

## SHARENTING Y DERECHOS DE LA NIÑEZ EN ECUADOR

### SHARENTING AND THE RIGHTS OF THE CHILD IN ECUADOR

### SHARENTING E DIREITOS DA CRIANÇA NO EQUADOR

*Rosana Granja\**

Recibido: 03/09/2019

Aprobado: 03/11/2019

#### Resumen

En los dos primeros capítulos, este trabajo busca demostrar que los progenitores no deberían publicar fotografías de sus hijos-as en Facebook o Instagram por dos razones: a) constituye un ejercicio omnímodo de la patria potestad, propio de épocas en que los niños y niñas eran objeto de protección jurídica; y b) lesiona el interés superior, planteado en la Convención de Derechos del Niño como un límite a las decisiones sobre niñez que afecta a la patria potestad. Sin perjuicio de lo anterior, el capítulo final reconoce que, si bien esta conducta de los progenitores es lesiva, sería imposible de prohibir; y plantea formas, aplicables en el Ecuador, en que la sobreexposición y vulneración de los derechos de la niñez resulte atenuada.

**Palabras clave:** Redes sociales; Interés superior; Facebook; Instagram; Intimidad; Datos personales; Patria potestad; *Sharenting*.

#### Summary

This article explores, in its first two chapters, the idea that parents shouldn't upload photographs of their children on Facebook or Instagram. This is done based on two premises. The first one addresses it from the point of view of an absolute right of parents vis a vis their children, an idea based on the old conception of children as objects. The second one is based on the violation of the best interest of the child, a cornerstone of the Convention on the Rights of the Child and a limit to the exercise of parental custody. It is

recognized that this parental behavior, even if it is harmful, could not be prohibited. To face this conundrum, the final chapter proposes some mechanisms to mitigate the effects of overexposure and violation of the rights of children in the Ecuadorian context.

**Key words:** Social Media; Intimacy; Personal data; Best interest of the child; Custody; *Sharenting*.

#### Resumo

Nos primeiros capítulos, este trabalho busca demonstrar que os progenitores não deveriam publicar fotografias de seus filhos no Facebook ou Instagram por duas razões básicas: a) constitui um exercício ilimitado da pátria potestade, próprio de épocas em que as crianças eram objetos de proteção jurídica; e b) lesiona o interesse superior das crianças, planteado na Convenção de direitos da criança como um limite às decisões sobre as crianças que por óbvias razões afetam a pátria potestade. Sem prejuízo do anterior, o capítulo final, por sua parte reconhece que, mesmo sendo lesiva esta conduta dos progenitores, é impossível proibi-la, razão pelo qual, se planteia formas em que a sobre exposição e vulneração dos direitos da criança seja atenuada e que sejam aplicadas no Equador.

**Palavras chave:** Redes sociais; Interesse superior; Facebook; Instagram; Intimidade; Dados pessoais; Pátria potestade; *Sharenting*.

\* Profesora titular de la Cátedra Familias de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho Ambiental Internacional por la Universidad Central del Ecuador y Magister en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Correo electrónico: rosana.granja@udla.edu.ec

## INTRODUCCIÓN

Podríamos iniciar con la afirmación de que, la mayor parte de la población mayor a 30 años tiene un álbum fotográfico “físico” que fue elaborado por sus padres o abuelos y documenta momentos que les causaron gracia u orgullo personal.

Cuando dichas fotos se mostraban a extraños en reuniones sociales, los retratados seguramente experimentaron por lo menos una vez sentimientos de vergüenza; de forma que decidieron presentar queja formal al padre, madre o abuela para que retire la fotografía objeto de bochorno, o quizás simplemente impidieron que el álbum fotográfico llegara a mostrarse en próximas oportunidades.

El internet y las redes sociales han cambiado la forma de construir y mostrar los álbumes familiares. Quizás aún exista algún conservador que por gusto mantenga álbumes físicos y los muestre a grupos selectos; pero, ahora, las personas guardan sus recuerdos fotográficos en un dispositivo móvil, en la nube o en los álbumes de las redes sociales como Facebook e Instagram, los mismos que son imposibles de eliminar pese a los filtros de privacidad e incluso pese a las técnicas de eliminación. Como consecuencia, se sacrifican derechos humanos tan básicos como la intimidad, el honor, la imagen y datos personales de los niños y niñas. Este es el tema sobre el que se reflexiona en el presente trabajo.

