

**LA PRIVACIDAD DE LOS
MENORES EN REDES
SOCIALES**

**ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL
FENÓMENO *INFLUENCER***

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES EN REDES SOCIALES

ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL FENÓMENO INFLUENCER

Dr. Ramón Herrera de las Heras

Profesor Titular de Derecho Civil

Dra. Alba Paños Pérez

Profesora Titular de Derecho Civil

Colección: Atelier Civil

Director:

Joan Egea Fernández

(Catedrático de Derecho civil de la UPF)

Esta obra se realiza en el marco del Grupo de Investigación SEJ-235, adscrito a los Centros de Investigación CEIA3 y CIDES.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Ramón Herrera de las Heras

© 2022 Alba Paños Pérez

© 2022 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-96-4

Depósito legal: B 10048-2022

Diseño y composición: Fernando Pérez

ÍNDICE

NOTA DE LOS AUTORES	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO II. LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD: LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN	21
1. El marco normativo de la privacidad de los menores de edad	22
2. Concepto de los derechos a la intimidad y a la propia imagen	28
2.1. El derecho a la propia imagen	30
2.2. El derecho a la Intimidad	33
3. La titularidad de los derechos a la intimidad e imagen del menor de edad. La situación tras su fallecimiento	35
3.1. La titularidad de los derechos a la intimidad e imagen tras el fallecimiento del menor	36
CAPÍTULO III. EL CONSENTIMIENTO PARA EL ACCESO Y LA PUBLICACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES	47
1. La capacidad jurídica de los menores de edad	48
2. El consentimiento de los menores de edad	53
2.1. El consentimiento para el acceso de los menores a las redes sociales	58
2.2. El consentimiento necesario para compartir contenidos	64
2.3. La política de protección de la privacidad de los menores	65
3. El papel de los progenitores o representantes legales en la publicación de contenidos de menores	68
3.1. El acceso de los progenitores a las redes sociales de sus hijos	69

3.2. Desacuerdos parentales en el ejercicio de la “ <i>patria potestad digital</i> ”	77
4. El control del consentimiento del menor por parte del Ministerio Fiscal. .	86
5. La revocación del consentimiento	92
CAPÍTULO IV. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR	99
1. La intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y propia imagen en la Ley 1/1982	99
2. Las causas de exclusión de intromisión ilegítima: el consentimiento, la relevancia pública y la libertad de información.	105
2.1. El consentimiento.	106
2.2. La profesión o relevancia pública	107
3. Criterios de ponderación entre los derechos de los menores y la libertad de información	108
4. Responsabilidad civil por la vulneración del derecho a la intimidad y la propia imagen del menor	118
CAPÍTULO V. EL USO DE LA IMAGEN DE LOS MENORES PARA LA OBTENCIÓN DE RENDIMIENTOS ECONÓMICOS. LIMITACIONES AL CONSENTIMIENTO Y EL CONTROL DE LAS REDES SOCIALES	125
1. El <i>sharetig</i>	125
2. La ley francesa para proteger a los menores <i>influencers</i>	130
CAPÍTULO VI. EL REFORZADO PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR . .	133
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	155

NOTA DE LOS AUTORES

La presente monografía, realizada en coautoría entre Ramón Herrera y Alba Paños, es fruto del Proyecto de Investigación de Excelencia “*La protección del derecho a la imagen de los menores de edad en el ámbito audiovisual*” del que ambos formaron parte, el primero como investigador principal y la segunda como miembro del equipo de investigación. En el marco del citado Proyecto, además de la presente publicación, se realizaron estancias de investigación en la Comisión Europea, cuyos resultados se plasman en el trabajo que ahora ve la luz.

La sistemática con la que los autores han desarrollado el trabajo ha sido la división por capítulos, por lo que cada uno de ellos ha realizado partes concretas de la obra, que han sido posteriormente revisadas por ambos para garantizar la coherencia tanto en la edición como en el fondo de sus conclusiones. De este modo, el profesor Herrera es el autor de los capítulos I, IV y V, así como de las conclusiones, y la profesora Paños de los capítulos II, III y VI.

Razones de honestidad académica nos obligan a aclarar que la obra ha incluido parte del breve trabajo por el que ambos autores obtuvieron el premio del jurado en el Congreso Internacional *Internet e diritto civile*, celebrado en Camerino, Italia, y titulado “*Special Protection In Spain Of The Minors’ Right To Honour, Privacy And One’S Own Image On Internet.*” Así mismo, el capítulo VI, incorpora, modificado y actualizado, la obra “El interés del menor como criterio para delimitar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor” (*Actualidad Civil*, 2012).

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

Durante la última década estamos asistiendo a un fenómeno indiscutible como es el del uso masivo por parte de los menores de edad de las redes sociales. Su participación ya no se limita a ser la de un usuario pasivo de las mismas, ver videos en plataformas como *Youtube*, *TikTok* o *Twitch*, sino que se han convertido, además, en actores principales, en algunas ocasiones lo son de manera literal, generando un gran contenido que puede ser visto u oído, bien por un grupo reducido de usuarios si la configuración de sus perfiles es privada, bien por todos los usuarios si esta fuera pública.

En ocasiones, esos videos son visionados por millones de personas con las que incluso los menores pueden interactuar. Pero no es sencillo delimitar quién puede ver ese contenido. Una vez que este se encuentra en la red, la dimensión que puede llegar a cobrar se escapa al control del propio usuario que, aunque pueda arrepentirse e intentar retirar el contenido, es posible que eso se convierta en misión imposible por haber pasado de unas manos a otras, de una red social a otra. Ya advertía PERLA VELA CHAGA, respecto a los riesgos inherentes al uso de las imágenes a mediados del siglo pasado, que había que tener en cuenta “*las necesidades y el anhelo público por la información gráfica.*”¹ Hoy, casi ochenta años después, ese anhelo por la información gráfica se ha instaurado en la sociedad de una manera indubitada que ve casi como una necesidad compartir esa información a través de las redes sociales.

Es por tanto lógico que la mayor preocupación de los padres, de los poderes públicos y de la sociedad en general, pase por limitar las posibles consecuencias negativas que el compartir momentos de la vida privada de los menores de edad puedan provocar en estos. Algo que no será sencillo, puesto que cada vez son más los menores que usan las redes sociales y a una edad más temprana. No podemos evitar el hecho de que estas plataformas sean para los menores de edad lugares

1. PERLA VELA CHAGA, E.: “El derecho a la propia imagen”, en *Derecho PUCP*, 1944, pág. 33.

atractivos, sitios en los que aún estando sólo físicamente se sientan acompañados. Como afirma GIL ANTON, el éxito de estas plataformas entre los más jóvenes pasa por “generar un perfil con sus datos en páginas personales y compartirlo con otros, donde además se hace pública esta información, lo que facilita la interrelación entre todos ellos, sin que existan fronteras ni espaciales, ni temporales.”²

Son comunes los casos en los que menores de edad se han convertido, voluntaria o involuntariamente, en protagonistas de vídeos colgados en Internet que han llegado a hacerse virales mediante los servicios de mensajería móvil, como *Whatsapp*, o por cualquier otra red social.³ Estas últimas, a la vez que conllevan un avance indudable, han invadido nuestra vida privada, por lo que, a la par que tienen una potencialidad en el aspecto positivo enorme, también entrañan una serie de peligros que se incrementan alarmantemente en el caso de los menores, los cuales se familiarizan con un uso desinhibido de las mismas a edades cada vez más tempranas.⁴ Basta entrar a plataformas como *TikTok* para comprobarlo. Así pues, la privacidad será una de las principales preocupaciones relacionadas con el uso de las redes sociales, especialmente la de los menores de edad. Una preocupación que no es nueva y que ya puso de manifiesto la propia Comisión Europea en 2012 en su estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños al sostener que “aunque existan riesgos para la privacidad en relación con todos los usuarios, los menores constituyen un grupo particularmente vulnerable.”

Uno de los elementos que hará que la protección de los menores sea en ocasiones muy compleja es el propio concepto que estos tienen de la privacidad. Han crecido desde muy pequeños con un fácil acceso a las redes sociales. Han visto como otros niños, sus compañeros, sus amigos o incluso sus padres, han compartido momentos de su vida privada e íntima en estas, sin que ello supusiese el menor problema, bien al contrario, para ellos es un divertimento más. Lo ven, por lo tanto, como algo casi natural. Hoy, para los menores de edad, el hecho de que un contenido generado por ellos pueda ser visionado por miles o millones de personas no dista de lo que quizá pensasen otras generaciones cuando sus padres compartían un álbum de fotos durante una celebración familiar. Es evidente que el hecho, aunque sea el mismo, de compartir imágenes y momentos de la vida privada con terceras personas pero a través de internet, tiene repercusiones sociales muy distintas y que, por tanto, es igualmente lógico que los riesgos que entrañan sean también mucho más complejos.

No es de extrañar que, en este contexto, se haya acuñado el término *nativos digitales* para aquéllos menores de entre 3 y 11 años que han nacido y desarrollan

2. Cfr. GIL ANTON, A.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, 2013, pág. 65.

3. HERRERA DE LAS HERAS, R., “El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación” en *www.Diario La Ley*, N.º 8319, 27 de mayo de 2014.

4. Vid. CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general” en *www.Diario La Ley*, N.º 8718, 9 de marzo de 2016. Cft. GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de redes sociales”, en *@Laley* 1773/2017.

su personalidad familiarizados de forma natural con un entorno digital.⁵ Según la Comisión Europea, la edad de comienzo a navegar por Internet es de 7 años y, desde entonces, su uso se va incrementando progresivamente. La encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de Internet de menores y jóvenes en España realizada por el Ministerio de Interior recogía, ya en 2014, que el 60% de los niños usa Internet todos los días y la frecuencia más habitual es entre 1 y 2 horas, aunque estos porcentajes aumentan a medida que van creciendo. En el año 2020, esa cifra había subido según el Instituto Nacional de Estadística al 94%. Este hecho lo confirma, entre otras muchas cosas, lo recogido en el VI Estudio de IAB Spain, que señala que el 97% de los menores de entre 14 a 17 años usan las redes sociales⁶. Así pues, no podemos obviar que, en las circunstancias actuales, a pesar de la legislación existente que exige tener 14 años de edad para acceder a las redes, miles de niños que no alcanzan esa edad para poder tener un perfil en ellas, cuentan ya con él. Es cierto que en la gran mayoría de las ocasiones lo hacen con el consentimiento de los progenitores, pero en otras lo hacen sin él. Este, el tema del consentimiento, será una de las cuestiones principales que trataremos a lo largo del presente trabajo por su importancia y por la complejidad del mismo.

Todo ello, ese uso masivo de las redes por parte de los menores de edad, ha hecho que estos lleguen a cambiar sus referentes sociales. Basta, para hacernos una idea de la importancia de la materia, saber que, según un estudio realizado por la Fundación Adecco, los menores de edad desean, tras las opciones de futbolista, policía, profesor y médico, ser *influencer*.⁷ Los niños tienen como referentes, ya no solo a artistas o deportistas sino a chicos de su edad con los que interactúan de forma más o menos directa y casi diaria. No los conocen personalmente, pero tienen la sensación de hacerlo. No son amigos, pero podrían decirte sin error cual es el día de su cumpleaños, sus aficiones o su restaurante favorito.

Es esta, sin duda, una temática de máxima actualidad, frente a la que el Derecho no puede permanecer al margen. Será especialmente trascendente tener en cuenta la necesidad de proteger la privacidad de estos menores de edad. Son por todos conocidos casos en los que los menores de edad han visto vulnerado su derecho a la intimidad, incluso por la acción de sus propios padres. En muchas ocasiones por el mero hecho de ser hijos de personajes conocidos o, en otros, simplemente por haber querido convertirse precisamente en uno de esos famosos y, en otros, simplemente por el hecho de entretenerse y pasar un rato divertido sintiéndose acompañados. Algunos de estos menores tienen un número de seguidores tan importantes que son elevados a la categoría de *celebrities*, con las consecuencias para su desarrollo que ello conlleva. Tanto es así que prácticamente todas las sema-

5. Así se señala en una investigación promovida por la sociedad norteamericana Emarketer. Vid. AA.VV., *Redes sociales y privacidad del menor*, PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), Reus, 2011, pág. 38-39.

6. Vid. Agencia Española de Protección de Datos: VI Estudio de IAB Spain, accesible en www.tudecideseninternet.es

7. Fundación Adecco. (2019). *XV Encuesta Adecco. Qué quieres ser de mayor*. Accesible en <https://www.adecogroup.es/wp-content/uploads/2019/08/XV-Encuesta-Adecco-Que%CC%81-quieres-ser-de-mayor.pdf>

nas tenemos noticias relacionadas con la vulneración de la privacidad de menores de edad en las que las redes sociales son las protagonistas.

El concepto de *influencer* podría ser equiparable al de bloguero, o *vlogger*, como lo define el Grupo de Reguladores Europeos de los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA)⁸, que serían aquellas personas que generan contenidos audiovisuales personales que se suben a redes sociales con la intención de obtener el mayor número de visitas posibles o el de un grupo determinado de personas, que pueden ser sus amigos, conocidos o, incluso, indeterminados. Por lo tanto, a lo largo de este trabajo, cuando hablemos de estos *influencers*, nos referiremos a todos aquellos que generen y compartan, bien directamente, bien a través de sus progenitores o incluso por medio de empresas, contenidos de los que ellos son protagonistas en cualquier red social.

Como posteriormente veremos, el mero hecho de compartir contenido personal no tiene por qué significar que se vulnere la intimidad de la persona que lo hace, pero supone, al menos, un riesgo potencial de que esto pueda llegar a suceder. Subir contenido a una red social a una determinada edad con el consentimiento de los progenitores, incluso con el único consentimiento del menor, puede no vulnerar la intimidad de este y, por lo tanto, ser perfecta y suficientemente válido. Igualmente, en sentido contrario, puede que, a pesar de contar con el consentimiento del menor y el de sus representantes legales, el contenido no pueda ser subido a las redes sociales porque vulneraría la privacidad del menor. Este es uno de los objetivos de esta monografía. Determinar qué contenidos no pueden ser publicados en las redes sociales por parte de los menores, independientemente del consentimiento con el que cuenten, y analizar el consentimiento que sí puede ser válido para poder compartir un tipo determinado de contenidos.

Sin duda, las actividades de dichos *influencers* deben de estar reguladas, más aún si estas generan ingresos económicos a los menores de edad o a sus progenitores. Por poner algunos ejemplos de la problemática en la que se verán inmersos estos menores de edad, basta con apuntar que el conocido canal de *Las Ratitas*, dos menores de tan solo 10 y 11 años de edad, cuenta con más de 20 millones de suscriptores en *Youtube*, y 260.000 en *Instagram*. En su canal suben periódicamente contenidos en los que aparecen las menores de edad compartiendo momentos de su vida privada. Algo parecido sucede con *MikelTube* que, con apenas 10 años, tiene a 6 millones de jóvenes pendientes de sus videos semanales en *Youtube*.⁹ Hay un elemento que no podremos obviar en este análisis y es que, ese número de seguidores es fácilmente monetizable, lo que, como posteriormente veremos, aumentará los riesgos para los menores, sin que exista actualmente en España una legislación que los proteja, en ocasiones incluso ante el deseo de sus progenitores de obtener importantes beneficios. Por poner solo un ejemplo, *Youtube* tiene un

8. Grupo de Reguladores Europeos de los Servicios de Comunicación Audiovisual. (2021). *Analysis and recommendations concerning the regulation of vloggers*, pág. 9. Accesible en <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/12/ERGA-SG1-2021-Report-Vloggers.pdf>

9. Vid. Ortega Burgos, E., 2021. Los niños influencers más importantes de España. [Blog] *Derecho de la Moda*, Accesible en: [<https://enriqueortegaburgos.com/mini-influencers-espana/>](https://enriqueortegaburgos.com/mini-influencers-espana/)

programa denominado *Partners* que permite a los dueños del canal obtener unos rendimientos económicos por publicidad que dependerá del número de visualizaciones de los videos. Para que nos hagamos una idea, según el estudio *The State of Influencer Marketing 2020*, alguien con alrededor de 200.000 seguidores en *Instagram* puede ingresar unos 5.000 euros por cada publicación.¹⁰ En el año 2020, las firmas comerciales destinaron en España más de 75 millones de euros en publicidad para que los *influencers* promocionasen diferentes productos.¹¹ A nivel mundial se ha estimado que el gasto en publicidad online destinado específicamente a los menores de edad fue, según el *Kids Digital Media Report*, de 1.700 millones de dólares, aproximadamente un 37% del gasto total en publicidad en este sector.¹²

Así pues, no cabe duda de que se trata de un mercado al alza en el que, según publicaciones recientes, un 66% de los jóvenes da credibilidad a las opiniones sobre distintos productos que los usuarios de las redes suben a sus perfiles.¹³ Llama poderosamente la atención que la asociación que engloba a los anunciantes españoles haya realizado un código ético para autorregularse en este ámbito y no se mencione ni una sola vez el papel o el tratamiento que ha de tenerse con los menores de edad.¹⁴ A este respecto, hemos de señalar que no toda la publicidad dirigida a menores de edad está permitida por la Ley, lo que será un elemento más a tener en cuenta a la hora de regular esta actividad en las redes sociales.

De este modo, la Ley 34/1988 General de Publicidad establece en su artículo 3.b la ilicitud de “la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.” Basta ver algunos de los videos subidos a redes como *Youtube*, con publicidad encubierta dirigida a los menores de edad, para comprender que muchos de ellos contravienen el citado precepto. El fenómeno del *unboxing*, en el que los menores crean contenidos abriendo productos o juguetes, se ha convertido en una práctica que roza lo ilegal. La actual legislación exige que aquellos contenidos que cuenten con publicidad sean identificados de manera suficiente, pero los menores no siempre tendrán la capacidad de detectarlos. A pesar de que *Youtube* cuenta con un sistema para etiquetar el contenido para menores y desactivar así la publicidad, no ha sido suficiente para detener este tipo de publicidad encubierta. Así pues, este fenómeno se ha convertido en una nueva vía de ingresos para las familias de los *influencers* y en un que-

10. Influencer marketing hub. (2020). *The State of Influencer Marketing 2020: Benchmark Report*. Accesible en <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report-2020/>

11. Vid. Estudio *InfoAdex de la Inversión Publicitaria en España 2021*, accesible en <https://www.infoadex.es/home/wp-content/uploads/2021/02/NP-Estudio-InfoAdex-de-la-Inversi%C3%B3n-Publicitaria-en-Espa%C3%B1a-2021.pdf>.

12. La mayor cantidad de esta publicidad fue invertida en *Youtube*, con aproximadamente 413 millones de dólares. Vid. PWC, *Kids Digital Media Report*, 2019, págs. 11 y 13.

13. MARTÍNEZ-SANZ, R.: “La comunicación de los influencers menores de edad: medición de su impacto en el medio plazo”, en *Observatorio (OBS) Journal*, Vol. 15, núm. 3, 2021, pág. 41.

14. Vid. AUTOCONTROL: Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad, 2020, accesible en <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>.

bradero de cabeza más para los reguladores y la protección de los menores de edad.¹⁵

Es en ese momento en el que las redes sociales pasan de ser un entretenimiento para los menores a convertirse en un negocio para ellos y, muy especialmente, para sus progenitores que no dudan en utilizar la privacidad, que incluye la intimidad y la imagen, de sus hijos para ello. Y es que, a pesar de que en los contenidos aparezcan principalmente menores, la gran mayoría de ellos están dirigidos y coordinados por mayores de edad que, sin lugar a dudas, obtienen en muchos casos un rendimiento económico. Un estudio realizado el pasado año 2021 dejaba patente el hecho de la “*profesionalización*” de los canales en los que aparecen muchos menores. Así, entre otras muchas circunstancias, concluye que “*a través de los monólogos y diálogos a cámara se busca transmitir naturalidad, sin embargo, estos dan muestras de estar guionizados.*”¹⁶

Ello entraña grandes riesgos, como el hecho de que lo que se inició como un mero entretenimiento para estos niños se haya convertido, prácticamente, en una obligación casi laboral.¹⁷ Es muy posible que la intención original de los progenitores no fuese la de obtener ingresos, sino la de satisfacer la voluntad de sus hijos. Pero es difícil de creer que lo que pudo empezar siendo un juego no se haya transformado en un verdadero medio de vida para muchos de ellos cuando, incluso, han llegado a cambiar su residencia fiscal para pagar menos impuestos.¹⁸ Tanto es así que en enero de 2022 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia lanzaba una consulta pública sobre la identificación de los *influencers* como prestadores de servicios de comunicación audiovisual en la que se planteaba que estos se “*están profesionalizados y sus contenidos gozan de una destacable presencia en el mercado audiovisual desde el punto de vista del consumo y de la inversión publicitaria.*”¹⁹ Esta preocupación ha hecho que países como Francia hayan aprobado una pionera legislación específica para menores de edad *influencers*, que

15. Como señala FERRER LOPEZ, “*existen influencers infantiles/juveniles que hablan sobre marcas, hacen unboxings de juguetes u otros productos infantiles e incluso promocionan sus propios productos con elementos claramente identificables como publicitarios, pero sin revelar que se trata de contenido publicitario. Muchos de ellos llevan un link para poder ir a la tienda online para adquirirlo. Todos estos productos están patrocinados por niños y dirigidos a un público claramente infantil.*” Cft. FERRER LOPEZ, M.: *Presencia de influencers en campañas publicitarias digitales. Estudio de su capacidad persuasiva y efectividad en jóvenes*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2021, pág. 203.

16. Vid. MARTÍNEZ-SANZ, R.: “La comunicación de los influencers menores de edad: medición de su impacto... *Op. cit.*, pág. 46.

17. A este respecto hay un completo estudio que analiza el papel de las familias y su enriquecimiento. Vid. MARTÍNEZ PASTOR, E., VIZCAÍNO-LAORGA, R., NICOLÁS OJEDA, M.A., SERRANO MAILLO, I. Y GARCÍA MAROTO, S.: *Familias y niños: el negocio de los canales de los niños youtubers*, Fundación BBVA, 2018.

18. EL ESPAÑOL: *Así viven el Rubius y otros 100 españoles en Andorra: “En España los impuestos alimentan la corrupción”*, 7 de febrero de 2021, accesible en https://www.lespanol.com/reportajes/20210207/rubius-espanoles-andorra-espana-impuestos-alimentan-corrupcion/556944784_0.html.

19. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2022. *Consulta pública sobre la propuesta de Comunicación de la CNMC para identificar a los nuevos agentes audiovisuales o vloggers*. Pág. 2 Accesible en <https://www.cnmc.es/consulta-publica-criterios-vloggers-20220131>.

protege los derechos de estos. Más adelante nos detendremos en esta ley francesa que contiene aspectos muy interesantes que deberían de ser tenidos en cuenta por el legislador español, con la intención de proteger los derechos de los menores de edad.

Los contenidos generados por los menores a los que hacíamos previa mención, pueden tener el visto bueno de los progenitores, en algunas ocasiones por omisión y, en otras, como impulsores y principales beneficiarios de los mismos, que, como acabamos de señalar, incluso pueden llegar a generar importantes beneficios económicos por el elevado número de visualizaciones de los videos en los que aparecen los menores de edad. Pero no siempre sucede así; son también habituales los casos en los que los menores suben un contenido a las redes, no solo sin el conocimiento de sus progenitores, sino incluso contra la voluntad de los mismos.

Como posteriormente veremos, uno de los principales problemas es el control por parte de las redes sociales de que el consentimiento prestado para el acceso a las mismas cumpla con los requisitos legales exigidos para ello. Los procedimientos existentes actualmente no garantizan que el acceso de los menores a las distintas plataformas cumpla con los requisitos legales existentes. Así pues, como luego explicaremos con mayor detalle, a un menor le basta mentir en el registro de su perfil en la plataforma para tener acceso a ella, sin que esta verifique y compruebe que, por ejemplo, los datos aportados por el usuario respecto a su edad son los correctos. Es cierto que los menores podrán, a determinadas edades, prestar su consentimiento sin la participación de los progenitores, pero, en edades tempranas, esa participación de los padres será imprescindible. Es más, como pretendemos abordar, habrá ocasiones en las que ni siquiera el consentimiento prestado por los progenitores será válido, por ir este en contra del interés superior del menor.

En estas circunstancias puede surgir una clara colisión entre el uso de las redes sociales y la privacidad del menor. Habrá que fijar los límites para determinar cuándo estamos ante una intromisión ilegítima en los derechos del menor y cuando nos encontramos ante un uso permitido. Será este uno de los temas al que prestaremos una especial atención por su complejidad e implicaciones legales, no ya solo desde el punto de vista de la protección de la intimidad y de la imagen de los menores de edad, sino también por su posible papel irregular en el ámbito laboral.

Además de los riesgos relativos a la privacidad, los menores encontrarán otros muchos peligros en las redes sociales que, si no son usadas con responsabilidad y con una formación adecuada, podrán generar consecuencias indeseables para su desarrollo. De este modo, el *cyberbullying*, consistente en un acoso online por parte de otros menores, el *grooming*, también acoso online a menores, pero cometido por mayores de edad, o el *sexting*, que no es otra cosa que el envío, en principio voluntario, de imágenes de índole sexual, han sufrido un aumento exponencial en los últimos años siendo una de las mayores preocupaciones por parte de los progenitores. Como afirman PÉREZ FERRER y PÉREZ VALLEJO, durante los últimos años se ha producido un *“aumento del uso de las redes sociales y dispositivos móviles como plataformas para la realización de actos de violencia escolar y otros tipos de acoso con elementos sexuales entre menores. Conductas vejatorias, amenazas, comentarios dañinos, difusión de fotos o videos de contenido comprometido, facilitados vo-*

luntariamente por la víctima a otro menor y que pueden generar un proceso de ciberbullying entre menores.”²⁰

Estos que acabamos de mencionar son solo algunos de los riesgos a los que se enfrentan los menores con el uso de las redes sociales, pero hay muchos más. Casi el 40% de los ciudadanos considera que el riesgo más habitual al que están expuestos los menores en Internet es la difusión de fotos y vídeos comprometidos, seguido de dar demasiada información sobre ellos mismos a gente que no conocen, según datos del CIS. Ante estos datos, la Agencia Española de Protección de Datos considera imprescindible ofrecer herramientas preventivas que permitan evitar riesgos a un colectivo especialmente vulnerable, el de los menores, en el que las nuevas tecnologías tienen especial incidencia. Tanto es así que la citada Agencia ha situado el tema de la protección de los datos personales de los menores de edad como una de sus máximas prioridades y, por ello, han puesto ya en marcha diferentes campañas.²¹

Por otro lado, trataremos también los casos, cada vez más habituales, en los que los progenitores comparten contenidos de la vida privada de sus hijos sin que exista acuerdo entre ellos. Este elemento complicará aun más la problemática de la que hasta ahora hemos hablado, y ha de ser abordado desde una perspectiva prudente, razonable y siempre garantista con los Derechos de los menores de edad.

En definitiva, este fenómeno viene generando una preocupación creciente en gran parte de la sociedad y, aunque las redes sociales hayan sido un hallazgo maravilloso y hayan constituido un avance fundamental en las libertades, en la información y en el entretenimiento, no dejan de entrañar riesgos importantes para la privacidad, sobre todo de los menores de edad, que abordaremos a lo largo de esta obra. De este modo, la privacidad de estos niños, que puede verse comprometida, será el argumento principal sobre el que gire el presente trabajo. Como iremos viendo a lo largo del mismo, nuestro Ordenamiento Jurídico protege especialmente los derechos de la personalidad de los menores en su incesante intento por adaptarse a la continua evolución de la llamada sociedad de la información. El régimen protector relativo a las intromisiones en los derechos de los menores a través de las redes sociales se ve forzado a adaptarse a los nuevos retos y problemáticas jurídicas que plantea la evolución de Internet donde, como acabamos de señalar, los usuarios de redes sociales han pasado a ser los protagonistas en el desarrollo de contenidos e interacción entre ellos, convirtiéndose en generadores de dicho con-

20. Cft. PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F.: *Bullying, Ciberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, 2016, pág. 12.

21. A tal efecto, esta Agencia ha firmado un convenio con el Ministerio de Educación que ha apoyado la elaboración de unas fichas didácticas, disponibles en la web tudecideseninternet.es, con un enfoque psicológico y pedagógico adaptado, dirigidas a menores de entre 10 y 14 años, para que tengan conocimiento de qué se puede o se debe hacer con los datos personales en Internet, cómo trabajar en cuanto al perfil en una red social, aplicaciones de mensajería instantánea. En esa misma web hay disponibles, además, fichas didácticas orientadas a los padres con el objetivo de trabajar con las asociaciones de padres y madres para que puedan proteger a sus hijos frente a las amenazas.

tenido.²² Ya hace años, la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores ponía de manifiesto que “*la intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.*” Así pues, si ese nivel de protección y atención era ya necesario con la única presencia de medios audiovisuales, la aparición de las redes sociales y su continua evolución ha hecho aún más necesario adaptar y actualizar las medidas legales para proteger los derechos de la personalidad de los menores de edad.

22. Vid. AGUSTINOY GUILAYN A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos Legales de las redes sociales*, Bosch, 2016, págs. 17 y ss.

Capítulo II

LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD: LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

La privacidad, que referida a los menores de edad es el núcleo en torno al que gira todo nuestro estudio, engloba a los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Como hemos comentado en otros trabajos, ya en el S. XIX se reconocía la existencia del denominado entonces *Right to Privacy*, cuyo origen hay que encontrarlo en la necesidad de establecer y proteger algunas esferas de la vida privada y separarla de la vida pública.²³ En el famoso artículo de WARREN y BRANDEIS, *The right of privacy*, publicado en *Harvard Law Review* en 1890²⁴, ya se hablaba de la existencia de un “derecho a ser dejado en paz”, que incluía tanto el derecho a la imagen como a la intimidad, englobado todo ello dentro de un derecho más amplio, el de privacidad. También el Tribunal Supremo de Estados Unidos había avanzado en este sentido, aunque sin definirlo como tal, en una sentencia de 1888 en la que hacía referencia a “la invasión de su derecho imprescriptible a la seguridad personal, la libertad personal y la propiedad privada.”²⁵

Así pues, a lo largo del presente capítulo analizaremos el actual marco normativo nacional y europeo en el ámbito de la privacidad, y detallaremos los contenidos de los derechos los derechos que esta engloba.

23. WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, V. IV, nº5, 1890.

24. Un amplio análisis sobre esta obra puede consultarse en SALDAÑA, M. N.: “*The right to privacy*: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”, en *Revista De Derecho Político*, núm. 85, 2012.

25. (In *Boyd v. United States*, 1888) GLANCY, D.J.: “The invention of the Right Privacy”, en *Arizona Law Review*, Vol. 21, nº1, 1979, Pág. 30.

1. EL MARCO NORMATIVO DE LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD

Antes de adentrarnos en la situación a la que se enfrentan los menores de edad en las redes sociales y las medidas exigibles para proteger sus derechos, se hace necesario centrar previamente su ubicación normativa, el contenido y la titularidad de estos. A lo largo de todo este trabajo nos centraremos en la protección de la privacidad de los menores, privacidad que engloba los derechos a la intimidad y a la imagen. Ambos derechos, junto al honor, se incluyen, como derechos fundamentales que son, en el Título Primero de la Constitución Española. Esta configuración, como ya señalaba CASTÁN, conlleva una característica principal y es que “*conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.*”²⁶ Y lo conceden durante toda la vida del titular, incluso más allá de ella en el caso de la denominada intimidad familiar, sin que su ejercicio prescriba en momento alguno y sin la posibilidad de poder transmitirlo, aunque sí explotarlo, como más tarde abordaremos también.

Con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1978 no existía en la legislación española ningún precepto que protegiera la privacidad, incluyendo en ella el derecho a la imagen o a la intimidad. Con la entrada en vigor de la Carta Magna se introdujo en los artículos 18.1 y 20.4 la protección del honor la intimidad y la imagen²⁷. A pesar de ello, no se recoge ninguno de estos derechos en el Código civil español, aunque posteriormente, a través 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 Imagen²⁸, el legislador español dotó de contenido los derechos a los que nos venimos refiriendo y sobre los que ahora nos detendremos. También hemos de señalar lo recogido en el artículo 18.4 de la Constitución Española, ya establece que “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”; y ponerlo en relación con el artículo 20.4 de la misma, según el cual las libertades de información y expresión “*tienen su límite, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”. Entendemos que esta última alusión a la protección de la juventud y de la infancia hace referencia a la tutela y garantía del interés del menor.

La consecuencia de la inclusión de estos derechos en el Título I de la Constitución Española implica elevarlo a la categoría de Derecho fundamental, lo que de-

26. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, “Los derechos de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, VII, VIII, 1952. Pág. 9.

27. Artículo 18.1 Constitución española: “*Se garantiza el derecho a honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*”

Artículo 20.4 Constitución española: “*Estas libertades –en referencia a la libertad de expresión, pensamiento, ideas, opiniones, a la producción y creación científica, literaria y artística, a la libertad de cátedra y a la libertad de información– tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de 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.*”

28. BOE núm. 115, de 14/05/1982.

nota la importancia del mismo y lo dota de una especial protección. Esta naturaleza, la de tratarse de un derecho de la personalidad elevado a derecho fundamental, tendrá importantes efectos, como es el hecho de que el consentimiento emitido por parte del menor para la publicación o difusión de una imagen personal, como posteriormente estudiaremos, pueda ser revocado.

Cabe destacar que la protección de estos derechos se verá reforzada cuando sus titulares sean menores de edad. A este respecto, la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores señala que “*si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de una manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, más vulnerables por tanto ante los ataques a sus derechos.*”²⁹ Así lo han reiterado en numerosas ocasiones los tribunales de nuestro país, que llegan a afirmar que, como es lógico, se tiene que 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.*”³⁰ Como señala BERROCAL LANZAROT, a los menores de edad ha de aplicárseles una protección específica, como establece el propio considerando 38 del Reglamento General de Protección de datos al afirmar que “*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.*”³¹

La protección que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico tras el desarrollo de estos preceptos constitucionales es amplia. Así, la encontramos en la genérica Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen (LOPHII, en adelante); pero también, más específicamente, en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³², modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio³³, al igual que en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁴, cuyo artículo 4 regula el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores. Este último artículo, como posteriormente veremos, será sobre el que giren los derechos de la personalidad de los menores de edad. En él se establece lo siguiente:

Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

29. *Cft.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, pág. 6.

30. *Cft.* Sentencia del Tribunal Supremo sentencia núm. 621/2003 de 27 junio (RJ 2003\4312).

31. *Vid.* BERROCAL LAZAROT, A.I.: “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2019, pág. 2550.

32. BOE de 17 de enero de 1996.

33. BOE núm. 180, de 29/07/2015.

34. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

2. 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, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. 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.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Igualmente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³⁵, en su artículo 7, establece un precepto relacionado con la protección de estos dos derechos. Asimismo, la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia³⁶, dedica varios de sus preceptos a la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad. Pero hemos de señalar que esta ley, de manera decepcionante, tan solo se ocupa de los contenidos que pudiesen afectar a los menores, sin mencionar siquiera los contenidos en los que aparecen los menores y el papel activo que estos tienen en las redes sociales. Habría sido el momento de dar respuesta a lo exigido en la disposición adicional decimonovena de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos en la que se exigía al Gobierno la remisión de un proyecto de ley “*dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet*”.

Así mismo, se refiere expresamente al consentimiento prestado por menores de edad para el tratamiento de sus datos personales el artículo 7 de la nueva Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales³⁷, que deberemos tener en consideración especialmente puesto que será trascendental a la hora de comprender el acceso de los menores de edad a las redes sociales y el tratamiento de su privacidad. También algunas leyes autonómicas han incluido entre su desarrollo la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad, como es el caso de la Ley 4/2021, de 27 de julio,

35. BOE núm. 79, de 01/04/2010.

36. BOE núm. 134, de 05/06/2021.

37. BOE, núm. 294 de 06 de diciembre de 2018.

de Infancia y Adolescencia de Andalucía³⁸, cuyo artículo 46 se dedica íntegramente a esta materia.³⁹

Mención especial respecto a la protección de los derechos de los menores en internet requiere lo establecido en el artículo 8.1. d de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁴⁰, que permite adoptar todas las medidas que fueren necesarias para proteger a la juventud y a la infancia en el ámbito de internet, incluyendo la posibilidad de interrumpir la prestación de los servicios o la eliminación de los contenidos que vulneren los derechos de los menores de edad.⁴¹

Por lo que respecta a la normativa europea, carece de un verdadero contenido que proteja los derechos de la personalidad de los menores de edad, excepción hecha de lo recogido en el Reglamento General de Protección de Datos y algunos otros preceptos a los que nos referimos a continuación pero que, como veremos, no se refieren propiamente a la protección de estos derechos, sino a medidas tendentes a la autorregulación de las plataformas digitales para evitar la vulneración de los derechos mencionados. A este respecto, es relevante el informe del Grupo de Reguladores Europeos de los Servicios de Comunicación Audiovisual, *Analysis and recommendations concerning the regulation of vloggers*, donde se pone de manifiesto la insuficiente protección que se presta a los menores de edad en la Directiva 2010/13, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.⁴²

Esa misma opinión expresó la Comisión Europea en 2016, en su evaluación de la propuesta de modificación de la citada Directiva al señalar que *“aunque los objetivos de la Directiva siguen siendo válidos, la evolución del mercado y los cambios en las pautas de visionado han hecho que algunas de sus normas queden desfaseadas”*, incluyendo entre ellas las relativas a la protección de los menores de edad.⁴³ En la citada propuesta de modificación planteaba dos posibles opciones para llevar

38. BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2021.

39. Artículo 46.1 de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía: *“Las administraciones públicas de Andalucía velarán, en el ejercicio de sus competencias, por que se respete el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de las niñas, niños y adolescentes. Especialmente se tendrán en cuenta aquellas personas menores que se encuentren en situación de vulnerabilidad y en situación de desprotección.”*

40. BOE núm. 166, de 12/07/2002.

41. Establece literalmente el artículo 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que *“En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación -incluyendo la protección de la infancia y la juventud-, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran”*

42. Grupo de Reguladores Europeos de los Servicios de Comunicación Audiovisual. (2021). *Analysis and recommendations concerning the regulation...* Op. cit., pág. 23

43. Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*, 2016, pág. 2

a cabo esa protección. La primera de ellas apostaba por la autorregulación de las propias plataformas o redes sociales. En cambio, la segunda propuesta defendía la necesidad de imponer una obligación a estas redes sociales, además de hacerla también compatible con la autorregulación.⁴⁴

En nuestra opinión, como así ha sucedido posteriormente tanto en la modificación de la Directiva como en el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, aún en tramitación en el Congreso de los Diputados, lo acertado era hacer compatibles ambas medidas, puesto que la autorregulación de las plataformas online y la exigencia de determinadas obligaciones a las mismas, no son excluyentes, bien al contrario, son complementarias e incluso necesarias. Lo cierto es que la Directiva 2018/1808 de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ha incluido en su articulado una exigencia a las distintas plataformas en cuanto a la imposición de medidas obligatorias en lo referente a la protección del menor, limitándose, en cambio, a “animar” a que se produzca la autorregulación en este ámbito. Ahora entraremos con mayor detenimiento en este aspecto.

