



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Pablo Sánchez Martín

 **Santander**

JUSTICIA



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NÚMERO 19. NOVIEMBRE 2017

INCIDENCIA DEL USO DE INTERNET EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES

Ignacio de Torres Guajardo
Magistrado

Juzgado de Primera Instancia nº 86. Madrid

LA RECONVENCIÓN EN EL JUICIO VERBAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA GENERAL DE RECURSOS

María Teresa Puchol Soriano
Magistrada

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1.
Huesca

INCIDENCIA DEL USO DE INTERNET EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES

IGNACIO DE TORRES GUAJARDO

Magistrado

VOCES: Menores, internet, redes sociales, patria potestad, derechos fundamentales.

Aborda el autor la incidencia respecto de la forma en que nuestros menores se relacionan con el mundo que los rodea, que ha sufrido un cambio drástico con la aparición de las nuevas tecnologías, y muy especialmente con el uso generalizado de internet, y señala que el desarrollo de la personalidad del menor en este universo digital, y la forma en que le afecta en su día a día, constituye una realidad social que debe ser valorada y tomada en consideración; debiendo valorarse los límites que deben establecerse, reflexionar sobre su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales y valorar los conflictos que pueden producirse entre el ejercicio de la patria potestad y el respeto de los derechos de los menores; si bien garantizando a los menores la posibilidad de un ejercicio autónomo de tales derechos.

COMENTARIO

Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto analizar, de una manera sucinta, la incidencia que la nueva realidad social, generada por el desarrollo de las nuevas tecnologías, tiene en el ejercicio de determinados derechos y en el enfoque que debe darse a instituciones básicas del derecho civil y de los propios cimientos de nuestro ordenamiento. El enfoque de tal revolución, se centrará en un ámbito limitado, como es el del uso de estas tecnologías por parte de los menores de edad, pues es en ese

ámbito donde su incidencia, sobre todo de internet, genera mayores problemas prácticos. La relevancia de tales problemas se deriva tanto de su incidencia cuantitativa, como a continuación veremos, como desde una perspectiva cualitativa, afectando al ejercicio de sus derechos fundamentales. Se hace necesario, para lograr el fin pretendido, hacer una primera aproximación a la realidad social que supone el uso de nuevas tecnologías por los menores de edad; para después abordar las implicaciones jurídicas de esta nueva realidad.

Internet: el menor como nativo digital

La forma en que nuestros menores se relacionan con el mundo que los rodea, ha sufrido un cambio drástico con la aparición de las nuevas tecnologías, y muy especialmente con el uso generalizado de internet, acentuándose tal cambio con la expansión de las redes sociales. Este fenómeno no ha pasado inadvertido para sociólogos y educadores, habiendo ganado fortuna el término Nativo Digital, utilizado por Marc Prensky, ya en el año 2001. Se identifica como nativo digital u homo sapiens sapiens digital (en expresión gráfica que alude a algo semejante a una nueva especie humana) a todos aquellos que han nacido desde el año 1995, cuando ya existía una tecnología digital desarrollada, al menos en occidente. Al nativo digital se contraponen el concepto de inmigrante digital, que se ha incorporado a esta nueva era de una manera tardía, aprendida y no interiorizada desde la infancia. El desarrollo de la personalidad del menor en este universo digital, y la forma en que le afecta en su día a día, constituye una realidad social que debe ser valorada y tomada en consideración tanto por el legislador, como por los distintos operadores jurídicos en su aplicación, por imperativo del artículo 3 del Código Civil.

Como antes se apuntaba, la relevancia del concepto de nativo digital se incrementa a medida que la tecnología se desarrolla,

haciéndose más presente en la vida de los menores. Tal presencia se hace particularmente intensa, en un primer momento, con el uso generalizado de internet, y muy en particular con el uso de las llamadas redes sociales. Según datos del Instituto Nacional de Estadística, actualmente el número de hogares en España con acceso internet es del 83,4%, frente al poco más del 72% que existía en 2014. Según el portal de internet Statista, el uso de internet por jóvenes mayores de 14 años se eleva por encima del 90%. Ello nos permite afirmar que la presencia del internet en la vida de los menores cuantitativamente es generalizado, y su relevancia es aún mayor en un análisis cualitativo de su uso. El uso de internet supone la existencia de una nueva forma de relación interpersonal, ampliándose exponencialmente el número de personas con las que eventualmente pueden relacionarse, y surgiendo potenciales problemas inimaginables en un contexto tradicional de relaciones interpersonales.

