childhood,* 38 Journal of Social History 4, Oxford University Press, New York, 2005.

STEARNS, Peter N., *Growing up: The history of chilhood in a global context*, Baylor University Press, Waco, 2005.

STEARNS, Peter N., *Childhood in World History*, Routledge, New York, 2011.

STEL, Enrique, *Seguridad y Defensa del Ciberespacio,* Editorial Dunken, Buenos Aires, 2014.

STEPHENS, JR., Otis H., SCHEB, II, John M. & GLENNON, Colin, *American Constitutional Law: Civil Rights and Liberties,* VOL. 2, 6th ed. Cengage Learning, Boston, 2014.

STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, (trad. Jaime Santos Briz) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

STUART MILL, John, *On Liberty*, Ticknor and Fields, Boston, 1863.

STUART MILL, John*, Sobre la Libertad* (trad. Emeterio Fuentes), Editorial Verbum S. L., Madrid, 2016.

SUNG, Ki-seok & CHO, Sungzoon, *GA SVM Wrapper Ensemble for Keystroke Dinamics Authentication,* en ADVANCES IN BIOMETRICS (eds. David Zhang & Anil K. Jain), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006.

TERMANINI, ROCKY, *The Nano Age of Digital Immunity Infrastructure Fundamentals and Applications: The Intelligent Cyber Shield for Smart Cities,* Taylor and Francis Group, Florida, 2018.

TERRITO, Leonardo & GLOVER, Nataliya, *Criminal Investigation of Sex Trafficking in America,* Taylor & Francis Group, Florida, 2014.

THOMPSON II, Richard M., *The Fourth Amendment Third-Party Doctrine*, Congressional Research Service, R43586, Washington, D.C., 2014.

TINTORÉ GARRIGA, María del Pilar, *Sharenting y la responsabilidad parental* 14 LA LEY - Derecho de familia 2 (2017).

TORRES DÍAZ, María C., *El derecho de acceso a Internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica,* en LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET: AMENAZAS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES, (dirs. Loreto Corredoira y Alfonso & Lorenzo Cotino Hueso), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

TORRUELLA DEL VALLE, Juan R., *The Supreme Court and Puerto Rico: The Doctrine of Separate and Unequal*, Editorial Universidad de Puerto Rico, San Juan, 1985.

TRÍAS MONGE, José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Vol. III, Editorial Universitaria, Puerto Rico, 1980.

TRÍAS MONGE, José, *Puerto Rico: The Trials of the Oldest Colony in the World*, Yale University Press, New Haven, 1997.

TUNICK, MARK, *Texting, Suicide, and the Law, the Case Against Punishing Michelle Carter,* Routledge, Londres, 2019.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *La capacidad de la persona*, en DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, DERECHO DE LA PERSONA (coord. Francisco Blasco Gascó), 4ta ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

VAN DIJCK, José, *The culture of connectivity: a critical history of social media*, Oxford University Press, Reino Unido, 2013.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Derecho Civil de Puerto Rico*, Tomo I, Vol. 2, Ediciones Generales, S.A., Puerto Rico, 1972.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, *Los denominados derechos de la personalidad*, Año VI, Núm. 18, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, 1973.

VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul J., *La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba*, 27 Rev. Der. Priv. UEC 163 (2014).

VEERMAN, Philip E.*, The rights of the child and the changing image of childhood***,** Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1992.

VEGA VEGA, José A., *Derechos de las nuevas tecnologías: contratos electrónicos y protección a los consumidores*, Reus, Madrid, 2005.

VERHELLEN, Eugeen, *La Convención sobre los Derechos del Niño; Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales,* Garant, Amberes, 2002.

VILASAU SOLANA, Mónica*, El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)*, 18 REV. IDP. UOC (2014).

WALL, David S., *Cybercrime: the transformation of crime in the information age,* Polity Press, Cambridge, Reino Unido, 2007.

WALRAVE, Michel, VAN OUYTSEL, Joris, PONNET, Koen, TEMPLE, Jeff R. *Sharing and Caring? The Role of Social Media and Privacy in Sexting Behaviour,* en SEXTING: MOTIVES AND RISK IN ONLINE SEXUAL SELF-PRESENTATION (Michel Walrave et al. eds.), Palgrave Macmillan, Reino Unido, 2018.