Mientras los medios de comunicación tradicionales tienen unos férreos controles en lo que respecta a los contenidos que se pueden emitir y se les llega a establecer unas horas concretas en las que poder hacerlo, según sean o no adecuados para menores de edad, las redes sociales carecen de control alguno y pueden publicar, a cualquier hora y con un control ciertamente dudoso, contenidos que están vetados por la Ley Audiovisual al resto. En esta línea se ha situado, como ahora mencionábamos, la Directiva 2018/1808 de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, en la que ya se señala en su considerando 20 que “*las medidas adecuadas para la protección de los menores aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva deben aplicarse también a los servicios de comunicación audiovisual a petición.*”

En nuestra opinión, es necesario que la legislación afronte esta problemática desde una doble vertiente. Por un lado, para que los contenidos que no sean adecuados para los menores de edad solo puedan ser visibles para aquellos usuarios mayores de 18 años. Eso pasa, ineludiblemente, por unos procedimientos más garantistas y veraces para las altas en las redes sociales y un control parental. No puede ser que, simplemente mintiendo en la edad, los menores puedan acceder a todo el contenido de las mismas. Por otro, y más importante aún si cabe, la privacidad, no ya de quien consume los contenidos, sino de quien los sube. A esto último dedicaremos gran parte de la monografía.

Respecto a la primera de las medidas a las que ahora nos referíamos, la necesidad de acreditar la veracidad de la edad en las redes sociales, la propia Directiva

44. Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE...* Op cit. pág. 2

2018/1808 ya pide a los estados miembros en su artículo 28 ter f) la conveniencia de “establecer y operar sistemas de verificación de la edad para los usuarios de las plataformas de intercambio de vídeos con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores.” También en la misma Directiva se pide, en el nuevo artículo 4 bis, a los Estados miembros que animen a las plataformas audiovisuales a que se “use la corrección y se promueva la autorregulación mediante códigos de conducta adoptados a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos.” A estos dos aspectos nos referiremos con mayor detenimiento más adelante.

No obstante, a pesar de que la Directiva 2018/1808 incluye medidas loables, esta aún no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento, cosa que debería haber sucedido ya antes del mes de septiembre de 2020. Dicho esto, también es cierto que el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, que se encuentra en fase de tramitación en el Congreso de los Diputados, exige en su artículo 88 e) “establecer y operar sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos, como la violencia gratuita o la pornografía.” Así pues, a día de hoy queda un largo camino para que este acceso con una verificación de garantías en lo que respecta a la edad de los usuarios sea una realidad. No sólo es necesaria la aprobación del mencionado Proyecto de Ley, sino que hará falta aún desarrollar lo establecido en el mencionado precepto.

Tanto la Directiva como el Proyecto de Ley afrontan tan sólo una parte de la problemática, el del acceso a los contenidos, olvidando la protección de la privacidad de los menores cuyas imágenes y vídeos son subidos a las redes sociales, por ellos o por terceros, con o sin su consentimiento. De este modo, el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual se limita, en su artículo 4.3 a remitir de manera genérica a las leyes 1/1982 que, obviamente y como ya hemos planteado en algunas ocasiones, no está lo suficientemente adaptada a la aparición de estas nuevas plataformas, a la Ley 2/1984 y la nueva Ley de Protección de Datos. Concretamente señala que “la comunicación audiovisual respetará el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizará los derechos de rectificación y réplica, en los términos previstos en 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, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.”

También en el Reglamento Europeo de Protección de Datos tiene en cuenta de manera especial la privacidad de los menores de edad, si bien de manera excesivamente superficial. Así, el artículo 57.1.b del citado Reglamento señala que las autoridades de control de protección de datos deberán “promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento. Las actividades dirigidas específicamente a los niños deberán ser objeto de especial atención.”

Pues bien, la constante aparición de imágenes y contenidos de menores de edad en el ámbito de las redes sociales, a lo que estamos tan acostumbrados, es algo que también fue objeto de regulación en el año 2010 ya mediante la Ley General de la Comunicación Audiovisual. El artículo 7 de la mencionada ley regula los derechos del menor, protegiendo los derechos a la intimidad y propia imagen de los mismos y regulando el derecho que tienen a emitir y recibir una información veraz, además de, en lo esencial, consagrar el principio de no identificación del mismo cuando señala que *“los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente. En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación”*.

2. CONCEPTO DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Una vez analizada la ubicación normativa de los derechos a la intimidad y a la imagen en el ordenamiento jurídico nacional y europeo, y antes de pasar al análisis más detallado de su titularidad y su contenido, sí que es conveniente conocer el concepto básico de los mismos. Así, desde el punto de vista del Derecho civil nos encontramos ante Derechos de la Personalidad, y así se reconoce en la Exposición de Motivos la Ley 1/1982 en la que se señala que *“los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los Derechos de la Personalidad”*. También lo hace así la jurisprudencia constitucional, que en su Sentencia de 30 octubre de 1987 señala que *“los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los Derechos de la Personalidad...”*.

Hemos de partir del hecho claro de que la Ley 1/1982 no conceptúa ni deslinda con nitidez estos derechos, tampoco precisa su contenido, sino que se refiere a ellos como si de un solo derecho se tratase. A pesar de lo cual es imprescindible, aunque obvio, precisar que estamos ante tres derechos bien diferenciados, a pesar de que a veces llegan a ser confundidos incluso por los propios tribunales de justicia. En palabras del Tribunal Constitucional, *“los tres derechos del art. 18.1 CE son derechos autónomos con diferente contenido y finalidad”*⁴⁵.

Tal vez sean estas últimas razones las causas de que la regulación de estos derechos no gire en torno a cuáles son las facultades que integran su contenido, sino alrededor de la delimitación de las intromisiones en los mismos que son legítimas y las que merecen el calificativo de ilegítimas, con una técnica legislativa, tal y como afirma O'CALLAGHAN MUÑOZ⁴⁶, más propia de las normas penales que de las ci-

45. Auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 2007.

46. Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, en *La Ley, Revista jurídica española de*

viles. Pero, por sistemática, nos referiremos a esas intromisiones ilegítimas más adelante, al tratar el consentimiento necesario para compartir los contenidos relativos a las imágenes o la vida privada de los menores, pues es este el apartado central de nuestro estudio y no tanto la intromisión provocada por terceros ajenos al menor que pueden acceder y posteriormente difundir los citados contenidos.

Hemos de advertir, antes de entrar de lleno en estudio de los derechos a la imagen y a la intimidad, que, como mantienen unánimemente doctrina y jurisprudencia, los derechos a la intimidad y a la imagen podrán ser vulnerados de manera simultánea. Afirma el citado autor que, aunque los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen sean tres derechos distintos, no se trata de un solo derecho tricéfalo; sin perjuicio, eso sí, de que un mismo hecho pueda atentar conjuntamente contra el honor y la imagen, o contra la intimidad y la imagen ya que, según aclara el autor, en principio no es posible la concurrencia del atentado al honor y a la intimidad.⁴⁷

Dicho esto, es también necesario advertir que no toda vulneración del derecho a la intimidad debe venir acompañada por la difusión de una imagen, pero sí, en cambio, cualquier vulneración del derecho a la imagen se produce, única y exclusivamente, por la publicación de esta, sea o no representativa de un momento que forme parte de la esfera íntima del perjudicado. Lo relevante para nuestro estudio será tanto la publicación de la imagen de los menores de edad como la posible vulneración de su intimidad, sea a través de una imagen o no. Y ello porque son los ámbitos de los menores de edad más necesitados de protección.

En este sentido, de forma muy elemental y con ánimo meramente instrumental a los efectos que nos ocupan, definiremos brevemente estos tres derechos de la personalidad. Nos referiremos con más detenimiento a los derechos a la intimidad y a la imagen y lo haremos más someramente con el derecho al honor. Este último, sobre el que no profundizaremos más a lo largo del presente trabajo, se puede definir haciendo referencia a dos aspectos de su contenido. En un sentido objetivo, como buena fama o reputación, supone el reconocimiento que de esa dignidad hacen los demás. Y en un sentido subjetivo o de propia estima, relativo a la estimación que cada persona tiene de sí mismo.⁴⁸ Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 octubre 1997, después de señalar que el artículo 7.7 de la Ley 1/1982 más que definir el honor da un concepto negativo al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima, afirma que en la doctrina se ha aceptado unánimemente la definición procedente de la italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de las demás y en el sentimiento de la propia persona; *“la cual ha sido, a su vez, aceptada y seguida por esta Sala que, desde la Sentencia de 23 marzo 1987, reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de la inmanencia, representado por la*

doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 4, 1996, pág. 177.

47. Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley... *op. cit.* En este mismo sentido, y por muchos otros, *vid.* GARCÍA GARNICA, M^a C., “El ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la imagen del menor no emancipado” en *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 176 y ss.

48. Por todos, *vid.* Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, I-II, 2008, p. 91.

estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad". Por su parte, el Tribunal Constitucional parece subrayar este segundo aspecto, al identificar el contenido abstracto del derecho al honor con la preservación de la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones que le hagan desmerecer en la consideración ajena o que le afecten a su reputación o buen nombre.⁴⁹

En definitiva, una vez perfilados los límites conceptuales de los tres derechos, nos centramos en los derechos a la intimidad y a la imagen con objeto de dilucidar si la regulación existente los protege en el ámbito de la actividad de los menores en internet; pues, aunque el marco legislativo actual cuenta con medios suficientes para la protección a los derechos de los menores en casi todos los frentes, las redes sociales se han convertido en un coladero de ilicitudes, que hacen muy difícil su control legal. Para los menores, internet sigue siendo un juego y ya no sólo por las posibilidades lúdicas del medio. El riesgo crece con el avance de la sociedad de la información y las tecnologías, conllevando una creciente pérdida de control sobre la información personal que se expone. Hacerse una foto o un vídeo íntimo y enviarlo por móvil, enjuiciar a un compañero de clase, usurpar su identidad creando un perfil falso en una red social, mostrar filias y fobias, o simplemente, dar toda clase de información sobre nosotros. Se escribe y se difunden contenidos sin ser conscientes de las repercusiones y las consecuencias que estas actuaciones pueden acarrear. En este entorno, caracterizado por la inmediatez, la rapidez y la amplia difusión de dichos contenidos, las lagunas normativas existentes permiten un ataque a los derechos fundamentales de los usuarios más vulnerables.⁵⁰

2.1. El derecho a la propia imagen

A pesar de que ya en el Derecho Romano se recogía el denominado *ius imaginum* que permitía a los familiares realizar una máscara del rostro del difunto con el objeto de dar publicidad a la dignidad de la familia, no fue hasta mediados del S.XIX, tras la invención de la fotografía, cuando en Europa surgió la preocupación jurídica por la protección del derecho a la imagen.⁵¹ Y ello porque con anterioridad la reproducción de las imágenes tan solo se podían hacer a través de los retratos, esculturas o mascarar funerarias, lo que inevitablemente requería el consentimiento de aquel que aparecía en ellos o de sus familiares.⁵² Tal fue así que Alemania legisló sobre la materia en 1842, apenas una década después de la invención de la fotografía, y las primeras sentencias sobre esta materia se produjeron en

49. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 junio 2003, RTC 2003/127.

50. El marco normativo a tener en cuenta en este sector lo constituyen la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la normativa de Protección de Datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

51. Vid. CEBALLOS DELGADO, J.M.: "Aspectos generales del derecho a la propia imagen", en *Revista de la propiedad inmaterial*, núm. 15, 2011, pág. 61.

52. PERLA VELAUCHAGA, E.: "El derecho a la propia imagen... Op. cit., pág. 35.

Francia en 1855, por las que prohibieron exposiciones públicas de imágenes que no contasen con el consentimiento de los afectados.⁵³

Años después, en Estados Unidos se desarrolló una amplia doctrina, cuya más relevante plasmación se produjo en el ya mencionado artículo de WARREN y BRANDEIS *The right of privacy* publicado en *Harvard Law Review* en 1890.⁵⁴ Fueron muchos los pronunciamientos de tribunales norteamericanos en los que se recogía el derecho a la imagen, que finalmente se vio plasmado por primera vez en 1903 en la Ley de Derechos Civiles del Estado de Nueva York en la que establecía que “*toda persona, empresa o corporación que utilice con fines publicitarios o comerciales el nombre, el retrato o la imagen de cualquier persona viva sin haber obtenido previamente el consentimiento por escrito de dicha persona o, si es menor de edad, de sus padres o tutores, es culpable de un delito menor.*” Esta legislación, sin duda avanzada para su época, ha perdurado inalterada durante más de un siglo, a pesar de los cambios tan profundos que se han producido en este ámbito.⁵⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos comentado con anterioridad, el derecho a la propia imagen no aparece definido como tal ni en la Constitución ni en la Ley 1/1982. Esta última se limita, a través de lo establecido en el artículo 7.5 y 7.6 a señalar qué se considerará como intromisión ilegítima en este derecho. Así, señala el citado precepto que se vulnerará el derecho a la imagen cuando se produzca “*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...*” así como “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*”

Definía PERLA VELAUCHAGA el Derecho a la propia imagen como “*la facultad de la persona de gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás.*”⁵⁶ La jurisprudencia lo ha definido en numerosas ocasiones, siendo especialmente ilustrativo lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1987 en la que se afirma que “*imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.*” Incluye tam-

53. RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, M.: “El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil”, en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 22, 2009, pág. 20 y ss.

54. Un amplio análisis sobre esta obra puede consultarse en SALDAÑA, M. N.: “*The right to privacy*: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”, en *Revista De Derecho Político*, núm. 85, 2012.

55. ROSENTHAL, E. H. y WERBIN, B.: “A Historical Retrospective on New York’s Right of Privacy Law: 115 Years of New York Court of Appeals Jurisprudence”, en *Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, Vol. 29, núm. 3, 2018, pág. 36.

56. *Vid.* PERLA VELAUCHAGA, E.: “El derecho a la propia imagen... *op. cit.* pág. 33.

bién las caricaturas, imitaciones o cualquier otra representación que permita determinar que nos encontramos ante el titular del derecho.

Así pues, en el derecho a la imagen puede distinguirse nítidamente una doble vertiente. En su aspecto negativo o de exclusión comporta la posibilidad de prohibir a terceros el obtener, reproducir o divulgar por cualquier medio la imagen o aspecto físico de una persona sin su consentimiento. En cuanto al positivo, otorga a la persona la facultad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicitarla, permitir su difusión por parte de un tercero y hasta comerciar con ella.⁵⁷ Señala acertadamente a este respecto LACRUZ BERDEJO que el derecho a la imagen ofrece dos aspectos: uno negativo, porque prohíbe a terceros el obtener, reproducir o divulgar por cualquier medio la imagen de una persona sin su consentimiento y, otro positivo, entendido como la facultad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella, o controlar esas actividades según criterio y a utilidad propia. Este hecho será del todo relevante para nuestro estudio puesto que una de las principales problemáticas que se plantean, como ya hemos señalado por otra parte, es la del uso que hacen en ocasiones los padres de la imagen de sus hijos en las redes sociales, en muchos casos para obtener un rendimiento económico.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional donde ha puesto de relieve esta doble perspectiva que acabamos de mencionar. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007 viene a confirmar esta circunstancia al señalar que *“lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención o reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.”*

Por lo tanto, a través del derecho a la imagen se protege a la persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona; imprescindibles para su propio reconocimiento como individuo.⁵⁸ No obstante, pese a que el derecho a la imagen ciertamente comprende la posibilidad de controlar la reproducción de la propia imagen por medios gráficos o audiovisuales, engloba también la facultad de decisión sobre la propia apariencia física.⁵⁹ RODRIGUES DA CUNHA habla de tres características que definen al derecho de imagen, que son: la visibilidad, la reconocibilidad y la individualización.⁶⁰ El elemento clave que protege este derecho, en nuestra opinión, es el de la identificación de la persona. La emisión de una imagen con el rostro pixelado no garantiza que se proteja el derecho, puesto que es posible que en algunos casos se pueda producir la identificación por otros medios, como cicatrices, o cualquier otra circunstancia que permita identificar al sujeto (inclu-

57. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, 2010, pág. 93.

58. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 junio 2003, RTC 2003/127.

59. Vid. DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 109 y ss. Cft. PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 61-82.

60. RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, M.: “El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España... *Op. Cit.*, pág. 25

so, la mascota que lo acompaña).⁶¹ Así pues, lo que determinará si esto es así es que esa pixelación u ocultación del rostro de la persona, efectivamente evite la identificación.

Es importante señalar que, en el ámbito de internet, el Proyecto de Ley audiovisual que se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados hace una mención expresa a la protección del derecho a la imagen de los menores. Así, el artículo 93.1 señala que “*los menores tienen derecho a que su imagen y su voz no se utilicen en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente.*” La realidad es que este precepto no aporta nada nuevo y, además, es reiterativo puesto que, como hemos señalado y es sabido, el derecho a la imagen incluye la protección de la voz, y las menciones que hace al consentimiento necesario para su uso son genéricas, sin que cuenten con aportación alguna.

2.2. El derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad es, en cambio, el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que conforman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado.⁶² Supone el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia y de la que puede prohibir el acceso a otros. Para el Tribunal Constitucional implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de la cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana.⁶³ Por tanto, al igual que sucede con el derecho a la propia imagen, su contenido tendría una vertiente negativa, de exclusión, y una positiva, de libertad.

Hemos de hacer constar que el derecho a la intimidad, aunque en muchas ocasiones sea tratado como similar al de la privacidad, no son exactamente el mismo derecho. Ciertamente es que su relación es enorme, pero el derecho a la privacidad, que engloba al de la intimidad, es más amplio que este. El primero hace referencia a cualquier dato de carácter personal, sea o no íntimo, como podría ser la titularidad

61. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (Sentencia núm. 784/2004 de 12 julio, RJ 2004\434) en la que se condena a un periódico por publicar una fotografía de una mujer desnuda, en una playa nudista, sin su consentimiento y sin relevancia pública. Lo curioso de este caso es que la bañista fue fácilmente identificada por el perro al que paseaba, a pesar de que su rostro no era visible, por lo que el tribunal califica de “personalidad identificable” y estiman una vulneración, no sólo en el derecho a la propia imagen sino también en la intimidad, pues reitera que “*La invasión de tal ámbito de privacidad mediante la obtención de fotografías sin consentimiento del así representado gráficamente constituye una intromisión ilegítima de ese derecho fundamental a la intimidad personal.*”

62. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Personalidad y derechos de la personalidad... *op. cit.*”, expresa en este sentido el concepto doctrinal del derecho a la intimidad.

63. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 junio 2003 (RTC 2003/127), junto con otras muchas anteriores.

de un bien, por ejemplo. Es cierto que, con la aparición de las nuevas tecnologías han surgido también nuevos datos personales que se asemejan cada vez más a la intimidad en sentido estricto. Es decir, que alguien conozca nuestros gustos o aficiones debido a nuestras interacciones con distintas plataformas online, puede dar a conocer datos que también se consideren de carácter íntimo, como podría ser nuestra orientación sexual o la ideología. Dar un *like* a una publicación de un partido político de manera aislada no tiene por qué hacer pensar que lo apoyamos, en cualquier caso, pero eso, unido a otras interacciones y al uso de la inteligencia artificial, puede llevar a que terceros conozcan nuestras inclinaciones políticas. El *like*, de manera aislada, no forma parte estrictamente de nuestra intimidad, pero sí lo será de nuestra privacidad. Y eso, a la larga, puede acabar vulnerando nuestro derecho a la intimidad. Por todo ello, a lo largo de este trabajo incluiremos como esencial el estudio de la privacidad de los menores en las redes sociales.

Así pues, muchos cambios se han producido en la sociedad en relación con esta temática, y ello debe llevar aparejada la necesaria adaptación legislativa ante estos nuevos retos. Es cierto que estos cambios en la sociedad han venido acompañados con la aprobación de leyes, como la de protección de datos de carácter personal, pero también lo es que la legislación relativa a los derechos a la propia imagen y a la intimidad no lo ha hecho. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya modulado la protección de estos derechos. Como ya hemos señalad anteriormente, *“la proliferación de tecnologías que permiten conocer nuestros gustos, reconocer nuestra identidad por medio de una simple fotografía o vídeo, han hecho que el derecho a la intimidad cobre un interés especial en estos tiempos en los que se hace más necesario que nunca su protección frente a posibles intromisiones ilegítimas en diferentes aspectos de nuestras vidas.”*⁶⁴

Como ahora veremos, habrá que ser más o menos restrictivo con la capacidad necesaria para compartir los contenidos, dependiendo de si forman parte o no de su esfera más íntima. Así, aunque el Tribunal Constitucional haya establecido que el derecho a la intimidad de los menores incluye también aspectos de la vida de personas que guarden una estrecha relación personal o familiar con estos, la protección que deberá prestarse en este caso será inferior a la que habrá de dispensarse si la información es directa del menor.⁶⁵ En definitiva, a mayor grado de intimidad, mayor exigencia a la hora de prestar el consentimiento por parte de los menores o de sus representantes. Puede darse incluso el caso en el que, como veremos, no será suficiente ni el consentimiento de los menores ni el de sus representantes legales debido a que la vulneración de su intimidad alcanzará cotas que nuestro ordenamiento jurídico no permitirá.

64. Cft. HERRERA DE LAS HERAS, R.: “El derecho a la intimidad en los casos de grabaciones no consentidas a personajes públicos”, en *Diario La Ley*, núm. 9625, 2020, pág. 7.

65. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1999: *“El derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen”*.

3. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD E IMAGEN DEL MENOR DE EDAD. LA SITUACIÓN TRAS SU FALLECIMIENTO

Los derechos de la personalidad se adquieren con el nacimiento, por lo que no hay duda de que los menores de edad serán titulares de los mismos a pesar de que, como es evidente, no podrán ser ejercitados en toda su amplitud durante su minoría de edad por carecer de la capacidad jurídica necesaria para su pleno ejercicio. A esta circunstancia, por su indudable importancia, dedicaremos un capítulo completo a lo largo de este trabajo.

Los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor se encuentran sumamente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico y psicológico empañando, en definitiva, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.⁶⁶

Podríamos decir que la titularidad por el menor de edad de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen presenta la particularidad de haber sido objeto de especial atención normativa.⁶⁷ Así, como ya hemos comentado, estos derechos se encuentran consagrados al más alto nivel normativo en el artículo 18.1 de la Constitución española, que obviamente no distingue si corresponden a un mayor de edad o a un menor, y en el artículo 20.4 Constitución española. Y son desarrollados, en general, como sabemos, por 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 (artículo 3) y, en particular, por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Pro-

66. *Vid.* Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Y, a mayor abundamiento, *cft.* Instrucción 1/2017, sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

67. Además de la normativa, cabe destacar que los medios audiovisuales sí han estado tradicionalmente obligados a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor, ya en el ámbito estatal, autonómico o local, y tanto los medios públicos como los privados. Así, La Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio. Esta ley dispone en su artículo 1.5 que tiene por objeto defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral. Además, El artículo 4 de la Ley 4/1980, de 10 de Enero, reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión establece que “*la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará...en el principio de la protección de la juventud y de la infancia*”. Idénticos principios se asumen en la Ley 10/1988 de 3 de Mayo, de Televisión Privada, (art. 3), en la Ley 46/1983, de 26 diciembre, reguladora del tercer canal autonómico, (art. 5), en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres (art. 6) y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (art. 3 e). Estos mismos criterios son seguidos por las normativas autonómicas.

tección Jurídica del Menor (artículo 4), que se presenta como un régimen especial para las intromisiones en estos derechos a través de los medios de comunicación.

Pues bien, el fundamento de la tutela reforzada que reciben estos derechos, como venimos defendiendo desde el inicio de la presente obra, es el significativo incremento de los riesgos de lesión de los mismos que lleva aparejado el elevado nivel actual de desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación, así como los particulares problemas que suscita la relación y frecuente conflicto de estos derechos con otros también fundamentales, como son las libertades de expresión e información.

Es importante señalar que el plazo para el ejercicio de las acciones por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen es de 4 años, según lo establecido en el artículo 9.5. de la Ley 1/1982. La jurisprudencia ha establecido que ese periodo sea de caducidad y comience a computarse desde que el afectado tiene conocimiento de la intromisión ilegítima, y no desde que se produce el hecho. Así lo ha señalado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, como en la Sentencia de 4 de junio de 2014 en la que se afirma que *“el plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 es de caducidad... a efectos del inicio del plazo de caducidad, en tanto el afectado no conozca -el hecho que provoca la intromisión-, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por caducidad de la acción no puede iniciarse porque ese es el momento desde el cual el legitimado puede ejercitar la acción, al conocer la gravedad y las consecuencias que ha tenido la intromisión en su derecho.”*⁶⁸

Surge en este caso la duda de si sería conveniente permitir que ese plazo no operase para el caso de los menores de edad. Somos partidarios de, al menos, analizar la posibilidad de establecer un plazo para que estos pudieran ejercitar las acciones al alcanzar la mayoría de edad. Eso sí, el plazo actualmente establecido sí que debe operar para el ejercicio de las acciones legales ejercitadas por sus representantes legales o el Ministerio Fiscal.

3.1. La titularidad de los derechos a la intimidad e imagen tras el fallecimiento del menor

Una problemática que se genera en algunas ocasiones es la de la publicación de imágenes de los menores que, por desgracia, han fallecido. Desde el punto de vista ético, estamos convencidos de que no es un debate sencillo. Tampoco lo es en el ámbito jurídico, pues conlleva múltiples interrogantes. ¿Tiene derecho a la intimidad y a la propia imagen el fallecido?⁶⁹ Es evidente que no, pues se extinguen

68. Sentencia núm. 307/2014 de 4 junio, RJ 2014\3020.

69. *Vid.*, para una mayor amplitud y abordaje del tema en general, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016; PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La protección post mortem del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre e 1999: caso “Marlene Dietrich””, *Actualidad Civil*, núm. 20, mayo 2003, págs. 495 y

con su muerte. Pero la propia Ley 1/1982 establece con claridad, en su artículo 4, la posibilidad de que ejerzan las acciones correspondientes aquellos que hayan sido designados por el fallecido en su testamento, sus familiares a falta de éstos y, subsidiariamente, el Ministerio Fiscal.⁷⁰ Acerca de esta subsidiariedad sólo habrá una excepción, y es cuando el fallecido sea un menor de edad. En ese caso, en virtud de lo establecido en el artículo 4.4 de la Ley 1/1996, además de las acciones que puedan ejercitar los que fueran representantes legales del menor, “*corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio.*”

En el ámbito de la protección de datos, el legislador español también acoge esa idea en el artículo 2.3 Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que establece “*La ley no se aplica a los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3*”, según el cual “*Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión*” y cuyo apartado 4 señala “*En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada*”. Por su parte, el artículo 96, a través del denominado “*Testamento digital*” diseña el régimen específico de protección de los contenidos digitales y perfiles personales en redes sociales y servicios equivalentes de personas fallecidas.⁷¹ Así, autoriza igualmente a los herederos y, en el caso de personas fallecidas menores de edad, a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal, a ejercer las facultades de “*acceder*”, impartir instrucciones sobre “*su utilización, destino o supresión*”, ex art. 96.1.a), y “*modificación o eliminación*”; adicionalmente, según el artículo 96.2, esas personas legitimadas

.ss; ALONSO PÉREZ, M., “La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coord.), *Libro Homenaje al prof. Albaladejo*, Colegio de Registradores de la Propiedad-Universidad de Murcia, 2004, I, págs. 117-138.

70. El artículo 4 de la Ley 1/1982 establece:

“1. *El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.*

2. *No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.*

3. *A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.*

71. CÁMARA LAPUENTE, S., “La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido”, *Revista de Derecho Civil*, V. VII, núm. 5, 2020, pág. 149, concluye que “Los arts. 3 y 96 LOPD-GDD diseñan un régimen específico de protección de, respectivamente, los datos personales del fallecido y los contenidos digitales y perfiles personales en redes sociales y servicios equivalentes de personas fallecidas. Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., “Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPD-GDD”, *Derecho Privado y Constitución*, 35 (2019), págs.169-212.

“podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes”, salvo que el causante hubiese dado ya instrucciones expresas.

Pues bien, al tratarse de derechos de la personalidad podría pensarse que automáticamente, al extinguirse ésta, se extingue el derecho. Realmente es así, pero hemos de hacer dos precisiones. En primer lugar, nos referiremos a la situación en la que quedaría la protección del derecho a la intimidad una vez haya fallecido su titular para, posteriormente, hacer las consideraciones relativas al derecho a la propia imagen en las mismas circunstancias.

Por lo que respecta al derecho a la intimidad, hemos de señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido que, incluso cuando haya fallecido el titular de este derecho, se mantiene la existencia del derecho a la intimidad familiar, cuyos titulares son los parientes más próximos porque “*su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares.*” Y esto es lo verdaderamente importante. Así se recogía en la famosa sentencia de 2 de diciembre de 1988 del Tribunal Constitucional en las que se determinaba la vulneración de la intimidad familiar por la difusión de las imágenes del fallecimiento del torero Paquirri por parte de Televisión Española, incluyendo su agonía final.⁷²

Especial relevancia tiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2014⁷³, en un caso en que los padres de una menor fallecida acceden a su teléfono móvil, con ayuda de un informático y sin autorización judicial, para la obtención de pruebas delictivas. El alto Tribunal señala aquí que “*Las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos pero fueron guardados, equivalen a la correspondencia que pueda ser conservada por la menor entre sus papeles privados. Están obviamente amparados por su derecho constitucional a la intimidad, pero una vez fallecida no son inmunes al acceso por parte de sus herederos legítimos, que conforme a lo dispuesto en el art 661 del CC suceden al fallecido, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones*”, añadiendo que “*incluso en aquellos derechos personalísimos, que no se transmiten a los herederos, éstos si suceden al fallecido en el ejercicio de las acciones para su defensa (derecho moral de autor, protección civil del honor, intimidad, imagen, etc.), lo que les faculta para acceder de forma proporcionada a la documentación de sus comunicaciones (correspondencia, correos electrónicos o telemáticos, conversaciones grabadas, etc.) en la medida en que sean necesarios para la defensa de sus intereses, incluido obviamente, para ejercitar las acciones procedentes para la reparación de los daños causados al fallecido, tanto en el ámbito civil como en el penal*”. Por tanto, no concurre vulneración del derecho a la intimidad de la menor fallecida por el acceso proporcional de sus padres, en su condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a información considerada como documentos privados.

72. Sobre esta sentencia se puede consultar el trabajo: HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. “STC 231/1988, de 2 de diciembre, caso Paquirri, *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales comentadas* / Alberto Dorrego de Carlos; Luis Martí Mingarro (coord.), 2007, págs. 107-116.

73. Sentencia núm. 850/2014 de 26 noviembre (RJ 2014\6423).

Por otra parte, cuando estemos ante la ponderación de estos derechos y las libertades de expresión e información, hemos de resaltar que la protección de la intimidad familiar, cuando esta proviene de la difusión de una imagen o una información de un menor de edad fallecido debe realizarse bajo un prisma de mayor garantía de los derechos fundamentales, y que, por lo tanto, la decisión de la familia debe de tener mayor peso que el posible interés público que dicha información pudiese generar. Así, en este ámbito ha de realizarse una interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de la libertad de información y expresión al amparo de la intimidad de los menores fallecidos.

En nuestra opinión, la decisión de publicar o no las imágenes de un menor fallecido debería corresponder única y exclusivamente a los progenitores, sin que en un juicio de ponderación se pueda otorgar primacía al derecho a la libertad de información sobre aquel derecho, por encima o en contra del criterio de los padres. Sólo la familia puede tomar tan compleja decisión, que habrá de ser respetada, en cualquier caso. Y ello a pesar del riesgo que podría conllevar el hecho de que algunos familiares -estamos seguros de que se trataría de una excepción muy minoritaria-, pudiesen optar por otorgar el permiso necesario para su difusión por lucrarse con ello. Normalmente, en casos dramáticos de menores víctimas de delitos, los padres consentirán la difusión de las imágenes para facilitar la labor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero una vez que éstos revoquen el consentimiento otorgado o lo nieguen, deberá primar el respeto a su decisión. Si Fiscalía considera que la difusión de las imágenes vulnera la intimidad o imagen de menores fallecidos, debería consultarlo con los progenitores para instar las acciones en defensa de estos. Aunque, en última instancia, el Ministerio Fiscal, como garante institucional de los derechos del menor, pueda ejercer las facultades en materia de protección de datos personales para solicitar el acceso, la supresión o la cancelación de los mismos cuando se trate de un menor fallecido y se estén publicando imágenes suyas o revelando datos personales de modo que pueda dañar su reputación o su intimidad como establece el artículo 3.4 de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

A todos nos viene a la mente el caso que conmocionó a todo el país en enero de 2009⁷⁴, con el crimen de la menor Marta del Castillo, con el que podríamos afirmar se inauguró el fenómeno de las redes sociales como protagonistas para la obtención por parte de los medios de comunicación de información e imágenes de los perfiles⁷⁵ tanto de la menor desaparecida como de los involucrados en el cri-

74. Uno de los crímenes más mediáticos hasta la fecha en nuestro país, que sigue suscitando interés por las circunstancias que lo rodean, especialmente el hecho de que nunca haya aparecido el cadáver de la joven (pese a que su insistente búsqueda por parte de los cuerpos de seguridad del Estado continúa a día de hoy) y el que los autores materiales e implicados fuesen jóvenes y menores de edad. Ya sabemos que la apasionada curiosidad colectiva respecto de aquellos ilícitos que tienen por protagonistas activos o pasivos a menores de edad suele llevar a una indiscreta y multitudinaria injerencia en la investigación judicial. Prueba de que el caso sigue suscitando interés mediático es que el pasado noviembre de 2021 la plataforma *Netflix* estrenó el Documental “*Dónde está Marta*”.

75. La jurisprudencia actual considera ilegítimo el uso por parte de los medios de comunicación de una imagen publicada y compartida en el perfil de una red social, ni siquiera siendo este público,

men, algunos de ellos menores de edad también.⁷⁶ Este caso dio lugar a la interposición de acciones frente a intromisiones en el derecho a la propia imagen de los menores relacionados con la muerte de la joven; la Fiscalía de Sevilla actuó de oficio e interpuso una demanda contra una cadena de televisión, como consecuencia de la utilización en tres programas de la imagen de dos menores, uno de ellos, la novia del presunto asesino de Marta, que entonces tenía 14 años. Las investigaciones abarcaron también la imagen que se ofreció de la propia Marta y la de su círculo de amistades e incluso la del menor conocido como “*El Cuco*”, uno de los condenados por el crimen, debido a la publicación en diversos medios de comunicación de imágenes de todos ellos sacadas de redes sociales como *Tuenti*. De hecho, la entonces Fiscal jefe de Sevilla⁷⁷, María José Segarra, solicitó el cierre de los perfiles en dicha red social de Marta del Castillo y del menor “*El Cuco*”, a pesar de que las imágenes ya habían sido difundidas por todos los medios de comunicación. Además, el Consejo Audiovisual Andaluz emitió ese mismo año un informe⁷⁸ en el que concluía que se había producido una vulneración general al derecho a la propia imagen de los menores, de la propia víctima y de los autores del delito.

También podemos recordar, como ejemplo, el caso de Aylan, el pequeño sirio tristemente fallecido hace unos años en una playa turca mientras huía del conflicto bélico de su país y cuya imagen fue portada de los periódicos en esos días. Su padre optó por permitir que la imagen del menor se difundiese, con la intención de visibilizar el drama humano que se vivía en su país. Vistas sus declaraciones posteriores en las que señalaba que “*quiero que el mundo entero nos escuche desde Turquía, donde hemos llegado escapando de la guerra... Hago esta declaración para evitar que otras personas tengan el mismo sufrimiento*”, no cabe pensar opción por la que la Fiscalía entre a valorar siquiera la conveniencia de la publicación de esas imágenes.

En segundo lugar, hemos de señalar, respecto a los efectos que produce en el derecho a la imagen el fallecimiento del titular del mismo, que la acción que podrán ejercitar los herederos del fallecido por el uso ilegítimo de imágenes del mismo serán las relativas a los derechos económicos que les pudiesen corresponder.⁷⁹ De este

sin el consentimiento expreso de su titular; *vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (Sentencia núm. 91/2017 (RJ 2017\302)), que prima el derecho a la imagen en la ponderación que realiza, concluyendo que la libertad de información no legitima la publicación no consentida de la imagen del actor.