La generalización del uso de las redes sociales por parte de los menores de edad, abre la posibilidad de entablar relaciones con cualquier otro usuario de la misma red social, sin distinciones sobre su edad, o sobre sus posibles intenciones delictivas. Igualmente, la conexión permanente de los menores a través de las redes, ha supuesto una nueva forma de relación, que redefine su universo social. Como ejemplo de ello podemos citar fenómenos como el acoso digital o cyberbullying, que supone que los menores acosados se ven expuestos a la acción hostil de sus compañeros más allá del horario escolar, convirtiendo el acoso en continuado con graves consecuencias para los que lo padecen.

También aparecen nuevas figuras delictuales como el grooming, a través del cual es frecuente la captación de menores con finalidad sexual por parte de delincuentes sexuales que suplantan la personalidad de un menor para lograr el acercamiento a sus víctimas. Los aspectos potencialmente negativos que comporta un uso indebido de internet, no deben llevarnos a obviar las bondades que esta

herramienta presenta en el proceso educativo de las nuevas generaciones, ni a la necesaria vinculación que su desarrollo personal y de conocimiento presenta. Resulta evidente que los problemas que pudieran plantearse por el uso de internet, no pueden conjurarse mediante la separación de los menores de su uso, lo cual nos lleva a valorar los límites que deben establecerse, a reflexionar sobre su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales y a valorar los conflictos que pueden producirse entre el ejercicio de la patria potestad y el respeto de los derechos de los menores.

Derechos fundamentales y su ejercicio por los menores

La nota de universalidad que presentan los derechos fundamentales, reconocidos a todo individuo desde que adquiere personalidad, nos lleva necesariamente a valorar la forma en la que los menores ostentan tal titularidad y como se desenvuelve su ejercicio individual. El negar a los menores de manera absoluta la capacidad para su ejercicio, supone que, de facto, el reconocimiento que de tales derechos se contiene en la Declaración de Ginebra de 1924, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de manera directa y particular en la Sección primera del Capítulo II del título I de nuestra Constitución, quede vacío de contenido. Es por ello que se hace necesario garantizar a los menores la posibilidad de un ejercicio autónomo de tales derechos, debiendo conciliar tal ejercicio, con la debida protección que debe en todo caso evitar la lesión de otros de sus derechos, que pudiera derivarse de un mal uso de esta autonomía.

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor, particularmente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al servicio de esta idea, establece un marco normativo en el que se reconoce expresamente el principio de intervención mínima

en el ejercicio por parte de los menores de los derechos fundamentales que les son inherentes a su personalidad. Así su artículo 2 dispone que *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*, estableciendo una serie de criterios para valorar ese interés superior del menor, como piedra angular del sistema legal de protección de nuestros menores. El citado artículo 2 establece criterios generales de interpretación y aplicación de este interés superior como *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor o La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor*. Criterios que habrán de ponderarse teniendo en cuenta *la edad y madurez y el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo*. En todo caso, el legislador atiende a la aplicación de dos principios básicos para la consecución del fin de tutelar el interés superior del menor, estableciendo que la valoración de los elementos que informan el estatuto jurídico de protección del menor, debe hacerse 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. Ello nos lleva a que únicamente debe entrarse a restringir o limitar el ejercicio autónomo de los derechos de los menores, en aquellos supuestos en los que se haga imprescindible, entendiendo que existirá tal necesidad cuando de su ejercicio autónomo se depare o pueda racionalmente preverse que se deparará un perjuicio para el menor.

En todo caso la injerencia debe ser mínima, y orientada a conjurar los perjuicios que ese mal uso individual por parte del menor pueda depararle (principio de proporcionalidad). La L.O. 1/1996 reconoce expresamente determinados derechos fundamentales de los menores, dirigiendo el mandato a los poderes públicos y a los titulares de la patria potestad, para garantizar el respeto de tales derechos y su adecuado ejercicio por los menores. A modo ilustrativo podemos citar el artículo 4, en el que se establece, en relación al derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen que *Los padres o tutores y los*

poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Particular interés presenta, a los efectos que ahora se analizan, la regulación expresa por parte del legislador, al ocuparse del derecho a la información, del uso de las nuevas tecnologías. Dispone el artículo 5 de la L.O. 1/1996 que *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.* Como no podía ser de otra manera, el legislador no permanece ajeno a los riesgos que se han apuntado al comienzo de este artículo, y alude a ellos en una materia tan sensible como es el derecho de información, íntimamente ligado al proceso educativo de los menores. Ya hemos destacado que internet supone una herramienta de inmenso valor, constituyendo la más grande fuente de información inmediata que nunca ha existido, pero no exenta de riesgos relevantes. Por ello se advierte de la necesidad de garantizar su uso adecuado, tras proclamar el derecho de los menores a *buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.*