WARREN, Samuel D. & BRANDEIS, Louis T., *The Right of Privacy,* Vol. IV, Harvard Law Review, 4 Harv. L. Rev. 193, Cambridge, Massachusetts (1890-1891).

WATERS, John K., *The Everything Guide to Social Media,* Adams Media, Massachusetts, 2010.

WATTS, Duncan J., *Six Degrees; the science of a connected age*, Norton, W. W. & Company, Inc., New York, 2004.

WHITTLE, Helen C., HAMILTON-GIACHRITSIS, Catherine E. & BEECH, Anthony R., *A Comparison of Victim and Offender Perspectives of Grooming and Sexual Abuse,* Vol. 36, Núm. 7 DEVIANT BEHAVIOR 539, University of Bath, Inglaterra (2015).

WOLFF, Larry*, Childhood and the Enlightenment: The Complications of Innocence*, en THE ROUTLEDGE HISTORY OF CHILDHOOD IN THE WESTERN WORLD (ed. Paula S. Fass), Routledge, Londres, 2012.

WOOD, Helen, *The Use of Password for Controlled Acess to Computer Resources,* Department of Commerce, National Bureau of Standards, Institute for Computer Sciences and Technology, Washington, D.C., 1977.

WOOLFOLK, Anita E., *Psicología educativa*, 9na ed., Prentice Hall, México, 2006.

YOO, Christopher S., *The Dynamic Internet: How Technology, Users, and Businesses are Transforming the Network,* American Enterprise Institute for Public Research, Washington, D.C., 2012.

YOUNG, Susan & AITEL, Dave, *The Hacker's Handbook: The Strategy Behind Breaking into and Defending Networks,* CRC Press/Taylor & Francis Group, Florida, 2003.

ZARINO, Elena, *Instagram for Business 2018: The Secret of Success,* Editorial Elabora, Roma, 2018.

Referencias de internet

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento*, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para los CentrosEducativos,* http://tudecideseninternet.es/aepd/images/guias/GuiaCentros/GuiaCentrosEducativos.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre la utilización por parte de profesores y alumnos de aplicaciones que almacenan datos en la nube con sistemas ajenos a las plataformas educativas* *https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=,+https://www.aepd.es/media/guias/guia-orientaciones-apps-datos-alumnos.pdf.&ie=UTF-8&oe=UTF-8*

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Sede Electrónica*, https://www.aepd.es/es.

ALESSANDRO BARATTA, *Democracia y derechos del niño,* en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, UNICEF-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Núm. 9 p. 17(eds. Mary Beloff, Andrea Benavente, Miguel Cillero, Nicolás Espejo, Francisco Estrada, Susana Falca Gimol Pinto), https://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justcia%20_y_derechos_9.

CAMILLE RYAN, *Computer and Internet Use in the United States: 2016 American Community Survey Reports,* United Stated Census Bureau, Issued ACS-39, August 2018, https://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2018/acs/ACS-39.pdf

CÉSAR REY HERNÁNDEZ & LUISA HERNÁNDEZ, *La Trata de Personas en Puerto Rico: Un reto a la invisibilidad*, http://rickymartinfoundation.org/images/rmf_spanish_final1.pdf.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Protección de Niños,* https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.

DEPARTAMENTO DE ASUNTOS DEL CONSUMIDOR DE PUERTO RICO, *DACO Safe Kids*, https://agencias.pr.gov/agencias/safekids/Pages/default.aspx.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, *Overview of the Privacy Act of 1974,* https://www.justice.gov/opcl/introduction.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE PUERTO RICO, *Ley de Transparencia y Procedimiento Expedito para el Acceso a la Información Pública,* http://www.justicia.pr.gov/secretarias-y-oficinas/ley-de-transparencia-y-procedimiento-expedito-para-el-acceso-a-la-informacion-publica/.

EGLANTYNE JEBB, *International Save the Children Alliance* (2008), https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/2475.

ENOUGH IS ENOUGH: INTERNET SAFETY 101, *Online Gaming: Introduction,* www.internetsafety101.org/onlinegaming.htm.

EUR-LEX - ACCESS TO EUROPEAN UNION LAW, *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l14012.

EUROSTAT STATISTIC EXPLAIN, *Archive: Internet Access And Use Statistics Households And Individuals*, (2018), https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Archive:Internet_access_and_use_statistics_-_households_and_individuals&oldid=379591#Internet_activity_by_age_group.