76. *Vid.* PAÑOS PÉREZ, A., “Conflicto entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Revista de Derecho*, V. XXV, núm. 2, 2012, págs 123-127; y “El interés del menor como criterio para delimitar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *@Actualidad Civil*, núm. 8, 2012.

77. Ocupó ese cargo de 2004 a 2018; tras lo cual fue nombrada Fiscal General del Estado.

78. Algunos meses después del suceso, el Consejo Audiovisual Andaluz emitió, además, un informe en el que criticaba duramente a algunas cadenas de televisiones por haber entrevistado a menores de edad en programas o por haber hecho un uso abusivo de imágenes en las que había expresiones de dolor, llanto y de ira y rabia pidiendo casi la ejecución de los acusados en la plaza pública; disponible en: https://consejoaudiovisualdeandalucia.es/wp-content/uploads/2009/03/Informe_2009_02_Marta-Castillo.pdf

79. *Vid.* VENDRELL CERVANTES, C., *Protección post mortem del derecho a la imagen: el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí*, comentario a la STS de 20 de junio de 2106, publicado el 30 de junio

modo, se trataría del uso de imágenes que hubiesen sido consentidas en su momento por el fallecido, pero que ven la luz, o siguen viéndola, con posterioridad a este suceso. Por lo tanto, hablamos de imágenes que en ningún caso pueden formar parte de su intimidad, ya intimidad familiar, puesto que, si así fuese, podría ejercitarse la acción de protección de la intimidad familiar a la que hemos hecho mención con anterioridad. Hay una diferencia muy reseñable entre ambos casos y es que la acción ejercitada en relación con los derechos económicos no sería susceptible de protección vía recurso de amparo al no poder incluirse aquella dentro de un derecho fundamental.⁸⁰ En cambio, la relativa a la intimidad familiar sí que podría tener abierta la opción de llegar hasta el Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, por tratarse, en este caso sí, de la protección de un Derecho fundamental.

Otra circunstancia cada vez más habitual y a la que se ha dado respuesta recientemente es el de las fotos en las redes sociales y los perfiles de los fallecidos. En este caso, la Ley de protección de datos, en su artículo 96.1.a) establece con carácter general que los familiares de los fallecidos *“podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión”*, salvo en los casos en los que el familiar se lo hubiese prohibido expresamente. El apartado c) del citado artículo 96 amplía, para los casos en los que el fallecido sea menor de edad, las personas o instituciones que podrán ejercer las acciones mencionadas. Así, lo podrán hacer sus representantes legales o el Ministerio Fiscal, actuando de oficio o a instancia de cualquier persona ya sea física o jurídica.

Pero la gran novedad introducida por la Ley de protección de datos en este ámbito es la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda realizar lo que se denomina un testamento digital, mediante el cual se podrá dejar establecido en vida la voluntad a cerca de lo que debe suceder con sus perfiles en redes sociales. Así lo confirma el artículo 96.2 cuando dice que *“Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.”* Nada dice este precepto sobre la capacidad que ha de tener un menor de edad para realizar este testamento digital, por lo que nos tenemos que atener a la regla general establecida en el Código civil por la que los menores de edad podrán realizar testamento a partir de los 14 años si es notarial, y a partir de los 18 si es ológrafo. Entendemos que la Ley tendría que haber previsto un precepto específico sobre la edad a partir de la cual se puede realizar el testamento digital para evitar cualquier tipo de duda. Situar la posibilidad de realizar el testamento digital a partir de los 14 años es perfectamente entendible y lógico, pues coincide con la edad desde la que los menores podrán prestar su consentimiento para crear su perfil en redes sociales.

de 2016 y disponible en: <https://almacenederecho.org/proteccion-post-mortem-del-derecho-la-imagen-caso-la-fundacion-gala-salvador-dali>.

80. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.: *Sistemas de Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, 2005, pág. 297.

Por otro lado, pero igualmente relevante, son los supuestos en los que el menor fallecido ha sido víctima de un delito, ámbito en el que cabe hacer mención, asimismo, a la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.⁸¹ Al respecto, los acontecimientos relativos al asesinato del menor Gabriel Cruz, *El Pescaíto*⁸² -incluyendo la cobertura de su desaparición y búsqueda así como la desgraciada resolución del caso, la celebración del juicio en septiembre de 2019 y la posterior publicación de información e imágenes sobre el menor, incluso del momento en que lo hallaron muerto⁸³- han provocado que sus padres clamasen por un “*Pacto ético en los medios por la Sonrisa de Gabriel y las víctimas de delitos violentos*”⁸⁴, remitido a los medios de comunicación y a diversas instituciones, como el Consejo

81. A mayor abundamiento, la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores prevé asimismo que los Fiscales deberán ser especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima cuando además de ser esta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. En estos supuestos habrán de considerarse antijurídicos no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificación. Mención cabe hacer, asimismo, en un ámbito más restringido, a la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

82. Caso de gran trascendencia social que conmocionó a toda la sociedad española en febrero de 2018 cuando un menor de 8 años desapareció en una pequeña localidad de Almería y, tras un dispositivo de búsqueda sin precedentes en el país, se localizó asesinado por la pareja de su padre, a quien se enjuició en septiembre de 2019, siendo la primera mujer condenada en España a prisión permanente revisable por este delito. La gran demanda planteada por los medios de comunicación de ámbito nacional (e incluso internacional) llevó a la Audiencia Provincial de Almería ha adoptar medidas relativas a la contención del tratamiento informativo durante la celebración del juicio, como sesiones a puerta cerrada dedicadas a los contenidos más sensibles.

83. *Vid.* noticia del periódico en la que se recoge la denuncia de la madre del menor, publicada el 22 de marzo de 2021:

<https://www.20minutos.es/noticia/4627950/0/la-madre-del-nino-gabriel-indignada-han-puesto-imagenes-en-internet-de-mi-hijo-cuando-lo-encontraron-muerto/>, donde Patricia Rodríguez denunció que un medio digital publicase, días atrás, una foto de su hijo muerto: “*Este periódico, aprovechando que era el aniversario de Gabriel, se creó el día 8 de marzo y cambió su nombre. Para captar adeptos, puso una diciendo, entre otras cosas, que si dolió la muerte de mi hijo, le dieran un like*”, declaró, señalando que “*no es la primera comunicación que hacen*” sobre su hijo. Asimismo, expuso que se le había comunicado que en una cuenta de redes sociales se estaban publicando fotos de un niño fallecido y mutilado, asegurando que era su hijo, remitiendo un enlace para poder ver más imágenes y vídeos de contenido gore y macabro; “*Al tratar de denunciar ante la policía y en el Juzgado pidiendo la retirada, nos dijeron que estaban con las manos atadas porque no existe una ley ni las herramientas necesarias para poder protegernos de este tipo de contenidos a quienes han sufrido delitos violentos como mi hijo Gabriel*”.

84. Iniciativa que parte de la madre de Gabriel, Patricia Ramírez, en la que hace un llamamiento popular para la recogida de firmas pidiendo a los medios el estricto cumplimiento de los códigos deontológicos y sensibilidad a la hora de dar cobertura informativa al juicio del caso, para lo que reclama a la Federación de Asociaciones de Periodistas de España que vele por el cumplimiento del código deontológico de los periodistas encargados de informar sobre el juicio. Textualmente, la madre señala en dicha petición que “*En su día difundimos la imagen de nuestro pequeño para buscarlo: hoy ya no tiene sentido seguir exponiéndolo y no hemos dado nuestro consentimiento para ello*”.

Audiovisual de Andalucía, en el que demandaban respeto a la imagen y memoria de su hijo fallecido y al honor, la intimidad y la integridad de la familia. Actualmente, la familia recoge firmas para *“pedir al Gobierno de España que desarrolle una Ley específica que ampare y auxilie a las víctimas de crímenes violentos que se convierten en mediáticos. Un marco legal que nos proteja y nos permita vivir protegiendo la imagen y los crímenes de las personas fallecidas en delitos violentos y a sus familias”*⁸⁵, con la intención de que dicha protección abarque, no sólo a la actuación de los medios de comunicación sino a la publicación de contenidos relacionados con la imagen de menores fallecidos por crímenes violentos, y su intimidad familiar, por usuarios de redes sociales.

Como vemos, no es un tema ajeno a la preocupación de nuestro legislador. Existen ya previsiones en protección del derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, pero lo cierto es que en la práctica no se respetan dichas pautas por los medios de comunicación ni existe control alguno por las plataformas digitales. Ante esto, deberíamos cuestionarnos si la solución está en seguir legislando o el problema radica en que no se interponen sanciones económicas ante la vulneración de estos derechos, que disuadan a los medios de comunicación y a usuarios de redes sociales de utilizar la imagen de menores fallecidos sin el consentimiento de los familiares de éstos.

No obstante, la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia ha reforzado esa protección. Así, incluye entre sus fines en su artículo 3 el *“proteger la imagen del menor desde su nacimiento hasta después de su fallecimiento”* y prevé en el artículo 8.4, párrafo incluido expresamente, fruto de una enmienda en el Senado, precisamente para evitar casos como el de Gabriel Cruz,⁸⁶ que *“en los casos de violencia sobre la infancia, la colaboración entre las administraciones públicas y los medios de comunicación pondrá especial énfasis en el respeto al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la víctima y sus familiares, incluso en caso de fallecimiento del menor”*, a lo que se añadió precisamente que *“en esta situación, la difusión de cualquier tipo de imagen deberá contar con la autorización expresa de herederos o progenitores”*. Además, esta ley regula de forma específica *“el deber de comunicación de la existencia de contenidos en Internet que constituyan una forma de violencia o abuso sobre los niños, niñas o adolescentes, sean o no constitutivos de delito, en tanto que el ámbito de Internet y redes sociales es especialmente sensible a estos efectos”*.

Por su parte, la inmediatamente posterior Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, también recoge en el apartado 5 de su artículo 46,

85. Actualmente, en el momento en que se publica esta obra, 142.263 personas han firmado esta petición:

<https://www.change.org/p/pacto-%C3%A9tico-en-los-medios-por-la-sonrisa-de-gabriel> (Consultado: 18/02/2022).

86. Así, se justifica la enmienda dirigida a añadir dicho párrafo: *“Se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 8 para salvaguardar el honor, la intimidad y la imagen del menor, en los casos de fallecimiento de este, exigiendo la autorización de los progenitores para la difusión de cualquier tipo de imagen”*. BOCG Senado, núm. 189, de 19 de mayo de 2021.

dedicado al Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, en términos casi idénticos, que *“en los casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia, se pondrá especial énfasis en el respeto y la protección de este derecho fundamental de las víctimas y otras personas menores familiares o allegados, incluso en los casos de fallecimiento o desaparición traumática. La difusión de la imagen de la persona o personas menores deberá autorizarse expresamente por sus progenitores o sus herederos”*.

Una vez más, el legislador atiende en distintos ámbitos las reclamaciones sociales y recoge sus demandas. Esperamos que las nuevas previsiones legales no vuelvan a quedar en una mera declaración de intenciones, fruto del consuelo a una familia y una sociedad convulsionada por un desgraciado acontecimiento, y se haga efectiva dicha protección a la imagen del menor fallecido y, por ende, a la intimidad de su familia. Para ello, además de abogar por una actuación preventiva y diligente de medios de comunicación, seguimos reclamando⁸⁷ que se debería haber hecho efectiva la propuesta realizada en su día por la Ley General de la Comunicación Audiovisual, de creación de un Consejo Estatal de Medios Audiovisuales⁸⁸, que abarcase el ámbito de Internet, como órgano independiente regulador y supervisor del sector y con potestad para sancionar a los medios infractores, imponiendo multas económicas.

El Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, de 17 de diciembre de 2021, actualmente en trámite, mantiene al órgano de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como autoridad audiovisual competente para el control y supervisión de las obligaciones previstas en esta ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio (artículo 151.2), pero ahora sí se le asigna el ejercicio de la potestad sancionadora concretamente en el artículo 152.2. Se considerarán, en caso de que el Proyecto llegue a ver la luz, infracciones muy graves según lo establecido en el artículo 155, entre otras y en lo que al objeto de nuestro estudio interesa: *“El incumplimiento de la obligación de tomar las medidas necesarias para la protección de los menores en el servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma respecto de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral que, en todo caso, impidan el acceso a escenas que contengan violencia gratuita o pornografía, previstas en el artículo 88.1 párrafo e)”* artículo 155.8 y, a continuación, *“La difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación, vulnerando lo previsto en los artículos 82. y 93.2”* según señala el artículo 155.9.

87. Vid. PAÑOS PÉREZ, A., “Daños a la intimidad e imagen del menor en el entorno digital”, en BELLO JANEIRO (Coord.) *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus, 2020, págs. 249-299.

88. Y es que finalmente se habría hecho efectiva mediante su incorporación como organismo “supervisor”, más que “regulador”, a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (que centraliza las tareas actuales de distintos organismos supervisores y que fue creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), y que entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013, después de que el Gobierno de España cancelase su creación en febrero de 2012 por las medidas de austeridad presupuestaria que llevó a cabo.

En el ámbito autonómico referido, el Consejo Audiovisual de Andalucía⁸⁹, que ejerce sus funciones en el ámbito de los medios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, televisión y cualquier otro sistema de transmisión de sonido o imagen, independientemente de su forma de emisión o tecnología empleada, tiene asignadas también labores de vigilancia y control, para el ejercicio de las cuales *“se basará, principalmente, en la información suministrada por el sistema de seguimiento de medios y en las quejas presentadas por la ciudadanía”*; siendo competente para *“realizar labores de inspección e incoar y resolver los correspondientes procedimientos sancionadores por las infracciones de la legislación audiovisual y de la publicidad”* como medida para *“velar por el respeto de los derechos y libertades, valores constitucionales y estatutarios, así como por el cumplimiento de la normativa vigente en materia audiovisual y de publicidad”*.⁹⁰

89. Recientemente regulado por Decreto 242/2021, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía, publicado en BOJA núm. 209, de 29 de octubre de 2021.

90. *Vid.* Artículos 42 y 43 del Decreto 242/2021, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía.

Capítulo III

EL CONSENTIMIENTO PARA EL ACCESO Y LA PUBLICACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES

Uno de los elementos claves entorno al que girará toda la problemática de la protección de la privacidad de los menores de edad es el del consentimiento. Consentimiento necesario, por un lado, para acceder a las redes sociales y, por otro, para poder compartir momentos de su vida íntima. Este consentimiento podrá ser prestado, en ocasiones, por los menores de edad o, en otros casos, por sus responsables legales. Habrá circunstancias en las que ni si quiera la conjunción de ambos consentimientos será suficiente para compartir según qué momentos de la vida íntima de los menores de edad, como posteriormente veremos.

Afirmaba MACÍAS CASTILLO que el hecho de que los menores de edad puedan ejercer algunos actos de disposición sobre sus derechos de la personalidad, se trata más de la excepción a la regla que de una capacidad general.⁹¹ Mucho nos tememos que el avance de las nuevas tecnologías y la aparición de las redes sociales hayan convertido, especialmente desde los 14 años, la excepción en regla. La aprobación de la Ley de Protección de Datos, en la que se establece esa edad como el límite a partir del cual el menor podrá autorizar la cesión de sus datos, es una buena muestra de ello. La regla será que los menores puedan acceder y subir contenidos a las redes sociales a partir de esa edad. La excepción será, en cambio, que necesiten la autorización de sus padres; y, permítannos la expresión, la excepción de la excepción será la participación del Ministerio Fiscal. A ello nos referiremos a lo largo del presente capítulo de manera detenida.

91. MACÍAS CASTILLO, A.: “La protección civil del derecho a la propia imagen de los menores inmigrantes”, en *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad*, núm. 131, 2009, pág. 61.

1. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD

El problema que nos encontraremos en estos casos girará en torno al consentimiento del sujeto, que reviste especial dificultad en los menores de edad debido al limitado ejercicio de su capacidad jurídica. Precisamente al consentimiento de los menores se refiere el artículo 3 de la Ley 1/1982, sometiéndolo a mayores limitaciones con el objeto de proteger a aquéllos que aún no poseen el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Pero podemos afirmar que la citada Ley atribuye cierta capacidad a los menores, ya que les permite autorizar la intromisión ajena en su derecho a la imagen, siempre que sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil.⁹² Este tema lo abordaremos más adelante, teniendo en cuenta las modificaciones que introdujo en su día la Ley 1/1996 y que daban la sensación de pretender derogar lo establecido en este apartado.

Como es sabido, el comienzo de la protección del derecho a la intimidad e imagen de los menores de edad se produce desde su nacimiento, pues como establece el reformado artículo 30 del Código civil, “*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*” Determinado el nacimiento de la personalidad, esta especial protección durará hasta que, como señala nuestra Constitución en su artículo 12, alcance la mayoría de edad a los 18 años.⁹³ Durante este periodo las personas tienen restringido el ejercicio de su capacidad jurídica, que se va adquiriendo de forma paulatina con el paso del tiempo. Pero a pesar de que en muchos casos los menores no puedan ejercitar de forma personal y directa sus derechos, eso no significa que carezcan de ellos.

Llegados a este punto, debemos referirnos a la reciente reforma que ha removido los cimientos de nuestro sistema jurídico de capacidad. Operada por la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁹⁴, supone un auténtico cambio de paradigma en materia de capacidad jurídica, pues modifica un pilar básico de nuestro sistema como es la capacidad jurídica, afectando a la configuración de todo el ordenamiento, por lo que, además de las normas que modifica expresamente la Ley 8/2021, en la práctica, podríamos decir que casi todas las normas del ordenamiento se verán afectadas, dado el cambio radical que supone.⁹⁵ Esta ley modifica nuestro tradicional concepto de capacidad jurídica que lleva si-

92. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: “Derecho a la propia imagen del menor” en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2004, pág. 729.

93. A lo largo de nuestra historia se ha ido rebajando de forma paulatina la mayoría de edad que tradicionalmente se había situado en un estado posterior al actual. Así, en las Partidas se establecía a los 25 años; en el Código Civil originario de 1889 lo hacía a los 23 años; y en la Ley de 1943, 21 años.

94. BOE núm. 132, de 03/06/2021.

95. La Ley 8/2021 modifica, además del Código Civil, las siguientes normas de carácter procesal e, incluso, penal: Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; Ley 20/2011,

glos asentado entre nosotros, para incluir en él la llamada capacidad de obrar, adaptándolo así a la noción de capacidad que instaura la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.⁹⁶

Como sabemos, tradicionalmente, ha sido clara la doctrina española en lo que respecta a la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: la primera la tiene toda persona por el mero hecho de serlo y, como señala O'CALLAGHAN, es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos.⁹⁷ En cambio, el hecho de ser persona no otorgaba la capacidad de obrar de una forma directa, es decir, la aptitud para ejercer esos derechos y obligaciones o, como lo denomina ALBADALEJO, la aptitud conferida por el Derecho para realizar actos jurídicos.⁹⁸ Definía el profesor DE CASTRO la capacidad de obrar como “*la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos.*”⁹⁹ Así pues, la capacidad de obrar de cada uno dependía de su estado civil, y no tanto de su aptitud natural, aunque ésta pueda ser tenida en cuenta por diversas leyes, especialmente en el caso de los menores de edad. Esto lo reafirmaba O'CALLAGHAN cuando señalaba que “*la capacidad de obrar no corresponde a toda persona, ni es igual para todas, sino que tiene una serie de grados que corresponden al estado civil y que tienen íntima relación con la edad, la incapacitación y la nacionalidad y vecindad civil.*”¹⁰⁰

Pues bien, la nueva configuración del sistema de capacidad jurídica que introduce la Convención, en el que queda suprimida nuestra tradicional distinción entre capacidad jurídica (como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (como aptitud para ejercer eficazmente esos derechos y obligaciones) no sería el mero fruto de una desafortunada traducción del término inglés *capacity*, que englobaría ambas acepciones, como en ocasiones se ha afirmado¹⁰¹; en ese sentido, autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE opinan que “*no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo (el de capacidad jurídica).*”¹⁰² No obstante, compartimos la conclusión sobre la erradicación de la noción de capacidad de obrar

de 2 de julio, del Registro Civil; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; el Código de Comercio y La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

96. Aprobada el 13 de diciembre de 2006 mediante resolución 61/106 de las Naciones Unidas; ratificada por España y publicado en BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

97. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, TOMO I, Dijusa, 2008.

98. ALBADALEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, 2007.

99. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, 2008, págs. 49 y 50.

100. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio...* *op. Cit.* pág. 266.

101. *Vid.* TORRES COSTAS, M^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 41-60.

102. Así en *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 2014, págs. 75-76.

de, entre otros muchos, GARCÍA RUBIO¹⁰³ y TORRES COSTAS¹⁰⁴, quien realiza un exhaustivo análisis sobre el *Nacimiento del artículo 12 de la Convención*.

De dicho estudio conocemos, entre otros muchos datos, que un Informe sobre capacidad jurídica elaborado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos¹⁰⁵, cuyo objetivo era analizar la relación (y la posible superposición) entre los términos “*reconocimiento en todas partes como persona ante la ley*” y “*capacidad jurídica*” y su relación con otros términos como “*personalidad jurídica*”, “*capacidad jurídica*” y “*capacidad para actuar*”, concluyó que dentro del término “*capacidad jurídica*” se engloban, en el Derecho internacional¹⁰⁶ y en parte del Derecho comparado (ej., España, Francia, *common law*) tanto la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones (elemento estático) como la capacidad de obrar (elemento dinámico) pudiendo, esta última, según la legislación entonces y aún vigente, ser objeto de restricción. En base a los informes y al análisis de Derecho internacional y comparado, el texto final del vigente artículo 12 de la Convención habría incluido tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos o, lo que es lo mismo, dentro del concepto de *capacidad jurídica* se incluyó la *capacidad de obrar*. En definitiva, se pretendió dejar zanjada en el texto la cuestión, no exenta de polémica a pesar de todo, relativa al concepto de “capacidad jurídica”.¹⁰⁷

103. “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, en AA. VV., *Propostas de modernización do dereito*, GARCÍA GOLDAR, M. y AMMERMAN YEBRA, J. (Dir.), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017.

104. *Vid. La capacidad jurídica a la luz...op.cit.*, sobre las negociaciones y el análisis de derecho comparado realizados para precisar el concepto de “capacidad jurídica” en el seno del proceso de elaboración de la Convención, págs. 25-119. La autora detalla con precisión el proceso negociador realizado en el seno de la misma, tras sucesivas intervenciones tanto de los Estados parte como de miembros de la sociedad civil afectados (representantes de colectivos de personas con discapacidad, a quienes, de forma pionera, se les dio voz en el proceso de elaboración del tratado), para alcanzar un consenso respecto al contenido del citado precepto; ello después de una ardua labor interpretativa y de un exhaustivo análisis del Derecho internacional existente y de Derecho comparado.

105. A/AC.265/2005/CRP.5.

106. Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

107. A pesar de ello, no es una cuestión pacífica y, como se puede constatar a lo largo de la obra de TORRES COSTAS, aún hay quienes mantienen que el precepto sustenta la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. *Vid. La capacidad jurídica a la luz...op.cit.*, pág. 77; opinión compartida, entre otros muchos que mantienen esta postura mayoritaria, por BENAVIDES LÓPEZ, A., *Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Universidad Carlos III, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2013, (*Vid.* nota 88); *Cft.*, entre otros que niegan esa nueva concepción de la capacidad jurídica, SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., “Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. y ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 595 (*Vid.* nota 103); y a PEREÑA VICENTE, M., *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, Fundación Manantial, Madrid, 2016,

Sin embargo, fue necesario seguir incidiendo en el sentido del contenido del artículo 12 para clarificarlo, por lo que la 1ª Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en 2014, versó precisamente sobre dicho precepto. Y no dejó lugar a dudas al aclarar tajantemente que “*La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin*”.¹⁰⁸ Tras esto, no cabe el menor titubeo; podemos afirmar que el citado precepto nos ha obligado a modificar nuestro tradicional concepto de capacidad jurídica para incluir en él la llamada capacidad de obrar.

Por tanto, si bien tras la Ley 8/2021, respecto a personas adultas el ejercicio de la capacidad jurídica se reconoce actualmente en condiciones de igualdad (por motivos de dignidad y derechos humanos); respecto a los menores de edad, podemos seguir aludiendo a limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica. De hecho, el artículo 2 de la LOPJM, referido al interés superior del menor, no ha sido modificado y sigue refiriéndose a dicha capacidad de obrar al señalar 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*”. La minoría de edad supone una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona, en definitiva, un límite sobre el ejercicio de la capacidad jurídica del menor. En base a ello, en cierto sentido podría seguir hablándose de capacidad de obrar respecto a personas menores de edad; aunque, teniendo en cuenta la nueva configuración de la capacidad jurídica, optamos por referirnos al “*ejercicio*” de la misma o a la “*capacidad de actuar jurídicamente*” de los menores. Así, el Ordenamiento Jurídico permite que el menor vaya adquiriendo a lo largo de los años distintas esferas en el ejercicio eficaz de su capacidad jurídica; de manera que no todos los menores carecerán totalmente de capacidad de actuación, puesto que las leyes otorgan eficacia a ciertos actos del menor. Mencionaremos, a modo de ejemplo, alguno de los actos que ha querido el legislador español que puedan celebrar válidamente los menores –y a qué edad-.

Así pues, como establece el artículo 177.1 del Código Civil, a partir de los 12 años será esencial el consentimiento de los menores para su adopción o acogimiento, al señalar que “*habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años*.” Del mismo modo, los menores de edad, mayores de 14 años, podrán realizar testamento plenamente eficaz –excepto el testamento ológrafo-. En este sentido el artículo 663 del Código Civil impide realizar testamento a los menores de 14 años, por lo que, a *sensu contrario*, aquellos que superen esa edad sí que podrán hacerlo, excepción hecha del testamento ológrafo. Podrán también los mayores de 16 años participar en el mer-

págs. 143-145; “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley” en *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, V. 3, 2018, págs. 61-83.

108. CRPD/C/GC/1, párrafo 12, pág. 3.

cado laboral, pues el artículo 7 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores otorga capacidad de obrar para contratar a «*los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo*». Podrán dar el consentimiento para cualquier operación quirúrgica según se establece en la Ley de Autonomía del Paciente, que señala la mayoría de edad sanitaria en 16 años, por lo que el menor no necesita autorización legal para someterse o rechazar tratamientos, excepto para los casos de aborto, reproducción asistida y participar en ensayos clínicos. No obstante, puntualizamos que dicho consentimiento en el ámbito sanitario atenderá en todo caso a las condiciones de madurez del menor; así lo dispone el artículo 9, sobre límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, cuando señala en su apartado 3.4. que cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) (*“Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión”*) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación; añadiendo, a continuación, otra excepción para casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”*.

Son sólo algunos de los múltiples ejemplos que ponen de manifiesto que la legislación prevé la adquisición gradual del ejercicio de la capacidad jurídica (la tradicionalmente llamada capacidad de obrar) por los menores de edad, dependiendo de distintas circunstancias que, como posteriormente veremos, también tendrán su expresión en el ámbito del consentimiento válidamente prestado por estos en el ámbito de las redes sociales. Uno de estos últimos ejemplos lo representa la nueva redacción que la reforma operada por la Ley 8/2021 ha dado al artículo 1263.1 del Código Civil, en relación con la capacidad para contratar de los menores de edad, cuyo tenor dice actualmente: *“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar 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”*. Así, como muestra de la progresiva adquisición de capacidad de actuar jurídicamente de los menores de edad, el precepto reconoce ahora la capacidad para contratar del menor en términos positivos, frente a la anterior redacción en términos negativos, dada por la vigente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.¹⁰⁹

109. Así, la redacción anterior del artículo 1263.1 se expresaba en términos negativos: *“No pueden prestar consentimiento: 1.º 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. EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD

Hemos de destacar que la legislación relativa a la protección de los derechos a la intimidad e imagen, con cuarenta años de antigüedad, no establece una edad para que los menores puedan prestar un consentimiento válido, sino que lo fía todo a sus condiciones de madurez. Así, el artículo 3 de la Ley 1/1982 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el Código Civil y en leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor, en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis, de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia.

Compartimos con LLAMAS BAO su opinión sobre la complejidad que conllevará el determinar si el menor de edad tiene la madurez suficiente para prestar su consentimiento para según qué cosas y, por lo tanto, la dificultad que esto provocará a la hora de aplicarlo en cada caso de manera concreta.¹¹⁰ Esta opción, en cambio y como ahora veremos con detenimiento, está siendo abandonada para establecer la edad como un elemento objetivo por el que fijar la validez del consentimiento. De este modo, parece más lógico que, en el ámbito de las redes sociales, se presuma esa capacidad a partir de los 14 años de edad, que podrá ser destruida en caso de acreditarse que el menor carece, por cualquier motivo, de la madurez necesaria para ello. Se configura la edad, de este modo, como una presunción de madurez, que podrá ser destruida siempre que pueda acreditarse que se carece de la misma.

Hay que hacer una salvedad, relativa a la capacidad que tendrán los menores de edad emancipados a la hora de prestar su consentimiento para el acceso a las redes sociales y la difusión de contenidos relativos a su intimidad o imagen. Estos, en virtud de lo establecido en el artículo 247 del Código Civil, que señala que “*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*”, podrá consentir sin que este esté sujeto a la actuación ni de sus progenitores ni del Ministerio Fiscal.

Dicho esto, y como ya hemos señalado, la Ley 1/1982 recoge el contenido de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, pero tan solo dedica un artículo, de manera muy genérica y remitiendo a la legislación ordinaria, al consentimiento de los menores de edad. Así, el artículo 3 de la citada Ley establece 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.*” También establece Ley 1/1982 cómo habrá de prestarse el consentimiento en caso de que los menores de edad no tuviesen las condiciones de madurez necesaria para ello, delimitando en este caso el papel de sus representantes legales y del Ministerio Fiscal.

110. *Vid.* LLAMAS BAO, C.: “Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8, 2021, pág. 218.

De este modo, el artículo 3.2 de la citada ley afirma que “*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. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.*” Como es evidente, el precepto, además de ser absolutamente insuficiente, ha quedado superado por la realidad. Nadie puede imaginar que antes de que unos padres suban una imagen de sus hijos a cualquier red social informen al Ministerio Fiscal y esperen un plazo de más de una semana para comprobar si este se opone o no. Cosa distinta es que haya que establecer para algunos casos un procedimiento, como más tarde abordaremos, por el que, efectivamente, los progenitores deban de solicitar a la autoridad laboral o al Ministerio Fiscal una autorización para que sus hijos aparezcan en contenidos que les reporten un beneficio económico.

A pesar de ello, la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 2, mencionado previamente, 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.*” A esto hay que añadirle lo señalado en el artículo 162 del Código civil que exceptúa, dentro de la representación legal de sus hijos menores de edad “*Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*” En la misma línea va lo establecido en la Ley 1/1982, cuyo artículo 3 afirma 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.*” Si estas no lo permitiesen, serían los representantes legales los que deberían hacerlo en su lugar.

Hay autores que han apostado decididamente por esta fórmula, al defender la necesidad de establecer un criterio objetivo a la hora de aceptar como válido el consentimiento de los menores de edad y, por lo tanto, su acceso a las redes sociales.¹¹¹ Como comentábamos al inicio de este capítulo, la gran mayoría de ellos apuestan por fijar la edad como ese criterio objetivo. La legislación española establece, efectivamente, la edad como la circunstancia que dará validez al consentimiento prestado. De este modo, el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales afirma que “*el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.*”

En este sentido, compartimos la opinión de BATUECAS CALETRO cuando señala que a los mayores de 14 años se les presume madurez y, por lo tanto, la capacidad jurídica suficiente para prestar su consentimiento válidamente para acceder a las redes sociales.¹¹² Es cierto que el llegar a esa edad de 14 años no implica, de manera automática, la adquisición de la madurez necesaria. Con total seguridad algunos menores la adquirirán antes, y otros lo harán después. Pero eso no quita que

111. ACEDO PENCO, A. y PLATERO ALARCON, A.: “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, núm 1, 2016, pág. 77.

112. BATUECAS CALETRO, A.: “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pág. 68.

sea necesario fijar, mediante un elemento objetivo como es la edad, un momento en el que se presumirá la adquisición de esa capacidad. El legislador ha optado, en este ámbito, por la edad de 14 años que no deja de ser una presunción y que se encuentra matizada en el segundo párrafo del citado artículo 7 que señala que “*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.*”

En este sentido, en orden a fijar la capacidad de los menores y a pesar de que la llamada capacidad restringida o natural no goce de un reconocimiento general al no estar regulada en el Código Civil, defendemos su existencia como categoría independiente. No se puede pretender que un sujeto sin capacidad de discernimiento adquiera la plena capacidad a una edad tan determinada, en este caso, la general de dieciocho años, obviando cualquier situación intermedia; por ello, reconocemos que el menor de edad tiene una capacidad de actuar jurídicamente limitada y completable.¹¹³ O, lo que es lo mismo, la adquisición de la capacidad de actuación eficaz será gradual, algo que, como veremos ahora, se da de manera clara en el consentimiento que podrá ir prestando un menor de edad en las redes sociales.

De ello se desprende que en el ámbito de los derechos fundamentales no rijan las reglas generales sobre la tradicional dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que la ley establece la regla de la “*capacidad natural*” para el eficaz ejercicio de los mismos o, siguiendo la terminología legal, la posesión de ciertas “*condiciones de madurez*”. Así, puesto que el grado de desarrollo psíquico aumenta progresivamente en los menores de edad, se les permite ejercitar por sí mismos sus derechos personalísimos si poseen la suficiente capacidad de discernimiento.¹¹⁴ Un supuesto similar lo observamos en la capacidad para otorgar el consentimiento reconocido al menor en el ámbito sanitario por la Ley de Autonomía del Paciente que, como señalábamos, que a pesar de fijar la mayoría de edad sanitaria a 16 años, establece que deberá atenderse en todo caso a las condiciones de madurez del menor, pudiendo otorgarse el consentimiento por sus representantes legales excepcionalmente (artículo 9.3).

113. MORENO QUESADA, B. destaca la importancia del contenido del artículo 2. 2º de la Ley del Menor, según el cual: “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”, norma a la que se atribuye el carácter de principio general; Así, MORENO QUESADA, B. (y otros), *Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Comares, 2006, págs. 71-72. En este mismo sentido, entre otros, *vid.* JORDANO FRAGA, F. “La capacidad general del menor” en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 891-892; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, I, 6ª Ed., Dijusa, Madrid, 2008, págs. 243-244; PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 69-84. En contra, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho... op. cit.*, págs. 120-121. Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran al menor como una persona con capacidad de obrar, pero para profundizar respecto a las posiciones doctrinales sobre la situación del menor de edad: LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 45-50. Y, en concreto respecto a actos que debe consentir el menor en relación a sus derechos de la personalidad y a qué edad puede hacerlo, *vid.* DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... op. cit.*, págs. 147-158.

114. MARTÍN PÉREZ, J.A., “Capacidad jurídica y valor del consentimiento... *op. cit.*”, págs. 102-103.

El consentimiento que contempla la Ley 1/1982 como causa excluyente de la intromisión ilegítima es, para adultos, el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita.¹¹⁵ Y, además, este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor “*no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación*”.¹¹⁶ Cabe precisar que, en caso de menores sin capacidad natural, sin suficiente madurez, la actuación de los representantes legales del menor no se condiciona a la autorización previa del Ministerio Fiscal, sino a su no oposición en el plazo legalmente previsto, entendiéndose en sentido positivo su silencio. Previa obligación, eso sí, tal y como literalmente dicta el apartado segundo del artículo 3, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.¹¹⁷ Por otra parte, para aquellos casos en que el Ministerio Fiscal efectivamente se oponga al consentimiento otorgado por los representantes legales del menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 establece el procedimiento a seguir para la tramitación del correspondiente expediente en sus artículos 59 y 60.

Ahora bien, hay autores que no consideran justificada la posibilidad de que el menor, o quienes deban prestar el consentimiento por él, puedan disponer ni del derecho al honor ni del derecho a la intimidad; sí, por el contrario, de su derecho a la propia imagen. Al respecto, MACÍAS CASTILLO¹¹⁸ defiende que la mayor parte de autorizaciones o consentimientos proyectados deberían ir referidos al posible aprovechamiento económico del derecho a la propia imagen, no del honor o la intimidad del menor, que considera indisponibles. El autor defiende que ese límite debe constituir la garantía mínima de preservación de los derechos personalísimos del menor. En este sentido, el derecho al honor y a la intimidad son derechos que exigen una mayor protección frente al derecho a la propia imagen, cuya explotación económica sería más entendible y menos perjudicial para el desarrollo integral del menor. Hasta el punto de que autorizar, permitir o no impedir la realización de actos de disposición sobre el honor, y la intimidad de los menores a su cargo, puede significar un supuesto de responsabilidad civil para padres, tutores o representantes legales de éstos.¹¹⁹

115. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/105156), en su Fundamento de Derecho Primero.

116. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2003 (JUR 2004/160714).

117. Sin embargo, la Instrucción 2/2006 señala que estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, aclara que los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor.

118. MACÍAS CASTILLO A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen” en *La Ley*, D-94, 2008.

119. *Vid.* GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., “El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad” en *Laley* 15196/2018.

De este modo, la reforma operada por la Ley 26/2015 de Protección de la Infancia en el Código Civil adoptó una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una recuperación de las funciones inherentes a la patria potestad. Añade un segundo párrafo en el artículo 162.2.1º Código Civil, que viene a limitar la autonomía del menor maduro al sujetar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de la representación legal “*en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*”.