Internet y menores: la búsqueda del equilibrio

De lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión clara de que se hace necesario buscar un punto de equilibrio que garantice que los menores puedan disfrutar de las inmensas ventajas que para el desarrollo de su personalidad supone el uso de internet, lo que necesariamente conllevará una cierta restricción de su libertad individual en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, que

necesariamente se verán expuestos a riesgos, inimaginables antes de la irrupción de estas tecnologías.

Ello nos lleva, necesariamente, a realizar una valoración de los concretos riesgos que, para determinados derechos fundamentales, se derivan de la cotidiana actividad en la vida de los adolescentes de navegar por internet o de usar su teléfono móvil. El derecho fundamental a la vida e integridad física, base del ejercicio de todos los demás, es expuesto de manera relevante por el uso, principalmente, de las redes sociales. Ello ha dado lugar a una nueva delincuencia, muchas veces ligada al ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, siendo frecuente la captación de menores a través de las redes sociales con estos fines.

En otras ocasiones los menores son los que son objetos de ataques contra su integridad psíquica por parte de otros menores, como sucede con el llamado ciber acoso. Además de generar estas nuevas formas o medios para la comisión de delitos tradicionales, determinados derechos cobran una dimensión absolutamente distinta a través de su ejercicio en internet.

Podemos pensar en la libertad de expresión. Tradicionalmente, la forma de expresar frente a terceros sus ideas, o de difundir información por los menores, se encontraba enormemente limitada. El uso de las redes sociales ha propiciado que cualquier menor pueda ver como sus comentarios, o su propia imagen lleguen a millones de usuarios, con el peligro que ello entraña. Será frecuente la conflictividad derivada del uso de la imagen de menores en redes sociales, principalmente en los procesos de familia, siendo habitual la discrepancia entre los padres sobre la utilización de la imagen de los menores, pudiendo generarse conflictos por este motivo incluso entre los hijos y los padres.

Pero quizás el derecho fundamental que más frecuentemente queda expuesto es el relativo a la intimidad personal y a la propia imagen. La relevancia del tal derecho debe ser objeto de análisis desde

una doble perspectiva. Por un lado, desde la lesión que del mismo puede venir dada por un uso irresponsable de internet por parte del menor, pudiendo exponer potencialmente su intimidad y su propia imagen de forma exponencialmente más intensa de lo que antes sucedía. Por otro, más relevante para buscar ese punto de equilibrio que da título a este apartado, desde la restricción que tal intimidad puede darse por parte de quienes ejercen funciones de patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad, implica la atribución de una serie de derechos, orientados en todo caso al cumplimiento de un deber fundamental, como es garantizar el desarrollo de la personalidad del menor, conjugando los principios que antes se han analizado. El adecuado uso de las funciones tuitivas que implica el ejercicio de la patria potestad, puede entrar con frecuencia en colisión con la intimidad del menor, cuya restricción solamente se justificará si concurren los presupuestos de necesidad y proporcionalidad a los que alude el artículo 2 de la L.O. 1/1996.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el punto de equilibrio al que venimos aludiendo, en su sentencia dictada por la Sala II el 10 de diciembre de 2015, sentencia nº 864/2015 (ROJ: STS 5809/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5809). El Tribunal Supremo entra a valorar la validez de la obtención de la prueba que había servido para condenar a un delincuente sexual, por delitos cometidos contra dos menores, a las que había captado, mantenido conversaciones con una de ellas en una red social. La madre de la menor, sin el consentimiento expreso de ésta, accedió a su cuenta en la red social, obteniendo copia de las conversaciones, que sirvieron para incriminar al acusado. Por la defensa se cuestionó la validez de la prueba así obtenida, por entender que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El Tribunal Supremo, sentando en primer lugar, que en su caso el derecho vulnerado sería el de la intimidad, entra a analizar la forma en la que deben ponderarse los principios de

necesidad y proporcionalidad, aplicados a la colisión entre los derechos derivados de la patria potestad y el derecho a la intimidad de la menor.