EUROSTAT STATISTIC EXPLAIN*, Internet Activity By Age Group* (2018), https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Internet_access_and_use_statistics_-_households_and_individuals#Internet_access.

FACEBOOK, *Condiciones del Servicio*, https://es-es.facebook.com/legal/terms.

FACEBOOK, *Cuentas Conmemorativas*, https://es-la.facebook.com/help/1506822589577997.

FACEBOOK, *Data Policy,* https://www.facebook.com/privacy/explanation/.

FACEBOOK, *Log into Facebook*, https://www.facebook.com/login/device-based/regular/login/?login_attempt=1&next=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fadpreferences%2Fad_settings%2F%3Fentry_product%3Daccount_settings_menu&lwv=100.

FACEBOOK, *¿Qué es un contacto de legado y qué acciones puede realizar con mi cuenta de Facebook?,* https://es-la.facebook.com/help/legacycontact.

FACEBOOK, *Seleccionar un contacto de legado,* https://es-es.facebook.com/help/991335594313139/?helpref=hc_fnav.

FACEBOOK, *Terms of Service,* https://www.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms

FACEBOOK, *Tus compromisos con Facebook y nuestra comunidad: Quién puede usar el Registro*, https://es-es.facebook.com/legal/terms

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Communications Assistance for Law Enforcement Act (Introduction) (Some Basic Information)* https://www.fcc.gov/public-safety-and-homeland-security/policy-and-licensing-division/general/communications-assistance.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Children' Online Protection Privacy Act*, https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule.

FERMÍN MORALES PRATS, *Pornografía Infantil e Internet* (Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet, organizadas por la Universitat Oberta de Catalunya y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona) (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), https://www.uoc.edu/in3/dt/20056/20056.pdf.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Reseña del Convenio,* www.assets.hcch.net.

HUMANIUM, *Declaración sobre los Derechos del Niño*, https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/.

INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGY FOR CHILDREN ONLINE*, Parental Control,* www.ictcoalition.eu.

INNOCENT LIFE FOUNDATION*, Gaming and Grooming: Connecting Through Gaming Sites,*
https://www.innocentlivesfoundation.org/gaming-and-grooming-how-minecraft-and-fortnite-could-be-dangerous/.

INSTAGRAM, *Condiciones de uso de Instagram,* https://es-la.facebook.com/help/instagram/478745558852511.

INSTITUTO DE ESTADÍSTICAS DE ESPAÑA (2016), *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares,* http://www.ine.es/prensa/np991.

INTERNATIONAL SAVE THE CHILDREN ALLIANCE ANNUAL REVIEW, *Children can't wait,*
https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/2475.

INTERPOL*, Connecting the Police for a Safer World*; www.interpol.int.

KRISTIN FINKLEA, *Congressional Research Service: Dark Web,* 7-5700 /R4410 (March 10, 2017), https://fas.org/sgp/crs/misc/R44101.pdf.

LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, *Preámbulo,* https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble.

LEXJURIS, PUERTO RICO, *Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (Versión en español),* http:// www.lexisjuris.com/lexuscon.htm.
MEGAN MEIER FOUNDATION, *We work to create a world where bullying and cyberbullying no longer exist*, www.meganmeierfoundation.com.

NATIONAL ARCHIVES (EN ESPAÑOL), *La Constitución de los Estados Unidos de América 1787: Tercera Enmienda,* https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html).
NOTICIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*, https://news.un.org/es/story/2015/10/1341401.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Acerca de la OEA: Quiénes somos,* http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp.

PAUL LAGARDE, *El Informe Explicativo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996,* https://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.

STATISTA GMBH, *Industria del juego,* https://es.statista.com/estadisticas/481369/jugadores-de-videojuegos-en-espana-por-edad-y-genero/.

STATISTA, GMBH, *Porcentaje de Usuarios de Redes Sociales durante la Cuarentena por Coronavirus en España en 2020, por edad (16 de diciembre de 2020),* https://Es.Statista.Com/Estadisticas/1119128/Covid-19-Usuarios-De-Redes-Sociales-en-el-confinamiento-por-edad-espana/.

THE UNITES STATES DEPARMENT OF JUSTICE, *Citizen's Guide to U.S. Federal Law on Child Pornography,* https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-pornography.