En fin, cuando del ejercicio de los derechos por el propio menor se trate, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad misma de la persona, así como la atención a su superior interés, exigen ser especialmente cautelosos en este sentido, y evitar que los menores de edad arriesguen lo más mínimo al efectuar actos de disposición sobre sus derechos fundamentales al honor o a la intimidad. Partimos de la base de que la autonomía que se concede al menor considerado maduro no es total, puesto que no implica una plena capacidad de actuación jurídica, sino que sería una autonomía limitada en función de su especial vulnerabilidad.¹²⁰ En todo caso y como se analizará, la relevancia del consentimiento del menor ante intromisiones en sus derechos al honor, la intimidad y la imagen quedó, tras la Ley 1/1996, muy debilitada. Y no sólo su consentimiento sino, incluso, el prestado por sus representantes legales.

Y es que cuando tales condiciones de madurez no se den, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por el representante legal, quien estará obligado a poner el consentimiento proyectado en conocimiento previo del Ministerio Fiscal, de tal forma que si en el plazo de ocho días el Fiscal se opusiere -fundándolo en el superior interés del mismo, por supuesto- deberá resolver el Juez. Para estos casos en que el Fiscal se oponga al consentimiento otorgado por los representantes del menor -en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la LO 1/1982-, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce el procedimiento para obtener la autorización judicial del consentimiento para las intromisiones ilegítimas a los menores a través de un nuevo expediente, en sus artículos 59 y 60. En estos casos, la audiencia del menor se efectuará sólo si el Juez lo creyera necesario, a pesar de no contar con las suficientes condiciones de madurez, o para asegurarse de que en efecto carece de tales condiciones.¹²¹

En conclusión, aunque el menor pueda prestar por sí mismo el consentimiento en determinadas circunstancias sobre actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente, ello debe someterse a una doble regla de protección de los bienes jurídicos de la personalidad. Por un lado, cuando se preste el consentimiento por el menor de edad y este sea contrario a la protección del derecho a la intimidad o imagen de los mismos, o atente contra su interés superior.

120. En este sentido, PARRA LUCÁN, M^a A. señala que “*el reconocimiento de la autonomía es tan solo un instrumento para el desarrollo del menor, lo que también constituye exigencia genérica de la protección de su interés*”, *vid.* PARRA LUCÁN, M^a A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Editorial Jurídica Ramón Areces, Madrid, 2015, pág. 95.

121. *Vid.* PÉREZ UREÑA, A., “La protección del honor y la imagen de los menores de edad en la Ley de Jurisdicción Voluntaria: arts. 59 y 60” en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 124, 2017, pág. 5.

Por otro, a la especial prudencia que ha de tenerse en el ámbito de las redes sociales, puesto que las consecuencias que el consentimiento puede tener son sin duda mucho mayores que en otros aspectos de la vida.

2.1. El consentimiento para el acceso de los menores a las redes sociales

Una de las principales problemáticas en este ámbito será la del acceso de los menores a las redes sociales desde edades muy tempranas. A pesar de que tanto la Ley de Protección de Datos como las propias políticas de privacidad de las redes sociales establecen una edad mínima para ello, son numerosos los casos en los que los menores de edad logran crearse un perfil sin cumplir con estas normas. Esto es así porque cualquiera con un ordenador o un *smartphone* delante puede abrirse una cuenta en una red social sin apenas requisitos. Y cuando los hay, pueden ser fácilmente esquivados pudiendo un menor abrir cualquier tipo de perfil sin mayores trabas. Lo habitual es que te exijan que introduzcas tu fecha de nacimiento, pero no existe método alguno por el que las redes sociales establezcan una verificación de la edad. Métodos para ello ya existen, cosa distinta es que no se quieran aplicar por distintos motivos. Como posteriormente veremos, la legislación actual se limita a señalar que sería deseable que se implantasen, pero no establece tal obligación. Igual que es perfectamente viable exigir un certificado digital, también puede serlo el de remitir una copia del documento de identidad. A lo largo del presente apartado trataremos de analizar la situación actual de esta problemática, así como poner de manifiesto las modificaciones necesarias en las políticas de verificación de los requisitos de los usuarios para el acceso a las redes sociales.

Aunque el Reglamento Europeo de Protección de Datos fije con carácter general en su artículo 8.1 los 16 años como edad a partir de la cual será válido el consentimiento prestado por los menores de edad para el tratamiento de sus datos personales, el segundo párrafo del citado precepto permite a los Estados miembros rebajar esa edad hasta los 13 años. Concretamente afirma: *“Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”*.

España ha sido de los países que ha optado por rebajar la edad necesaria para poder prestar el consentimiento, pero en este caso ha situado el límite en los 14 años. Así se recoge en Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, cuyo artículo 7.1 establece que *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su con-*

sentimiento cuando sea mayor de catorce años.” Para aquellos que sean menores de 14 años se necesitará, según lo establecido en el apartado 2 del mencionado artículo 7, el consentimiento del titular de la patria potestad. Parte de la doctrina sostiene que los menores de 14 años podrían también consentir válidamente el acceso a una red social siempre que demuestren un grado de madurez suficiente para comprender los riesgos y peligros que estas puedan conllevar, solicitando el establecimiento de fórmulas eficaces que permitieran comprobarla.¹²² Nuestra posición, en cambio, difiere de esta apreciación. Nos parece razonable el establecimiento de una edad objetiva a partir de la cual se permita el acceso a la red social y que opere como límite para que aquellos que sean menores de esos 14 años no puedan acceder prestando únicamente su consentimiento, sino que necesiten también el de sus progenitores. Se nos antoja realmente complejo, casi utópico, diseñar un proceso objetivo y online de determinación de la madurez de los miles y miles de menores de 14 años que pretenden abrir cuentas en redes sociales.

En definitiva, para que un menor de edad pueda contar con un perfil en las redes sociales hay tan solo dos opciones: La primera, que sea mayor de 14 años y él mismo se registre. La segunda, que siendo menor de 14 años sean sus responsables legales los que le abran la cuenta en las redes sociales. Fuera de estos dos casos, los perfiles carecerán de la validez necesaria.

Aun así, y para que nos hagamos una idea de la situación real y de lo sencillo que es burlar esta obligación legal con la inestimable cooperación de las redes sociales, a pesar de que los menores no podrán tener acceso de manera legal a estas hasta los 14 años, según un estudio reciente, casi un 50% de los menores de edad de entre 12 y 14 años son usuarios de *Instagram*.¹²³ Esta red social admite incluso que “*sabemos que, a veces, los jóvenes mienten acerca de su fecha de nacimiento. Queremos impedir que eso ocurra, pero verificar la edad de las personas online es complejo y resulta un desafío para muchos actores del sector.*”¹²⁴ Y no es solo que cuenten con un perfil propio antes de los 14 años, sino que estos usuarios menores edad están, en un porcentaje muy significativo, dispuestos a compartir su información personal, incluyendo no solamente sus fotografías, sino también su ubicación o sus aficiones.¹²⁵

Sostiene acertadamente REYES MÉNDEZ que “*no basta, pues, con prohibir formalmente su uso a partir de una determinada edad, si ello no va acompañado de fórmulas eficaces de comprobación real de la misma.*”¹²⁶ De este modo, se hace

122. Sobre este particular, REYES MÉNDEZ analiza las posturas doctrinales de manera amplia. *Vid.*: “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica”, en *Diario La Ley*, núm. 9335, 2019, pág. 6 y ss.

123. QUSTODIO: *Menores e internet: la asignatura pendiente de los padres españoles*, 2019.

124. Condiciones de uso de Instagram, accesibles en <https://about.instagram.com/es-la/blog/announcements/continuing-to-make-instagram-safer-for-the-youngest-members-of-our-community>.

125. *Vid.* HERNÁNDEZ-SERRANO, M^a J., RENÉS-ARELLANO, P., CAMPOS ORTUÑO, R. y GONZÁLEZ-LARRERA, B.: “Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital de adolescentes españoles.” *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 79, 2021, pág. 141.

126. *Cfr.* REYES MÉNDEZ, D.: “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica”, en *Diario La Ley*, núm. 9335, 2019, pág. 1.

ineludible que las redes sociales arbitren unos sistemas de verificación que permitan comprobar si el acceso de los menores se ha hecho conforme a lo establecido para, si no hubiese sido así, adoptar las medidas necesarias a la mayor brevedad posible.¹²⁷ Ya el propio Reglamento General de Protección de Datos, en su artículo 8.2, establece la conveniencia de que las redes sociales verifiquen la identidad de aquel que presta el consentimiento, referido en este caso a los responsables legales del mismo. Así, señala el mencionado precepto que *“el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.”*

En nuestra opinión, el legislador europeo se ha quedado algo corto, pues la comprobación fehaciente de la identidad de aquel que presta el consentimiento no se configura como una obligación para el prestador de servicios, sino como una sugerencia o deseo al referirse a la necesidad de que haga únicamente *“esfuerzos razonables”*. Es cierto que la postura europea no difiere de la que han tomado países como Estados Unidos en este ámbito. Así, la *Children’s Online Privacy Protection Act* tampoco exige como obligación contar con estos métodos de verificación, sino que vuelve a pedir que *“el operador realice esfuerzos razonables para obtener un consentimiento paterno verificable, teniendo en cuenta la tecnología disponible. Cualquier método para obtener el consentimiento paterno verificable debe estar razonablemente calculado, a la luz de la tecnología disponible, para garantizar que la persona que da el consentimiento es el padre del niño.”*

Así pues, la realidad es que la gran mayoría de estas plataformas no cuenta con herramientas que garanticen la veracidad de los datos aportados por los usuarios, puesto que la legislación europea no les obliga a ello, algo que ha de ser corregido de manera urgente puesto que existen medios técnicos más que suficientes para ello. Y sería necesario hacerlo garantizando, a su vez, el posible anonimato del usuario. A este respecto, señala MIRALLES LÓPEZ, *“La exigencia de mecanismos de identificación y autenticación más robustos, sin necesidad de pérdida del anonimato, pero garantizando en todo caso quien es realmente el usuario de un servicio de redes sociales, cuestión especialmente relevante en el caso de menores de edad, y sin que eso suponga que los niveles de identificación más robusta deban trasladarse necesariamente a otros servicios.”*¹²⁸ Hemos defendido en distintas ocasiones que las redes sociales tendrían que tener la opción de conocer los datos reales de cualquier usuario para que, llegado el caso de la comisión de cualquier ilícito, pudiese ser identificado de manera inmediata. Ello es posible a través del principio

127. Como sostiene JIMÉNEZ, *“se debería exigir a los prestadores de servicios de las Redes Sociales herramientas que permitan comprobar de manera inequívoca la edad de los menores, por ejemplo, mediante certificado de identificación de edad en el momento de la creación de cuentas o perfiles en estas plataformas.”* Cft. JIMÉNEZ, D.: “La protección de datos de los menores en las redes sociales”, en *Adefinitivas*, núm. 20, 2021, pág. 2.

128. Cft. MIRALLES LÓPEZ, R.: “Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPD en las redes sociales”, *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, Lorenzo (editor), Ed. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), 2011, pág. 442.

de seudonimización, que permitirá hacer compatible la verificación de los datos personales a la vez que garantizar el anonimato ante el resto de usuarios de la red social.

Volviendo a la necesidad de establecer mecanismos para garantizar la edad de los usuarios de las redes sociales, recoge FERNÁNDEZ DE MARCOS el caso de *Tuenti*, en el que la plataforma española pidió para mantener los perfiles abiertos de los usuarios que estos remitiesen un documento que acreditase que su edad era superior a los 14 años. Pasadas las 92 horas de plazo que se dio, el 90% de los usuarios no remitió la documentación requerida, por lo que se procedió a bloquear las cuentas.¹²⁹

A continuación, realizaremos un breve resumen de las condiciones establecidas para el acceso a las principales redes sociales, advirtiendo ya que muchas de ellas no cumplen con la legislación en vigor.

- *Instagram:*

A pesar de que La Ley de Protección de Datos, como ya hemos señalado, establece en 14 años la edad a partir de la cual los menores podrán prestar válidamente su consentimiento, *Instagram*, según se recoge en sus condiciones de uso modificadas el 17 de marzo de 2021, establece que “*hay que tener al menos 13 años.*”¹³⁰

- *Facebook:*

La red social con más usuarios del mundo sí que cumple con lo establecido en la normativa española. De este modo, para poder crear un perfil en *Facebook* se “*requiere que los usuarios tengan una edad mínima de 14 años*” y advierte que “*la creación de una cuenta con información falsa constituye una infracción de nuestras condiciones, incluidas cuentas registradas en nombre de un menor de 14 años.*”¹³¹ A pesar de esta advertencia, no tiene establecido ningún procedimiento para comprobar la veracidad aportada por los usuarios.

- *TikTok:*

Otra de las redes sociales que incumple con la legislación española es *TikTok*. Al igual que sucede con *Instagram*, en la red social de origen chino se establecen los 13 años como la edad a partir de la cual se puede acceder a ella. Concretamente se establece en sus condiciones de servicio que “*al inscribirse, al acceder a los Servicios o al utilizarlos, usted acepta que puede celebrar y que celebra un acuerdo jurídicamente vinculante con TikTok consistente en las Condiciones, que usted tiene 13 años de edad o más y que usted acepta estas Condiciones y se compromete a*

129. Vid. FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.D.: *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*, Ed. Agencia Española de Protección de Datos, 2016, pág. 16.

130. Condiciones de uso de Instagram, accesibles en <https://about.instagram.com/es-la/blog/announcements/continuing-to-make-instagram-safer-for-the-youngest-members-of-our-community>.

131. Condiciones de privacidad de Facebook accesibles en <https://www.facebook.com/help/157793540954833>.

*cumplirlas.*¹³² Además de esto, en esas mismas condiciones se estipula la política de privacidad y cesión de datos lo que, a todas luces, contraviene la normativa en vigor.

- *Twitter:*

Esta red social cumple con lo establecido en la Ley de Protección de datos puesto que, a pesar de que establece con carácter general la edad de 13 años para acceder a su plataforma, advierte también que “*debe tener la edad suficiente para consentir el tratamiento de sus datos personales en su país*”¹³³

- *YouTube:*

Sin duda, *YouTube* es la red social que mejor recoge las condiciones establecidas para que los menores de edad puedan tener una cuenta. Cumple con las dos opciones que anteriormente manifestábamos. Por un lado, permite la opción de que los menores de 13 años puedan tener una cuenta siempre y cuando esta haya sido creada por los representantes legales de estos. Advierten sus condiciones de uso que “*si resides en la Unión Europea y has creado una cuenta de Google para un menor a tu cargo a través de Family Link, este podrá empezar a utilizar la aplicación YouTube y otras funciones cuando cumpla 13 años.*”¹³⁴ Por otro, establece la edad de 14 años para poder crear una cuenta de manera autónoma y sin consentimiento de los responsables legales.

Dicho esto, hemos de poner también de manifiesto que el hecho de que la ley haya establecido una edad objetiva para permitir el consentimiento para el acceso de los menores a las redes sociales no ha solventado todas las dudas en este ámbito. Hay autores que han mostrado sus reservas sobre la validez del consentimiento prestado por los menores de edad, no ya solo por la edad de estos, sino por la falta de claridad de las condiciones generales establecidas por las redes sociales para su acceso a las mismas. De este modo, ACEDO PENCO y PLATERO ALARCÓN afirman que “*el régimen jurídico existente para que el niño preste su consentimiento, se encuentra lleno de dudas jurídicas que podrían afectar a la validez del mismo.*”¹³⁵ Compartimos la necesidad de establecer unas condiciones generales claras y sencillas para los menores de edad, que permita que estos conozcan de manera indubitada las consecuencias de su consentimiento.

Muchas veces se exige a los padres un control de los registros o los contenidos que sus hijos menores de edad suben a las redes, pero olvidamos que el conocimiento y la habilidad de los menores es, en la gran mayoría de las ocasiones, muy superior al de sus progenitores (es lo que se conoce como “*brecha digital*”, que se-

132. Condiciones del servicio de TikTok, accesible en <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=es>.

133. Política de privacidad de Twitter, accesible en <https://twitter.com/en/privacy>.

134. Términos y condiciones del servicio de YouTube, accesible en <https://www.youtube.com/terms>

135. ACEDO PENCO, A. y PLATERO ALARCON, A.: “La privacidad de los niños...”, *Op. cit.*, pág. 76

para a las generaciones entre padres e hijos). No todos los padres saben cómo establecer un control parental, o ni siquiera conocen el funcionamiento de la red social. De ahí la importancia de que todas las partes implicadas, no solo las familias sino las propias redes sociales, establezcan, de manera efectiva y predeterminada, los medios y controles necesarios para garantizar la privacidad de los menores.

En este sentido, nos parece acertada la propuesta planteada por REYES MÉNDEZ, que pasa por la exigencia a las redes sociales de notificar a los progenitores o responsables legales de los menores de edad de la apertura de un perfil por parte de estos. Aunque ello conllevaría la necesidad previa del establecimiento de mecanismos que garanticen la identificación real del usuario, algo que venimos defendiendo a lo largo de todo el trabajo como imprescindible.¹³⁶ Una medida similar a esta propuesta, con ciertos matices, ya fue introducida años atrás en Estados Unidos para los menores de 13 años a través de la *Children's Online Privacy Protection Act* en la que se exigía a los operadores de internet “*hacer esfuerzos razonables, teniendo en cuenta la tecnología disponible, para garantizar que los padres de un niño reciban una notificación directa de las prácticas del operador con respecto a la recopilación, el uso o la divulgación de información personal de los niños, incluida la notificación de cualquier cambio material en las prácticas de recopilación, uso o divulgación a las que los padres hayan dado su consentimiento previamente.*”

En definitiva, como ya hemos señalado, las redes sociales conllevan ciertos riesgos para los menores de edad, pero también es cierto que se han convertido en una herramienta de entretenimiento para ellos con gran potencialidad en otros aspectos. Por eso hemos de ser capaces de encontrar un equilibrio entre la protección de su privacidad y su desarrollo personal, con un uso racional de las mismas. Esto, en nuestra opinión, pasa por permitir su acceso a la edad de 14 años, pero estableciendo una serie de exigencias a estas plataformas para garantizar, en la mayor medida posible, la seguridad de los menores y la protección de sus derechos. De este modo, la solución no es impedir el uso de las redes sociales por parte de los menores de edad, sino tratar de garantizar que este sea seguro y respete su intimidad. Y eso será responsabilidad del legislador, las propias redes sociales, las familias de los menores, el entorno educativo y, llegado el caso, también de la Fiscalía y de los tribunales.

136. Afirma el autor que sería conveniente “*comunicar a los padres o tutores la solicitud o concesión de acceso a las redes sociales realizada por menores de edad, a fin de minimizar el riesgo de vulneración de sus intereses superiores, pues aun cuando su edad les capacite para presentar el consentimiento por sí mismos, el cuidado y la asistencia que a los padres les corresponde podría ejercerse con mayor eficiencia si el conocimiento de la actividad de sus hijos se obtiene desde el primer momento.*” Vid. REYES MÉNDEZ, D.: “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación...”, pág. 2.

2.2. El consentimiento necesario para compartir contenidos

Que un menor de edad tenga un perfil en redes sociales, bien porque haya prestado válidamente su consentimiento por ser mayor de 14 años, bien porque hayan sido sus representantes legales los que lo hayan hecho, no implicará que su participación en estas redes esté exenta de riesgos y que tenga libertad absoluta para compartir cualquier tipo de contenido. El acceso a las redes sociales, permitido por el artículo 7 de la Ley de Protección de Datos desde los 14 años, como ya hemos señalado, no implica que puedan compartir cualquier contenido una vez que son usuarios de la misma. De este modo, no podrán disponer de contenidos que puedan vulnerar su intimidad, como ahora pasamos a analizar.

Es cierto que esto no es más que una limitación a la capacidad de decisión del menor, limitación que entendemos necesaria y que se configura como esencial a la hora de salvaguardar el principio básico del interés superior del menor, incluso si es a costa de que este no pueda decidir con total libertad. El menor, a pesar de ser mayor de 14 años, no será libre para compartir determinadas esferas de su vida privada. Como señala MORENO BOBADILLA, en el caso de los menores de edad “*no se puede permitir que cada uno de ellos sea totalmente libre de decidir qué forma parte de su intimidad... porque todavía no son conscientes de que en el momento en el que un asunto determinado se da a conocer nunca más puede volver a ser privado, por lo que es vital protegerles frente a esta situación.*”¹³⁷ Pero la realidad es otra. Las redes sociales no cuentan actualmente con medios eficaces para evitar estos riesgos que, por desgracia, son más habituales de lo que se podría llegar a pensar. Para que nos hagamos una idea de esto, basta comprobar que estudios recientes señalan que los menores entre 12 y 14 años realizan actividades asociadas a prácticas de riesgo, y que estas no siempre son conocidas por sus progenitores.¹³⁸

Como ya hemos señalado, habrá imágenes para cuyo uso, distribución o difusión se requiera una capacidad mayor, reforzada, que la exigida para el acceso a la citada red por ser estas perjudiciales para el interés del menor. Esto que señalamos aquí no deja de ser un reflejo de lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 1/1996 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en la que, a pesar de contar con el consentimiento del menor, incluso el de sus progenitores, se puede producir una vulneración del derecho a la intimidad del menor.¹³⁹ El claro ejemplo de esto que señalamos se pone de manifiesto, por ejemplo, en la difusión de imágenes con contenido sexual.

A pesar de que la legislación actual establezca los 16 años como la edad a partir de la cual los menores de edad puedan mantener relaciones sexuales consenti-

137. Vid. MORENO BOBADILLA, A.: *Intimidad y menores*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pág. 164.

138. Vid. HERNÁNDEZ-SERRANO, M^a J., RENÉS-ARELLANO, P., CAMPOS ORTUÑO, R. y GONZÁLEZ-LARRERA, B.: “Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de... *Op. cit.*, pág. 147.

139. Cfr. Artículo 4.3 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. 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.

das, la difusión de esas imágenes en ningún caso se podrían producir hasta que cumplan la mayoría de edad. Como afirman ACEDO PENCO y PLATERO ALARCÓN, “*la mayoría de los ordenamientos jurídicos optan por disociar los efectos de la edad para consentir libremente relaciones sexuales, con los efectos derivados de la difusión de imágenes de tipo sexual de niños y jóvenes.*”¹⁴⁰ Así, a pesar de que pudiesen contar con el consentimiento de los menores, se trataría de una vulneración de su derecho a la intimidad y si no lo hiciese sus responsables legales, tendría que intervenir la Fiscalía en base a lo establecido en el artículo 4.2 de la ya mencionada Ley de Protección Jurídica del Menor: “*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, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.*”

2.3. La política de protección de la privacidad de los menores

La práctica totalidad de las redes sociales cuentan con su propia política para intentar proteger la privacidad de los menores de edad durante el uso de las mismas. Cuestión distinta, que ahora analizaremos, es si esa política es suficiente para conseguir el objetivo marcado. Lo primero que quisiéramos destacar es que algunos estudios muestran unas cifras que pondrían de manifiesto, de forma clara, que los menores de edad no limitan la información que comparten en redes sociales, sino que mantienen la privacidad que estas establecen por defecto. Así, aproximadamente un 70% de los menores de edad utiliza perfiles públicos, lo que hace que los riesgos potenciales sobre su privacidad aumenten de manera considerable.¹⁴¹

Si hemos venido señalando, a lo largo del presente trabajo, que la intimidad de los menores es un derecho fundamental al que hemos de dotar de una especial protección, la situación que se generan en las redes sociales va mucho más allá, afectando a toda su privacidad. Cuando un menor forma parte de una red social, no son únicamente los contenidos que este sube voluntariamente a la misma los que quedan al descubierto, sino que también lo serán otro tipo de datos que la gran mayoría desconoce. Cuando un usuario configura su privacidad en la plataforma digital, presta poca atención y suelen aceptar algunas condiciones que permiten a esta acceder a datos que puede que no sean de carácter íntimo en primera instancia, pero que sí lo son de carácter personal. De este modo, la interacción en cualquier plataforma y el uso por parte de estas de técnicas de inteligencia artifi-

140. En algunos países, a pesar de contar con el consentimiento de los menores de edad, la difusión de las imágenes se considera delito, no como en nuestro país que se mantendría en la esfera del Derecho civil. Crf. ACEDO PENCO, A. y PLATERO ALARCON, A.: “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales... *Op. cit.*, pág. 86.

141. *Vid.* HERNÁNDEZ-SERRANO, M^a J., RENÉS-ARELLANO, P., CAMPOS ORTUÑO, R. y GONZÁLEZ-LARRERA, B.: “Privacidad en redes sociales... *Op. cit.*, pág. 146.

cial o *big data*, permitirá a las redes conocer los gustos de los menores, sus aficiones o su círculo de amigos.¹⁴²

A este respecto, uno de los mayores problemas que encontraremos a la hora de proteger la privacidad de los menores es que las redes sociales, debido a su propia idiosincrasia, intentan atraer al mayor número de usuarios posibles. A mayor número usuarios, mayor será su relevancia y, por lo tanto, sus ingresos. Como afirma GIL ANTÓN, “*las redes sociales cuentan con pocas restricciones preestablecidas, con la finalidad de fomentar un libre acceso a los perfiles que, se van incrementando progresivamente con el aumento del número de contactos de cada usuario.*”¹⁴³

Los usuarios tienen un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar la privacidad de su perfil en las redes sociales, incluidos los menores de edad. Ello provoca, debido en ocasiones a una falta de información o formación de los usuarios, que muchos menores no configuren la privacidad de sus perfiles de manera adecuada. Tanto es así, que menos de la mitad de los menores de edad con cuentas en redes sociales configura su perfil como privado, mientras que el resto bien limitan una parte de la información personal o bien lo configuran como público, con lo que cualquier usuario puede ver la totalidad del contenido e información sobre el menor de edad.¹⁴⁴

Parecería razonable que la legislación exigiese a las redes sociales, al menos, establecer como predeterminada para los menores de edad una configuración restrictiva o privada, para que tan solo tuviesen acceso a sus datos aquellos a los que el menor o sus progenitores autorizasen expresamente. Igualmente, se conseguiría limitar los datos que la red social podría compartir. Esto pasa, inevitablemente, por una modificación de la normativa actual que, no es que no prevea una configuración determinada para los menores, sino que ni siquiera se establece la obligatoriedad de contar con un método fiable para verificar la edad de los mismos, como ya hemos comentado con anterioridad.

Todo ello plantea un reto enorme, pues esos datos podrán ser usados y, en ocasiones, también cedidos a terceros con objetivos comerciales o, peor aún, delictivos. Como ya comentamos anteriormente, es necesario ir más allá en las exigencias que hoy se plantean a las redes sociales en este aspecto, en lo que se refiere a los menores de edad. No debería bastar con la necesidad de que los textos por los que los menores consienten su acceso a una red social sean lo suficientemente claros como para que estos los comprendan con sencillez, sino que sería necesario que la

142. Afirma a este respecto GIL ANTÓN que “*La privacidad está cada vez más expuesta y, en ocasiones, ni siquiera se exige un comportamiento intencionado por parte del usuario para hacerlo. El rastro que deja una persona al moverse por Internet constituye por sí mismo una pieza de información valiosísima, que permite la oferta de servicios adaptados a las particulares circunstancias del usuario y que sin duda desvela nuestra vida privada, gustos, preferencias, fotografías, viajes, foros, conversaciones etc*” Cfr. “La privacidad del menor en internet”, en R.E.D.S., núm. 3, 2013, pág. 65.

143. Vid. GIL ANTÓN, A.: “El derecho a la propia imagen del menor en Internet... *Op. cit.*”, pág. 66.

144. GARCÍA GARCÍA, A.: *La protección del menor en el Derecho Europeo y Español*, Ed. Universitat Politècnica de Valencia, 2021, pág. 13.

configuración de la privacidad de los menores sea, por defecto, lo más restringida posible.

De este modo, tendrían que ser los menores los que, de manera expresa, cambiasen las condiciones de privacidad y permitiesen el acceso, no solo a los contenidos que ellos generen, sino a los datos que se pudiesen obtener de su comportamiento e interacciones en las plataformas digitales. Actualmente, las redes sociales se limitan a incluir guías de privacidad para los menores de edad y sus padres, en las que señalan algunas recomendaciones a la hora de diseñar la misma. Es el caso de *TikTok*, cuyas recomendaciones en este ámbito son casi inexistentes, publicitando únicamente la existencia de herramientas para el control parental.¹⁴⁵

Pero no solo debe de exigirse que la configuración predeterminada para los menores sea la de un perfil privado, sino que ha de irse más allá y establecer la prohibición del uso o tratamiento de datos de carácter personal que sean especialmente sensibles. BERROCAL LANZAROT incluye entre esos datos especialmente sensibles los biométricos y los de geolocalización, por los riesgos que estos pueden entrañar.¹⁴⁶ Y si fueran recabados, como afirma BRITO IZQUIERDO, deberían adoptarse “*medidas reforzadas de seguridad*.”¹⁴⁷

Es cierto que algunas plataformas ya han dado pasos para mejorar la protección de la privacidad de los menores, pero estos esfuerzos son claramente insuficientes a nuestro entender. Así, *Youtube* establece una serie de reglas en sus condiciones de uso que limita el contenido que se puede publicar en relación con los menores de edad. De este modo, la plataforma norteamericana impedirá la publicación de aquellos videos que supongan una sexualización de menores, que contengan actos dañinos o peligrosos en los que aparezcan menores, los vídeos que, con la participación de menores de edad, puedan causarle a los espectadores del mismo algún tipo de daño emocional y quedarán también vedados los que impliquen cualquier tipo de acoso.¹⁴⁸ Para intentar evitar la aparición de videos con los contenidos a los que nos acabamos de referir, la red social más usada por los españoles se limita a dar una serie de consejos que pueden resultar más o menos útiles. De esta forma, se pueden desactivar los comentarios y chats de las publicaciones en las que aparecen los menores de edad, se pide a los responsables legales de las familias que supervisen los contenidos creados por los menores de edad para que estos incluyan tan solo “*actividades adecuadas para su edad*” y en las que “*la ropa que lleven sea adecuada para su edad...*” evitando “*prendas que expongan demasiado el cuerpo del menor o sean ajustadas*”. De igual modo, se recomienda que no se publiquen contenidos grabados en espacios privados de las viviendas o que re-

145. TikTok: *Guía para padres y tutores*, accesible en <https://www.tiktok.com/safety/es-es/guardians-guide/>.

146. *Vid.* BERROCAL LAZAROT, A.I.: “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías... *op. cit.*, pág. 2562.

147. *Cft.* BRITO IZQUIERDO, N.: “La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos”, en *Diario la Ley*, núm. 11.728, 2019, pág. 13.

148. Así se recoge en la Política sobre seguridad infantil de Youtube, accesible en https://support.google.com/youtube/answer/2801999#content_featuring_minors&zippy=%2Ccontenido-en-el-que-aparecen-menores.

velen “*detalles personales sobre un menor*.”¹⁴⁹ Otras plataformas, como *Instagram*, han decidido ocultar los *likes* que aparecen en las publicaciones creadas por menores de edad y el número de reproducciones de las mismas. *TikTok* impide, en esta misma línea, que los menores de 16 años puedan realizar retransmisiones en directo o enviar mensajes privados.

3. EL PAPEL DE LOS PROGENITORES O REPRESENTANTES LEGALES EN LA PUBLICACIÓN DE CONTENIDOS DE MENORES

Los progenitores, como titulares de la patria potestad, tienen sus facultades limitadas en función del interés del menor, ejerciendo una “*parentalidad positiva*”¹⁵⁰, de manera que las actuaciones del menor deben configurarse como un medio a través del cual proyecte su personalidad. En este sentido, VERDERA IZQUIERDO¹⁵¹ previene sobre la necesidad de promover la autonomía de los menores en el marco del libre desarrollo de su personalidad, proclamando un “*empoderamiento*” del menor frente a la denominada “*hiperpaternidad*”. Incluso, se aboga por evitar una protección del menor que le impida desarrollar su personalidad, acuñándose el término *underparenting* o “*sana desatención*” para referirse a la necesidad de confiar en los hijos y otorgarles autonomía en sus relaciones y desarrollo. Ahora bien, ¿cómo casamos esta tendencia actual con los clásicos criterios de responsabilidad parental por los daños cometidos por sus hijos fundada en las tradicionales culpas *in vigilando* o *in educando*, *ex artículo 1903.2 Código civil*?¹⁵²

A mayor abundamiento, no podemos dejar de señalar que el Ordenamiento no puede seguir desposeyendo a los padres de la capacidad de intervención en ejercicio de su deber de velar por sus hijos, quedando sus facultades de actuación cada vez más mermadas, pero continuar atribuyéndoles la misma responsabilidad por daños que cometan esos mismos menores -a los que se considera suficientemente maduros para el ejercicio y la disposición de sus derechos de la personalidad pero no para ser civilmente imputables-. Así, nos encontramos ya con jurisprudencia en este sentido (analizada más adelante), que en última instancia debe ponderar los diferentes intereses en conflicto, primando el interés superior de los menores a la

149. Así se recoge en las políticas de *Youtube* sobre contenido en el que aparecen menores, accesible en https://support.google.com/youtube/answer/2801999#content_featuring_minors&zipy=%2Ccontenido-en-el-que-aparecen-menores

150. Concepto recogido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aprobado el 8 de enero de 2019.

151. *Vid. La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi Ed., Navarra, 2019, págs. 140-143.

152. Ya criticaba en su día la supresión de la facultad de corrección a los padres, a quienes se responsabiliza de cualquier daño cometido por sus hijos, sin posibilidad alguna de exoneración, al amparo de una supuesta vulneración de sus deberes por culpa *in vigilando* o, por la más amplia y vaga, culpa *in educando*; al mismo tiempo que abogaba porque los menores pudiessen ser civilmente imputables en determinados casos. Así, en PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil...cit.*

preservación de su intimidad, cuando los padres actúan en ejercicio de su patria potestad.

Por lo que respecta al papel de los padres en este ámbito, el artículo 84.1 de la Ley de Protección de Datos afirma que *“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.”*

La patria potestad, cuyo contenido se encuentra recogido en el artículo 154 del Código Civil, se basa en un principio tan básico como necesario, que no es otro que el de velar por los hijos sujetos a ella. Son numerosas las disposiciones legales que posteriormente han ido desarrollando este principio, entre las que destaca la Ley de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 4, además de reconocer el derecho a la intimidad de los menores de edad en su apartado 1, también establece la obligación de los padres y tutores de respetar *“estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”*.

Pero, como cualquier otro derecho, el de la intimidad de los menores de edad tiene sus limitaciones. Una de ellas es la que permite a los progenitores acceder a sus perfiles y cuentas de redes sociales, siempre y cuando se den determinadas circunstancias que hagan aconsejable este acceso. De este modo, cuando los progenitores o responsables legales de los menores tengan indicios suficientes para creer que estos están sufriendo acoso o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro la integridad, no solo física sino también moral del menor, podrán acceder a sus perfiles privados. Sobre esto nos detendremos en profundidad más adelante.

Otra de las acciones que algunos expertos reclaman a los progenitores es la de ser proactivos en las redes que usen sus hijos. Así FERNÁNDEZ DE MARCOS considera que sería útil que *“los padres se creen un perfil en las Redes Sociales en las que esté presente su hijo”* así como la realización de una búsqueda de los sitios online en los que pueden aparecer los datos de los menores.¹⁵³

3.1. El acceso de los progenitores a las redes sociales de sus hijos

Ya hemos señalado anteriormente que para garantizar la protección de la privacidad de los menores de edad habrá que limitar su capacidad para consentir sobre la publicación de determinados aspectos de su vida más íntima. Esa limitación, que también podrá alcanzar a los progenitores puesto que estos estarán a su vez limitados por el principio de interés superior del menor, tiene también un aspecto que es necesario determinar. Nos referimos al control que sobre el contenido que comparten los menores han de realizar tanto sus representantes legales como el Ministerio Fiscal. Sobre este último hemos dedicado un epígrafe completo, pero baste señalar aquí que su papel no será tanto el de actuar de manera prospectiva

153. FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.D.: *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres...*, *Op. cit.*, pág. 76.

sino cuando tenga conocimiento, por cualquier medio, de la existencia de una intromisión en la privacidad de los menores. Es al papel de las familias en el control del consentimiento prestado por un menor de edad que se encuentre bajo su patria potestad al que ahora prestaremos atención.

Así, al igual que venimos señalando la necesidad de que el consentimiento prestado por los representantes legales de los menores de edad esté sometido al ya mencionado principio de interés superior del menor, hemos de tener en cuenta los límites en el control del consentimiento ya prestado por el menor que esté sometido a su patria potestad. Dicho de otro modo: ¿Hasta dónde podrán llegar los progenitores en el control de las redes sociales de sus hijos? No nos cabe duda de que los progenitores podrán acceder a los perfiles en redes sociales de sus hijos menores de 14 años de edad. Si sus hijos han necesitado el consentimiento de los mayores de edad para abrir una cuenta, también lo necesitarán para subir cualquier tipo de contenido. Sobre este aspecto se pronunció el juzgado número 1 de Pamplona en su sentencia de 29 de mayo de 2017 estableciendo que *“la niña menor, de once años de edad, no tenía madurez suficiente para prestar por sí sola el consentimiento exigido..., resultando necesario que fuera completado por quienes ejercían su patria potestad y en concreto por su madre, titular de la patria potestad”*.

Incluso en el caso de que un menor de 14 años hubiese compartido contenidos y datos en redes sociales, los progenitores podrán, sin el consentimiento del menor, acceder a esos contenidos e incluso retirarlos. Así lo establece el artículo 12.6 de la Ley de Protección de Datos al afirmar que *“En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica...”* Esta medida no es pionera, pues ya se había hecho con anterioridad en distintos países, como en Estados Unidos, donde la legislación permite que los padres puedan revisar la información personal que haya sido proporcionada a las plataformas por sus hijos.¹⁵⁴

154. En concreto, la *Children's Online Privacy Protection Act* permite en su apartado 312.6 lo siguiente:

Derecho de los padres a revisar la información personal proporcionada por un niño.