Los progenitores utilizan las redes sociales para compartir imágenes de su prole como otrora lo hicieron sus padres y madres -desde su perspectiva-, con la diferencia de que este álbum digital será imposible de ocultar, porque el internet es un espacio que nunca olvida.

Cuando crezcan, estos adolescentes o adultos quedarán condenados a vivir con estas imágenes, por muy vergonzosas o íntimas que les parezcan y, como consecuencia, con la vulneración constante de su derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a los datos personales. Conscientes de esta realidad, varios

adolescentes ya han ejercido acciones contra sus progenitores por afectaciones a su derecho a la intimidad y honra.

En el año 2016, la joven austriaca C. presentó una demanda contra sus padres, porque compartieron fotografías personales en redes sociales sin consultarle, así también el canadiense D. R, de 13 años, quien se quejó contra sus progenitores por colgar imágenes que, a su criterio, dañaban su reputación.

Desde el contenido de los derechos humanos, la jurisprudencia colombiana y la española encontraron que las publicaciones producían afectaciones negativas a la honra, intimidad, imagen y datos personales de los niños y niñas, pero no calificó si el comportamiento de los progenitores era un ejercicio abusivo de la patria potestad, que es precisamente el aporte del presente trabajo.

Como antecedente, en el primer acápite se cuestiona si la transición de objeto a sujeto de los niños y niñas en los distintos sistemas de protección supuso un cambio en el comportamiento de la patria potestad. Comprender el papel de los progenitores en el sistema de protección contemporáneo determinará la posición que deben tomar respecto a sus publicaciones de fotografías en redes sociales.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño estableció que el límite de la patria potestad es el interés superior, pero no llegó a definirlo; y, así, produjo una serie de interpretaciones discrecionales. En ese marco, en el segundo acápite se usa estándares de la jurisprudencia comparada para analizar si el comportamiento digital de los progenitores sería compatible con el interés superior de los niños.

Finalmente, en el tercer acápite, se reconoce que, en la sociedad de la información, una prohibición de comunicar es imposible. Por esta razón, se analizan las formas de protección ideadas por la jurisprudencia española, con miras a aplicarlas en el Ecuador.

## LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERMINABLE CAMINO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DE OBJETOS A SUJETOS

En el derecho romano arcaico, los niños-as estaban sometidos a la voluntad del *pater*, quien podía controlar sus cuerpos y voluntad, someterlos al abandono, la venta e inclusive la decisión sobre la vida y la muerte denominada *ius vitae et necis* (Vázquez-Pastor 2013, 1812).

El paso del tiempo, junto con el ensanchamiento del aparato estatal y la incursión de la Iglesia, atenuaron las facultades del *pater* en una visión denominada “paternalista” por Vázquez-Pastor Jiménez (2013), y como “proteccionismo tradicional” por Campoy (2013), que fundamentalmente consideraba a los niños y niñas como objetos de protección jurídica a merced de la decisión de los progenitores.

En este modelo, los infantes eran seres inocentes, indefensos e incapaces de gobernarse hasta la mayoría de edad, de forma que fuera el padre –inicialmente, y no la madre- quien tomara las decisiones, si bien ya no sobre su muerte, sí sobre asuntos trascendentales como la restricción de libertad al ingresarles en centros correccionales con la sola justificación de mal comportamiento<sup>1</sup>. Por su naturaleza, el proteccionismo tradicional trajo consigo la creencia *iuris tantum* de que los progenitores actúan motivados por el bienestar de los hijos-as, de ahí que era propio prescindir de las opiniones, deseos y manifestaciones de la prole.

Los movimientos sociales y políticos de los años 70 protestaron en favor de la niñez y, como resultado, lograron la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, donde se impuso un nuevo modelo de protección denominado por Campoy (2013) como “proteccionismo renovado”. Dos cuestiones caracterizaron a este sistema: a) los niños y niñas se considerarían sujetos de derecho desde su nacimiento; b) los progenitores serían vigilantes de la ejecución de los derechos y, por lo tanto, representantes de la niñez,

pero solo hasta que la edad o madurez<sup>2</sup> de sus hijos les exoneren de esta responsabilidad y siempre con el limitante del interés superior.