Señala el Tribunal Supremo, analizando la legalidad del comportamiento de la madre que accedió a la cuenta de la red social de la menor que *Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. 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 controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil.*

De ello se extrae una doble consecuencia, por un lado, el propio cuestionamiento que sobre la legitimidad de la medida se produce, coherente con la titularidad que de tal derecho ostenta tal menor. Por otro lado, el carácter no absoluto de tal derecho en su ejercicio por parte de los menores, siendo obligación de los padres velar por garantizar su indemnidad, lo que puede implicar su restricción.

Conclusiones

Con todo lo expuesto ha quedado claro que los distintos operadores jurídicos, han de valorar en su justa dimensión la nueva realidad social que nos muestran las nuevas tecnologías. Ello obliga a un esfuerzo de comprensión para valorar adecuadamente su trascendencia, conociendo de forma suficiente la realidad social en la que han de ser aplicadas las normas, obligando a los jueces a ser jueces de su tiempo, con lo que ello implica. En segundo lugar debe tenerse claro que la falta de plena capacidad de obrar por parte de los menores, no priva a éstos del

ejercicio autónomo de sus derechos, particularmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Por último, el ejercicio de la patria potestad, debe ser escrupuloso con los derechos de los menores, lo cual no priva a los padres de la posibilidad de establecer ciertas restricciones, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad. Partiendo de estos principios debemos analizar el conflicto de intereses que muchas veces se presentará en los tribunales, muy especialmente en el ámbito del derecho de familia.



LA RECONVENCIÓN EN EL JUICIO VERBAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA GENERAL DE RECURSOS

MARÍA TERESA PUCHOL SORIANO

Magistrada

VOCES: Juicio verbal, reconvencción, recursos, apelación.

Se analizan los requisitos que se exigen para la demanda reconvenccional en el juicio verbal, si bien se observa que los únicos límites señalados en la legislación para admitir la reconvencción se refieren al tipo de procedimiento y la competencia objetiva del órgano jurisdiccional; y se estudian los límites, restricciones o condiciones que la reconvencción pueda tener en la segunda instancia y su influencia en la posibilidad de acceder al recurso de apelación.

COMENTARIO

Con carácter general, el artículo 438 LEC admite la posibilidad de formular reconvencción en el juicio verbal, aunque sujeta a ciertas condiciones, dado que solo podrá tener lugar en el caso de que no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal. Así mismo, y desde un punto de vista procedimental, una vez admitida a trámite se remite a las normas previstas en el juicio ordinario, salvo el plazo para su contestación que será de diez días.

Entre dichas normas es necesario tener en cuenta el límite señalado en el artículo 406.2 cuando dispone que no se admitirá la reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza, aunque, al

mismo tiempo, sí que permite que pueda reconvenirse en un procedimiento ordinario aquellas acciones que deban ventilarse en un juicio verbal, siempre que lo fuera por razón de la cuantía. Por tanto, los únicos límites señalados en la legislación para admitir la reconvencción se refieren al tipo de procedimiento y la competencia objetiva del órgano jurisdiccional. Sin embargo, una vez finalizada la primera instancia las acciones ejercitadas por las partes pueden correr suertes distintas en función del tipo de procedimiento en el que se ejercitan y de la cuantía que reclama el actor y el reconviniente.

Por otro lado, también será preciso tener en cuenta el artículo 409, en el que se dispone que las pretensiones que deduzca el demandado en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, se sustanciarán y resolverán al propio tiempo y en la misma forma que las que sean objeto de la demanda principal. Por tanto, la regulación actual permite que pueda llevarse a cabo la reconvencción, tanto en el procedimiento ordinario como en el verbal con los límites del artículo 406, referidos al tipo de procedimiento, pero no se hace mención alguna de los límites, restricciones o condiciones que la reconvencción pueda tener en la segunda instancia, circunstancia que es preciso analizar y tener en cuenta ya que el sistema de acceso a la apelación se ha modificado desde la entrada en vigor de la LEC. Desde la reforma operada por la Ley 37/2011 no es posible recurrir en apelación las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no exceda de los 3.000 euros, límite que podría quebrar la igualdad de armas de las partes en aquellos supuestos en los que la acción principal o la reconvenccional no alcancen este importe, pero la otra sí.