(a) A petición de un padre cuyo hijo haya proporcionado información personal a un sitio web o servicio en línea, el operador de dicho sitio web o servicio en línea está obligado a proporcionar a dicho padre lo siguiente:

(1) Una descripción de los tipos o categorías específicas de información personal de los niños recopilada por el operador, como el nombre, la dirección, el número de teléfono, la dirección de correo electrónico, las aficiones y las actividades extraescolares;

(2) La oportunidad de negarse en cualquier momento a permitir que el operador siga utilizando o recopilando en línea información personal de ese niño, y de ordenar al operador que elimine la información personal del niño; y

(3) Sin perjuicio de cualquier otra disposición legal, un medio para revisar cualquier información personal recogida del niño. Los medios empleados por el operador para llevar a cabo esta disposición deben

(i) Garantizar que el solicitante sea uno de los padres de ese niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible; y

Sí será más compleja la posibilidad de acceder a los perfiles de los menores de edad mayores de 14 años. Como sabemos, la *auctoritas* paterna no es ilimitada.¹⁵⁵ En la mayoría de casos, el control parental estará legitimado por su ejercicio en interés de los hijos y con respeto a sus derechos, integridad física y mental, tal y como disponen el artículo 154 del Código civil y el artículo 4.5 Ley de Protección Jurídica del Menor; pero si dicho control parental fuese ilegítimo por abusivo o desproporcional, cabría la posibilidad de que el menor hiciese valer sus derechos, incluso acudiendo a las autoridades competentes o al Ministerio Fiscal, en última instancia -así, el artículo 10 Ley de Protección Jurídica del Menor señala que este puede, para la garantía y defensa de sus derechos, “poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas”.¹⁵⁶ La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia (LOPIIAV)¹⁵⁷, reconoce el derecho de los “menores maduros” a denunciar la vulneración de sus derechos, por ejemplo, ante la Agencia Española de protección de Datos si se tratase de una intromisión ilegítima en sus datos personales.¹⁵⁸

(ii) No ser excesivamente gravosos para el padre.

(b) Ni un operador ni el agente del operador serán responsables, en virtud de cualquier ley federal o estatal, de cualquier divulgación realizada de buena fe y siguiendo procedimientos razonables al responder a una solicitud de divulgación de información personal en virtud de esta sección.

(c) Sujeto a las limitaciones establecidas en el artículo 312.7, el operador podrá dar por terminado cualquier servicio prestado a un niño cuyos padres se hayan negado, de acuerdo con el párrafo (a) (2) de esta sección, a permitir que el operador siga utilizando o recopilando información personal de su hijo o haya ordenado al operador que elimine la información personal del niño.

155. Más bien al contrario, dicha *auctoritas* se ha ido limitando hasta sumirnos en una crisis de la autoridad paterna, sin que ello haya supuesto una liberación de responsabilidades por las actuaciones de sus hijos; al revés, los padres están dotados de menos herramientas de control sobre sus hijos (como ejemplo, la supresión de la facultad de corrección del artículo 154 CC) y, sin embargo, ya afirmábamos hace años que la responsabilidad por los daños que éstos causan se ha ido objetivando. En este contexto, mantener el equilibrio entre la educación y protección de los menores y el respeto a sus derechos se complica sobremanera. *Vid.* PAÑOS PÉREZ, A, *La responsabilidad de...op.cit.*, págs. 60-66. Respecto a la legitimidad del deber de corrección frente al niño “tirano”, en el ámbito de la imposición de límites en el uso de las TICs, *vid.* PÉREZ VALLEJO, A. M., *Prevención y protección Integral Frente a la Violencia Infantil: Un Enfoque desde los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 272-276.

156. *Vid.*, a mayor abundamiento, BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles. Control y mediación parental*, Aranzadi, 2021, págs. 182-191; quien expone la capacidad del menor para actuar y defender sus intereses en estos casos en las vías administrativa y judicial. El autor señala que, en los casos más flagrantes, si un control parental reúne los caracteres de delito (como el delito contra la intimidad, la propia imagen o el delito de revelación de secretos, recogidos en el artículo 194 CP), el menor podría dirigirse a una comisaría de policía para denunciar dicha intromisión sufrida por sus representantes legales; asimismo, podría ejercitar acciones judiciales a través de un representante legal, del defensor judicial o del Ministerio Fiscal.

157. BOE núm. 134, de 05/06/2021.

158. El artículo 50.2 b) de la LOPIIAV establece que “e) Se permitirá a las personas menores de edad, que así lo soliciten, formular denuncia por sí mismas y sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta”; después de garantizar en su primer epígrafe que “La actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia, se regirá por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la consideración de su interés superior”. Por su parte, el artículo 52.3 prevé expresamente, en el marco de la AEPD, que “Se permiti-

Siendo conscientes de la sensibilidad que requiere el tratamiento de esta materia por la especial vulnerabilidad de los menores afectados, no podemos obviar que los progenitores tienen, no ya la facultad, sino el deber de controlar a sus hijos en base al contenido de la patria potestad, otorgado por el Código Civil en su artículo 154¹⁵⁹; deber concebido no como poder, sino como “*función tuitiva*”. Por tanto, este deber de protección les ampara en el control de la propia identidad digital del menor para preservar su dignidad y el respeto a sus derechos fundamentales. En esta colisión de derechos debe conjugarse el deber de los padres de proteger a sus hijos en internet, con el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de derechos fundamentales (en los que entran en juego bienes de enorme relevancia, como el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión o el acceso a la información)¹⁶⁰; derechos de los menores que ni son ilimitados, ni tiene carácter absoluto.¹⁶¹ El legislador no puede atribuir a los padres una obligación de velar por los hijos menores y, al mismo tiempo, desposeerles de todo mecanismo de control para el ejercicio proporcionado de dicha función. Además, recordemos

rá a las personas menores de edad, que así lo soliciten, formular denuncia por sí mismas y sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta, siempre que el funcionario público encargado estime que tiene madurez suficiente”.

159. Artículo 154 del Código civil:

Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

2.º *Representarlos y administrar sus bienes.*

3.º *Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.*

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

160. MORILLAS FERNÁNDEZ, M. “El menor y su derecho a la intimidad ante los riesgos en la utilización de redes sociales”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (RDES)*, 2013, p. 169. *Vid.* BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 332 y ss.

161. En este sentido, el mediático juez CALATAYUD llega a decir, con la vehemencia que lo caracteriza, que “hay que violar la intimidad de nuestros hijos”; Disponible en <https://www.elperiodicodearagon.com/aragon/2019/10/27/juez-calatayud-hay-violar-intimidad-46589810.html>. Lo explica así: “Alguna vez he utilizado la expresión violar la intimidad de nuestros hijos y hay quien se ha escandalizado. Así que hablemos de vigilar o supervisar lo que hacen en las redes sociales, en Internet...: deberíamos conocer las contraseñas de sus móviles, por ejemplo, y echar algún vistazo de vez cuando. O qué guardan en los cajones y en los bolsillos. O si han empezado a frecuentar nuevas compañías. Si hacemos eso, les protegemos a ellos (por ejemplo, de los acosadores que abundan en las redes), pero también nos protegemos nosotros. Y si nos descubren, que nos denuncien. A ver qué dice la justicia”; en CALATAYUD PÉREZ, E., “Vigilar la intimidad de los menores puede ayudar a prevenir el terrorismo infantil”. *Granadablogs* (Blog del juez de menores de Granada y del periodista Carlos Morán), 31 de agosto de 2017, <http://www.grnadablogs.com/juezcatalayud/20>

que el artículo 155 Código Civil, que impone la obligación a los hijos de “obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre”, sigue estando plenamente vigente.

Pero no solo esto, sino que la propia Ley de Protección de Datos impone a los progenitores o representantes legales de los menores la obligación de preservar sus derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos a la intimidad y propia imagen, dentro del ámbito de la sociedad de la información. Así, el artículo 84.1 de la citada ley afirma que “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.” Como afirma MORILLAS FERNÁNDEZ, a pesar de que los hijos menores de edad cuenten con cierta madurez, “los padres continúan, en cualquier caso, con sus deberes de cuidado y asistencia hacia sus hijos de forma que se restringe la parecida autonomía del menor a la intervención de los mismos en cuanto a los actos que se deriven de los derechos de la personalidad”.¹⁶²

Sobre este tema se ha escrito mucho, con opiniones contrapuestas en la doctrina. Hay quien sostiene que los progenitores no podrán acceder a los perfiles de sus hijos porque esto supondría una vulneración de su privacidad mayor que el que el menor comparta contenidos de su vida privada. Así, MESSÍA DE LA CERDA afirma que “se observan dudas respecto de la admisión de la posibilidad de acceso de los padres o representantes legales a las cuentas de los hijos menores en las redes sociales, incluso concebida como una posibilidad remota, de aplicación excepcional e interpretación restrictiva.”¹⁶³

Por el contrario, otro sector de la doctrina se ha posicionado a favor de esta posibilidad, entendiendo que ese acceso, en determinadas circunstancias, es esencial para poder garantizar el bienestar de los menores y que forma parte de las obligaciones de la patria potestad. En esta línea, GETE-ALONSO sostiene que “Es lícita como medida preventiva, la vigilancia digital de la actividad de los menores que se despliegue por los titulares de las funciones... sea cual sea la edad del menor”, así, continúa la autora, los progenitores tendrán la obligación de estar al corriente de “las actividades de los menores en Internet y el control, así como en su caso, to-

162. Cft. MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia y redes sociales”, en *R.E.D.S.* núm. 13, 2018, pág. 100.

163. Continúa el autor afirmando al respecto que “la solución negativa parece imponerse, por cuanto las previsiones legales introducidas recientemente no establecen ni habilitan restricción alguna de los derechos de los menores. Además, debemos tener en cuenta que los contenidos de la cuenta del menor no solamente son relativos al mismo, pues en la cuenta se recogen otros pertenecientes a terceros. El acceso incontestado podría resultar una medida excesiva en relación con los derechos de tales terceros, dado que la discriminación de estos contenidos en el acceso resulta difícil, cuando no imposible —sin desdeñar que el consentimiento del hijo no tiene por qué habilitar al acceso a todos los contenidos—.” Cft. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.: “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”, en *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, 2019, págs. 11 y 12.

mar las medidas pertinentes para, si es necesario, limitar o cortar el acceso al mismo, incluso el entrometerse en su intimidad.”¹⁶⁴

En nuestra opinión, entendemos que ha de existir una ponderación sobre los riesgos de los contenidos que los menores comparten en las redes sociales y el respeto a su privacidad. Y solo en el caso de que estos riesgos supongan una clara y evidente intromisión en la intimidad de los menores, los progenitores podrán (de hecho, deberán) acceder a sus perfiles en redes sociales para, en su caso, eliminar dichos contenidos. En esas circunstancias, estaríamos ante una medida proporcional. Como razona acertadamente nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2015, “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.”

En relación con esto, BASTANTE GRANELL¹⁶⁵ analiza la interesante problemática derivada de la instalación de herramientas de control parental en los dispositivos electrónicos de los menores de edad, cada vez más habituales ante el alarmante aumento de los riesgos en la red -y que pueden consistir desde la limitación en el acceso a cierto contenido hasta la monitorización de la vida del menor-.¹⁶⁶ El simple hecho de instalar dichos mecanismos de control parental en el móvil del menor, por ejemplo, supone disponer de sus datos personales, al otorgar su tratamiento y cesión a las empresas encargadas de tales herramientas, dado que los padres están suscribiendo un contrato, oneroso o gratuito, con una empresa que les permite indagar en la esfera personal del hijo y que puede llegar a afectar a otros derechos del mismo, más allá de sus datos personales.

La gran variedad de opciones existentes para el control parental -geolocalización, hábitos de consumo y registro de webs visitadas, datos internos del móvil, como archivos o fotografías e, incluso, las conversaciones mantenidas por teléfono, en redes sociales, etc.- supone que algunas de estas herramientas puedan presentar funciones susceptibles de vulnerar derechos fundamentales del menor, por lo que se deberá atender igualmente en este ámbito, a la proporcionalidad en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, y siempre en base al superior interés del menor.

164. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, *Derechos fundamentales de los menores: (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. SOLÉ RESINA, J. y VINICIUS ALMADA, M. (Coord), Dykinson, 2018, pág. 284.

165. *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 161-165.

166. Considerados como último recurso del control parental, en el que deben priorizar las medidas de supervisión y pautas educativas consensuadas. No obstante, respecto al establecimiento de normas por los progenitores sobre el uso de los dispositivos móviles, el Informe Violencia viral de *Save the Children* (Dir. SASTRE A., Coords. DEL MORAL, C., SAN JUÁN, C., Violencia viral. Análisis de la violencia contra la violencia en la infancia y adolescencia en el entorno digital. Junio 2019, pág.53), apuntaba que el 51'9% de los padres participantes encuestados no tenían normas de limitación de uso de estos dispositivos y, entre los que sí tenían, la regla más común era el límite de horas de conexión y la explicación sobre los riesgos que se podrían encontrar navegando por la red. Vid. en PÉREZ VALLEJO, A. M., *Prevención y protección...op.cit.*, págs. 270-271.

El término “*espionaje*”, por su propio significado y las connotaciones del mismo, ya estaría aludiendo a un control parental no consentido, ni siquiera conocido, por el propio menor; situación que no sería admisible legalmente -obviando la inmoralidad del hecho- a partir de los 14 años. A partir de dicho límite de edad, respecto al tratamiento de datos personales, e incluso antes si atendemos a la madurez del menor para la disposición de sus derechos de la personalidad -recordemos que nuestro Ordenamiento presume suficiente madurez a partir de los 12 años¹⁶⁷-, los padres solamente deberían usar estas aplicaciones contando con la voluntad del menor, de común acuerdo, salvo excepciones en las que la privacidad y el desarrollo del menor estén en peligro. Y es que, como ya hemos visto anteriormente, con ocasión de la ponderación de derechos en las intromisiones ilegítimas, si dicho control parental estuviese justificado y amparado en el criterio del interés superior del menor, cabría dicha injerencia no consentida.¹⁶⁸

Por tanto, depende de la herramienta de control parental que contraten y los derechos del menor que puedan verse afectados “datos personales, secreto de las comunicaciones, intimidad, imagen, etc”, variará la edad del menor, tanto para consentir la intromisión parental como para revocar el consentimiento prestado por sus progenitores a tal efecto. Así, a partir de los 14 años, en todo caso, el menor está legitimado para revocar el consentimiento que sus padres hayan prestado para el tratamiento de sus datos personales y, entre otras consecuencias, oponerse a la instalación de tales herramientas de control, al ceder sus datos y ejercitar su derecho a la protección de datos personales en contra de su voluntad.¹⁶⁹ Cuando se vean afectados sus derechos a la intimidad y la imagen, el menor con suficiente madurez, y en todo caso el mayor de 14 años, podrá oponerse al consentimiento prestado por sus padres y, en consecuencia, como defendemos, también revocarlo.

En este sentido, AGUILAR DÍAZ¹⁷⁰, señala que no queda clara la forma y medio en que el menor expresará su consentimiento para dar legitimidad a esa conducta de control efectuada por los progenitores, teniendo en cuenta que los menores tampoco necesitarían un control exhaustivo sino un efectivo acompañamiento y educación previos que les preparará para reaccionar satisfactoriamente frente al innegable acceso a las TIC y los diversos ataques a los que deberá enfrentarse, en-

167. Entre otros, arts. 156, 159, 161, 172, 173, 176 bis, 177, 178, 223 CC.

168. En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A.M., “La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de los progenitores”, @*Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2017 (BIB 2017/13186); concluye que mera instalación de estos programas de espionaje ya constituye una clara violación del derecho a la intimidad de los menores, pero que deberá analizarse cada caso en concreto, pues si la instalación del programa se realiza con el fin de proteger al niño de un mal mayor (por ej., ante las sospechas fundadas de que esté siendo víctima, o autor, de *bullying*, *grooming*, *sexting*, chantajes, amenazas, etc.), la defensa del interés superior del menor y la obligación de los padres de velar por sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, hará que dicha vulneración de la intimidad del menor se considere legítima y justificada.

169. Así, BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 161-162.

170. AGUILAR DÍAZ, R.: “La vulneración al derecho a la intimidad entre los miembros de la familia, el espionaje intrafamiliar entre cónyuges y el “control” sobre los menores”, @*La Ley Derecho de Familia*, núm. 21, 2019.

tre ellos, a sus derechos fundamentales. Coincidimos pues, en que, atendiendo a razones de lógica proporcionalidad y situándonos en un contexto familiar “*normalizado*”, lo más conveniente es que los padres puedan ejercer un control sobre la actividad digital de sus hijos, igual que lo deben hacer sobre su vida real, de forma consensuada con éstos, a los que recordemos, les sigue siendo aplicable el contenido de artículo 155 CC¹⁷¹, que les impone un deber de obediencia y respeto.¹⁷²

En definitiva, entendemos que el acceso de los progenitores a los perfiles de sus hijos menores de edad no puede ser en ningún caso una regla general, pero sí una situación admisible para circunstancias excepcionales donde la privacidad del menor, o su salud o integridad física y psíquica, estén en riesgo de forma grave.¹⁷³ Para ello, habrá que determinar qué aspectos harían viable el acceso a los perfiles por parte de los progenitores, entre los que podrán estar la situación escolar, el riesgo inminente o el estado anímico. La jurisprudencia se ha manifestado en varias ocasiones al respecto, estableciendo que “*no existe, en condiciones de madurez, un derecho de los padres a controlar, mediante su injerencia, las comunicaciones de sus hijos menores de edad...admitiendo no obstante que incluso en el supuesto de un menor maduro la intervención esté justificada por un superior interés jurídico: salvaguardar al menor frente a serios peligros a que pudiera enfrentarse, con riesgo para su integridad personal o moral, o normal desarrollo psíquico.*”¹⁷⁴

No tendría sentido, ni justificación alguna, en cambio, que el motivo que llevase a los progenitores a acceder al perfil de su hijo tuviera relación con, por ejemplo, la orientación sexual del mismo o con su ideología. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la ya mencionada sentencia de 10 de diciembre de 2015, en la que legitima el acceso de una madre a acceder sin el consentimiento de su hijo menor de edad a su perfil de *Facebook* puesto que “*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.*” Es necesario, en nuestra opinión, que el legislador español actúe en este ámbito, dotando de mayor claridad hasta dónde puede llegar la intervención de los progenitores en el control de las redes sociales y la privacidad de sus hijos.

171. Artículo 155.1: “1º. *Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre*”. Y, con el mismo tenor, el artículo 9 ter.1 LOPJM, según el cual: “*los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos, así como a otros familiares*”.

172. Una buena opción para establecer pautas educativas consensuadas, cuando el menor tenga la suficiente madurez para ello, la plantea PÉREZ VALLEJO, A. M., a través de un contrato adaptado con cláusulas para el buen uso de dispositivos móviles (la Fundación ANAR ha elaborado el “Contrato-ANAR para el buen uso del teléfono móvil”, disponible en <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2021/12/Contrato-ANAR-uso-mo%CC%81vil.pdf>). El contrato pretende prevenir los peligros de una utilización abusiva y desinformada de los teléfonos inteligentes y se basa, por tanto, en que los menores puedan hacer uso de las nuevas tecnologías para tres premisas: seguridad, privacidad y respeto. Así en *Prevención y protección...op.cit.*, págs. 270-271.

173. *Vid.* MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.: “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”, en *La Ley Derecho de Familia*, núm.23, 2019, pág. 9 y 10.

174. *Cft.* Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015 de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015\6401).

Nos parece acertada, en este sentido, la inclusión de un precepto específico sobre esta materia en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Concretamente el artículo 222-36.3 de la citada ley señala que *“el tutor debe velar por que la presencia del tutelado en los entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse. Los tutores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente.”* Recoge, en nuestra opinión, una postura sensata de protección del interés del menor, si bien es verdad que carece de concreción sobre qué situaciones se entenderán como riesgo *“claro, inmediato y grave”*.

3.2. Desacuerdos parentales en el ejercicio de la *“patria potestad digital”*

En un contexto de conflicto familiar y de judicialización de situaciones cotidianas, colgar una foto de un hijo en redes sociales o el hecho de que, cuando el propio menor tenga acceso a redes sociales se convierta en creador de contenidos, en primera persona, puede dar origen a un conflicto en defensa de la protección a la intimidad y a la imagen del menor por el progenitor que entienda que el interés de su hijo se ha podido ver quebrantado al vulnerar alguno de sus derechos de la personalidad en el entorno digital.

Lo primero que debe recordarse es que, en base al artículo 3.1 de la Ley 1/1982, el propio menor maduro puede prestar su consentimiento para la disposición de sus derechos de la personalidad, también en el ámbito digital, por supuesto. En los restantes casos, en los que las condiciones de madurez del menor no le permitan prestar un consentimiento válido, señala el artículo 3.2 que *“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. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”*.

El amparo de los derechos de la personalidad del menor se incluye entre los deberes inherentes a la patria potestad de los padres, por lo que las situaciones de crisis familiar no deberían suscitar tantas incógnitas; salvo que alguno de ellos haya sido privado o suspendido de tal condición por resolución judicial. Sin embargo, es un debate recurrente en el que surgen los siguientes interrogantes: ¿Qué pasa cuando los padres se encuentran separados o divorciados y tienen diferentes criterios respecto a la disposición de la imagen de sus hijos en Internet, sobre todo, en redes sociales?; ¿Debe atenderse al régimen de custodia establecido, según sea compartida o la tenga atribuida uno de ellos en exclusiva?; ¿Y si el menor se encuentra al cuidado de otros familiares, como los tíos o los abuelos, a los que asisten derechos y deberes legales, o incluso si estos ostentan la guarda del menor? ¿Y

si el desacuerdo es sobre el uso que el propio menor hace de su intimidad e imagen en internet?

Pues bien, en estos casos de crisis familiar, si ambos progenitores divorciados o separados ostentan la patria potestad de su hijo menor, los dos deberán prestar expresa autorización sobre la disposición de su imagen, al ser ésta una materia que se encuentra dentro de la esfera de la patria potestad.¹⁷⁵ Pero cuando el conflicto se desarrolle entre los padres y el menor respecto a su ejercicio de los derechos de la personalidad en el entorno digital, la cuestión se complica.

Nuestra Constitución contiene un mandato directo a los progenitores para que proporcionen una protección integral a sus hijos menores de edad.¹⁷⁶ Desarrollando este mandato, como sabemos, la institución de la patria potestad se encuentra regulada en el Título VII del Libro I del Código Civil, en particular, en los artículos 154 y siguientes; estableciéndose una titularidad conjunta a favor de ambos progenitores, salvo excepciones como filiación respecto a un solo progenitor, fallecimiento del otro progenitor o privación judicial de la patria potestad.¹⁷⁷ Dicha titularidad conjunta comporta un ejercicio dual o corresponsable, los progenitores deberán ejercitar conjuntamente las responsabilidades, deberes y facultades inherentes a la función parental; permitiendo el artículo 156 Código civil que el consentimiento del otro progenitor pueda ser expreso o tácito y además, por razones prácticas y de mayor flexibilidad, admite la validez de los actos que realice solamente uno de los progenitores “*conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*”.¹⁷⁸ Es más, en base a la buena fe, dicho precepto presume que cada uno de ellos “*actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro*”.

Respecto al contenido de la patria potestad, ha ido evolucionando con el paso del tiempo¹⁷⁹, estando actualmente configurada como una responsabilidad

175. No obstante, teniendo en cuenta que este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor, tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2003 “...no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación”; sin que sea suficiente el consentimiento tácito, tal y como manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009, en cuyo caso, el hecho de que un torero se hiciera acompañar por su hija en la vuelta al ruedo aunque sea un consentimiento tácito, no prevalece sobre la protección de la imagen de la menor. *Vid.* PÉREZ UREÑA, A. A., “La protección del honor ...*cit.*”, pág. 5.

176. Art. 39.3 CE: “*Los padres 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*”.

177. *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.O., “Relaciones paterno-filiales. La patria potestad” en @*Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica*, Aranzadi, T. V, 2020.

178. GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, 2013, pág. 55; *vid.* LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, 2020.

179. Tradicionalmente configurada como una *potestas*, ha pasado a concebirse (sobre todo tras la reforma del CC operada por la Ley de 13 de mayo de 1981) como un “*officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”, configurándose por el Tribunal Supremo (en atención al principio constitucional de protección integral de los hijos del artículo 29 CE) como “*función y como derecho-deber, de acuerdo con el art. 154 CC*” (SSTS de 1 de octubre de 2019 (RJ 2019/3690); de 19 de abril de 2012 (RJ 2012/5909).

parental, que se “*ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”, según lo establecido en el artículo 154 del Código civil. Por tanto, su ejercicio debe atender a la máxima del interés superior del menor, que desarrollaremos posteriormente; principio que no sólo guía el desempeño de la patria potestad, sino que actúa como criterio preferente para la resolución de conflictos.

Así lo dispone el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor cuando señala que “*todo menor tiene derecho a la que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las actuaciones y decisiones que le conciernan*”, incluidas aquéllas que concurren en el ámbito privado. Asimismo, la personalidad del menor constituye otro principio informador del ejercicio de la patria potestad, derivado del mismo principio del interés superior del menor. Así puede extraerse del apartado 2 b) del mencionado precepto, cuando exige tener en cuenta para la interpretación y aplicación del principio en cada caso “*la consideración de 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*” y de decidir atendiendo a la necesidad de prepararle para el “*tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales*”.

Por lo que, en síntesis, la patria potestad se presenta como un derecho-deber que obliga a los progenitores a desarrollar la crianza y educación del hijo menor no emancipado en su beneficio y conforme a su personalidad.¹⁸⁰ Y, ciertamente, el renovado principio del interés superior del menor sirve como un potente faro capaz de guiar las decisiones de los progenitores, recordando que su función se debe centrar en proteger los derechos básicos de sus hijos.¹⁸¹

Esta evolución del contenido de la institución y su ejercicio en el ámbito de las relaciones del menor con el entorno digital, ha legitimado a cierta doctrina para acuñar el término “*patria potestad digital*” o “*potestad digital*”.¹⁸² Y es que la llegada de la “*sociedad digital*” ha provocado nuevos desafíos para los progenitores, que deben enfrentarse al avance constante e imparable de las nuevas tecnologías, en especial, por lo que a menores afecta, de la telefonía móvil¹⁸³, la vulnerabilidad online del menor y la brecha digital que los separa, en muchos casos, de sus hijos.

180. Ciertos autores consideran que la personalidad del menor constituiría otro principio informador del ejercicio de la patria potestad. AGUILERA RODERO, J., “Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2008; LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de...op.cit.*

181. Así, MARTÍNEZ CALVO, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3, 2015, pág. 204.

182. Vid. VELILLA ANTOLÍN, N., “Patria potestad digital: Menores e internet”, en *Revista jurídica de Derecho de familia (AJFV)*, núm. 7, noviembre 2017, págs. 3-16; GUARDIOLA SALMERÓN, M. “Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España”, en *@La Ley Derecho de familia*, núm. 14, 2017.

183. Vid. Informe El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital (UNICEF, 2017), pág. 3.

Ya no se trata solamente de proteger, cuidar y educar al menor en el mundo real sino de extender esas funciones al mundo virtual, haciendo malabares para alertarlos de los riesgos y peligros que éste entraña, tales como el ciberacoso, violencia de género digital, *sextorsión*, *grooming*, adicciones, vulneración de derechos fundamentales, apropiación de datos personales, etc; y, a su vez, ayudarles a crear y ejercitar correctamente su identidad y capacidad digitales, facilitándoles ese tránsito a la edad adulta, conforme a su personalidad, que les permita desarrollarse en la sociedad, también en su vertiente digital.¹⁸⁴ Así, el mismo artículo 2 de la mencionada Ley de Protección Jurídica del Menor recoge la obligación de 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”*.

Por su parte, la Ley de Protección de Datos recoge esta potestad digital, en el ámbito de la *“Garantía de los derechos digitales”*, cuando el artículo 84, dedicado a la protección de los menores en internet, determina que *“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”*; añadiendo, en su 2º párrafo¹⁸⁵, una protección reforzada frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de los menores de edad por la utilización o difusión de imágenes o información personal de éstos en redes sociales y servicios de la sociedad de la información, que determinará la intervención del Ministerio Fiscal.

Asimismo, la Ley de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia de 2021 califica tal ejercicio de la patria potestad digital como una obligación legal de los progenitores, para asegurar un uso seguro y responsable de internet, estableciendo en su artículo 45.1 que las Administraciones Públicas *“fomentarán medidas de acompañamiento a las familias, reforzando y apoyando el rol de los progenitores a través del desarrollo de competencias y habilidades que favorezcan el cumplimiento de sus obligaciones legales y, en particular, las establecidas en el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”*. Por su parte, la más reciente Ley de la Infancia y Adolescencia de Andalucía dedica un precepto, concretamente su artículo 52.2., al derecho al desarrollo de la competencia digital, en el que prevé que *“los órganos competentes en materia de infancia y adolescencia, de educación, de tecnologías de la información y comunicación, y en medios de comunicación social fomentarán medidas de acompañamiento y desarrollarán estrategias de intervención que garanticen los conocimientos necesarios para una navegación segura por Internet,*

184. Vid. BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 204-205.

185. *“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”*.

y que eduquen a menores, padres, madres, personas tutoras y profesorado en un uso responsable de las tecnologías y de sus contenidos”.

En este sentido, BASTANTE GRANELL señala que la patria potestad digital podría ser definida como el conjunto de derechos y deberes que los progenitores tienen respecto a sus hijos menores no emancipados, con la finalidad de garantizar su protección, educación y representación en la sociedad de la información, del conocimiento y de la tecnología -conocida como sociedad digital-; en su beneficio y con respeto a su personalidad, sus derechos y su progresiva capacidad de obrar en internet.¹⁸⁶ En base a este contenido, los padres deben extender sus obligaciones al entorno digital del menor, lo que implica, entre otros aspectos, velar por el adecuado uso que hace el menor de las tecnologías, favorecer su alfabetización digital, defender sus intereses en el mundo virtual, etc.

Como adelantábamos, pues, en los casos de nulidad, separación y divorcio, los cónyuges progenitores conservan la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad.¹⁸⁷ Pues bien, centrándonos en la problemática que planteábamos, para que un padre pueda subir una fotografía de su hijo menor de edad a redes sociales, (o casos cada vez más frecuentes, que analizaremos posteriormente como el llamado *sharenting* o el de las “madres *influencers*” o *Instamamis*¹⁸⁸ -porque *Instapapis* es mucho menos común, por no decir inexistente-, esto es, personajes públicos en redes sociales que crean diariamente contenidos digitales, muchos de ellos patrocinados por marcas comerciales, con sus hijos como protagonistas directos), necesitará contar con el beneplácito del otro progenitor, con independencia de quién de ellos ostente la guarda y custodia del menor, en caso de estar separados o divorciados. En cualquier caso, ya sea de forma esporádica o se trate de una sobreexposición pública habitual en redes sociales por parte de un progenitor, es necesario el consentimiento del otro, cuando ambos sean cotitulares de la patria potestad. Así lo determinó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en su sentencia 356/2018 de 6 de julio de 2018, que requirió al progenitor para que dejara de publicar fotografías de una menor a través de las redes sociales, o por cualquier otro medio de comunicación, amparándose en que dichos actos son constitutivos de la patria potestad y, por tanto, requieren el consentimiento de ambos progenitores.

Así lo determinó la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015¹⁸⁹, que se requiere medie el consentimiento de ambos progenitores para la publicación de cualquier imagen de los hijos menores de edad; añadiendo que este requisito debe ser exigido con mayor rigor para terceros. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia

186. BASTANTE GRANELL, V.: *Patria potestad, hijos, ...op.cit.*, págs. 205-206.

187. Así se desprende del artículo 92 CC. Criterio unánime de la gran mayoría de la doctrina; por todos, *vid.* MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 33 y ss.; *cf.* VALLESPÍN PÉREZ, D., “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?”, *@Práctica de tribunales: revista de derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 100, 2013.

188. *Vid.* GUTIÉRREZ MAYO, E. “Instamamis: la exposición de menores en las redes sociales por sus progenitores. Análisis civil”, *Portal Jurídico Notariosyregistradores.com*. Disponible online en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/>.

189. Sentencia núm. 383/2015 de 30 junio (RJ 2015\2661).

Provincial de Madrid de Madrid de 29 de junio de 2020¹⁹⁰, declara que: “*A falta de acuerdo entre los progenitores sobre la publicación de las fotos de la menor y no reduciéndose la difusión de su imagen a un número cerrado de contactos al poder ser asequible a todos los usuarios de la red siendo susceptible de reproducción indefinida y de ser colgada en un sitio no deseado con la consiguiente pérdida del control, se hace preciso el consentimiento de ambos padres o al menos que no medie oposición tácita o expresa de uno de ellos para divulgar la imagen de Custodia, de 7 años de edad, todo ello en el bien entendido de que el padre obraría en todo momento de buena fe y que la exposición en una página web del colegio al que acude la menor de una fotografía con sus compañeros responde a un distinto supuesto*”. Y, en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en su sentencia de 6 de julio de 2018¹⁹¹, que requirió al progenitor para que dejara de publicar fotografías de una menor a través de las redes sociales, o por cualquier otro medio de comunicación, amparándose en que dichos actos son constitutivos de la patria potestad y, por tanto, requieren el consentimiento de ambos progenitores.

Por tanto, al ser necesario el consentimiento de ambos, o al menos de uno de ellos, con la aprobación tácita del otro, bastando con que no existiese oposición, en caso de oposición expresa de uno de ellos, cualquiera de los dos podrá acudir a la vía judicial. Deberán tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado que dictó medidas sobre guarda y custodia y patria potestad, de modo que el Juez determinará a cuál de los padres corresponde tomar la decisión; siempre después de oír a los progenitores y al menor maduro, cuando el Juez lo estime conveniente si éste tuviere suficiente juicio, en todo caso, si fuera mayor de 12 años.

Así se pronuncian, como ejemplos, la reciente Sentencia 13/2022 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de enero de 2022¹⁹² que, en base a la establecido por el artículo 156 del Código civil considera incluidos en el amplio concepto de “actos”, conforme al uso social y las circunstancias, “*aquellos temas relativos a la salud, formación y desarrollo de los menores respecto de los cuales el ejercicio conjunto de la patria potestad supone que ambos progenitores participen en cuantas decisiones relevantes les afecten, entre las que se encuentra el consentimiento para la difusión de la imagen de la hija común en las redes sociales, por tratarse de una decisión que de no mediar autorización queda excluida de las que unilateralmente puede adoptar uno de los progenitores, dada su trascendencia, encuadrándose dentro de los que la doctrina ha denominado actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad*”.

En el mismo sentido, la Sentencia 116/2020 de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de febrero de 2020¹⁹³, señalando que “*estando ante un supuesto de patria potestad compartida conforme al contenido de los art. 154 y 156 CC, entendemos que aún cuando el hecho de que se trate de fotografías que en sí mismas no reviste ningún perjuicio para el menor, la objeción de la madre es motivo suficiente para que tanto el padre como su pareja se abstengan de llevar a cabo dichas publicaciones a través de*

190. Sentencia núm. 520/2020 de 29 junio. (JUR 2020\244108).

191. Sentencia núm. 356/2018 de 6 julio. (JUR 2018\273525).

192. Sentencia núm. 13/2022 de 17 enero, (JUR 2022\78525).

193. Sentencia núm. 116/2020 de 26 febrero, (JUR 2020\299802).

las redes sociales o por cualquier otro medio de comunicación". Asimismo, la Sentencia 31/2019 de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de marzo de 2019¹⁹⁴, confirma que un progenitor debe contar con el consentimiento del otro para difundir fotos en redes sociales de sus hijos menores; aclarando que *"ante la discrepancia surgida entre ellos por la negativa a que así se haga en el caso de la madre, que se ha mostrado contraria a que la imagen de su hija se difunda a través de las redes sociales, lo que surge es un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad que debería dar lugar a que fuese el juez quien, oídos ambos progenitores, atribuyera a uno de ellos la facultad de decidir, esto es, si se consiente en la publicación o difusión de .las fotos, en caso de atribuirle al padre, o si no debe consentirse, caso de hacerlo a la madre"*.

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2018¹⁹⁵, que señala *"ante la realidad social del difícil o complicado control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo facebook, instagram, etc. y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas, mucho más graves cuando están implicados menores de edad"* y reitera que el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores y no se puede incardinar el tema de la publicación de imágenes en redes sociales con aquellos actos que cada uno de ellos realice válidamente por separado *"conforme al uso social"* (y como excepción al principio de ejercicio conjunto de la patria potestad, ex. Art. 156 CC); concluyendo, si bien, que distinta es la discusión sobre *"si dicho consentimiento debe ser expreso o puede ser también tácito (por ejemplo si ya antes de la separación ambos colgaban fotos del menor en redes sociales, o si después de la separación ambos lo hace, etc.), cuestión que deberá valorarse caso por caso (...)"*.

No obstante, los tribunales suelen velar por una aplicación proporcional y razonable de este criterio, valorando cada caso concreto y, siempre que el contenido compartido en redes sociales no constituya una vulneración de su intimidad ni atente contra su interés superior, el hecho de disponer esporádicamente de la imagen y esfera íntima de sus hijos suele considerarse incluido entre los actos permiti-

194. Auto núm. 31/2019 de 13 marzo, (JUR 2019\150994).

195. Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 385/2018, de 15 de mayo (JUR 2018\153621). En igual sentido la sentencia núm. 970/2018 de 24 de octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª (JUR 2018\303769), afirma que: *"...es lo cierto que la mera realidad social de la tendencia a cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar si quiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que exige el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo. En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad resulta tan delicado y de tanta transcendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad"*.

dos por el artículo 156.2 del Código civil que otorga validez a las actuaciones que realiza un progenitor conforme al uso social y a las circunstancias.¹⁹⁶

En este sentido, por tanto, debemos distinguir si la publicación del contenido sobre el menor se lleva a cabo en redes privadas o públicas.¹⁹⁷ En el marco de las primeras, como venimos exponiendo, se debe contar con el consentimiento de ambos progenitores, tanto para comenzar a publicar como para que dicho contenido permanezca en la red, y cuando alguno no lo conceda o lo retire posteriormente será necesario acudir a la vía judicial para su autorización, conforme al artículo 156 del Código civil. Y respecto a la apertura de cuentas en redes sociales de acceso público, con la finalidad de subir de manera constante e indiscriminada imágenes de la vida privada y familiar de los hijos menores, además del consentimiento mutuo, los progenitores deberán comunicarlo al Ministerio Fiscal, en aras del artículo 3.2. de la Ley 1/1982, quien, valorando el superior interés del menor, podrá oponerse a tales publicaciones, en cuyo caso resolverá el juez.