El problema en la práctica fue que el comportamiento de los progenitores se mantuvo igual que en el proteccionismo tradicional: toda decisión tomada fue pensada para el beneficio paternal o familiar por encima de aquel de la prole. Véase, por ejemplo, que la selección de escuelas y colegios responde a la libertad religiosa de los progenitores y no al propio pensamiento del estudiante, quien resulta más bien sometido. Este fenómeno ocurría antes en todas las esferas, y sucede hoy en el manejo de redes sociales.

Para Caro (2012), las redes sociales exaltan el narcisismo del titular, porque le permiten construir un “yo” a partir de sus conveniencias y, sobre todo, desde las reacciones que provoquen en el otro. Los usuarios publican fotografías en espera de una retroalimentación de sus seguidores. De ahí podría concluirse que un progenitor cuelga una foto de su hijo-a en la red social no para promover el derecho de su prole a mantener nexos familiares o cercanos en la red, sino para alimentar su propio narcisismo y construir un “yo”.

El mundo del deporte infantil constituye un gran marco de observación de estos casos, pues los progenitores cuelgan fotografías de las competencias en que sus hijos-as obtuvieron primeros lugares, no así del resto donde no hubo resultados positivos, y así exaltan el carácter narcisista de la publicación. Por lo tanto, difícilmente se puede sostener que la publicación de fotos en Facebook reporte algún beneficio para los niños.

Por otra parte, las tecnologías de la comunicación e información (Tics) dieron lugar a un nuevo tipo de identidad que se conoce como digital. Cada vez que una persona navega en internet o hace uso de las redes

1 Efectivamente, según el art. 234 del Código Civil ecuatoriano de 1860, la patria potestad la ejercía nada más el padre, quien conforme el art. 227 del mismo texto legal, podía imponer no solo castigos físicos sino también el encerramiento.

2 El Comité de Derechos del Niño define la madurez como “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”. Observación General N.º 12. CRC/C/GC/12 de 20-VII-2009.

sociales deja un rastro digital de información que, disperso, no expresa nada; pero, unificado -por los motores de búsqueda y empresas encargadas de bases de datos-, deriva en una identidad digital tan específica que puede develar información sensible que quizás el propio usuario quisiera alejar del conocimiento público, como las preferencias sexuales. De nada sirve colocar privacidad e inclusive cerrar una red social, porque la información permanece guardada para un posible uso futuro.

Cuando los progenitores comparten información contribuyen en la creación tanto de su propia identidad digital como la de sus hijos e hijas, sin saber si ellos estuvieran conformes con esta sobreexposición de

información o con la forma en que es presentada, sobre todo porque no se molestan en consultarles; o, por su corta edad, no es posible hacerlo.

En su sentencia, la Corte Constitucional Colombiana señaló que el futuro de los niños peligrará con las publicaciones en la red social; pues, cuando ellos tengan plena capacidad de decisión y busquen el ingreso en la web 2.0, se encontrarán con información íntima suya compartida con amigos que no escogieron, y de forma distinta a cómo habrían querido presentarla<sup>3</sup>. En tal virtud, lejos de ser benéfico al derecho de los niños, dichas publicaciones les reportan un daño en el interés superior, y particularmente en sus derechos de honor, intimidad y datos personales.

## EL INTERÉS SUPERIOR EN EL RÉGIMEN DE LAS TICS

El *sharenting* (la exposición de datos personales de los niños, niñas y adolescentes en las redes sociales de sus progenitores) inicialmente parecía inofensivo, pero el paso del tiempo reveló varios problemas derivados de él, como la pornografía infantil, el *grooming*<sup>4</sup>, y el abusivo ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores. Los padres publican imágenes de sus hijos e hijas motivados por fines propios como el narcisismo y la construcción de una identidad digital personal y, de esta manera, contradicen el rol de representantes y garantes de los derechos de la niñez establecidos por el proteccionismo renovado y quizás en flagrante alteración del “interés superior”.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>5</sup>, y posteriormente la Convención Internacional para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>6</sup>, colocaron al interés superior del niño en sus textos, no como un concepto complejo, sino como una forma de expresar que Estados y particulares deberían actuar con miras a obtener “el bien” o lo que mejor convenga a la niñez.

Solo a partir de la Convención de los Derechos del Niño (1990) y las Observaciones Generales, el interés superior resulta aplicable tanto para el Estado y demás autoridades como para los progenitores, y adquiere una triple dimensión: a) derecho sustantivo<sup>7</sup>; b) norma de procedimiento<sup>8</sup> y c) principio jurídico interpretativo fundamental para resolver conflictos entre personas bienes e intereses<sup>9</sup>. El problema con el interés superior es la subjetividad y discrecionalidad de quien

3 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.