TOR PROJECT AND TOR NETWORK (THE ONION ROUTER), *TOR Overview*: https://www.torproject.org/about/overview.html.en#stayinganonymous.

TRUSTARC, INC., *Privacy Management,* https://www.trustarc.com/about/.

TWITTER, INC., *Contenido de los Servicios,* https://twitter.com/es/tos.

TWITTER, INC., *Impersonation,* https://support.twitter.com/articles/72692.

TWITTER, INC., *Política de Privacidad*, https://twitter.com/es/privacy.

TWITTER, INC., *Sus derechos y cesión de derechos sobre el contenido,* https://twitter.com/es/tos.

TWITTER, INC., *Términos del Servicio*, https://twitter.com/es/tos.

UNICEF, *Historia de los derechos del niño*, https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia.

UNITED NATIONS HUMANS RIGHTS, *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime,* (General Assembly Resolution 55/25 of 15 November 2000), https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolTraffickingInPersons.aspx.

WHATSAPP, INC., *Política de Privacidad,* https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy.

WHATSAPP, INC., *Quién proporciona tus servicios de Whatsapp,(European* Region), https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/who-is-providing-your-whatsapp-services.

WHATSAPP, INC., *Seguridad en WhatsApp,* https://www.whatsapp.com/security/.

RELACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CITADA

A. Jurisprudencia de España

1. Tribunal Constitucional

STC de 16 de marzo de 1981 (RTC 1981/6).

STC de 31 de enero de 1985 (RTC 1985/13).

STC de 17 de julio de 1986 (RTC 1986/104).

STC de 21 de enero de 1988 (RTC 1988/6).

STC de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231).

STC de 13 de noviembre de 1989 (RTC 1989/185).

STC de 14 de febrero de 1991, FJ 5 (RTC 1991/36).

STC de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991/197).

STC de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/254).

STC de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994/57).

STC de 11 de abril de 1994 (RTC 1994/99).

STC de 25 de abril de 1994 (RTC 1994/117).

STC de 9 de mayo de 1994 (RTC 1994/143).

STC de 19 de febrero de 1996 (RTC 1996/4)

STC de 13 de enero de 1998 (RTC 1998/11).

STC de 4 de mayo de 1998 (RTC 1999/94).

STC de 9 de mayo de 1999 (RTC 1999/143).

STC de 15 de julio de 1999 (RTC 1999/134).

STC de 22 de julio de 1999 (RTC 1999/144).

STC de 25 de octubre de 1999 (RTC 1999/187).

STC de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999/202).

STC de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 141).

STC de 27 de noviembre de 2000 (RTC 2000/282).

STC de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000/292).

STC de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001/81).

STC de 18 de junio de 2001 (RTC 2001/139).

STC de 2 de julio de 2001 (RTC 2001/156).

STC de 22 de abril de 2002 (RTC 2002/83).

STC de 28 de enero de 2003 (RTC 2003/14).

STC de 2 de junio de 2005 (RTC 2005/152).

STC de 7 de noviembre de 2005 (RTC 2005/278)

STC de 15 de abril de 2006 (RTC 2006/114).

STC de 5 de junio de 2006 (RTC 2006/174).

STC de 7 de noviembre de 2007 (2007/235).

STC de 26 de enero de 2009 (RTC 2009/29).

STC de 25 de junio de 2009 (RTC 2009/158).

STC de 27 de abril de 2010 (RTC 2010/23).

STC de 19 de julio de 2010 (RTC 2010/34).

STC de 4 de octubre de 2010 (RTC 2010/50).

STS de 16 de noviembre de 2009 (RJ 2010/177).

STC de 11 de abril de 2011 (RTC 2011/21).

STC de 7 de noviembre de 2011 (RTC 2011/173).

STC de 7 de octubre de 2013 (RTC 2013/170).

STC de 16 de diciembre de 2013 (RTC 2013/208).

STC de 28 de mayo de 2014 (RTC 2014/79).

STC de 13 de abril de 2015 (RTC 2015/65).

2. Tribunal Supremo

STS de 6 de diciembre de 1912, Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, Núm. 95 (Caso conocido popularmente como el caso de Fulgencio Novelda).

STS de 14 de marzo de 1978 (RJ 1978/815).

STS de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979/919).

STS de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409).

STS de 10 de marzo de1983 (RJ 1983/1469).

STS de 9 de marzo de 1989 (RJ 1989/2030).