Así pues, si la publicación de fotografías del menor en redes sociales proviene del entorno familiar más cercano, aunque no sea de los titulares de la patria potestad, y además sólo vaya destinada al círculo privado de familiares y amistades, la jurisprudencia reitera que no atentaría al derecho a la imagen del menor, siempre y cuando no perjudique su interés superior por el contexto de dicha publicación, por su contenido y por la divulgación de la misma, por ejemplo, restringiéndose la privacidad en la red social, atendiendo a si el perfil es privado o público, cuántos seguidores tiene, si la fotografía va acompañada de comentarios y el cariz de éstos, y si, en definitiva, la actuación se adecua a los usos sociales extendidos en el ámbito familiar en cuestión¹⁹⁸.

196. A modo de ejemplo, la SAP de Barcelona, núm. 265/2015, de 22 abril (JUR 2015\164632) que estableció que *“En cuanto a la petición de que se prohíba a la actora publicar fotografías del hijo común en redes sociales el recurso debe ser desestimado.(...) La Juzgadora de 1ª Instancia ha referido con buen criterio, que ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo la privacidad de las imágenes del menor remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos, sin que se haya acreditado que ello no haya sido así”*.

197. Así lo señala la fiscal GUTIÉRREZ MAYO, E., “Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales”, *Portal Jurídico Lefebvre*, Tribuna, publicado el 20 de diciembre de 2019. Disponible online en: <https://elderecho.com/posibles-consecuencias-legales-los-progenitores-la-publicacion-fotos-hijos-menores-edad-redes-sociales>.

198. Así se pronuncia, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 2017, sentencia núm. 266/2017 de 6 julio, (AC 2017\1201), en la que una madre demanda a su ex marido y a su suegra por la publicación de una foto de su hijo en sus perfiles de Facebook; sin que se estime su pretensión al considerarse que *“las fotografías publicadas, en sí mismas consideradas, no revisten ningún perjuicio para el menor, ni por las personas que decidieron su inclusión, ni por su contenido ni por su contexto ni por el foro o ámbito en que se publicaron. Se trata de compartir determinados momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana del menor con el padre o con otros familiares, sin mayor trascendencia, teniendo en cuenta el ámbito en que se produce la publicación. Por lo demás, la publicación no la hace un extraño, sino familiares tan próximos como el padre o la abuela materna”* concluyendo la resolución que, en el caso de la abuela no habría siquiera motivo para haberla demandado *“al centrarse su actuación en una única fotografía, definidora de su perfil, en la que no hace sino alarde del cariño y orgullo por sus nietos, todo ello sin perjuicio de que, cuando conoció la oposición de la madre, retiró la fotografía en cuestión”*. En otro caso, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de abril de 2015, sentencia núm. 265/2015 de 22 abril, (JUR 2015\164632), se pronunció sobre un procedimiento de

Por otra parte, cuando el conflicto se desarrolla, no entre los progenitores sino entre uno de ellos o los dos y el menor, respecto a su ejercicio de los derechos de la personalidad en el entorno digital, ya adelantábamos que la cuestión se complica. Pueden llegar a existir casos de control parental ilegítimo, no justificados o desproporcionados, supuestamente amparados en la vulnerabilidad digital que caracteriza al menor, pero que comporten una auténtica violación de derechos y libertades del mismo afectando a derechos como la intimidad, el honor, el secreto de las comunicaciones, etc. En estos casos, la intromisión ilegítima se daría dentro del propio ámbito familiar, por parte de los progenitores y por un ejercicio abusivo de esa patria potestad digital. A este particular dedicaremos posteriormente un epígrafe completo.

En el extremo contrario al del posible control parental excesivo -cuando son los propios menores los que acceden voluntariamente a la red y gestionan sus perfiles digitales-, podemos encontrar los casos de ejercicio abusivo de la patria potestad en la gestión de la identidad digital de los menores, por la sobreexposición que los padres hacen de sus propios hijos en la red, muchas veces con ánimo lucrativo. Nos referimos al fenómeno del *sharenting*, que tratamos con detalle más adelante. No obstante, no cabe duda de que, igualmente en estos casos, el Ministerio Fiscal debe actuar de oficio en defensa de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen del menor afectado.

En definitiva, somos conscientes de que el papel de los padres se complica exponencialmente con el aumento de los verificados riesgos y peligros que comportan las nuevas tecnologías para los menores. El justo y equilibrado ejercicio de la patria potestad requiere proteger y educar al menor sin lesionar sus derechos, dado que éste tiene libertad de ejercitarlos conforme a su madurez y de desarrollar su personalidad en el entorno digital igualmente; derechos de los hijos que, no obstante, pueden ceder en su propio interés y beneficio.¹⁹⁹ Reiteramos que el crite-

divorcio en el que se solicitaba la prohibición a la madre de publicar fotografías del hijo en común en redes sociales, dictaminando igualmente que, al ser imágenes que no atentaban contra el derecho a la imagen del menor y estar destinadas únicamente a parientes y amigos no estaba justificada tal prohibición. *A sensu contrario* se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de junio de 2015, sentencia núm. 208/2015 de 4 junio, (JUR 2015\163149), respecto a la publicación de fotografías de un bebé en las redes sociales del padre, argumentando (aunque en el ámbito de la protección de datos de carácter personal) que, al permitirse la identificación pública del menor, cuya imagen aparecía en la foto de perfil del Facebook de su padre, es preciso un consentimiento de ambos progenitores al ser cotitulares de la patria potestad. Respecto a los usos sociales en el ámbito de internet, la STS de 20 de julio de 2018 (núm. 476/2018 de 20 julio (RJ 2018\2832)), la cual se ampara en dichos usos para descartar una intromisión ilegítima en el derecho al honor; en el mismo sentido, la SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017 (JUR 82242), respecto a la publicación de unas imágenes de menores a su cargo por parte de la abuela en una cuenta de *Facebook* que no tenía carácter público; la resolución señala que algunos comentarios podrían haber vulnerado la intimidad de los menores si el acceso a la cuenta hubiera excedido del círculo familiar para alcanzar a un grupo indiscriminado de personas, cosa que no se consideró probada y, por ende, se entendió acorde a los usos sociales.

199. *Vid.*, por todos, PÉREZ VALLEJO, A. M., *Prevención y protección...op.cit.*, pág. 270, quien alerta de que “*Encontrar el justo equilibrio entre las pautas educativas y el control e imposición de límites, invitan de nuevo a reflexionar sobre algunas cuestiones, desde el enfoque de los derechos de los hijos que, no obstante, pueden ceder en su propio interés y beneficio*”.

rio rector para dirimir dicha ponderación de derechos será, en todo caso, el principio del interés superior del menor, en base al cual habrá que determinar si la intrusión llevada a cabo por los progenitores en la intimidad y privacidad de sus hijos es legalmente tolerable.²⁰⁰

Para evitar estos conflictos en sede familiar provocados por dicha colisión de intereses (que en ningún caso deberían llegar a judicializarse), y minimizar los riesgos a los que se expone el menor en la sociedad digital, las últimas reformas legales para la protección de la infancia y adolescencia apuestan por la prevención mediante el apoyo a las familias en materia de alfabetización y competencias digitales. Así, los poderes públicos deben adoptar medidas tendentes a la educación digital, no sólo de los hijos, sino también de los padres.

4. EL CONTROL DEL CONSENTIMIENTO DEL MENOR POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL

La Fiscalía es el garante de los derechos del menor. Su obligación es velar por el cumplimiento del interés superior del menor, incluso cuando las apariciones en redes sociales cuenten con el consentimiento de los menores o de sus representantes legales. Es más, en este último caso, ese control del consentimiento prestado debe contar con un control de un tercero ajeno al ámbito familiar como es el Ministerio Fiscal precisamente porque, en muchas ocasiones, la vulneración de los derechos del menor viene acompañada por el consentimiento de sus representantes legales.²⁰¹

A lo largo de estas últimas décadas se han sucedido diversas Circulares e Instrucciones por parte de la Fiscalía General del Estado con el objetivo de impulsar, de una manera u otra, su papel en el ámbito de la protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen sobre las que ahora profundizaremos. Así, podemos destacar la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación y la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. También son relevantes las circulares 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 y 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

En todas ellas, y en distintas leyes ya mencionadas, se configura el papel del Ministerio Fiscal en este ámbito. Así se hace, entre otros, a través del precepto recogido en el artículo 3.2 de la Ley 1/1982, que es trascendental. Por un lado, su autorización será necesaria para que el consentimiento prestado por el menor despliegue

200. Así en PAÑOS PÉREZ, A., “El interés del menor ...*op.cit.* y en “Daños a la intimidad ...*op.cit.*, págs. 249-299. *Cf.* GODOY DOMÍNGUEZ, L.A., “El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

201. MACIAS CASTILLO, A.: “La protección civil del derecho... *op.cit.*, pág. 62.

todos sus efectos aunque, como ahora veremos, esto en la práctica es inviable, siendo necesario que se lleve a cabo una actualización legal en este sentido. Por otro, podrá revocar el consentimiento prestado por el menor, o incluso el prestado por sus progenitores, si este es perjudicial para el mismo. Finalmente, deberá actuar frente a cualquier intromisión en los derechos de la personalidad de los menores o, incluso, sin que esto se produjese, cuando fuera contra sus intereses. En este sentido, el artículo mencionado señala literalmente que *“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...”*, pero es que el artículo 4 de la Ley 1/1996 va más allá cuando señala que *“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, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.”*

En esta misma línea ha continuado la Ley de Protección de Datos, en la que se exige la intervención del Ministerio Fiscal cuando se produzca cualquier intromisión ilegítima en los derechos de los menores. Concretamente el artículo 84.2 establece que *“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.”* Eso no obsta para que el consentimiento prestado por los menores de edad, por sus progenitores o los representantes legales de estos tan solo será válido e irrevocable, a *sensu* contrario, para los casos en los que no perjudique la intimidad, el honor o la imagen del menor de edad. En estos casos, el Ministerio Fiscal no tendrá intervención alguna.

Desde la entrada en vigor del mencionado artículo 4 de la Ley de Protección jurídica del Menor, queda claro que el consentimiento prestado por el menor, aunque se le pueda considerar maduro, pierde consistencia toda vez que se intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para intervenir de oficio si considera que el acto autorizado es perjudicial para el mismo.²⁰² En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2009²⁰³ expone que *“el consentimiento de los padres para la utilización de la imagen del menor ha de ser expreso, no deducido de actos previos, aunque incluso, como se dijo anteriormente, en supuestos de fotografías de menores, aun existiendo consentimiento, podría haber intromisión ilegítima”*.

Sostiene, en este sentido LINACERO DE LA FUENTE que se trataría, no ya de invalidar el consentimiento del menor, sino de establecer algún tipo de control previo a su otorgamiento o de formalismo, de forma similar al previsto para el consentimiento prestado por sus representantes legales, permitiendo, en el caso de que los

202. MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor... *op.cit.*, pág. 7.

203. Sentencia núm. 163/2009 de 11 marzo, (RJ 2009\1638).

menores presten su consentimiento a la utilización de su imagen o nombre, o a la difusión de información en los medios de comunicación que razonablemente puedan perjudicarlos, que sus representantes legales y en su caso, el Ministerio Fiscal, estén legitimados para oponerse a las mismas.²⁰⁴ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2011, en la que se condena a un diario granadino por usar la imagen de una menor de edad, incluso con la oposición expresa de los progenitores, en una noticia en primera portada con el texto “*Al Qaeda amenaza con convertir España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos*”, acompañada de una foto en la que salía la menor de edad señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista.

Llegados a este punto, hemos de ser críticos con esta postura y con el papel que se le ha otorgado al Ministerio Fiscal en relación con el consentimiento prestado por los menores de edad o sus representantes legales. Y ello porque, a pesar de que la propia Fiscalía General del Estado afirme que “*sólo con la intervención del Fiscal el consentimiento surte efecto*”, son muy pocos los casos en los que, efectivamente, se cuenta con el consentimiento de la Fiscalía sin que la ausencia de este límite los efectos producidos.²⁰⁵ Carece de sentido que, a día de hoy, todos y cada uno de los actos que tengan relación con la intimidad de los menores deban contar con el visto bueno de la Fiscalía. Es impensable que cada vez que el menor suba un contenido a una red social, se le prive de validez por carecer del visto bueno de la Fiscalía. Esto, además de ser inviable desde el punto de vista de la carencia de recursos humanos y materiales, haría en la práctica que los menores no pudiesen ser usuarios de las redes sociales, algo que se contradice con lo establecido en la propia Ley 3/2018, que fija los 14 años como el momento en el que el consentimiento del menor permitirá acceder a las redes sociales y, por lo tanto, subir contenido a ellas.

Como señala SERRANO MAILLO, a pesar de que los menores deben de contar con una protección especial, el papel otorgado por la legislación a la Fiscalía es exagerado y, en la práctica, totalmente inviable.²⁰⁶ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ MAYO sostiene que en el terreno de las redes sociales esta vía de control previo carece de sentido por la propia naturaleza de las mismas, en las que la inmediatez y el número de publicaciones diarias hacen imposible ponerlo en conocimiento previo del Ministerio Fiscal.²⁰⁷ No obstante, la fiscalía señala que “*aunque no se pueda poner en conocimiento del Fiscal cada una de las publica-*

204. Así lo afirma LINACERO DE LA FUENTE cuando señala que “*en el ámbito de los derechos de la personalidad, el menor, en todo caso, a partir de los 16 años tendría capacidad para asumir decisiones por ejemplo...honor, intimidad e imagen*” Cft. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La protección del menor en el derecho civil español; comentario a la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero”, en *Actualidad civil*, núm. 4, 1999, Pág. 1584.

205. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, pág. 8.

206. Vid. SERRANO MAILLO, M.I.: “Cómo proteger el derecho a la propia imagen de los menores en televisión”, en *Derecom*, núm. 2, 2010, pág. 11.

207. Vid. “Instamamis: la exposición de... *op.cit.* Disponible online en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/instamamis/>.

ciones proyectadas, conforme al tenor de la ley se debería informar antes de crear la cuenta en la que se pretende exponer imágenes de menores: de la intención de crear esa cuenta con un perfil público; del tipo de publicaciones que se van a subir a la red; en qué contexto van a salir los menores; con qué periodicidad se pretenden subir imágenes o vídeos; y si existe ánimo de lucro o colaboración con marcas en los productos que exponen los menores. Una vez recibida esta comunicación, el Fiscal debe valorar, con arreglo a los criterios antes expuestos, si la creación de la cuenta puede vulnerar el derecho de los menores de edad. En caso de que estime que así puede ser, debe oponerse en el plazo de 8 días y resolverá el juez. En caso de que no se oponga, debería realizar un control periódico de la cuenta creada para ver si la misma se ajusta a lo que los progenitores comunicaron con carácter previo al fiscal”.

Consideramos que sería mucho más útil y operativo darle a la Fiscalía un papel de protección a posteriori, que no *ex ante*. Es decir, que pueda revocar el consentimiento otorgado por el menor o sus representantes legales en los casos en los que exista un perjuicio evidente para el menor o una intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, y no tanto complementarlo. Básicamente, porque si *de facto* no se cumple con esta premisa al ser inviable (por dos motivos principalmente: la falta de medios materiales y personales del Ministerio y el crecimiento exponencial de las cuentas y publicaciones en estas redes), abogamos por una modificación legal que la suprima y se mantenga solamente el control *ex post*.

De hecho, ese es el papel que la Ley de Protección de Datos ha previsto para el Fiscal cuando establece en su artículo 84.2 que “*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.*” Es decir, no se refiere en ningún momento a la necesidad de que la Fiscalía autorice el consentimiento prestado por el menor, sino que establece su participación a posteriori única y exclusivamente para aquellos casos en los que se hayan vulnerado los derechos de la personalidad del menor. Sobre este último aspecto, no hay dudas.

Ya incluso antes de la explosión de las redes sociales, el Fiscal General del Estado dictó la Instrucción de 15 de marzo de 2006 sobre el Fiscal y el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, en la que matizaba el papel de la Fiscalía en el sentido que acabamos de señalar. Una instrucción que, a pesar de haberse realizado más de dos décadas después de la promulgación de la Ley 1/1982, aporta, en palabras de MACÍAS CASTILLO, un “*dinamismo a una vieja cuestión no exenta de polémica: la prestación y revocación del consentimiento otorgado por los menores de edad respecto de actos de disposición en el ámbito patrimonial sobre sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen.*”²⁰⁸ Esta se basa en dos puntos diferenciados: la autorización realizada por el menor de edad y la realizada por sus tutores. En el primero de los casos, señala

208. MACÍAS CASTILLO, A.: “La protección civil del derecho... *op.cit.*, págs. 61 y 62.

el Fiscal General, que únicamente después de realizar un examen pormenorizado del caso, y cuando resulte evidente la falta de madurez del menor o el grave daño que para su persona representa el acto consentido, podrá Fiscalía presentar la demanda. En el segundo de los casos referidos, cuando sean los progenitores los que hayan prestado el consentimiento, siempre que no nos encontremos en situaciones complejas, como pueden ser la pérdida de la patria potestad o disputas familiares, la intervención de los fiscales tendrá que ser excepcional y estar justificada en una “*cualificada intensidad lesiva de la intromisión*”.

En esta línea se ha dictado la nueva Ley 4/2021 de Infancia y Adolescencia de Andalucía, que se refiere al papel del Fiscal única y exclusivamente para los casos en los que es informado de la existencia de una posible intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad o imagen de los menores de edad. Así, el artículo 46.3 establece que “*quien conozca de la difusión de información o de imágenes personales relativas a niñas, niños y adolescentes, así como de su almacenamiento por parte de medios de comunicación, redes sociales o cualquier otro medio que se considere una intromisión ilegítima en este derecho, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*”

Dicho esto, también es cierto, y habrá que tenerlo en cuenta, que sería bueno establecer algún filtro que pudiese de algún modo adelantar esa barrera de protección para determinados casos excepcionales, especialmente aquellos en los que se vea involucrado el uso de la imagen de menores que estén inmersos en un procedimiento judicial o hayan sido ya condenados. Propone en esta línea JIMÉNEZ MARTÍN que “*deben adoptarse instrumentos más preventivos y eficaces para evitar la infracción de la protección*” del menor a través del “*endurecimiento de las sanciones administrativas –tanto económicas como la previsión de la retirada de la oportuna licencia por infracciones graves o reiteradas, que ahora se elude para estos casos- o por la tipificación penal de las conductas más reprochables.*”²⁰⁹ De esta manera, limitando el control por parte del Ministerio Fiscal a casos excepcionalmente graves y muy concretos como el ahora mencionado, su actuación podría ser ágil. Pero, reiteramos que ese control no se puede extender a todos los casos, puesto que esto provocaría un exceso de celo y gran carga de trabajo para el Ministerio público. Evidentemente, no es lo mismo que el Ministerio Fiscal proteja el uso de la imagen de un menor que se vio involucrado en un proceso judicial, a que lo haga en el acceso de los menores a las redes sociales.

Un caso que explica bien esta compleja situación fue el que sucedió tras la muerte de la joven Marta del Castillo. Semanas después de producirse la desaparición de la joven sevillana, la novia del presunto asesino, una chica de 14 años, acudió a un plató de televisión acompañada por su madre. Hemos de suponer que la cadena en cuestión contaba con la autorización de la progenitora para emitir la entrevista (dado que, como decimos, acompañaba a la menor durante la misma). No obstante, eso no fue obstáculo para que la Fiscalía de Sevilla demandara a la cadena con el argumento de que la entrevista vulneró el derecho a la intimidad y a

209. Vid. JIMÉNEZ MARTÍN, J.: “La protección del menor infractor ante los medios de comunicación” en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 1, 2012, pág. 21.

la imagen de la menor implicada (considerada madura, dadas sus circunstancias personales), por entender que la emisión atentaba contra el interés superior de la menor, al verse involucrada en unos hechos delictivos con tanta repercusión mediática y rechazo social.

Sin embargo, aunque el consentimiento prestado por la menor y por su progenitora no fue suficiente para impedir la intromisión en los derechos de la menor, sí que fue tenido en cuenta por el juez a la hora de fijar la indemnización; rebajada de los 100.000€ pedidos por la Fiscalía a tan solo 6.000€, en base a que se había prestado por parte de la madre “*el consentimiento a su aparición en los programas cuestionados...*”.²¹⁰ Es interesante, en este sentido, la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, en la que se señalaba que “*la actuación del Fiscal no puede limitarse a la impasible contemplación de maquinaciones familiares que, orientadas hacia el tan fácil como inesperado rendimiento económico, puedan perjudicar gravemente el proceso de socialización del menor y, con ello, su desarrollo integral*”.

Hay algunos autores, como CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, que sostienen que es un contrasentido exigir autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de los menores e incapaces y no requerirla para consentir una intromisión en el ámbito de un derecho fundamental, puesto que, sostiene la autora, equivaldría a minusvalorar éstos y a colocar por encima de ellos intereses patrimoniales.²¹¹ En nuestra opinión, en cambio, no se trata de exigir el consentimiento de la Fiscalía para permitir una intromisión ilegítima en la intimidad de los menores, puesto que esto no podrá hacerse en ningún caso, sino de controlar que el consentimiento prestado no vulnere los derechos de los menores.

En definitiva, el papel del Ministerio Fiscal se torna fundamental para convertirse en garante del derecho de intimidad e imagen de los menores de edad. Como hemos escrito ya en alguna ocasión, la perplejidad social que produce la impune utilización del infortunio infantil, exige una activa y decidida respuesta de los fiscales a fin de impedir que la desdicha que ha convertido al menor en víctima de un hecho delictivo lleve aparejada, como ineludible añadido, el frecuente recuerdo de los pormenores de la ofensa padecida.²¹²

De lo que no cabe duda alguna es que la protección del interés del menor se convierte en la piedra angular de la protección de su derecho a la imagen, y que el fiscal podrá actuar fundamentándose en que sólo de esa forma se protege adecuadamente dicho principio. Así lo recoge la Instrucción ya citada del Fiscal General del Estado 2/2006, en la que señala que “*cuando la controversia afecte exclusivamente a intereses patrimoniales, sin otra repercusión en el interés del menor, no será procedente la intervención del Ministerio Fiscal*.”

No obstante, la Fiscalía no solo vendrá obligada a controlar y complementar el consentimiento otorgado por los menores de edad o sus progenitores, sino que

210. JPI de 11 de enero de 2011 (AC 2011/82).

211. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; “El consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces” en *Diario la Ley*, 1997, pág. 16.

212. PAÑOS PÉREZ, A.: “Conflicto entre las libertades ...*op.cit.* Pág. 120.

tendrá también la obligación de iniciar las actuaciones necesarias para proteger los derechos de los menores de edad en los casos en los que se haya producido una vulneración de estos. Así, en la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía, se establece que cuando tengan conocimiento de la existencia en internet de contenidos que vulneren los derechos al honor, la intimidad o la imagen de los menores de edad “*se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor.*”

5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Otro elemento que habíamos mencionado anteriormente, y en el que ahora nos detenemos, es el relativo a la revocación del consentimiento que hubiera sido ya otorgado. Hay algunos autores que entienden que este consentimiento tan solo pueda ser revocado en determinadas circunstancias. De esta opinión es GITRAMA, quien sostiene que la revocación sólo será posible en los casos de mera tolerancia en los que el sujeto permite la captación y publicación de su imagen casi de forma resignada; pero cuando medie un contrato de cesión, considera que el cesionario tiene un auténtico derecho subjetivo y que, a pesar de la revocación, podrá seguir ejercitándolo en los términos convenidos: sólo cuando la revocación obedezca a un interés serio y legítimo, el titular del derecho a la imagen, podrá evitar la continuidad de la cesión.²¹³

Nuestra opinión sobre este tema es contraria, puesto que, al tratarse de un derecho de la personalidad, elevado a derecho fundamental en nuestra Constitución, su revocación no debería estar sujeta a más límite que el hecho de indemnizar por los daños y perjuicios causados y su falta de retroactividad. Sobre el primero de ellos, es la propia Ley 1/1982 la que en su artículo 2.3 establece que ese consentimiento “*será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.*” La mayoría de la doctrina no tiene dudas a este respecto. En este sentido, afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL que “*el carácter esencialmente revocable del consentimiento obedece a la propia naturaleza del derecho a la imagen. Su consideración como derecho de la personalidad, elevado por la CE al rango de fundamental, y directamente vinculado a la dignidad de la persona, debe permitir que en todo caso el sujeto pueda, si quiere, evitar que su imagen sea publicada o difundida, por más que previamente se hubiera consentido para ello.*”²¹⁴

Así se pronuncia igualmente la jurisprudencia, como la Sentencia 133/2021 del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2021²¹⁵, en un caso en que no se aprecia intro-

213. Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “El Derecho a la propia imagen, hoy”, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid 1990, págs. 219 y 220.

214. Cft. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: “Derecho a la propia imagen del menor”, en *Actualidad civil*, núm. 7, 2004, pág. 726.

215. RJ 2021\947.

misión ilegítima de un modelo que había prestado su consentimiento para que su imagen fuese utilizada en la publicidad de la campaña de promoción de un producto por un año con posibilidad de prórroga, sin que constase revocación del consentimiento de la demandante. Así, la resolución fundamenta que “*cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a la propia persona*”²¹⁶; concluyendo para el presente caso que “*no se puede mantener la tesis de la demandante acerca de que hubo intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Con independencia de si el acuerdo alcanzado amparaba el uso de las fotos de la campaña de Ron Negrita para promocionar la bebida junto a otras bebidas, dada la existencia de consentimiento de la demandante para la utilización de su imagen para la campaña, y que durante el tiempo a que se refiere la promoción no hubo revocación del consentimiento, no hay intromisión en el derecho fundamental a la propia imagen de la demandante*”.

En el mismo sentido, pero con ocasión de un caso en que sí se aprecia intromisión en el derecho a la propia imagen por constar la revocación del consentimiento, además de forma reiterada, traemos a colación la Sentencia 266/2016 del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2016²¹⁷. La referida sentencia aclara la doctrina jurisprudencial, señalando que “*el consentimiento al que se refiere el art. 2.2 de la LO 1/1982 tiene la consideración de causa de justificación, que dicho consentimiento debe ser expreso, no pudiendo derivarse de actitudes o conductas del interesado, que se encuentra sometido «a los límites generales de toda declaración de voluntad» y, en fin, que puede ser revocado, con los límites de que dicha declaración no puede ser retroactiva*”. Así, impone responsabilidad, con la consecuente indemnización de daños y perjuicios, a la empresa demandada, propietaria de cadenas televisivas, por la persistencia en la difusión y comercialización de las imágenes tras conocer la revocación del consentimiento por la demandante, argumentando lo siguiente: “*De lo anteriormente expuesto resulta que la sentencia recurrida, al no apreciar intromisión ilegítima en el derecho fundamental de la demandante- recurrente a la propia imagen, infringió el art. 18 de la Constitución en relación con el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, pues prescindió de tomar en consideración no ya la resolución del contrato por la hoy recurrente ateniéndose rigurosamente a lo pactado sino incluso la doble revocación de su consentimiento por ella misma, que al haberse ajustado a lo expresamente pactado en el contrato celebrado con (...) no podía generar a favor de esta ningún derecho a ser indemnizada ni tampoco quedar supeditada, como parece alegar (...) cuando se opone al recurso, a una previa indemnización de daños y perjuicios ni aun cuando la facultad de revocación se hubiera ejercitado antes de lo previsto contractualmente, porque, como establece la LO 1/1982 y declara el Tribunal Constitucional, el consenti-*

216. En el mismo sentido, *vid.* SSTS de 9 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4049); 344/2003, de 1 de abril de 2003 (RJ 2003, 2979); 11/2004, de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 208); 219/2014, de 8 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3301); y 266/2016, de 21 de abril de 2016 (RJ 2016, 2094).

217. RJ 2016\2094.

miento «será revocable en cualquier momento» aunque, en su caso pero no como condición previa, hayan de indemnizarse los daños y perjuicios causados».

Imaginemos ahora un supuesto en el que el padre de una menor de edad acepta una propuesta de una marca comercial para la utilización de la imagen de la menor. El padre consiente y la marca en cuestión comienza a diseñar una campaña de publicidad, con los gastos que esto conlleva. Lo que venimos a defender es que ese padre, por cualquier motivo, pueda revocar igualmente el consentimiento prestado y que la marca comercial no pueda usar la imagen de la menor. También existirá, en nuestra opinión, la posibilidad de que el menor, cuando alcance la madurez necesaria para poder prestar el consentimiento, sea el que decida revocar el prestado por sus representantes legales. Distinto es que, lógicamente, deba abonar los gastos que ya hubiesen sido realizados en la preparación de la campaña. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 25 de abril de 1994²¹⁸ en la que señala, literalmente, que “*el consentimiento podrá ser revocado porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado*”. Sigue el Tribunal Constitucional señalando en la misma sentencia que “*la revocación de la autorización para la difusión de la propia imagen no puede proyectarse hacia el pasado...corresponde a los Tribunales ordinarios apreciar si afecta o no a un proceso de publicación en marcha, aunque no consumado; un elemento relevante para dicha apreciación, en los supuestos de decisión contractual del derecho, será el ofrecimiento o no de garantías del resarcimiento de los perjuicios que puedan derivarse de la revocación*”.

Un aspecto controvertido en este ámbito es el alcance temporal de esa revocación del consentimiento. En concreto, nos referimos a los efectos retroactivos del mismo. Aunque en un primer momento parece evidente que la retirada del consentimiento no puede tener efectos retroactivos en el sentido de afectar a posibles intromisiones que hubiesen sido consentidas y ya se hubiesen consumado²¹⁹, sí que podrá suponer la retirada de una promoción o de un contenido digital que hubiese contado con el consentimiento original. Cosa distinta es que no pueda reclamar indemnización alguna por la publicación efectuada, pues contó con el consentimiento original.

Así, la Sentencia 426/2021 de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de octubre de 2021²²⁰, en un caso de protección del derecho a la propia imagen del hijo menor del actor, cuya fotografía había sido, según el padre demandante, ilícitamente utilizada por los demandados al extralimitarse en su explotación dentro de los términos del contrato de cesión de la imagen del menor.²²¹ Los progenitores del

218. Sentencia núm. 117/1994 de 25 abril, (RTC 1994\117).

219. GARCÍA SANZ, J.: “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales... *op. cit.*, pág. 20.

220. JUR 2022\50961.

221. Es destacable, por paradójico, que, en este caso, son los propios demandados quienes cuestionan la validez del contrato de cesión de los derechos de imagen del menor (que tenía tan solo 10 meses al tiempo de la firma del contrato), por no haber cumplido el representante legal el requisito de la previa autorización del consentimiento por el Ministerio Fiscal (artículo 3 LOPHID); a lo que el juez contesta que “*ciertamente no hubo comunicación previa al Ministerio Fiscal previo, pero el pro-*

menor, un bebé de 10 meses de edad, ceden sus derechos de imagen a un fotógrafo, al que autorizan expresamente, “*así como a cualesquiera personas físicas o jurídicas a las que el fotógrafo pueda ceder los derechos de explotación sobre las fotografías o parte de las mismas*”, concluyéndose que “*la autorización se refiere a la totalidad de usos que pudieran tener las fotografías en que aparezca como modelo su hijo y para cualquier aplicación*”. El fotógrafo, que no fue demandado, llevó a cabo una composición artística con la foto del bebé, que cedió para su utilización al blog de una amiga, tampoco demandada, sin añadir reserva ni limitación alguna a su uso. La titular del blog, a su vez, incluyó dicha composición en una red pública, sin advertencia ni limitación alguna sobre los derechos de imagen de la fotografía, concluyendo el perito informático que “*la imagen objeto de este informe se encuentra asociada a un sistema de social share, (...), que permite de forma sencilla que cualquier usuario pueda compartir la imagen en la red social, como de hecho han llevado a cabo, no solo los demandados sino otras entidades e instituciones con fines comerciales o divulgativos (...)*”.

De lo anterior se desprende que el núcleo de la esta resolución gravita sobre la precisión de los extensos límites del contrato de cesión de los derechos de imagen del menor y si hubo revocación del consentimiento, en su caso; así, señala que “*si los extensos límites del contrato de cesión en favor el fotógrafo y de las entidades o personas a quienes éste ceda sus imágenes incluye la publicación de aquella en las redes sociales públicas sin limitación (...) en ningún caso se lesiona el derecho puesto que su utilización deriva del contrato. En caso contrario, si el contrato no permite esta posibilidad, la posible lesión de los derechos del cedente, incluyendo en ellos el uso indebido de la imagen el menor, se produciría en el momento que el cesionario transmite este derecho a una tercera persona sin advertir o limitar su uso, o al incorporar la composición y fotografía la titular del blog, a una red pública sin cerciorarse si lo podía llevar a cabo, cuestión sobre la que esta sala no puede pronunciarse dado que ni el fotógrafo ni al titular del blog han sido demandados en esta Litis (...). Pero es claro que la intromisión (de producirse por no estar comprendida la actuación denunciada dentro el contrato) se produce en aquel momento y no, a posteriori, cuando cualquier usurario de la red pública descarga y usa la composición de libre acceso*”.

Por último, una vez declarada la inexistencia de la intromisión por los demandados del caso -los padres, que no revocaron el consentimiento otorgado en su día al fotógrafo, deberían haber dirigido la acción frente a éste, a quien cedieron los derechos a la explotación de la imagen del menor-; es reseñable la reflexión que la sentencia hace respecto a la procedencia, en su caso, de indemnización y la posi-

pio actor parte de la eficacia y validez del documento de fecha 25 de marzo 2010, autorizando la cesión de la imagen de su hijo al fotógrafo (que no es demandado), y, a su vez, el Ministerio Fiscal una vez conocidos los hechos, en ningún momento el contestar o en el recurso, se ha opuesto o impugnado el consentimiento otorgado por ambos progenitores del menor en el contrato, de modo que debemos partir de su plena validez y eficacia, al igual que parte de ello el accionante para analizar la intromisión, que sólo afecta, de otro lado, a la utilización indebida de imagen del menor, no a su derecho al Honor o a la Intimidad, pues la fotografía se integra en una composición artística cuyo contenido no menoscaba ni lesiona su honra o reputación, ni afecta pues a tales derechos”.

ble valoración del daño sufrido -inexistente en este caso al no haberse apreciado intromisión por falta de legitimación pasiva *ad causam* de los demandados-. Así, tiene en cuenta “*la circunstancia de que la fisonomía y características físicas del menor hayan cambiado totalmente cuando se toma la foto y se utiliza y después al tiempo de interponer la demanda, dato éste que tiene su encaje en una hipotética valoración del daño sufrido*”. El menor, un bebé de 10 meses en el momento de tomar la fotografía, contaría al tiempo de la resolución con más de 10 años y, por tanto, su imagen no sería identificable ni podría argumentarse que la difusión comportase una vulneración de su interés superior.

Ya habíamos señalado que, incluso entre progenitores, se puede revocar el consentimiento prestado por uno de ellos respecto a la disposición de la imagen y la intimidad del menor en el ámbito digital. Es decir, si en un primer momento ambos progenitores estuvieron de acuerdo en exponer al menor en la red y posteriormente, seguramente tras una situación de conflicto familiar, uno de ellos quiere que se retiren las imágenes, deberá comunicárselo al otro, y en caso de que éste no proceda a retirarlas, acudir a la vía judicial prevista en el artículo 156 del Código civil.

Y hay un supuesto algo más complejo, pero que afectará a los menores como sujetos activos. La cuestión radica en si los menores podrán reclamar a sus representantes legales alguna indemnización por haber cedido estos últimos derechos de imagen o intimidad de los menores a cambio de una prestación económica. La respuesta, en nuestra opinión, es afirmativa. No podrán actuar frente a los cesionarios, puesto que estos contaban con el consentimiento legal necesario en el momento de la emisión o difusión de los contenidos, pero sí contra los cedentes, sus representantes legales, en caso de que ese consentimiento hubiese vulnerado los derechos de los hijos menores de edad.

A día de hoy, no contamos aún con casuística jurisprudencial sobre la materia, pues, en la inmensa mayoría de casos, los afectados son actualmente menores de edad que están muy lejos del pleno ejercicio de su capacidad jurídica y que no han alcanzado la madurez suficiente para poder mostrar su oposición a la constante sobreexposición de su identidad personal por parte de sus progenitores. No obstante, no dudamos que veremos casos judicializados en unos años de adultos que reclaman daños a sus padres (podría llegar incluso a perjudicarles en el acceso a un determinado puesto de trabajo o en la promoción laboral), se hayan lucrado éstos o no, por la intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad. La fiscal GUTIÉRREZ MAYO puntualiza que esto es aplicable tanto si se trata de redes sociales de acceso público como privado, si bien la difusión que hayan podido tener dichas imágenes se tendrá en cuenta a la hora de fijar la responsabilidad civil que en su caso corresponda a los progenitores por dicha intromisión no consentida.²²² Esta problemática, la encajaríamos en el ámbito del *sharenting* y sus consecuencias legales, desarrollado más adelante.