4 Según Patricia Santisteban, el grooming es un “proceso en el cual un adulto se gana la confianza de un menor con el objetivo de obtener algún tipo de contacto sexual”. Patricia Santisteban y Manuel Gamez-Guadiz (2017). “Estrategias de persuasión”, en *Grooming online de Menores: Un análisis cualitativo con agresores en prisión*. Ebook. Madrid. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso). Accedido el 22-VIII-2019.

5 Véase el principio dos.

6 Véanse los artículos 5. B y 16.1b.

7 Significa que es un derecho de los niños y puede reclamarse en cada caso concreto. Ver párr. 1 y 6 de la Observación General N.º 14. *Observaciones generales del Comité de los derechos del niño*. n.d. México: Unicef.

8 Se refiere a que cada Estado tendrá que contar con profesionales calificados y especializados que motiven detalladamente sus decisiones con una explicación de cómo han utilizado el interés superior y porqué es aplicable al caso. Ver observación General N.º 14. *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*. n. d. México: Unicef.

9 En este sentido, cuando surge duda respecto a qué derecho debe ser aplicable, tras analizar el caso, debería preferirse el derecho del niño por encima de cualquier otro. Véase párr. 6 de la Observación General N.º 14. *Observaciones generales del comité de los derechos del niño*. n.d. México: Unicef.

lo aplica, porque lo hace conforme a su propia experiencia. En el caso *Atala Rifo y Niñas vs. Chile*, por ejemplo, el juzgado de primera instancia consideró que el interés superior de las niñas resultaba vulnerado al convivir en una familia homosexual; aunque esta determinación no fue tomada en cuenta por la mayor parte de sentencias que sobrevinieron y reinterpretaron el interés superior<sup>10</sup>.

Para disminuir la discrecionalidad del legislador y del juzgador, la Observación General N.º 14 propone una lista flexible<sup>11</sup> de elementos que las autoridades de los países miembros podrían tener en consideración al momento de hacer uso del interés superior, pero que no resultan aplicables para los progenitores; porque, después de todo, ellos toman decisiones apegados a sus creencias, sin aceptar cuestionamiento alguno sobre la paternidad.

Precisamente por tal motivo, la jurisprudencia española y la colombiana han expresado que los padres respetan el interés superior de sus hijos-as cuando: a) analizan las consecuencias de las decisiones sobre el futuro de sus niños (STS de 31-VII-2009), b) actúan con respeto a la integridad física, psicológica y sexual (STS de 24-IV-2000), c) respetan la personalidad del hijo, que implica tener en cuenta su “peculiar individualidad” (STS de 9-VII-2002)<sup>12</sup>, y, d) escuchan e incorporan las ideas de sus hijos e hijas en la toma de decisiones (Corte Constitucional Colombiana T-260-12).

Si tomamos cada uno de los postulados dados en las líneas antedichas y lo confrontamos con el *sharenting*, quizás concluyamos que el interés superior resulta sacrificado por quienes están llamados a protegerlo de forma prioritaria.

Si se tiene en cuenta el respeto al futuro de la niñez, es claro que el desconocimiento de los progenitores sobre los riesgos de las redes sociales y el internet les torna incapaces de analizar las consecuencias a futuro.

Cuando comparten imágenes de sus hijos, los progenitores cuelgan información que, desde su perspectiva, resulta inofensiva; por ejemplo, la primera ecografía<sup>13</sup> e inclusive el entrenamiento sanitario. Sin embargo, nadie puede predecir las preferencias de intimidad de información que los niños tengan cuando lleguen a la edad adulta, especialmente si se tiene en cuenta que las fotos constituyen parte de la vida privada de las personas y difundirlas públicamente es su derecho.

Aunque los progenitores apliquen filtros de privacidad, o borren alguna fotografía de sus hijos e hijas de la web, cada imagen o dato permanece disponible en la memoria y el caché, al alcance del público en general; de ahí que el futuro adulto-a podría sufrir una vida sometida a la vulneración constante de sus derechos de intimidad, honor y datos personales.

De otro lado, como ya lo señaló la Corte Constitucional Colombiana, la identidad digital de los niños sería construida desde la percepción de un tercero, y se pondría en riesgo la forma de presentación deseada por el titular<sup>14</sup>.