STS de 22 de enero de 1991 (RJ 1991/304).

STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108).

STS de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/4434).

STS de 7 de enero de 1992 (RJ 1992/149).

STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10565).

STS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478).

STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5272).

STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223).

STS de 22 de enero de 1999 (RJ 1999/403).

STS de 21 de enero de 2000 (RJ 2000/113).

STS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1520).

STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/154).

STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003/4312).

STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4969).

STS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008/4494).

STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/282).

STS de 16 de noviembre de 2009 (RJ 2010/177).

STS de 1 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1172).

STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/928).

STS de 14 de julio de 2014 (RJ 2014/4529).

STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015/47).

STS de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5809).

STS de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/15).

STS de 11 de abril de 2018 (RJ 2018/1385).

STS de 24 de julio de 2019 (RJ 2019/2572).

3. Audiencias Provinciales

SAP de Madrid (Sección 14ª) de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/49305).

SAP de Valencia (Sección 5ª) de 10 de septiembre 2009 (JUR 2009/3771).

SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 19 de enero de 2012 (JUR 2012/92111).

B. Jurisprudencia de Puerto Rico

1. Tribunal Supremo

Llopart v. Mesorana, 49 DPR 250 (1935).

Cruz v. Rivera, 73 DPR 682 (1952).

Álvarez v. Irizarry, 80 DPR 63 (1957).

Dávila v. Superintendente de Elecciones, 82 DPR 264 (1960).

Del Valle Ríos v. González, 94 DPR 463 (1967).

Aponte v. Lugo, 100 DPR 282 (1971).

Cortés Portalatín v. Hau Colón, 103 DPR 734 (1975).

E.L.A. v. Hermandad de Empleados Telefónicos, 104 DPR 436 (1975).

Torres Silva v. El Mundo, 106 DPR 415 (1977).

Zequeira Blanco v. El Mundo, 106 DPR 432 (1977).

Nuldeman v. Ferrer Bolívar, 107 DPR 495 (1978).

García Cruz v. El Mundo, 108 DPR 174 (1978).

Sein v. Torres, 109 DPR 804 (1980).

Soto v. Secretario de Justicia, 112 DPR 477 (1982).

Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573 (1982).

E.L.A. v. Puerto Rico Telephone Company, 114 DPR 394 (1983).

Oliveras v. Paniagua Diez, 115 DPR 257 (1984).

Gananciales v. López Cintrón, 116 DPR 112 (1985).

Pueblo v. Falú, 116 DPR 828 (1986).

Arroyo v. Rattan Specialties, 117 DPR 35 (1986).

Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc., 117 DPR 153 (1986).

López Vives v. Policía de P.R., 118 DPR 219 (1987).

Noriega v. Gobernador Rafael Hernández Colón, 122 DPR 650 (1988).

Rodríguez Mejías v. E.L.A. 122 DPR 832 (1988).

In re López Olmedo, 125 DPR 265 (1990).

Villanueva v. Hernández Class, 128 DPR 618 (1991).

Velázquez v. Autoridad Metropolitana de Autobuses, 131 DPR 568 (1992).

Rodríguez v. Departamentos de Servicios Sociales, 132 DPR 617 (1993).

Pueblo v. Canino Ortiz, 134 DPR 796 (1993).

Garib Bazain v. Clavell, 135 DPR 475 (1994).

Ojeda v. Vocero, 137 DPR 315 (1994).

Soto Cabral v. E.L.A., 138 DPR 298 (1995).

Pueblo v. Chévere, 139 DPR 1 (1995).

Bonilla Medina v. Partido Nuevo Progresista, 140 DPR 294 (1996).

Laureano Pérez v. Soto, 141 DPR 77 (1996).

Fernández Sánchez v. Fernández Rodríguez, 142 DPR 275 (1997).

Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P.R., 145 DPR. 178 (1998).

Disidente Universal v. Departamento de Estado, 145 DPR 689 (1998).

Pérez v. El Vocero de Puerto Rico, 149 DPR 427 (1999).

Angueira Navarro v. Junta de Libertad Bajo Palabra, 150 DPR 10 (2000).

Amador Parrilla v. Concilio Iglesia Universal de Jesucristo, 150 DPR 571 (2000).

Empresas Puertorriqueñas v. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos, 150 DPR 924 (2000).

Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000).

Cidra v. Future Developers and Contractors, Inc., 152 DPR 54, 66 (2000).