Situándonos en la capacidad concedida al menor de edad para prestar su consentimiento respecto al tratamiento de sus datos personales para al acceso y la pu-

222. Vid GUTIÉRREZ MAYO: “Posibles consecuencias legales...*op.cit.*”

blicación de contenidos digitales, recordemos que el artículo 7.1 de la Ley de Protección de Datos señala la edad de 14 años como límite para que el menor consienta el tratamiento de sus datos personales, exceptuándose los supuestos en los 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.²²³ Por debajo de esa edad, el tratamiento de datos sólo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la misma, según se establece en el artículo 7.2 del citado texto legal. Podemos encontrarnos con casos en que los progenitores hubiesen prestado un consentimiento contractual para el tratamiento de los datos personales, que posteriormente pueda ser revocado por el menor al alcanzar la edad de los 14 años. Es más, cabría que los padres dispusiesen de los derechos a la intimidad e imagen de sus hijos a través de un contrato con una empresa que gestione herramientas de control parental, en cuyo caso, no se atendería a dicho límite legal sino a la madurez del menor para la prestación del consentimiento en base a lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 1/1982.

223. Vid. PÉREZ DÍAZ, R., “La imagen del menor en redes sociales”, @*Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018 (BIB 2018/6534); VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, @*Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 29, 2012 (BIB 2012/1035).

Capítulo IV

LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR

1. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN EN LA LEY 1/1982

Las intromisiones ilegítimas en la protección de los derechos de la personalidad vienen recogidas en el artículo 7 de la Ley 1/1982. Son concretamente ocho las que detalla la Ley, y tan solo nos detendremos en las que tienen relación con nuestro estudio.²²⁴ Estas intromisiones tendrán, como es lógico, algunas limitaciones de

224. Artículo 7 de la Ley 1/1982: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o 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.

las que posteriormente hablaremos y que son muy relevantes para la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad, que es el objeto principal de este trabajo.

De este modo, serán tres las intromisiones principales que podrán afectar a los derechos a la intimidad e imagen de los menores de edad. Estas serán las recogidas en los apartados 3, 5 y 6 del mencionado artículo 7.

La primera de ellas, la recogida en el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 1/1982, se refiere a “*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.*”

Otra de las intromisiones ilegítimas prevista en el apartado 5 del artículo 7 de la citada Ley 1/1982 es para los casos en los que se produzca “*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.*”

La última de las intromisiones que afectarán a la protección de los derechos de los menores de edad en este ámbito, es la plasmada en el apartado 6 del artículo 7 de la Ley 1/1982 referida a “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*”

Como se puede comprobar, las circunstancias recogidas en los apartados 5 y 6 son muy similares, pues ambas se refieren a la captación de la imagen, aunque uno se refiere a que sean relativas a momentos de su vida privada y el otro al uso publicitario, genérico y por lo tanto no necesariamente relacionadas con la vida privada, de las imágenes. Algunos autores sostienen que el motivo por el que el legislador ha optado por incluir estos dos motivos se basa en dos razones; la primera, la frecuencia con la que se producen las intromisiones ilegítimas en este ámbito y, la segunda, porque las excepciones recogidas en el artículo 8 de la Ley 1/1982 se podría aplicar a determinados casos de utilización de la imagen de manera no consentida, pero no cuando los fines de estos sean publicitarios o comerciales.²²⁵

Así pues, como ya hemos señalado, existirá intromisión ilegítima cuando el menor haya prestado su consentimiento pese a no tener la madurez adecuada para ello, tal y como acabamos de ver, o cuando, incluso teniendo la madurez exigida, su consentimiento no legitime la intromisión por ir en contra de su interés superior. En este sentido, la Ley de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones en los derechos de los menores perpetradas por medios de comunicación.

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.*”

225. GARCÍA SANZ, J.: “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008, pág. 8.

Así, en el apartado 2º del artículo 4 Ley de Protección Jurídica del Menor se establece 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, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Y el apartado 3º declara 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.

La intensificación en los niveles de protección de los menores en este ámbito se justifica teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios audiovisuales.²²⁶ Cabe aclarar, no obstante, que, aunque la Ley de Protección Jurídica del Menor se refiera exclusivamente a “medios de comunicación”, esta alusión debería ser interpretada en el sentido más amplio posible, incluyendo dentro de dicho ámbito no sólo los medios de comunicación sino redes sociales también. Así se desprende, como ejemplo, y en el ámbito de la regulación de las prácticas encubiertas como prácticas desleales engañosas, de la reciente modificación²²⁷ que hace el artículo 84.2 del Real Decreto-ley, de 2 de noviembre de 2021²²⁸, al apartado 1 del artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal, al que añade una referencia expresa a los “servicios de la sociedad de la información” y las “redes sociales”, junto a la categoría ya recogida antes de “medios de comunicación”, como medios en los que la inclusión de comunicaciones para promocionar bienes o servicios, pagando el empresario o el profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado para el consumidor que se trata de contenido publicitario, da lugar a la comisión de una práctica desleal.

226. La alusión en la ley a los “medios de comunicación” expresamente como única vía de intromisión es resultado de la obsesión del legislador por proteger al menor en aquellos supuestos en que éste se ve involucrado activa o pasivamente en una situación que despierta la curiosidad pública y el sensacionalismo informativo hasta extremos contrarios a sus intereses. Así, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... cit.*, pág. 251. En este sentido, hacen referencia al perjuicio que pueden causar en el menor los medios de comunicación: VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto” en *Actualidad Civil*, 1997-1, pág. 267; RIVERA FERNÁNDEZ M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor” en *Revista General de Derecho*, 1996, núm. 621, págs. 6505 y ss.; FOLGUERA CRESPO, J., “Protección del menor y libertad de información” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, núm. 127, págs. 2-3.

227. Modificación que, conforme a la disposición final 10.c) del Real Decreto-ley 24/2021 entrará en vigor, como el grueso de las normas de su Libro Sexto, el 28 de mayo de 2022. Respecto al tema de la regulación de las prácticas encubiertas como prácticas desleales engañosas, *vid.*, a mayor abundamiento, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021”, @*La Ley Unión Europea*, núm. 98, Diciembre 2021, Wolters Kluwer (LALEY 13231/2021).

228. BOE núm. 263, de 03/11/2021.

Por tanto, entendemos que la intromisión ilegítima puede perpetrarse, en general, en el ámbito audiovisual y a las redes sociales; a través de otras vías como la red informática, considerando los riesgos que comportan actualmente las nuevas tecnologías y las redes sociales para los menores de edad, o la telefonía móvil -especialmente desde la aparición en el mercado, y su extendido uso generalizado, de teléfonos móviles con cámaras incorporadas que facilitan la toma no consentida de imágenes-.

Pues bien, el artículo 4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor pretende resolver la situación que se produce cuando los medios de comunicación difunden noticias o informaciones que afectan directamente a menores de edad y que, bien por ser éstos víctimas de un delito o autores del mismo, bien por ser protagonistas de hechos no delictivos pero que revisten especial gravedad o relevancia social, presentan un claro interés informativo.²²⁹

En puridad, la alusión a la utilización en los medios de la imagen o el nombre del menor se explica porque la aspiración del citado artículo 4 es evitar que se identifique al menor involucrado en los hechos divulgados. Sobre todo, en unos hechos delictivos que puedan afectar negativamente al interés superior del menor. En este mismo sentido, la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 35.2, dispone que *“El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”*.

Así, el artículo 4.2 Ley de Protección Jurídica del Menor responde a una cuestión que se da en la práctica, respecto a información sobre delitos, escándalos, corrupciones u otras escabrosidades. La ley se preocupa de que en las mismas se informe sobre la intervención o simple presencia de un menor y quiere evitar que se mencione al mismo y se le identifique en el texto escrito o en las fotografías, lo cual le perjudique en su honor, intimidad o imagen.

Por ello, según el artículo 4.3 Ley de Protección Jurídica del Menor existirá intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la imagen del menor cuando se use el nombre o la imagen de éste en los medios de comunicación de forma que permita su identificación y que se menoscabe su honra o reputación, o, en cualquier caso, si se perjudique su interés. En consecuencia, la ley establece una clara vinculación entre la imagen y el nombre del menor, como elementos identificativos de la persona, con su derecho al honor.²³⁰ La referencia al uso de la imagen o del nombre es porque ello posibilita la identificación del menor -no sería ilegítimo el uso de la imagen del menor cuando se realizara de tal forma que no permitiera reconocerlo-, lo que conllevaría vincular con él una serie de hechos que vulnerarían su honor.

El fundamento de esta prohibición de identificación lo encontramos en la protección del menor en aquellos supuestos en los que la intromisión en el honor puede estar justificada por la existencia de un interés legítimo en la información. En ocasiones,

229. Así, SANTOS MORÓN, M^a J., “A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: menores y medios de comunicación. El artículo 4 LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor” en *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pág. 4659.

230. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996,... *cit.*”

como veremos a continuación, el interés público de una información permitiría difundir determinados hechos o imágenes lo cual, debido al artículo 4.3 Ley de Protección Jurídica del Menor, sólo estaría legitimado si no se identifica al menor vinculado a la noticia. En la misma línea, si no se respeta esta regla, lógicamente se podría vulnerar no sólo el derecho al honor del menor sino también su derecho a la intimidad.²³¹

Por otra parte, la novedad más importante que introdujo en su día la Ley de Protección Jurídica del Menor en su artículo 4.3 es que, cuando el uso de la imagen o el nombre del menor sea contrario al libre desarrollo de su personalidad o a cualquiera de sus derechos fundamentales, estaremos ante una intromisión ilegítima en sus derechos incluso tanto si consta el consentimiento del propio menor como el de sus representantes legales. Llegados a este punto, volvemos a hacernos eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000²³² en la que, como vimos, efectivamente se consideró que el consentimiento de un menor era eficaz para justificar la intromisión. No obstante, al final de su argumentación el Tribunal Supremo advertía que esta solución se explicaba porque en el tiempo en que tuvieron lugar los hechos no estaba todavía vigente la Ley de Protección Jurídica del Menor. Reconocía que el panorama había sido objeto de modificación y, en consecuencia, pese a que el menor diese su consentimiento, actualmente se consideraría intromisión ilegítima sin distinción de casos.

Así lo han determinado igualmente sentencias posteriores, tales como la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008²³³, que entendió que “... tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”, añadiendo que “...aún en el supuesto de que se cuente con el beneplácito paterno o tutelar, si la imagen difundida atenta o menoscaba la honra, la intimidad personal y familiar y la imagen del menor, la utilización de la misma constituye un atentado al derecho a la imagen de su titular”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009²³⁴ argumentando lo siguiente: “...el que el consentimiento deba prestarse por sus progenitores, en cuanto legales representantes del menor, no significa que a estos corresponda disponer libremente de la imagen de sus hijos, pues junto al consentimiento expreso y por escrito de sus padres, es necesario no prescindir de la intervención del Fiscal. Examinando el supuesto en cues-

231. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Personalidad y derechos de la personalidad... *op. cit.*”, señala que el derecho al honor puede ser vulnerado por la falsedad de los hechos o imágenes pertenecientes a la vida privada y, por tanto, necesariamente verdaderos, que son además atentatorios del honor. La revelación de la identidad del menor que se vincule a estos hechos, opiniones o imágenes es la que permite vulnerar el derecho al honor de dicho menor y, en su caso, la intimidad.

232. Sentencia núm. 778/2000 de 19 julio, (RJ 2000\6753).

233. Sentencia núm. 1120/2008 de 19 noviembre, (RJ 2008\6055)

234. Sentencia núm. 456/2009 de 17 junio, (RJ 2009\3403).

ción, resulta evidente que en ningún momento se ha contado con la preceptiva intervención del Ministerio público..."²³⁵

Como venimos adelantando, el consentimiento del propio menor o de sus representantes legales no actúa como causa justificativa de la intromisión. Más aún, resulta absolutamente irrelevante. Así, si la intromisión se da en el ámbito audiovisual e implica un menoscabo en el honor del menor o es contraria a los intereses del mismo, carece de eficacia el consentimiento prestado por el menor con suficiente madurez o por sus representantes legales.

Por tanto, el criterio para determinar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho del menor es objetivo, pues se tiene en cuenta el efectivo perjuicio de su interés con independencia que se haya prestado el consentimiento o no a la intromisión. Efectivamente, el artículo 4.3 Ley de Protección Jurídica del Menor se refiere al perjuicio del interés del menor como factor determinante de la existencia de una intromisión ilegítima cuando enuncia que la misma existirá siempre que la utilización de la imagen o el nombre del menor en los medios de comunicación resulte "*contraria a sus intereses*", aunque no implique menoscabo de su honra o reputación. Podríamos decir, no obstante, que cuando se lesione o perjudique el honor del menor estaríamos siempre ante una intromisión ilegítima porque aquella siempre va a suponer un perjuicio del interés del menor.²³⁶

En definitiva, la Ley de Protección Jurídica del Menor introdujo de forma expresa el interés superior del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en el honor, la intimidad y la propia imagen del menor. De este modo, en el ámbito audiovisual (en el que se entiende incluido internet y las redes sociales) se prevé un control a posteriori para que el Ministerio Fiscal intervenga cuando, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales, considere que el acto puede ser perjudicial para el superior interés del menor, criterio que abordamos en profundidad posteriormente.²³⁷

235. Necesidad de autorización de la Fiscalía que es reiterada por numerosa jurisprudencia posterior, como las Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, núm. 497/2015, de 3 de diciembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 206/2016, de 29 de abril, que desestima la acción de protección del derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar de los menores por la publicación de fotografías en un libro al constar el consentimiento de ambos progenitores que trabajaban en la editorial.

236. Así, *vid.* DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... op. cit.*, págs. 254-255.

237. Teniendo en cuenta que con ello se restringe la capacidad del menor de edad, esta facultad revisora que se concede al Ministerio Fiscal sobre el consentimiento ya prestado por el menor maduro o sus representantes legales debe ser considerada siempre excepcional y aplicada con la máxima cautela. Así, MACÍAS CASTILLO, A., "El consentimiento del menor ... *op. cit.* Además, la Instrucción 2/2006 señala que deberá valorarse especialmente si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos. Deberá ser excepcional la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que –sin que concurra conflicto de intereses con el menor– sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

2. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: EL CONSENTIMIENTO, LA RELEVANCIA PÚBLICA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Antes hacíamos referencia a las limitaciones que recoge la Ley 1/1982 sobre las intromisiones ilegítimas a las que nos hemos referido ya. Estas limitaciones vienen recogidas en el artículo 8 de la misma, que establece:

“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:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoría”.

Respecto a la primera de las excepciones, la recogida en el párrafo primero del citado artículo 8, no genera mayor problema, ya que se basa en una norma imperativa o en un interés relevante. A ello los tribunales han hecho una salvedad, la de excluir de esta posibilidad aquellas utilidades que tengan por objeto la obtención de un rendimiento económico para el que las emite o distribuye.²³⁸

A lo largo del presente epígrafe nos referiremos con detenimiento a las recogidas en el apartado a. y b. del párrafo segundo que, a pesar de que parezcan hacer referencia únicamente a excepciones vinculadas al derecho a la imagen, tienen también su relación con la intimidad pues, como es sabido, la captación de una imagen puede no solo vulnerar este derecho, sino también la intimidad de aquel que ve su imagen difundida en un momento de su vida privada. Sobre la establecida en el último apartado no será preciso, puesto que la aparición de la imagen de un menor como meramente accesoría no tiene mayor complejidad y no será necesario adoptar medidas complementarias para la protección de los derechos de estos.

Pero antes de adentrarnos en las exclusiones recogidas de manera expresa en la Ley 1/1982, hemos de hacer una aclaración, y es que habrá que excluir de la posible intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad o imagen de los menores en las redes sociales aquellos casos en los que la difusión de las imágenes se limite al ámbito familiar. Así se establece en el considerando 18 del Reglamento General de protección de Datos al afirmar que “no se aplica al tratamiento de datos de ca-

238. GARCÍA SANZ, J.: “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales... *Op. cit.*, pág. 17.

rácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica". Este ámbito "*familiar*" puede darse también en las redes sociales. Pensemos que algunas de ellas permiten crear grupos privados con los que compartir las imágenes entre un número limitado y seleccionado de personas. Así, *Instagram* da la opción de compartir determinados contenidos solo con aquellas personas que seleccione el usuario como "*mejores amigos*".

2.1. El consentimiento

Pues bien, la primera de las causas que limitará la intromisión ilegítima en los derechos a la imagen e intimidad del menor será el supuesto de que la publicación o difusión de imágenes o datos de la vida privada del mismo cuente con el consentimiento válido del propio afectado o de sus representantes legales. Sobre este particular ya hemos realizado un profundo análisis, por lo que nos limitaremos a recordar lo esencial, avanzado algunas cuestiones, que ahora han de ser ampliadas. Sirva para ello lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001, en la que se excluye la intromisión ilegítima cuando el afectado a prestado su consentimiento puesto que "*el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero.*"

La Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores -e incapaces²³⁹- a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, recogido en el apartado primero del artículo 3. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.²⁴⁰ Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

239. *Vid.* Instrucción 1/2017, sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

240. La Ley impone, pues, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los menores no maduros, en un campo en el que la posibilidad de conflictos entre los intereses de los menores y los de sus progenitores es patente. Estas cautelas se constituyen en requisitos de *ius cogens* y por tanto no pueden ser objeto de disposición por las partes, ya que vienen impuestos en beneficio del menor, para la protección de sus intereses y defensa de sus derechos con el único y primordial fin de proteger al menor. Así, la Instrucción 2/2006 sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

2.2. La profesión o relevancia pública

La segunda limitación, recogida en el artículo 8.2.a de la Ley 1/1982 y referida al caso de las personas que ostenten un cargo público o tengan, por su profesión, notoriedad en la sociedad, también plantea una problemática que ha de ser abordada. Es verdad que la situación del cargo público no afecta a los menores de edad, puesto que en ningún caso estos podrán serlo, pero, en cambio, sí que podrán tener estos menores relevancia o notoriedad pública, por su profesión o por su aparición en redes sociales.

Antes de abordar esta problemática, hemos de señalar que el concepto de relevancia pública no incluirá a los menores cuyos progenitores la tengan. De este modo, los hijos de personajes públicos no verán limitado en modo alguno su derecho a la intimidad. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia su Sentencia de 15 de julio de 1999 al afirmar que los menores de edad, hijos de dos personajes famosos *“eran, obviamente, personas con notoriedad pública, pues sólo lo podrían ser a consecuencia de una actividad profesional que nunca desempeñaron o de la revelación de aspectos de su vida privada, que nunca hicieron; y no lo son, aunque sus padres adoptivos lo puedan ser y en su condición de tales sí hayan revelado indebidamente información sobre la intimidad de ambos.”*²⁴¹ En esta misma línea se ha pronunciado el Ministerio Fiscal en su Instrucción 2/2006 al sostener que *“los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos.”*²⁴² Así pues, no será el mero hecho de ser famoso o relevante lo que genere una causa de exclusión de intromisión ilegítima en la intimidad, sino el motivo por el que se es famoso o relevante públicamente.

De este modo, se considerará que tienen relevancia pública aquellos menores que a partir de los 16 años inicien una actividad profesional propiamente dicha -pensemos en un actor, o un deportista de alto nivel que debuta o se convierte en estrella antes de alcanzar la mayoría de edad-. Pero también la tendrán los menores de edad, que pueden ser a su vez menores de 16 años, que se han convertido en *celebrities* o *influencers* por su aparición en las redes sociales consentidas, bien por ellos mismos, bien por sus progenitores, puesto que esa actividad englobaría la di-

241. Continua la Sentencia 134/1999 de 15 de julio de 1999 sosteniendo que *“ni la revelación de información por dichos padres adoptivos, que ellos mismos han reconocido falsa, ni el ser éstos personajes con notoriedad pública, ni el eventual conocimiento y difusión que esa aludida información pudo haber tenido con antelación, ni que su fuente haya sido uno de sus protagonistas, que dice ser la madre biológica de uno de los menores, justifican semejante menoscabo del artículo 18.1 Constitución española, ya que los datos revelados no sólo se refieren a las personas de los padres adoptivos o de la supuesta madre biológica de uno de los menores, sino a aquellos eventos de la vida de ambos menores que ya hemos calificado propios de su intimidad personal y familiar, y que legítimamente deben quedar al abrigo de la curiosidad ajena mientras los citados menores adoptados no puedan ejercer su poder de disposición sobre esa información, en ejercicio de sus derechos garantizados en el artículo 18.1”*.

242. *Cft.* Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, pág. 16.

fusión de su vida privada de un modo u otro. Todos ellos se verán afectados por la excepción del artículo 8.2. a) de la Ley 1/1982, si bien esta circunstancia habrá de ser interpretada de forma lo más restrictiva posible como señala la ya mencionada instrucción 2/2006 del Ministerio Fiscal puesto que “*en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que pudieran perturbar el decurso de la vida cotidiana del menor en ámbitos alejados de su dimensión pública.*”

Así pues, los menores *influencers* sí pueden ser considerados como personas con notoriedad pública, puesto que son ellos o sus progenitores los que así lo han decidido. Nos encontraremos, por lo tanto, ante la excepción del artículo 8.2 de la Ley 1/1982, lo que no impedirá que se deba seguir protegiendo su intimidad. Es más, el tratamiento que deberá recibir el menor, fuera estrictamente del ámbito propio que genera su relevancia, es exactamente el mismo que recibiría un menor anónimo. Los medios podrán captar imágenes suyas en eventos públicos relacionados con su actividad como *influencers*, pero no podrán hacerlo en momentos que formen parte de su vida privada o cotidiana.

Es indudable su notoriedad pública, aunque sí puede ofrecer reservas englobarlos en el ámbito de los profesionales. No obstante, como defendemos a lo largo de la presente obra, si estamos proponiendo la necesidad de arbitrar un sistema claro, con garantías, para los menores que aparezcan en redes sociales generando un rendimiento económico para ellos o para sus familias, también hemos de sostener la necesidad de restringir la excepción recogida en el artículo 8.2. a) de la Ley 1/1982 y limitarla específicamente a los mayores de 16 años.

Ello significaría que, a pesar de que los menores pudiesen tener una relevancia pública incuestionable, incluso siendo reconocidos por millones de personas, no podrían reproducirse imágenes ni difundir información sobre su vida privada hasta llegar estos a los 16 años o contar con el consentimiento de sus representantes legales. Aunque hemos de valorar la conveniencia de que ese consentimiento, si conlleva rendimientos económicos, debiese contar con el visto bueno de la Fiscalía o autoridad laboral para evitar que se base en un principio distinto al interés superior del menor. Y ello a pesar de que la jurisprudencia limita el ámbito de intimidad de aquellos que comercian u obtienen beneficios con ella. Al tratarse de menores de edad, la aplicación de este principio jurisprudencial habrá de decaer hasta que alcance la mayoría de edad.

3. CRITERIOS DE PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

El artículo 20.4 de la Constitución Española dice que las libertades de información y expresión “*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 de la infancia*”. Entendemos que esta última alusión a la protección de la juventud y de la infancia hace referencia a la tutela y garantía del interés del menor, es decir, al respeto, protección y fomento de los derechos fundamentales del menor.

Esta confrontación del derecho a la libertad informativa y la protección de la juventud y la infancia está claramente regulada, además, en el artículo 39.2 de la Constitución española, donde se ordena a los poderes públicos otorgar la máxima protección al menor y en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que protege la infancia.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina son claramente favorables a la libertad de expresión en caso de confrontación de estos derechos en personas mayores de edad, si bien ofrecen una mayor preeminencia al derecho a la intimidad de los menores de edad, en orden a proteger ese interés superior de los mismos. Así se puso de manifiesto en la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, al señala a este respecto que *“cabe concluir con que cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre los derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión o de información en estos casos ha de quedar muy relativizada.”* Por tanto, el ejercicio de las libertades de información y expresión deberá respetar los derechos del menor, lo cual, en la medida en que éste está formando su personalidad todavía, supone un mayor grado de prudencia por parte de los medios de comunicación y las redes sociales que en relación a los mayores de edad.

Así pues, el fundamento de esta protección del menor se centra en su especial vulnerabilidad, en la falta de desarrollo físico y psíquico de éste, lo que comporta que asuma menos fácilmente que un adulto las consecuencias de las posibles intromisiones en su intimidad e imagen. De ahí que el tratamiento de las informaciones relativas a los menores deba realizarse bajo un prisma de mayor garantía de los derechos fundamentales y de interpretación restrictiva del ejercicio de la libertad de información y expresión.²⁴³ Además, el tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

No debemos olvidar, sin embargo, que es necesario buscar un equilibrio entre esta protección a los menores y el derecho a recibir información que tienen todos los ciudadanos por aplicación estricta del derecho a las libertades de expresión e información, así como a la libertad de prensa. Libertad de prensa que, con su indudable valor en una sociedad democrática, quedará supeditada a la protección de la infancia, tal y como se deriva de la normativa aplicable y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, del análisis jurisprudencial se desprende que los criterios de ponderación genéricos para determinar cuándo la intromisión en el honor, la intimidad y la

243. No obstante, DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos... cit.*, págs. 255-256 y 263, señala que existe una tendencia a negar cualquier causa de legitimación de las intromisiones en el honor del menor y, en consecuencia, hay un acercamiento a la responsabilidad objetiva de quien difunde una información que supone una intromisión ilegítima en el honor del menor puesto que se exigiría un mayor grado de diligencia que en informaciones relativas a adultos, pues la diligencia no alcanza sólo a la veracidad de la información sino también a la no identificación del menor.

imagen es legítima, es decir, cuándo la libertad de información prima sobre estos derechos, son los siguientes²⁴⁴: que lo difundido tenga interés público²⁴⁵, que sea veraz²⁴⁶ y que no sea gratuito, es decir, que la información contribuya a formar la opinión pública.²⁴⁷ Al respecto, es necesario precisar qué se entiende por interés general o por relevancia pública. El interés informativo nunca debe estar vinculado a razones subjetivas, es decir, cuando se trate de abordar la intimidad de los menores no se puede vincular a los gustos del público (interés general que no informativo), pues entonces ese interés informativo estaría basado en razones meramente subjetivas, pero ajenas a la subjetividad del menor. Por el contrario, el interés informativo deberá estar vinculado a razones objetivas, en función del hecho mismo noticiable, que representa un mérito intrínsecamente considerado y que va a servir para dignificar a ese menor.²⁴⁸

Estos criterios genéricos deben ser ampliados y matizados respecto de los menores de edad. De forma que, en su caso, no serán suficientes para su protección, debiendo atender siempre y en primer lugar, como sabemos, al principio de no identificación del menor. Y ello porque los datos que permiten la identificación del menor no contribuyen al interés público de la información ni tampoco aportan nada a la formación de la opinión pública. Añadiéndose, además, que la información en todo caso deberá tratarse conforme a criterios éticos de profesionalidad y ser respetuosa con el menor.

En este sentido, es de obligada referencia el artículo 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Uno de sus capítulos trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores y personas con discapacidad que merecen, a juicio del legislador y de las legislaciones europeas, una protección integral, regulándose ampliamente en su artículo 7 los derechos del menor en este ámbito. En lo que nos interesa, por tanto, esta Ley establece un marco de regulación para el sector audiovisual, en el que, ya hemos aclarado, se entienden incluidos internet y las redes sociales, en particular.

Así, el apartado primero del artículo 7 establece que *“Los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente. En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen*

244. Cft. STC de 12 de diciembre de 1986 (RTC 1986/159); STC de 22 de febrero de 1989 (RTC 1989/51).

245. Así en STC de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231); STC de 5 de noviembre de 1990 (RTC 1990/172); STC de 14 de febrero de 1992 (RTC 1992/20).

246. Así en STC de 18 de enero de 1993 (RTC 1993/15); STS de 21 de enero de 1988 (RTC 1988/6).

247. Así en STC de 6 de junio de 1990 (RTC 1990/105); STS de 13 de febrero de 1995 (RTC 1995/42); SSTC de 22 de mayo de 1995 (RTC 1995/76 y RTC 1995/78).

248. Así se pronunció HERNANDO, P., ex consejero del CGAE y abogado penalista, en la Mesa Legal “Medios e intimidad: perspectiva legal” en el Seminario sobre el “Tratamiento de los menores en los medios de comunicación: propuestas para un cambio”, celebradas en Madrid el día 1 de diciembre de 2009 y recogidas posteriormente en *Menores en los medios de comunicación: información responsable o espectáculo*, Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de la Prensa de Madrid Editores, febrero de 2011.

u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación". Y su apartado 2.1 añade: "Está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso condicional debe posibilitar el control parental".

Por tanto, la publicación de información relativa a menores de edad en los medios de comunicación deberá atenerse a las siguientes consideraciones.²⁴⁹ La primera de ellas es que se podrá publicar información relativa a menores que no suponga en modo alguno un perjuicio para éstos siempre que, como ya vimos, exista el consentimiento del propio menor maduro o de sus representantes legales. Y, por otra parte, sería posible publicar información respecto a hechos considerados perjudiciales para el interés del menor siempre y cuando la información fuese de interés público y, por supuesto, no se revelase la identidad del menor, tal y como se deduce del artículo 4.3 Ley de Protección Jurídica del Menor. O, dicho de otro modo, se podrá sacrificar la intimidad de un menor a favor de la libertad de información solamente cuando concurren los siguientes requisitos mínimos: que la información que se difunda sea veraz, que tenga un interés público relevante y que no lesione el interés del menor.

Respecto al requisito que exige contar con el consentimiento del menor o de sus representantes legales, es cierto que encontramos casos en los que el Tribunal Supremo ha considerado que hubo un consentimiento del menor eficaz para justificar el acto de intromisión realizado por los medios de comunicación, que a consecuencia de ello dejó de ser ilegítimo. En este sentido, destacamos una sentencia que podríamos calificar de polémica por la repercusión que ocasionó entre la doctrina. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2003²⁵⁰, en la que el Tribunal Supremo considera que no hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad o la imagen de un menor que apareció entrevistado en un programa de televisión explicando una serie de problemas familiares y de agresiones recibidas porque tanto la madre como el menor habían prestado su consentimiento. Así, argumenta que *"el contenido de la doble entrevista no alcanza a ser considerada una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad; entender otra cosa significaría dar un sentido amplísimo al concepto de <círculo íntimo>". Añade que "tanto lo que se dice como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor", y que con catorce años que tenía el menor afectado, nada permitía "negar unas claras condiciones de madurez para consentir una entrevista en televisión"; concluyendo la prevalencia del derecho de información, la falta de intromisión ilegítima en la intimidad del menor y el consentimiento en la divulgación de hechos personales y de la aparición de la imagen del menor en televisión. No obstante, la resolución ha sido des-*

249. Para profundizar más al respecto, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... op cit.*, págs. 272-275.

250. Sentencia núm. 287/2003 de 26 marzo, (RJ 2003\2596).

de entonces reiteradamente criticada por la doctrina²⁵¹, por considerar que se debería haber apreciado intromisión ilegítima en base al artículo 4.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

En relación al menor delincuente, encontramos preceptos más concretos y adecuados para la protección de éste. En primer lugar, partimos de la premisa dada por el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, según el cual “*El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*”.

Como vemos, el precepto transcrito prevé el riesgo de estigmatizar al menor por no respetar su derecho a la intimidad. Y es que respecto al tratamiento que los medios de comunicación dan a informaciones referidas a menores delincuentes cabe advertir sobre el riesgo que surge cuando se descontextualiza una información en un medio de comunicación, y se reitera en los demás medios, generándose en los menores una serie de consecuencias a largo y a medio plazo difíciles de ponderar. Así pues, la solución respecto a la publicación de información de interés público relativa a hechos delictivos en los que esté implicado un menor, cuyo interés puede verse claramente perjudicado, pasa nuevamente por la prohibición de difusión de la identidad del menor delincuente.

El fundamento de esta prohibición de identificación del menor delincuente en los medios de comunicación es, igualmente, el propio interés del mismo, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.²⁵² Está comprobado que existe mayor reinserción en menores que en adultos, por lo que dicha reinserción peligraría por la difusión de la imagen del menor. Y es que el protagonismo otorgado por la prensa a los menores que directa o indirectamente se encuentren involucrados en determinados hechos puede exponerles a la indiscreción colectiva, provocándoles consecuencias psicológicas desfavorables y quedando condicionada la evolución posterior del mismo²⁵³. En efecto, la identificación del menor delincuente en los medios de comunicación perjudica su interés porque dificulta su rehabilitación y reinserción social y además, porque perjudica el libre desarrollo de su personalidad y vulnera sus dere-

251. La critican, entre otros, principalmente SANTOS MORÓN, M^a J., en “A propósito de la STS... op cit., págs. 4649-4656; y, de manera referencial, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... op. cit.*, págs 131-132 y pág. 254.

252. Según la cual, textualmente, “*han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, (...) sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas*”.

253. En este sentido, SANTOS MORÓN, M^a J., “A propósito de la STS...cit., págs. 4660-4661; VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la ley orgánica... cit., pág. 267.

chos fundamentales, especialmente sus derechos al honor y a la intimidad.²⁵⁴ Además, informar de la identidad del menor delincuente no contribuye en modo alguno a formar la opinión pública.

Por tanto, cuando se trata de informaciones relativas a procesos penales de menores es imprescindible mantener el anonimato del menor, la total ocultación de su imagen, así como la eliminación de cualquier dato que, directa o indirectamente, permita su identificación. Ya que, si bien la sociedad tiene derecho a saber determinadas informaciones, éstas nunca deben afectar a la intimidad de ese menor, sea víctima, autor o cómplice del delito.²⁵⁵

Por otra parte, hay una serie de principios fundamentales que debe tener en cuenta un Juez, en todo caso, cuando se enfrenta a un caso en el que están implicados menores: el respeto a la presunción de inocencia, el respeto a la libertad de expresión, el respeto a la libertad de información y, por último, la especial protección a la infancia y el principio del interés superior del menor.²⁵⁶

Además, una característica especial de este tipo de casos es que suele primar el interés informativo y la audiencia de los medios de comunicación frente al interés del menor que está siendo enjuiciado o que ha sido víctima de un delito. Y ello por una serie de causas, entre las cuales destaca, como ya apuntábamos, el hecho de que en los medios existe una tendencia a remarcar los detalles más escabrosos de los crímenes -cosa que no sucede en los crímenes cometidos por adultos-, haciéndose preguntas tales como: qué entorno familiar tiene el menor delincuente o qué problemas tiene dicho menor para haber llegado a cometer un crimen semejante. Y, además, es característico igualmente el seguimiento en el tiempo que se da a este tipo de noticias, desde la comisión del delito, pasando por el enjuiciamiento, la posterior estancia en el centro penitenciario e, incluso, la salida del menor de dicho centro y la vida que lleva tras ello.

En definitiva, si a estas características que se observan en los casos en que se enjuician menores les sumamos que los medios de comunicación priman la audiencia al interés del menor y, además, que en muchas ocasiones el comportamiento de los padres y familiares de estos menores que intervienen en el procedimiento

254. En este sentido, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos... op. cit.*, págs. 270-271, añade que en realidad la prohibición de difundir la identidad del menor delincuente en los medios de comunicación de debe a que la falta de desarrollo intelectual y emocional del menor le impide asumir con cierta normalidad la fuerte repercusión mediática que suelen tener estos casos, de tal manera que se verá afectado en mayor grado que un adulto por el rechazo social que la información provoca hacia él, lo cual impedirá el correcto desarrollo de su personalidad.

255. Así lo expresó CONSUELO MADRIGAL, fiscal de sala coordinadora de menores del Tribunal Supremo, en el Seminario sobre el "Tratamiento de los menores en los medios de comunicación: propuestas para un cambio", celebradas en Madrid el día 1 de diciembre de 2009 y recogidas posteriormente en *Menores en los medios de comunicación: información responsable o espectáculo*, Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de la Prensa de Madrid Editores, febrero de 2011.

256. Afirmación realizada por VIÁN IBÁÑEZ, A., Juez de menores del Juzgado núm. 1 de Sevilla, en la conferencia "Experiencias prácticas en los juicios de menores sobre protección del menor ante los medios de comunicación", pronunciada en el marco de las *Jornadas sobre Protección del menor en el ámbito audiovisual*, celebradas en la Universidad de Almería los días 12 y 24 de mayo de 2011.

contribuye a empeorar la situación, podemos concluir que el tratamiento informativo es ajeno a la normativa y a los principios de protección del menor.²⁵⁷

En este sentido, una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004²⁵⁸ relativa a la divulgación en un medio periodístico de un reportaje sobre un menor condenado posteriormente por el asesinato de su hermanastra, aprecia “*violación del derecho al honor y a la intimidad del menor porque se le identificaba con su nombre y apellidos en relación con unos hechos de especial gravedad a pesar de tener sólo catorce años. Y si bien ello ocurrió con anterioridad a la publicación de la LO 1/1996, sin embargo considera que se extralimita la libertad de información por las singulares circunstancias del caso y del sujeto*”. Además, señala que “*resulta incuestionable la exigencia de proteger a los menores de edad en casos como el presente en el que un propósito sensacionalista determina un tratamiento desmedido de una desgracia familiar de tanta gravedad como la de autos, tanto más que la relevancia pública del asunto es más bien relativa, y que la libertad de información se corresponde con la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública de interés general. La mención repetida de los datos de identidad del menor, unido a su calificación como chico desobediente y conflictivo y la referencia a haber matado a su hermanastra, constituye una evidente desmesura informativa, resultando absolutamente innecesaria la identificación, como también ocurre con la inclusión de una fotografía del mismo que figura en el reportaje aunque se le hayan tapado los ojos con una franja blanca. Tal forma de publicación es totalmente negativa para la integridad moral y formación de los menores, contraviniendo la exigencia constitucional de protección de la juventud y la infancia (art. 20.4) y perjudicial para la readaptación social (...)*”.

En conclusión, cuando los hechos en los que se vea inmerso el menor sean asuntos públicos de interés estará justificada la difusión de la noticia, pero con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias para evitar que el mismo se vea perjudicado a causa de su identificación (no incluir el nombre ni la imagen, o distorsionar su rostro de modo que sea imposible su identificación, no aportar datos periféricos que puedan identificarlo, etc.).