La integridad física, psicológica y sexual se halla en riesgo si tenemos en cuenta que las publicaciones permiten ubicar a los niños, niñas y adolescentes en tiempo real e identificar sus actividades cotidianas, porque se realizan sin ningún tipo de filtro de seguridad. El *grooming* y la pornografía infantil son algunas de las consecuencias nocivas de este comportamiento.

10 Caso *Atala Rifo y Niñas vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 24-II-2012, disponible en la dirección web: <https://www.refworld.org/docid/57f76e8314.html> [Consult. el 17-VIII-2019]

11 Estos elementos incluyen la: a) Evaluación del interés superior del niño en cada caso concreto, que comprende al análisis de todos los elementos del caso, y, b) Determinación del interés superior en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. En este caso se propone que los niños tengan acceso a un debido proceso que les permita participar, contar con asistencia especializada e imparcial, reducidos en el tiempo, porque, entre mayor sea el tiempo de reclamo, más se ahondará la vulneración del derecho. Farith, Simon (2014). *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ed. Iuris Dictio.

12 La exposición de motivos de la ley 11/1981 referente al tema, decía: “la reforma ha erigido en principio básico el respeto a la personalidad del hijo no solo objeto de cuidados, sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y la educación que haya de recibir”.

13 Según el informe *Digital Birth: Welcome to the Online World*, elaborado por AVG TECHNOLOGIES, la cuarta parte de niños del mundo tiene presencia en internet antes de nacer. Garriga, Ana. 2016. *Nuevos retos para la protección de datos en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.

14 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.

Por otra parte, este comportamiento transmite a los niños y niñas la idea de que la intimidad es irrelevante; que, a futuro, puede promover la relativización de la intimidad y, como consecuencia, la sobreexposición de los adolescentes.

El diario *La Vanguardia* publicó la historia de una madre que había descubierto varias fotos suyas en la red social de su hija a la vista de 353 de sus amigos. Y resultó desconcertante que la hija no comprendía la razón de la molestia de su madre; porque, para aquella, como para la mayor parte de los adolescentes, el concepto de intimidad ha sido trastocado por la tecnología.

En el reportaje, Roger Martínez, sociólogo y profesor de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), explicaba que los adolescentes quieren dejar un registro de todo lo que están viviendo, porque están convencidos

de que no tiene importancia mostrarlo<sup>15</sup>, de forma que se genera una afectación de índole psicológica.

Si consideramos que el álbum digital de los niños y niñas se inicia con una ecografía y se alimenta paulatinamente de imágenes de la primera infancia que estarán de forma permanente en la web, concluiríamos que no existe respecto a la toma de decisiones, porque los pequeños-as aún no están en capacidad de opinar o entender el alcance de las redes sociales.

Cuando la Convención incorporó el principio de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos por el niño, confió en los progenitores como representantes y garantes encargados de promover su bienestar y encaminarse al interés superior. Sin embargo, es claro que, en las redes sociales, el interés superior de los niños y niñas se sacrifica en aras de las necesidades de los progenitores.

## LA PATRIA POTESTAD COMO POSIBLE CONTROL DEL SHARENTING

Es claro que el *sharenting* vulnera el interés superior, pero, tal como está la sociedad de la información, es preferible idear mecanismos de control, que ingresar en el terreno inmanejable de la prohibición.

La jurisprudencia española creyó que la patria potestad conjunta sería el camino más idóneo para controlar el *sharenting*. Por ello, en cuatro procesos de guarda y custodia de hijos no matrimoniales<sup>16</sup>, se estableció que, aunque no convivan, ambos padres, deberían acordar la divulgación de las imágenes de sus hijos en redes sociales.

Si bien las sentencias no establecieron límite alguno para el ejercicio de esta facultad, se entendería que los progenitores pueden tomar estas decisiones hasta que los adolescentes cumplan los 14 años señalados por la Ley 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección

de Datos Personales y Garantía De Los Derechos Digitales, como el momento en que adquieren capacidad y autonomía sobre sus derechos de intimidad y datos personales<sup>17</sup>.

Esta propuesta puede ser ingenua, pero resulta funcional por dos aspectos: a) aunque no lo dice expresamente, concede el control a la familia, porque con ello se reconoce que la jurisprudencia y la legislación son herramientas inútiles para frenar el *sharenting* en una sociedad como la nuestra; y, b) considera que la diversidad de percepciones puede mejorar la sobreexposición de los niños.