Trinidad v. Chade, 153 DPR 280 (2001).

Aponte Burgos v. Aponte Silva, 154 DPR 117 (2001).

López v. Porrata Doria, 156 DPR 503 (2002).

Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico, 156 DPR 584 (2002).

Baba et al. v. González et al., 157 DPR 636 (2002).

Rexach v. Ramírez, 162 DPR 130 (2004).

López Rivera v. E.L.A., 165 DPR 280 (2005).

Gil v. Marini, 167 DPR 553 (2006).

López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006).

Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's, 173 DPR 254 (2008).

Álvareztorre Muñiz v. Sorani Jiménez, 175 DPR 398 (2009).

Colón, Ramírez v. Televicentro de Puerto Rico, 175 DPR 690 (2009).

González Hernández v. González Hernández, 181 DPR 746 (2011).

Coop. Sabaneña v. Casiano Rivera, 184 DPR 169 (2011).

Bonilla Ramos v. Dávila Medina, 185 DPR 667 (2012).

A.A.R., Ex Parte, Peticionaria, 187 DPR 835 (2013).

Siaca v. Bahía Beach Resort, 194 DPR 559 (2016).

Ex parte Overseas Press Club de Puerto Rico, 2021 TSPR 62, de 6 de mayo de 2021.

Kilómetro 0, Inc. V. Pesquera López, 2021 TSPR 72, de 28 de mayo 2021.

2. Tribunal de Apelaciones

Fonseca Aponte v. Arrieta, KLCE 1998-9800054 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 16 de octubre 1998).

Coriano Castro v. Cruz Benabé, KLAN 2000-9900636 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 11 de mayo 2000).

Marcano v. Ramos, Santarrosa, KLAN 2001-0001248 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 29 de junio de 2001).

Rivié Delgado v. Boutet Thatcher Lamastus, KLAN 2004-200000190 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 13 de enero de 2004).

Monsegur Roche y otros v. Franqui Sánchez y otros, KLCE 2011-00284 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 13 de mayo de 2011).

Vélez Fournier v. Aponte, KLCE 2012-201101394 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 22 de febrero de 2012)

Banco Popular v. Lam Ortiz, KLAN 2012-00307 (Sentencia del Tribunal Apelaciones de 31 de mayo de 2012).

Sea World, Inc. v. Peche de Puerto Rico, Inc., KLAN 2012-01046 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 8 de agosto de 2012).

López Mulero v. Sánchez Rodríguez, KLAN 2013-00260 (Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 28 de junio de 2013).

Producciones Alfonso Sanabria, Inc. v. Rosa Santiago y Maritza Rivera, KLCE 2013-00946 (STA de 19 de septiembre de 2013).

C. Jurisprudencia de Estados Unidos

1. Tribunal Supremo

Ex Parte Jackson, 96 US 727, 733 (1877).

Downes v. Bidwell , 182 US 244 (1901)

Balzac v. Porto Rico, 258 US 298 (1922).

Olmstead v. United States, 277 US 438, 478 (1928).

Stromberg v. California, 283 US 359 (1931).

Lovell v. City of Griffin, 303 US 444 (1938).

Goldman v. Estados Unidos, 316 US 129 (1942).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943).

NAACP v. Alabama, 357 US 449 (1958).

Speiser v. Randall, 357 US 513, 526 (1958).

Talley v. California, 362 US 60, 65 (1960)

Bates v. Little Rock, 361 US 516 (1960);

Silverman v. Estados Unidos, 365 US 505 (1961)

Poe v. Ullman, 367 US 497 (1961).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964).

Griswold v. Conneticut, 381 US 479 (1965).

Katz v. United States, 389 US 347 (1967).

Ginsberg v. New York, 390 US 629 (1968).

Duncan v. Louisiana, 391 US 145 (1968).

Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 US 503 (1969).

Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).

San Antonio School District et al. v. Rodríguez et. al., 411 US 1 (1973).

Miller v. California, 413 US 15 (1973).

Gertz v. Robert Welch, 418 US 323 (1974).

Mt. Healthy City Board of Ed. v. Doyle, 429 US 274 (1976).

FCC v. Pacifica Foundation, 438 US 726 (1978).

Smith v. Maryland, 442 US 735 (1979).

Board of Education v. Pico, 457 US 853 (1982).