El primer supuesto que podría darse sería cuando se ejercita, tanto en el juicio verbal como en el ordinario, una acción de reclamación de cantidad superior a 3.000 euros, pero en el que el demandado reconviene por un importe menor. Dado que su pretensión lo es por razón de la cuantía y esta no excede de 3000 euros: ¿podría

recurrir el demandado-reconviniente? ¿podrá impugnar el recurso del actor o adherirse a él? El artículo 252 LEC prevé reglas especiales para la determinación de la cuantía del procedimiento en los supuestos de pluralidad de objetos o de partes, y la regla 5ª señala que *No afectarán a la cuantía de la demanda, o a la de la clase de juicio a seguir por razón de la cuantía, la reconvención ni la acumulación de autos*. Con base en lo anterior podría concluirse que ambos podrán recurrir, dado que la reconvención no afecta a la cuantía de la demanda, que es la que determina el tipo de procedimiento a seguir, si bien se trataría de una solución plenamente discutible ya que la reconvención no es una mera actitud del demandado ante la demanda, sino que es otra pretensión, con su propio objeto del proceso; y la apelación es una segunda instancia, no una clase de juicio.

La segunda posibilidad se daría en aquellos supuestos en los que el actor reclama un importe inferior a 3.000 euros en juicio verbal por razón de la cuantía, pero el demandado reconviene por una cuantía mayor (con el límite de los 6.000 euros). En este caso las dudas se extienden a la posibilidad de recurrir ambos contendientes, dado que, si la reconvención no altera la cuantía ni el tipo de procedimiento, ninguno de ellos podría recurrir, al tener excluida dicha posibilidad el actor *ab initio*.

Sin embargo, con dicha solución también se le impediría recurrir al demandado-reconviniente, quien sí la habría tenido de ejercitar su acción de modo individual, por lo que, ante una especialidad procedimental orquestada para aprovechar la existencia de un previo procedimiento, el demandado se vería privado del ejercicio de un recurso al que objetiva y aisladamente sí tendría derecho. Desde mi punto de vista en este caso también debería ofrecerse al demandado la posibilidad de interponer el recurso de apelación, y ello es así con base en el mismo artículo anteriormente mencionado, dado que, si la reconvención no altera la cuantía de la demanda (y la suya es susceptible de apelación), no permitirle apelar implicaría restringir el

ejercicio de un derecho a quien la ley se lo reconoce de modo aislado. En este caso, ¿podría apelar a su vez el actor? Ya hemos visto que desde 2011 únicamente son apelables las sentencias dictadas en el juicio verbal que, por razón de la cuantía, excedan de 3.000 euros, por lo que su pretensión no podría acceder a la segunda instancia, pero de aceptar dicha opción, ante una estimación parcial de su demanda el actor-reconvenido podría ver cómo el demandado-reconviniente está recurriendo la misma sentencia que él y, sin embargo, debe acatar íntegramente.

La misma conclusión se alcanzaría si se interpreta la norma desde un punto de vista teleológico, dado que con la reforma el legislador lo que pretendió fue reducir el número de recursos que podían acceder a las Audiencias Provinciales, objetivo que obtuvo eliminando la segunda instancia en asuntos económicamente menos relevantes. No obstante, desde el momento en el que se acumulan dos pretensiones y una de ellas es susceptible de ser recurrida en apelación, dicha finalidad queda eliminada.

Ante tal tesitura, la igualdad de armas de las que ambas partes deben disponer en el procedimiento, así como el propio principio de igualdad, debería implicar que tanto el actor como el demandado pudieran recurrir en apelación pues en caso contrario se estaría aceptando un trato diferenciador a aquellos acreedores que ejercitan su acción de modo independiente de los que aprovechan un procedimiento ya iniciado para efectuarlo.

No obstante, no es posible obviar que se trata de una solución no pacífica y que entraña no pocos inconvenientes, el primero y principal de ellos es que ambas soluciones son jurídicamente viables, lo que implica que dependerá de la decisión que se adopte en cada juzgado, por lo que sería deseable que, de *lege ferenda*, el legislador dejara aclarada la cuestión de si la reconvención altera el régimen general de recursos, solución que pasaría por incluir una excepción en la que se

reconociera dicha posibilidad a ambos contendientes desde el momento en los que uno de ellos pueda recurrir.