Podríamos acoger un criterio similar en el Ecuador, porque nuestra legislación establece que los progenitores ejercen patria potestad de forma conjunta e independiente de la convivencia con el hijo. Sin embargo,

<sup>15</sup> *La Vanguardia*, sábado 9-VII-2011. 24 y 25.

<sup>16</sup> Son las 4 sentencias: a) 356/2018 de 6 de julio de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife b) SAP B 4328/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona; c) AP de Pontevedra de 4-VI-2015; y d) 265/2015 de 22-IV-2015, emitida por Audiencia Provincial de Barcelona.

<sup>17</sup> La legislación española redujo la edad de 16 años establecida en el Reglamento (UE) 20167679 Europeo de Protección de datos.

para evitar equívocos, vale diferenciar la patria potestad de la tenencia, y colocar las diversas obligaciones que asume cada institución.

El artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que la patria potestad es el conjunto de “derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados”. Después de entender el proteccionismo renovado, difícilmente sostendremos que algún progenitor tenga derecho sobre su hijo-a, de modo que nos decantamos por la posición de la doctrina española al decir que se trata de un derecho-función que respeta la integridad e individualidad de los hijos e hijas y garantiza el interés superior.

*Derecho:* si bien no constituye uno subjetivo atribuido a los progenitores para decidir sin explicaciones sobre su prole, comprende las concesiones que la ley reconoce que los padres pueden ejercer para la crianza y educación de los hijos-as. En este sentido, el Tribunal Supremo Español<sup>18</sup>, en varias oportunidades, ha declarado los derechos de sostenimiento, educación y custodia de los hijos.

*Función:* los progenitores no podrían eludir, renunciar o transferir (salvo casos específicos) los derechos correspondientes, sino que obligatoriamente deben ejercerlos en beneficio de sus hijos.

La tenencia, denominada guarda o custodia por la legislación española, es un derecho de convivencia concedido a favor de uno de los progenitores, ante la ausencia, separación o impedimento del otro, y no afecta el ejercicio conjunto de la patria potestad<sup>19</sup>.

En el régimen que antecedió al Código de la Niñez y Adolescencia, la convivencia concedía el ejercicio de la patria potestad y consecuentemente un mejor nivel de derecho del progenitor custodio respecto del que estaba separado, impedido o ausente.

Sucedía que tanto el Código Civil como el de Menores<sup>20</sup> entendían a la patria potestad como una institución patrimonial destinada a la administración de los bienes de los hijos e hijas; en este contexto no tenía sentido que aquel que vivía lejos del beneficiado pudiera tomar alguna decisión.

Con justa razón, para Larrea Holguín la patria potestad era el “conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados, de índole principalmente económico e intransferible” (2008, 277-339).

Las cuestiones extrapatrimoniales, como el cuidado, crianza, decisiones morales e incluso castigos corporales, las ejercían ambos progenitores -aun cuando no convivieran con su prole-, a través de la denominada “autoridad paterna”. Estas disposiciones se mantienen vigentes en el Código Civil, pese a que son aplicables solo supletoriamente por el Código de la Niñez y Adolescencia.

El actual modelo renovado de protección dejó de lado esta forma, entendiendo que la patria potestad era conjunta para ambos progenitores, independiente del régimen de tenencia<sup>21</sup> y aplicable tanto para el ámbito patrimonial como para el extrapatrimonial.

Ciertamente, el Código de la Niñez y Adolescencia entendió que la patria potestad era conjunta e independiente del régimen de tenencia, no sólo porque así lo indica expresamente el artículo 118, sino porque las disposiciones de salida del país de los niños y niñas dieron cuenta de que ninguno de los dos progenitores estaba en la capacidad de tomar decisiones individuales<sup>22</sup>. Posteriormente, la Constitución hizo lo mismo, cuando mencionó que la maternidad y paternidad son responsables, igualitarias y, aún más, obligatorias en caso de separación de los hijos<sup>23</sup>.

18 STS de 22-V-1993.

19 Véase Art. 106 del Código de la Niñez.

20 Véase Art. 47 del Código de Menores y 28 del Código Civil.

21 Véase Art. 118 del Código de la Niñez.

22 Véase el Art. 109 del Código de la Niñez.

23 Véase el Art. 69 núm. 1 y 5.

Es claro, entonces, que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores. De ahí que, tal como en España, los dos deberían decidir sobre el uso de imagen de sus hijos en redes sociales, salvo limitación, suspensión o privación.