New York v. Ferber, 458 US 747 (1982).

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico 478 US 328 (1986).

Sable Communications de California v. Federal Communications Commission, 492 US 115 (1989).

R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377 (1992).

Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833 (1992).

Caribbean International News Corp. v. Puerto Rico, 508 US 147 (1993).

McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 US 334 (1995).

Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844 (1997).

Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 US 564 (2002).

Watchtower Bible & Tract Soc. of N. Y., Inc. v. Village of Stratton, 536 US 150 (2002).

Commonwealth of Puerto Rico v. Sánchez Valle, et al., 579 U.S. ___ (2016).

2. Tribunal de Apelaciones

Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 202 F. 2d 866 (2d Cir.1953).

Petrus v. Bowen, 833 F.2d 581, 582-83 (5th Cir. 1987).

Connelly v. Comptroller of the Currency, 876 F.2d 1209, 1215 (5th Cir. 1989)

Allison v. Vintage Sports Plaques, 136 F. 3d 1443 (11th Cir. 1998).

Dittman v. California, 191 F.3d 1020, 1026, 1029 (9th Cir. 1999).

Pérez-Santos v. Málave, 23 F. App'x 11, 12 (1st Cir. 2001);

Chimarev v. TD Waterhouse Investor Servs., 99 F. App'x 259, 261 (2d Cir. 2004).

Schmitt v. City of Detroit, 395 F.3d 327, 331 (6th Cir. 2005);

Pennyfeather v. Tessler, 431 F.3d 54, 55 (2d. Cir. 2005);

Martínez v. BOP, 444 F.3d 620, 624 (D.C. Cir. 2006);

United States v. Forrester, 512 F.3d 500 (9th Cir. 2007).

Doe v. MySpace, Inc., 528 F. 3d 413 (5to. Cir. 2008).

Spurlock v. Ashley County, 281 F. App'x 628, 629 (8th Cir. 2008)

Flores v. Fox, 394 F. App'x 170, 172 (5th Cir. 2010)

Jones v. Luis, 372 F. App'x 967, 969 (11th Cir. 2010)

United States v. Warshak, et al., 631 F.3d 266 (6th Cir. 2010).

KGV Easy Leasing Corp. v. Leavitt, 413 F. App'x 966, 968 (9th Cir. 2011)

N'Jai v. Pittsburgh Bd. of Public Educ., 487 F. App'x 735, 737 (3d Cir. 2012);

Johnson v. Mel Foster Co. Ins., 475 F. App'x 640, 640 (8th Cir. 2012)

Kates v. King, 487 F. App'x 704, 706 (3d Cir. 2012)

Probert v. Kalamarides, 528 F. App'x 741, 742 (9th Cir. 2013)

B.L. v. Mahanoy Area School District, No. 19-1842 (3d Cir. 2020).

3. Cortes de Distritos

Ali v. Playgirl, Inc. 447 F. Supp. 723 (S. D. New York, 1978).

Diamond v. FBI, 532 F. Supp. 216, 219 (S.D.N.Y. 1981).

Jarrell v. Tisch, 656 F. Supp. 237, 238 (D.D.C. 1987);

Gierbolini Rosa v. Banco Popular, 930 F. Supp. 712 (S. D. Puerto Rico, 1996).

U.S. v. American Popcorn Co., Civil Núm. 02-CV-4008 (N.D., Iowa, radicado el 14 de febrero de 2002).

U.S. v. Xanga.com, Inc., Civil Núm. 06-CIV-6853 (Distrito Sur, Nueva York, radicado el 7 de septiembre de 2006).

Doe v. MySpace, Inc., 474 F. Supp. 2d 843 (W.D. Tex. 2007).

Moreno v. Hanford Sentinel, 172 Cal. App . 4th 1125 (2009).

Crispin v. Christian Audigier, Inc., 17 F.Supp.2d 965 (C.D. Cal. 2010).

Convertino v. United States of Department of Justice,769 F. Supp. 2d 139 (D.D.C. 2011).

Commonwealth v. Carter, No. 15YO0001NE (Mass. Juv. Ct. June 16, 2017).

United States of America (en representación de la Federal Trade Commission) v. Musical.ly, a corporation; and Musical.ly, Inc., Civil Núm 172 3004, Distrito Central de California, radicado el 27 de febrero de 2019.

D. Otros Tribunales

1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Handside v. Reino Unido, STEDH de 7 de diciembre de 1976.