Si bien no contamos con un reglamento de datos personales similar al europeo, entendemos que los progenitores pueden ejercer este derecho hasta que los adolescentes alcancen los 15 años de edad, que

es cuando adquieren capacidad de uso de su imagen según el artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De todo lo expuesto se concluye que la legislación ecuatoriana es amigable y puede incorporar el sistema de control *sharenting* establecido por la jurisprudencia española. Sólo quedaría decidir si estas discusiones se tendrían en los procesos donde se resuelve la tenencia o en un proceso independiente.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Cada sistema legal de protección concibió a los niños y niñas con un estatus jurídico diferente y, consecuentemente, concedió a los progenitores distintos tipos de poder. En el derecho romano, los niños-as eran objetos de protección jurídica; por esta razón, los padres ejercían un tipo de poder omnímodo, al punto que podían decidir sobre la vida de la prole.

El sistema proteccionista tradicional que sobrevino reconoció que los niños y niñas gozaban de derechos, pero eran “menores” que aquellos reconocidos a los adultos. El poco entendimiento de la vida e inmadurez característica de los grados tempranos de infancia colocó a los progenitores en una posición privilegiada en la que podrían tomar decisiones “por el bien de sus hijos”, que derivaban en beneficio propio, sin ningún cuestionamiento o límite.

Si bien la muerte no era posible, en este sistema sí se permitían los castigos corporales e, inclusive, la privación de libertad.

Por su parte, el sistema de proteccionismo renovado o doctrina de la protección integral -hoy vigente- entendió a los niños y niñas como sujetos y, por consiguiente, como titulares de los mismos derechos que los adultos. Si bien la consideración de los estados de inmadurez e irracionalidad se mantuvo, los progenitores se convirtieron en protectores de los derechos de sus hijos-as.

Las decisiones que se tomaran debían probarse como las mejores para el alcance de los derechos de la niñez.

Las publicaciones de los padres en redes demostraron que la mentalidad impuesta desde el proteccionismo tradicional no ha cambiado; los progenitores aún se piensan superiores respecto de los derechos de sus hijos, y deciden en su nombre sin valorar adecuadamente los derechos involucrados o los riesgos en que colocan a la prole, con la intención de beneficiarse de forma personal.

2. La Convención de los derechos del niño incorporó al interés superior como un principio a seguir en la toma de decisiones sobre los derechos de niñez que incluía necesariamente a los padres, pero no alcanzó a definirlo. El Comité de Derechos del Niño y la jurisprudencia debieron establecer estándares para comprender y valorar el interés superior en casos concretos.

Según los presupuestos de la jurisprudencia española y colombiana, los progenitores respetan el interés superior fundamentalmente cuando involucran al niño o niña en la toma de decisiones y respetan su integridad física, psicológica y sexual.

Las publicaciones en las redes sociales permiten la identificación precisa del niño-a, sus gustos, preferencias e incluso su ubicación. Este hecho constituye una afectación a su integridad, porque

lo vuelve vulnerable a los delitos, no solo informáticos, como puede ser la pornografía infantil, sino a otros como el secuestro.

Alguien podría discutir que, en todo caso, los progenitores podrían utilizar filtros de privacidad; pero, aún con ellos, no hay garantías frente a los terceros receptores. Un pariente puede capturar la foto, publicarla o difundirla sin autorización; y personas que tienen restringido el acceso a esas fotos (por filtros de privacidad) pueden obtener información a través de las cuentas de contactos en común.

3. Si atendemos a los fundamentos del interés superior y la forma de vulnerarlo expuesta en el segundo acápite del presente trabajo, los progenitores no podrían publicar fotografías de sus hijos e hijas menores de quince años en internet. No obstante, instaurar sanciones o restricciones a la patria potestad en una sociedad de la información como la nuestra quedaría como letra muerta, porque no

existe el personal, tiempo o dinero para intervenir en todas las comunicaciones que se hacen a través de las redes sociales.

Lo único que queda es idear mecanismos de control que puedan ser eficaces y menos costosos. Sin duda, el *sharenting* disminuiría si depende del acuerdo de ambos progenitores, razón por la cual, la propuesta española resulta innovadora y podría acogerse en el Ecuador.