Hertel v. Switzerland, STEDH de 25 de agosto de 1998.

Lindon, Otchakovsky-Laurens y July v. Francia, STEDH de 22 de octubre de 2007.

2. *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Göta Hovrätt-(Suecia) v. Bodil Lindqvist, TJCE de 6 de noviembre de 2003 (C-101/01).

3. *Comisión Interamericana de los Derechos Humanos*

Illagrán Morales v. Guatemala, Sentencia de la CIDH, de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 185.

Bulacio v. Argentina, Sentencia de la CIDH, de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafos 126 y 134.

Gelman v. Uruguay, Sentencia de la CIDH, de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 129.

4. *Court of King's Bench - England*

Peter Semayne v. Richard Gresham, 77 Eng. Rep. 194, 195 (1604).

RESUMEN

Esta Tesis sustenta el argumento que sostiene que las alternativas de la autorregulación y la autodeterminación de información son medidas insuficientes en el entorno de aquel menor de edad que no goza de madurez suficiente en lo concerniente a la sociedad de la red informática, a menos que sus progenitores o tutores cumplan diligentemente con el deber de educación y vigilancia que le imponen la patria potestad y la tutela en vías de empoderarlo en el ejercicio de su autonomía progresiva en las comunidades virtuales. Estos deberes obligan a los progenitores y tutores a educarse en lo concerniente a las tecnologías informáticas y no arrogarse los derechos de la personalidad del menor de edad a cargo al exponerlo en las esferas públicas de las redes sociales.

Se analiza el andamiaje legal que protege a los menores de edad no emancipados en su devenir en la red informática en el contexto jurídico y metodológico del Derecho Comparado entre España y Puerto Rico. Asimismo, se indaga sobre la jurisprudencia, directivas, convenios y tratados promulgados por la Unión Europea que disponen protecciones a los derechos de la personalidad del menor y a la protección de sus datos de carácter personal en los cuales España haya sido signataria como Estado miembro. De la misma manera, se inquiere sobre la jurisprudencia, leyes federales y tratados internacionales que atienden protecciones similares en Puerto Rico y Estados Unidos.

Esta Tesis está estructurada en cinco capítulos medulares con sus respectivos subtemas y acápites. Estos capítulos principales abordan y exploran asuntos relacionados al reconocimiento de la ciudadanía digital del menor en el régimen jurídico; la autonomía progresiva del menor de edad y su aplicación en las redes sociales; la tutela de algunos derechos de la personalidad del menor no emancipado en la red informática; y los deberes de los progenitores y los tutores ante las nuevas tecnologías informáticas. Cada capítulo evidencia la obligatoriedad que tienen los progenitores y tutores de proteger y empoderar a sus hijos, hijas o tutelados y tuteladas para que puedan desplazarse en el ciberespacio sin sufrir aquellos embates que puedan causarles personas transgresoras de sus derechos fundamentales.

ABSTRACT

This Thesis argues that the alternatives of self-regulation and self-determination of information are insufficient measures in the environment of the minor that does not enjoy sufficient maturity in relation to the computer network society, unless their parents or guardians diligently comply with the duty of education and vigilance imposed by parental authority and guardianship in order to empower them in the exercise of their progressive autonomy in virtual communities. These duties require parents and guardians to educate themselves in regards to computer technologies and to not assume the rights of the personality of the minor when exposing them to the public spheres of social networks.

The legal framework that protects unemancipated minors as they engage with the computer network is analyzed in the legal and methodological context of Comparative Law between Spain and Puerto Rico. At the same time, it inquires the jurisprudence, directives, agreements and treaties promulgated by the European Union that offer protections of the rights of minor's personality and their personal data, in which Spain has been a signatory as a State. Lastly, it examines the jurisprudence, federal laws, and international treaties that address similar protections in Puerto Rico and the United States.

This Thesis is structured in five chapters that include their own subtopics and sections. These chapters address and explore issues related to the recognition of the minor's digital citizenship in the legal regime; the progressive autonomy of the minor and its application in social networks; the protection of some rights of the personality of the unemancipated minor in the computer network; and the duties of parents and guardians in the face of new computer technologies. Each chapter evidences the obligation of parents and guardians to protect and empower their children or ward, so that they can travel through cyberspace without suffering the attacks of people whose intention is to transgress their fundamental rights.