4. En el Ecuador, el régimen de patria potestad es conjunto para ambos progenitores e independiente de la convivencia, por lo tanto, los dos deben tomar todas las decisiones en lo que concierne a los hijos e hijas.

Si bien, para los efectos del presente trabajo, esta disposición es positiva, tendría que analizarse si conviene en todos los casos, tanto respecto a las cuestiones diarias como a las decisiones emergentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Caro Castaño, Lucía. 2012. "Identidad mosaico. La encarnación del yo en las redes sociales digitales". *Telos*, N.º 91 (abril-junio): 59-68.
- Castiella, José. 2015. *Instituciones De Derecho Privado Tomo 1*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Carreras, Francesc. 2006. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Ed. UOC.
- Campoy, Ignacio. 2017. "La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad". *Derechos y Libertades*. N.º 137.
- Cillero, Miguel. 2001. "El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño". En *Derecho de la Niñez y Adolescencia Compilación*. Coord. Mauricio González Oviedo. San José de Costa Rica: UNICEF, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Podo judicial, Escuela judicial y Voluntarios de Naciones Unidas.
- Calzadilla, María. 2017. "Lo que la patria potestad no ampara". *Revista de Derecho de Familia*, N.º 74.
- Colas, Ana. 2017. "La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores". *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*: 29-72.
- De la Iglesia, María. 2013. "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor. Su capacidad de decisión sobre su futuro profesional". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 89: 51-70.
- Díaz Martínez, Ana. 2013. "La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, N.º 1: 51-70.
- Diez Picazo, Luis. 2008. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3.ª ed.. Navarra: Civitas Ediciones S.L.
- Femenía López, Pedro. 2012. "Daños por violación de la intimidad en las relaciones paterno-filiales". En *La responsabilidad Civil en Las relaciones paterno-filiales*. Madrid: Dykinson.
- Garriga, Ana. 2016. *Nuevos retos para la protección de datos en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.
- Jiménez Martínez, María. 2005. "Ejercicio de la Patria Potestad en los casos de vida separada de los progenitores". *Revista de Derecho Privado*: 3-30.
- Lasarte, Carlos. 2014. *Compendio de Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- Lacalle Noriega, María. 2016. *La Persona como Sujeto del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Moreno Bobadilla, Angela. 2017. *Intimidad y Menores*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. 2007. "Protección a la Infancia en la Legislación Española. Especial incidencia en los Malos Tratos (Parte General)". *Revista de Derecho UNED*, N.º 2.
- Moretón Sáenz, María. 2006. "La adaptación de nuestro Derecho a la Convención". En *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, coordinado por Alcaide Villagrasa y Ballesté Ravetllat. Barcelona: Ed. Bosch.
- Sánchez Martínez, M. 2017. "Las certezas del Interés Superior del Menor en el contexto de los Derecho de la Infancia". En: *Anuario X de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*: 43-73.

- Santisteban, Patricia y Manuel Gamez-Guadiz. 2017. *Estrategias de Persuasión en Grooming Online de Menores: Un Análisis Cualitativo con Agresores en Prisión*. Ebook. Madrid. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592017000300139&lng=es&nrm=iso)>. accedido en 22-VIII-2019.
- Simon Campaña, Farid. 2014. *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. Ecuador: Ediciones Iuris Dictio.
- Tello, Lucía. 2013. “Intimidad y Extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas del Facebook”. *Comunicar. Revista Científica Educomunicación*. N.º 41. XXI.
- Sánchez, Amelia. 2016. “El Marco tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor ¿alguna asignatura pendiente en el SIGLO XXI?”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11.
- Solé Resina, Judith. 2015. “La protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores y discapacitados”. En Fayós Gardó y Pilar Conde (Coord.) *Los derechos a la Intimidad y Privacidad en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson.
- Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía. 2013. “La Potestad Paterna a lo Largo de la Historia”. En Gimena Díez-Picazo. *Derecho de Familia*. Pamplona: Thomson Reuters.

### Sentencias

Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife SAP 356/2018, de 6-VII-2018.

Sentencia de la Sección Doce de la Audiencia Provincial de Barcelona SAP B 4328/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia de la Sección Primera AP de Pontevedra de 4-VI-2015.

Sentencia de la Sección Dieciocho de la Audiencia Provincial de Barcelona, 265/2015, de 22-IV-2015.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-260/12.