Cabe hacer mención en esta sede, asimismo a la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los

257. Además, el tratamiento del tema por parte de los medios de comunicación puede provocar consecuencias muy graves. En EEUU no son aislados los casos de imitación de conductas delictivas por otros menores de edad (por ejemplo, masacres en centros escolares) debido al afán de notoriedad de sus protagonistas. Así lo expresó VIÁN IBÁÑEZ, A. en “Experiencias prácticas de la protección... op. cit. Por otra parte, ARTURO CANALDA, entonces Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, afirmó que existe un acuerdo entre los medios de comunicación respecto a que no se deben ofrecer informaciones relacionadas con suicidios de menores, por el posible efecto dominó. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los delitos de los menores, cuando en realidad también en este caso existe un efecto de contagio. No se trataría de no informar, pero sí de tener en cuenta que hay situaciones susceptibles de ser imitadas por otros menores. Declaraciones emitidas en las *Jornadas sobre Protección del menor...op. cit.*

258. Sentencia núm. 631/2004 de 28 junio, (RJ 2004\4279).

menores víctimas de un delito. Al respecto, , traemos nuevamente a colación el caso, previamente comentado en un capítulo precedente (añadir nota al pie: vid. supra (cursiva) págs. 42 y 43), del asesinato del menor Gabriel Cruz. Trágico suceso que, como señalábamos, provocó que sus padres clamasen por un “*Pacto ético en los medios por la Sonrisa de Gabriel*”²⁵⁹, remitido a los medios de comunicación y a diversas instituciones, como el Consejo Audiovisual de Andalucía, en el que demandaban respeto a la imagen y memoria de su hijo fallecido y al honor, la intimidad y la integridad de la familia. Como estamos viendo, y así hemos dejado constancia, no es un tema ajeno a la preocupación de nuestro legislador, existen ya previsiones en protección del derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito pero lo cierto es que en la práctica no se respetan dichas pautas por los medios de comunicación, por lo que puede que el problema radique en que no se interponen sanciones económicas ante la vulneración de ese derecho.

A mayor abundamiento, la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores²⁶⁰ prevé asimismo que los Fiscales deberán ser especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. En estos supuestos habrán de considerarse antijurídicos no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificación.

En este sentido, reseñamos un antiguo caso en el que la Fiscalía de Valencia interpuso demanda en defensa del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de unos menores.²⁶¹ El Ministerio Fiscal, en nombre de seis hermanos menores de edad, cinco de ellos declarados en situación legal de desamparo, formuló demanda contra su progenitora, contra la entidad Cuarzo Producciones SL y contra Antena 3 de Televisión SA. Alegaba que el día 30 de abril de 2001, en el programa “*Sabor a ti*” que emite dicha cadena, fue entrevistada la demandada y antes de iniciarse la misma, una voz “*en off*”, anunciaba que por culpa de un rumor la vida de la citada señora había sufrido un giro de 360º, pues había sido inesperadamente acusada de abusos sexuales y malos tratos a uno de sus hijos. Durante la entrevista-

259. Iniciativa que, tal y como señalábamos, parte de la madre de Gabriel, Patricia Ramírez, en la que hace un llamamiento popular para la recogida de firmas pidiendo a los medios el estricto cumplimiento de los códigos deontológicos y sensibilidad a la hora de dar cobertura informativa al juicio del caso, para lo que reclama a la Federación de Asociaciones de Periodistas de España que vele por el cumplimiento del código deontológico de los periodistas encargados de informar sobre el juicio. Textualmente, la madre señala en dicha petición que “*En su día difundimos la imagen de nuestro pequeño para buscarlo: hoy ya no tiene sentido seguir exponiéndolo y no hemos dado nuestro consentimiento para ello*”.

260. Mención cabe hacer asimismo, en un ámbito más restringido, a la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

261. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de marzo de 2003 (AC 2003/1305).

ta, la señora ofreció datos relativos a su localidad de residencia, empleo de su esposo, saliendo un rótulo sobrepresionado indicado “*me acusan de abusar de mi hijo de ocho años*” y mostrándose en dos ocasiones, durante varios segundos y en un primer plano que abarcaba toda la pantalla, la fotografía de todos los miembros de la familia, siendo fácilmente identificable el menor de ocho años al que se hacía referencia.

El Fiscal alegó que la reiterada exhibición de la fotografía en la que aparecen los hermanos en el programa de televisión, así como el modo en que esa exhibición se produce, supone una intromisión ilegítima que vulnera el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de todos los menores pues cualquier espectador del programa, entre los que se encontraban familiares, vecinos, amigos y compañeros de colegio de los menores, puede identificar plenamente a los niños. Además, las propias manifestaciones de su progenitora relativas a las circunstancias familiares, sociales, educativas y económicas en que se ha desenvuelto la vida de sus hijos, son contrarias a los intereses de los menores puesto que tienen derecho a que nadie se introduzca en su vida familiar y a que no se divulguen datos que afecten a su privacidad. Pero especialmente intensa ha sido la intromisión en el caso del menor de ocho años, pues ha tenido que soportar además la difusión a través de un medio de comunicación de masas de la noticia de que su propia madre abusa sexualmente de él y que esas sospechas han llegado al punto de apertura de un procedimiento judicial por ello. En la Sentencia se estima acreditado que el contenido de la entrevista no era útil para formar una opinión pública informada y en nada ha beneficiado a los menores, ya que sólo les ha reportado graves perjuicios dado que, tras su emisión, un gran número de personas conocieron los desgraciados motivos por los que los menores se hallaban internados en un centro dependiente de la Generalitat, y privados de la visita de sus padres. Y concluye señalando que cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de los menores, la ponderación entre ambos derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión en estos casos, como apunta la doctrina, y se desprende del artículo 20 de la Constitución Española ha de quedar muy relativizado.

Otro caso mediático fue el relativo a un programa que la cadena Cuatro tenía previsto emitir a finales del mes de junio de 2016, *Proyecto Bullying*, y que fue paralizado a instancia de las Fiscalías de Menores correspondientes²⁶², por considerar que perjudica el interés superior de los menores que aparecen en el mismo. Dicho programa abordaba el tema del acoso escolar, recogiendo testimonios tanto de menores protagonistas del acoso como de personas afectadas de su entorno. Así, tanto

262. Si bien en un primer momento solamente la Fiscalía de Menores de Madrid envió un requerimiento paralizando la emisión del programa, la cadena pensaba emitir otras entregas del programa localizadas en las provincias de Segovia y Cádiz, cuyas fiscalías no habían pedido medidas en contra de la emisión del programa. No obstante, finalmente también estas fiscalías se han pronunciado en contra de la emisión, lo que ha provocado la cancelación definitiva del programa previsto.

la menor protagonista como otros niños que salían en el programa aparecían en pantalla sin ningún tipo de filtro visual o sonoro; mientras el resto de personas que aparecían en el reportaje (compañeros de clase, profesores, directores...), lo hacían con sus rostros y voces completamente distorsionados para evitar su posible identificación.²⁶³ A pesar de que la Cadena en cuestión, que remitió previamente los episodios grabados a la Fiscalía para la autorización de la emisión, aseguró a los medios de comunicación que en esos casos contaban con la autorización expresa de sus padres, la Fiscalía argumenta en su requerimiento la aparición de menores perfectamente identificables en las imágenes.

Efectivamente, tal y como venimos explicando, es competencia de la Fiscalía evitar las intromisiones en los derechos fundamentales de los menores, incluso mediante el consentimiento de los mismos o de sus representantes legales, cuando consideren que se puede ver afectado el superior interés de los menores. Esta situación se podría haber evitado, nuevamente, utilizando mecanismos para impedir la identificación de los menores, como sí se había previsto para los otros implicados que aparecían en el Programa. Pero al menos, en este caso, podemos elogiar la labor preventiva de las Fiscalías que intervinieron eficazmente antes de que se produjese el previsible daño a los menores implicados.

En conclusión, la Instrucción 2/2006, recoge unos criterios generales que nos parece de interés reseñar a efectos de recapitulación. En primer lugar, la difusión de la imagen de un menor en un medio de comunicación exige contar con el consentimiento del propio menor maduro o de sus representantes legales. No obstante, aún contando con los preceptivos consentimientos, si la difusión de la identidad o de la imagen del menor puede considerarse contraria a sus intereses, la intromisión en principio será ilegítima.

De otra parte, no procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas, etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos. Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos. Y, por último, si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado.

En puridad, la Instrucción recomienda prudencia a los fiscales a la hora de intervenir en defensa de los derechos de los menores y, para actuar con responsabili-

263. Por lo visto, algunas de las imágenes del programa, en las que se puede ver el acoso que sufre la niña protagonista dentro de su centro escolar, están tomadas mediante una cámara oculta colocada en la mochila de la chica. A lo largo del capítulo se ve cómo es víctima de insultos, menosprecios y amenazas, tanto de forma física como a través de las redes sociales. En "La Fiscalía de Madrid frena dos capítulos de Proyecto Bullying", *www.elmundo.es*, 6 de junio de 2016.

dad, ofrece una serie de criterios entre los que destacaríamos el riesgo del *strepitus forte*, es decir, que la intervención del Fiscal o la repercusión mediática de una demanda puedan suponer una mayor incidencia nociva y contraria a los intereses del menor que la propia intromisión inicial en su intimidad, honor o imagen.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR

Cuando quede acreditada la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad o a la imagen, los efectos que prevé la Ley 1/1982 en su artículo 9.2. son cuatro; el cese inmediato de la intromisión, la toma de medidas para prevenir nuevas intromisiones, la indemnización de los daños y perjuicios causados y la apropiación del lucro obtenido por la intromisión ilegítima.²⁶⁴

Así, en primer lugar, se procederá a la toma de medidas para cesar de manera inmediata la intromisión producida. Es decir, si una empresa ha usado la imagen de un menor para publicitar un determinado producto sin el consentimiento necesario para ello, la empresa deberá retirar la campaña de publicidad del mismo. Por otro, se procederá a la reparación del daño a través del pago de la cuantía que estimen oportuna y proporcionada los tribunales. Y la Ley se refiere no solo al posible daño patrimonial, sino también al daño moral producido. Así pues, la reparación económica englobará, en el caso de la intimidad y la imagen, la valoración del daño moral que se hubiese producido y a los beneficios que hubiese obtenido aquel que vulnera los derechos. Una valoración que será siempre compleja y sobre la

264. Artículo 9.2 de la Ley 1/1982:

“La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.”

que ahora nos detendremos. Más sencillo será la apropiación del lucro, pues se trata de un criterio económico más objetivo que puede ser referenciado respecto a aquellos rendimientos económicos que hubiese generado la imagen o la información difundida.

La responsabilidad civil es, por lo tanto, de aquel que haya difundido, sin contar con los requisitos exigidos, los contenidos que vulneran la privacidad de los menores de edad. Quizá el punto más relevante y complejo de las intromisiones ilegítimas es el relativo a la responsabilidad que tienen las propias redes sociales. ¿Tienen que responder ellas por los contenidos que alojen y que vulneren los derechos de los menores? Hay quien ha exigido que se haga recaer la responsabilidad de las intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores de edad en los prestadores de servicios, ósea, en las propias redes sociales. Esta afirmación, que tiene cierto sentido, tendría que ser matizada.²⁶⁵ Por un lado, la Ley de Servicios y de la Información ya prevé esa responsabilidad en determinadas circunstancias, concretamente cuando se tenga conocimiento de la vulneración de un derecho de manera palmaria. Pero hemos de ser también prudentes a la hora de trasladar en todo caso y en cualquier circunstancia la responsabilidad a las redes sociales. Ello, además de ser inviable, sería injusto.

De este modo, las redes sociales responderán única y exclusivamente en los casos en los que la vulneración del derecho del menor sea evidente, cuando tenga conocimiento efectivo de la existencia de ese contenido, y cuando no lo retire de manera diligente. Sobre este último aspecto sostenemos la necesidad de que se entienda que las redes sociales no han actuado de manera diligente en los casos en los que estas no establezcan por defecto un perfil de privacidad específico y suficiente para el perfil de los menores de edad. Así, si este no aparece por defecto, tendrán que asumir la responsabilidad por su falta de diligencia.

También hemos de analizar la responsabilidad que pueden llegar a tener los centros docentes. Es por todos sabido que el artículo 1.903 del código civil en su párrafo 5 establece que *“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 ley de protección de datos ha incluido un nuevo precepto en el que eleva el nivel de diligencia exigido a los centros escolares. Así, el artículo 92 de la mencionada ley señala que *“los centros educativos...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*

265. Así, MORENO BOBADILLA sostiene que *“sería una medida muy positiva exigir a los prestadores del servicio una cierta responsabilidad al igual que la tiene un medio de comunicación.”* Vid.: *Intimidad y menores*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pág. 168.

equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica.”

Sentado esto, la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los centros docentes por la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o imagen de los menores de edad hemos de señalar que responderán por las grabaciones o capturas de imágenes realizadas durante el horario escolar en sus instalaciones -o fuera de ellas si se tratase de una actividad organizada en el exterior por el centro- que sean subidas a las redes sociales si estas vulnerasen los derechos de cualquier menor. A este respecto, afirma BERROCAL LANZAROT que “*de no restringir el uso, el centro escolar asume los daños que se puedan derivar del uso indebido de los mismos, y, el acceso a través de los mismos a redes sociales donde se publiquen fotografías o se graben imágenes de otros alumnos o profesores durante la jornada escolar.*”²⁶⁶

Aunque sea de forma breve, por tanto, no podíamos dejar de hacer una mención al papel que deben jugar los centros educativos en este ámbito. No cabe duda de su relevante papel en cuanto a la prevención y formación de los menores de edad, un elemento esencial a la hora de que estos puedan prestar un consentimiento consciente de los riesgos que este puede llegar a suponer. Pero el enfoque no es sencillo. Baste pensar la diferencia de criterio existente entre las comunidades autónomas en España, dónde algunas han optado por prohibir los teléfonos móviles en los colegios, mientras en otras se usan directamente como herramientas de aprendizaje. En nuestra opinión, los colegios deben de ser, junto con la familia, los lugares donde se advierta a los menores de edad de los riesgos que conllevan las redes sociales para su intimidad y dónde se les forme en un uso responsable. Es más, la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 5, establece la obligación de las Administraciones Públicas a incentivar “*la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet...*”

Dicho esto, no creo que se deba llegar al límite de lo sucedido en Illinois, Estados Unidos, donde se faculta a los centros educativos a exigir las contraseñas de las redes sociales de sus estudiantes en aquellos casos en los que se detecte algún riesgo para los menores.²⁶⁷ Ese papel debe reservarse, entendemos, a la familia de los menores, mientras que los centros deberán contar con protocolos en los que se dictamine la forma de actuar ante situaciones en las que se sospeche que algún menor está siendo víctima de acoso en redes sociales o que la privacidad de estos esté en riesgo.

Estos protocolos existen desde hace años y aunque vayan en la dirección correcta, se centran casi en exclusiva en el *ciberbullying*, no previendo la vulneración de la intimidad de los menores de edad. Así, las comunidades autónomas cuentan

266. *Cf.* BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías... *op. cit.*, pág. 2569.

267. FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.D.: Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres..., *Op. cit.*, pág. 35.

con un protocolo conjunto en el que, entre otras muchas medidas, se recomienda a los centros educativos que puedan llegar a limitar, temporal o definitivamente, el uso de herramientas TIC y que se recopilen las pruebas existentes para ponerlo en conocimiento de la policía o la Fiscalía.²⁶⁸

Pero no solo hablamos de la necesidad de contar con protocolos para detectar y actuar en el caso en el que se produzca algún caso de riesgo en las redes sociales, sino que es necesario llevar a cabo también políticas preventivas, que ayuden a minimizar las prácticas de riesgo en las redes sociales y, en la medida de lo posible, el número de casos en las que la privacidad de los menores se vea afectada. Los profesionales del ámbito educativo así lo han puesto de manifiesto en varias ocasiones: *“La formación en conductas protectoras, integrada en las competencias digitales básicas, ayudaría a los menores a saber cómo interactuar de forma segura en las redes sociales, con responsabilidad y cuidando su privacidad y auto-representación digital... el uso de las redes sociales está en aumento, lo que requiere de nuevas estrategias pedagógicas que permitan a los adolescentes manejar información de forma crítica, así como diseñar y publicar contenidos compartidos de forma responsable.”*²⁶⁹

Al respecto, citamos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2013²⁷⁰, que resuelve un caso en que una menor le comunica a su tutor en el colegio que se había sentido violentada porque un compañero, de 12 años, le había enseñado un video de contenido sexual que tenía grabado en su móvil. El director del centro escolar obligó al menor a desvelarle las claves de acceso y de seguridad con las que se protegía el teléfono móvil (el número PIN), tras lo cual, una vez desbloqueado y contando con el auxilio del técnico informático del centro, procedió a examinar el contenido del mismo (fotografías, vídeos, histórico de navegación por internet, etc.), constatando la existencia, efectivamente, de un video de contenido sexual realizado en el centro, tras lo cual, procedió a incoar un expediente disciplinario contra el menor. Ante estos hechos, los padres del menor argumentaron que el director del centro educativo había violado la intimidad de su hijo al acceder a su teléfono móvil sin autorización judicial, ni permiso paterno. Pues bien, en este caso, la Audiencia Nacional manifestó (Fundamento de Derecho Cuarto) que *“Sin embargo, aquella calificación de licitud o ilicitud del tratamiento de datos no han de derivar de una exclusiva y excluyente puesta en relación de la acción del personal del centro educativo y la privacidad del titular del dispositivo móvil sino que necesariamente se ha de conjugar el contexto real en el que se produjo, esto es, en el marco de una acción disciplinaria iniciada tras –como seguidamente se ver – la comunicación de una niña que expresó sentirse violentada por los archivos audiovisuales que le fueron exhibidos por el hijo del recurrente y, por ende, en protección de los derechos de esa misma niña o de otros menores alumnos del mismo centro. Y es que el derecho a la protección de datos no es ilimitado sino*

268. Protocolo de Atención Escolar ante el Ciberbullying, Ed. EMICI, 2011.

269. Vid. HERNÁNDEZ-SERRANO, M^a J., RENÉS-ARELLANO, P., CAMPOS ORTUÑO, R. y GONZÁLEZ-LARRERA, B.: “Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital... *Op. cit.*, pág. 148

270. JUR 2013/317703.

que, como cualquier otro, puede quedar constreñido por la presencia de otros derechos en conflicto. Esa presencia conflictiva –cuando acontece– obliga a realizar una detallada ponderación de los derechos presentes a fin de otorgar protección a uno u otro según las circunstancias mediante (entre todas valga la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003 o las Sentencias de esta propia Sala y Sección de 23 de noviembre de 2005 –autos 109/200–; 17 de marzo de 2006 –autos 621/2004– o de 16 de marzo de 2006 –autos 529/2004–). Luego nos referiremos también a la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011”.

Como vemos, la Audiencia estima, después de ponderar los derechos de los dos menores implicados en el caso, que, aunque efectivamente se produjo una vulneración de la intimidad del menor por la intromisión en su privacidad al acceder a los datos de su terminal sin consentimiento, la misma viene justificada por la defensa de los intereses de otros menores, no sólo de la niña a la que mostró el video sexual, sino también del resto de alumnos del centro educativo.²⁷¹

Por último, pero no por ello menos relevante, hemos de hacer mención a la responsabilidad de los padres, que surgirá en dos casos. El primero, cuando sean ellos los que han prestado el consentimiento en nombre del menor para compartir un contenido que vulnera su privacidad. El segundo, cuando no ejerzan las obligaciones inherentes a la patria potestad, haciendo dejación del control parental que han de tener y del que hablamos a lo largo de este trabajo.

Respecto al cese de la intromisión ilegítima, como señala GARCÍA SANZ, “*las medidas- más frecuentes en nuestra práctica judicial son la prohibición dirigida al infractor de continuar en la intromisión, la remoción de los elementos en los que la intromisión ilegítima se hubiese concretado o la publicación de la sentencia.*”²⁷² Sirva a modo de ejemplo la clásica Sentencia de 7 de febrero de 1962 del Tribunal Supremo, cuyo ponente fue CASTÁN TOBEÑAS, en la que ya se tuvo en cuenta la necesidad, no ya de reclamar los daños económicos y morales por la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, sino también la “*facultad de hacer cesar, cuando sea posible, el acto injurioso y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado*”. A pesar de tratarse de una intromisión en el Derecho al honor, el razonamiento esgrimido ya entonces es perfectamente aplicable a los derechos a la intimidad e imagen.

Pero en el ámbito de las redes sociales nos encontraremos con un problema añadido a estos efectos, cual es el hecho de que estos contenidos, una vez que se suben a ellas, se pueden difundir y compartir de forma viral, con lo que ello supone. De un lado, la enorme dificultad que entrañará la eliminación del contenido; no es lo mismo retirar de la venta una revista, que eliminar todos y cada uno de los

271. En sentido contrario, criticando la actuación del director del centro, se pronuncia MARTINEZ, R., “AN avala que un colegio revise el móvil de un menor sin permiso de los padres”, @Actualidad Jurídica Aranzadi (núm. 874/2013 (BIB 2013, 2508). Cft. COLÁS ESCANDÓN, A.M., “La defensa del interés... *op.cit.*”

272. GARCÍA SANZ, J.: “La protección civil frente a la utilización inconsentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales... *Op. cit.*, pág. 21.

tweets que se hayan publicado con determinada imagen o información, que pueden estar alojados en innumerables perfiles de los usuarios. Por otro, la complejidad que entrañará el poder limitar que se siga compartiendo en un futuro. Es por eso por lo que es necesario que se adopten nuevas medidas, con el apoyo tecnológico indispensable de las propias plataformas, para evitar estos efectos indeseados.

Por último, quedaría el aspecto relativo a la reparación económica por la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad o imagen de una persona, que englobará tanto los daños morales que esta haya podido provocar en el perjudicado, como una cuantía por los rendimientos económicos que el uso ilegítimo de su imagen o intimidad hubiesen podido generar para condenado. Respecto a los primeros, los daños morales, afirmaba DE CASTRO que era un “*descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico español y que abrió paso a la consideración y protección jurídica de los derechos de la personalidad.*”²⁷³

Aunque no siempre será fácil, los tribunales intentarán fijar la indemnización económica basándose en parámetros objetivos. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010²⁷⁴ establece cuatro parámetros a los que se ha de atender a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. El primero se refiere a las circunstancias del caso, el segundo a la gravedad del daño, el tercero a la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la lesión y el cuarto y último al beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Por lo que respecta al primero, las circunstancias del caso, hemos de tener en cuenta que el hecho de que la intromisión se haya producido en los derechos de un menor de edad se revela como un elemento esencial a la hora de aumentar la cuantía de la indemnización. Si el uso ilegítimo de la imagen o la difusión de la intimidad de una persona siempre es un tema de especial gravedad, más lo será aun si afecta a un menor de edad, por lo que los tribunales habrán de tenerlo muy en cuenta a la hora de fijar la cuantía económica de la indemnización.

Otro de los elementos que han de tenerse en cuenta es el de la gravedad de la intromisión. En este caso, al tratarse de acciones que requieren cierto tiempo y, por lo tanto, cierta reflexión, la gravedad deberá ser mayor. Así lo estimó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de febrero de 2009²⁷⁵ en la que afirma que los contenidos online “*tienen una mayor gravedad por ser un texto escrito, y por consiguiente meditado, por lo que ni siquiera cabe discurrir acerca de la improvisación del momento de las intervenciones, en radio o en televisión, que tienen lugar en directo.*” Igualmente, no es lo mismo publicar un video en el que un menor salga jugando al fútbol, a que se publique uno en el que aparece en actitud cariñosa con una compañera.²⁷⁶ Básicamente, porque no inciden de la misma forma en su interés superior.

273. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Derecho civil...” *Op. Cit.* Pág. 9.

274. Sentencia núm. 442/2010 de 8 julio, (RJ 2010\8002).

275. Sentencia núm. 123/2009 de 25 febrero, (RJ 2009\2788).

276. En opinión de la Fiscal GUTIÉRREZ MAYO, E., en esta materia, por sus especiales características, se deberían aplicar criterios especiales, como pueden ser, entre otros: El número de seguidores

Entrando ya en el tercero de los parámetros en los que el juzgador debe de basar el establecimiento de la cuantía de la indemnización, la difusión o audiencia del medio, en el ámbito de nuestro estudio estos deberán de ser los relativos al número de visualizaciones, las veces que el contenido ha sido compartido, el número de interacciones que ha tenido la publicación, etc..²⁷⁷ Por último, también habrá de valorarse el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión.

que tenga la cuenta. La antigüedad de la misma. La presencia de un mismo usuario en diversas redes sociales. La periodicidad en las publicaciones. Si se trata sólo de imágenes o también videos. Las facetas de la vida d los menores que aparecen expuestas, no es lo mismo publicar una foto de una boda o un bautizo en la que aparecen menores, que publicar fotos o videos bañando o cambiando de ropa a los niños, por ejemplo. Si con las publicaciones en las que aparecen los menores se revelan datos especialmente sensibles de los mismos, como puede ser las enfermedades que padece el menor. La remuneración y publicidad que se obtiene con la utilización de la imagen de los menores. Los comentarios que reciben en las redes esas imágenes o videos, que en muchos casos son muy ofensivos para los propios menores y sus progenitores. *Vid.* “Instamamis: la exposición de ...*op.cit.* Disponible online en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/>.

277. Sobre este tema ya tuve la oportunidad de reflexionar en otro de mis trabajos, del que ahora reproduzco un breve extracto: “*no importa tanto cuantos seguidores o amigos tienes, puesto que estos son tan solo potenciales lectores al no estar en todo momento leyendo los perfiles de los usuarios, sino cuántos de ellos han llegado a leerlo de forma efectiva. Otra cosa será la gran dificultad a la hora de probarlo. En Facebook este cálculo es más sencillo, siempre que sea acompañado de un enlace, puesto que permite conocer de forma exacta el “alcance” real de cada una de las publicaciones. En cambio, si es un simple mensaje que no redirecciona a ningún sitio, este cálculo no será posible, como tampoco lo es en Twitter. El criterio más seguido por las Audiencias provinciales es el de la interacción de los usuarios y no el de seguidores o amigos. Así, por ejemplo, por la Audiencia Provincial de Málaga en su sentencia de 9 de junio de 2015 en la que rebaja la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia “porque los comentarios y videos publicados por el demandado, hoy apelante, en su página de Facebook tuvo escasa difusión pública, como se desprende del pequeño número de comentarios.” Luego se fija en el número de personas que lo comentan, y no tiene en cuenta el número de personas que lo han podido ver. Pero, en mi opinión, al contener videos es perfectamente posible conocer el número de reproducciones que éste ha tenido, puesto que es lo verdaderamente relevante: el número de alcance real, y no potencial o activo. En la misma línea se ha pronunciado, de forma muy contundente la Audiencia Provincial de Castellón en la Sentencia de 25 de junio de 2015 cuando dice que en una de las páginas de Facebook “de las conversaciones aportadas lo que resulta es que en las mismas participaron un número reducido de personas, que fueron los que intervinieron en los comentarios que se hicieron. Y fuera de esto lo demás son meras especulaciones, sin el necesario soporte probatorio sobre la posible divulgación que pudiera haber tenido el mencionado grupo y de lo que sus integrantes pudieron manifestar.” Cft. HERRERA DE LAS HERAS, R.: *Responsabilidad civil por vulneración del Derecho al honor en las redes sociales*, ed. Reus, 2017, pág. 105 y ss.*

Capítulo V

EL USO DE LA IMAGEN DE LOS MENORES PARA LA OBTENCIÓN DE RENDIMIENTOS ECONÓMICOS. LIMITACIONES AL CONSENTIMIENTO Y EL CONTROL DE LAS REDES SOCIALES

1. EL *SHARETING*

Define GARCÍA GARCÍA la práctica del *sharetting* como “*la exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de menores, especialmente fotografías y vídeos, por parte de sus progenitores.*”²⁷⁸ Se trata de una práctica muy extendida hoy día con el agravante de que en los últimos años han proliferado las familias que obtienen ingresos económicos por esa exposición pública de sus hijos. Ya hablamos en el primer capítulo del libro de la aparición de fenómenos mediáticos infantiles como *Las Ratitas* o *Mikeltube* que, con una edad inferior a los 14 años, cuentan con millones de visualizaciones de cada uno de sus contenidos. Tal es el rédito que obtienen las familias de estos menores *influencers* que algunas de ellas han fijado su residencia fiscal en Andorra. Hablamos, por lo tanto, de unas consecuencias claras y evidentes en la vida de estos menores, no solo por el hecho de saltar a la fama y compartir su vida con millones de personas, sino también por cambiar su entorno personal, incluyendo su ciudad de residencia o centro educativo.

278. GARCÍA GARCÍA, A.: “La protección digital del menor: El fenómeno del *sharetting* a examen”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 27, 2021, pág. 457.

Mucho antes de la aparición de este fenómeno, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, ya señalaba la necesidad de que la institución actuase en aquellas situaciones en las que los responsables legales de los menores incumpliesen sus obligaciones en una “*reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia*.” Hoy, casi 30 años después de estas palabras, la exposición pública de los menores se ha multiplicado con la llegada de las redes sociales, aunque ahora ya no lo sea tanto para acompañar las tragedias como para compartir su intimidad, el objetivo en muchos casos es el mismo, la obtención de unos rendimientos económicos a través de los menores.

Hemos de tener en cuenta que, a pesar de contar con el consentimiento del menor y de sus representantes legales para participar en la elaboración y difusión de este tipo de contenidos, esto no impedirá, como ya sabemos, que ese consentimiento pueda considerarse contrario al interés de aquel y, por lo tanto, no tenga la validez necesaria. A ello sumaremos los impedimentos en materia laboral a los que haremos mención a continuación. Así se recoge en la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores cuando afirma a este respecto que “*no cabrá privarle de protección en base a una posible conducta exhibicionista del mismo, y menos aún, de la de sus progenitores o de otros familiares*.” Así pues, el hecho de que tanto los menores como los progenitores presten su consentimiento, esto no será óbice para que haya que proteger al menor de una posible vulneración en sus derechos.

A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, los menores *influencers* no tienen una legislación específica en nuestro país por la que regirse. No cabe duda de que los menores que son expuestos en las redes sociales a cambio de la obtención de ingresos económicos vendrían desarrollando de facto, y sin cobertura legal alguna, un trabajo. Quedaría por determinar dónde poder encuadrar esa actividad para así llevar a cabo las modificaciones legales oportunas para, de ser posible, regularizar su situación. Ya anticipamos en este momento que, aunque ello sea complejo, hay países como Francia, que han regulado de manera minuciosa y acertada esta problemática.

Las únicas menciones que podemos encontrar en nuestra legislación, y por las que se regulará su situación laboral, se encuentran en el Estatuto de los trabajadores, la Ley del Estatuto del trabajo autónomo y en el Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Son estas las tres únicas opciones donde se podría intentar encajarse la actividad que desarrollan los menores *influencers* en las redes sociales. De este modo, como acabamos de señalar, se trata de un conjunto de leyes diversas, enfocadas a distintas áreas de la protección de los menores y con cierto carácter generalista que no abordan de manera decisiva el problema del *sharenting* económico, como podríamos denominarlo. En todas ellas se establece con carácter general que serán los dieciséis años el momento a partir del cual podrán comenzar a trabajar, salvo situaciones excepcionales para las que deberán de contar con la autorización de la autoridad laboral. De este modo, el artículo 6.1 del Estatuto de los trabajadores

prohíbe, de forma expresa “*la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*” para a continuación señalar en el apartado 4 del citado artículo que “*la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados*”.

En el mismo sentido aparece recogido en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, cuyo artículo 2 establece el procedimiento para autorizar la aparición de los menores en dichos espectáculos y otorga a los progenitores la capacidad para realizar por ellos los contratos oportunos. Así, según lo establecido en el mencionado precepto, se requerirá una autorización específica otorgada por la autoridad laboral y que, en todo caso, se tratará de una situación excepcional.²⁷⁹ Afirma GARCÍA GARCÍA a este respecto que la participación de los menores en contenidos subidos a las redes sociales “*podría entenderse como actividad de carácter artístico y publicitario, puesto que los progenitores reciben remuneración económica, siendo indispensable la autorización de la Autoridad Laboral.*” Como ya hemos señalado, la legislación en vigor exige que, para que los menores puedan realizar alguna actividad de carácter laboral en el ámbito artístico o en espectáculos públicos, han de contar con esa autorización de la autoridad laboral a la que hace referencia la autora.

Por último, también se menciona la situación laboral de los menores de dieciséis años en la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, cuyo artículo 9 viene a reafirmar lo señalado hasta ahora al establecer que “*los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.*”²⁸⁰

Pero, en nuestra opinión, ninguno de los preceptos analizados protege o permite la actividad laboral o económica en redes sociales de estos menores. De este modo, tanto el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores²⁸¹, como el artículo 32 de la Convención de los Derechos del Niño, protegen a los menores frente a una posi-

279. Señala el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985 que “*La autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana*”.

280. A pesar de que el Texto refundido fue derogado por Real Decreto Legislativo 2/2015, el contenido del nuevo Estatuto de los trabajadores es similar al recogido en el anterior.

281. Artículo 6 estatuto trabajadores: “*La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.*”

ble explotación laboral de la que pudiesen ser objeto en este ámbito.²⁸² Reiteramos en este punto nuestra postura sobre este particular, que es muy crítica con la situación actual en lo que respecta a la protección de estos menores, puesto que, debido tanto a la falta de una legislación específica sobre los menores *influenciars*, como a la falta de control por parte de la autoridad laboral y el Ministerio Fiscal, que en muchos casos son utilizados por sus progenitores para la obtención de rendimientos económicos sin el más mínimo control.

Tampoco bastará con la cesión de los derechos de la personalidad del menor puesto que, como señala GIL ANTÓN, será necesario que cuando un menor de edad firme un contrato para la cesión de su derecho a la imagen en el que deba también realizar una prestación personal “*será necesario no solo el consentimiento a esa intromisión en la imagen del menor que constituirá una verdadera autorización, sino el consentimiento a la realización de esa prestación personal, y en todo caso si intervienen los padres habrá de serlo siempre bajo la premisa de defensa de los intereses del menor.*”²⁸³ Y esto solo podrá hacerlo a partir de los 16 años, lo cual agrava aún más la situación. A mayor abundamiento, esa prestación de carácter personal no se hace de forma esporádica, sino que, por lo general, tienen una corta periodicidad. Se han convertido, entendemos, en trabajadores de sus progenitores que, a su vez, se han convertido en los empresarios y productores. Algún autor ha llegado a afirmar de forma vehemente que nos encontramos ante un caso evidente de explotación infantil. Así lo entiende FLORIT FERNÁNDEZ que cuando se pregunta “*si puede considerarse explotación de menores cuando mediante la actividad de los progenitores volcando información de sus hijos menores en Internet se obtienen ingresos económicos*”, su respuesta es afirmativa²⁸⁴ en base a lo recogido en los artículos 31 y 32 de la Convención de los Derechos del Niño.²⁸⁵

282. Artículo 32 de la Convención de los Derechos del Niño: “*Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*”

283. Cft. GIL ANTÓN, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Ed. Dykinson, 2013, pág. 221.

284. Cft. FLORIT FERNÁNDEZ, C.: “*Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet*”, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021, pág. 5.

285. Artículo 31:

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.*

2. *Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.*

Artículo 32:

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

2. *Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:*

Ha de quedar claro que cualquier autorización para que los menores puedan participar en contenidos que generen ingresos para sus familias o terceros debe tener, además de lo ya mencionado que se tendría que incorporar a la legislación laboral y de protección del menor, el límite que establecería la obligación de la patria potestad, incluyendo el principio de interés superior del menor. Como afirma FLORIT FERNÁNDEZ “*siendo precisamente los progenitores los que detentan la patria potestad sobre el menor son los principales responsables de su intimidad y seguridad en la red y en ningún caso pueden ser ellos los que precisamente produzcan el riesgo para la seguridad de ese menor ni meramente quebrantar su intimidad.*”²⁸⁶

Hay algunos autores que sostienen que el hecho de que los menores o sus familias exploten económicamente su Derecho a la imagen es una circunstancia “*menos perjudicial y más entendible*” para su desarrollo como persona, por lo que la limitación de su ejercicio debería ser más laxa.²⁸⁷ Nuestra postura es la contraria. El hecho de que puedan existir contraprestaciones económicas que condicionen el consentimiento de los menores de edad o de sus representantes legales ha de hacer que los controles del mismo sean más férreos y deban de contar con el visto bueno de la autoridad laboral y, en su caso, del Ministerio Fiscal que, en estos casos y como ámbito excepcional, sí debería actuar *ex ante*.

Respecto a las medidas que han adoptado las principales redes sociales donde se alojan este tipo de contenidos, hemos de señalar que no advierten correctamente ni de la legislación aplicable ni de las posibles consecuencias que podrían conllevar el uso y la violación de la privacidad de los menores de edad. *Youtube*, por ejemplo, a este respecto se limita a dar una serie de consejos muy vagos, en los que ni se hace mención a los límites legales en lo que respecta a la edad para poder trabajar. Tan solo cuenta con un genérico “*debes cumplir todas las leyes, reglas y normativas relacionadas con el trabajo con menores*”. Ni tan si quiera pide comprobar si los menores necesitan, o no, un permiso para realizar su trabajo, y establece la posibilidad de que los creadores de los contenidos en los que aparezcan menores de edad “*tengan que darles un porcentaje de los ingresos directamente*” a estos.²⁸⁸

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

286. Cft. FLORIT FERNÁNDEZ, C.: “Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet”, en *Actualidad Civil*, núm 2, 2021, pág. 3.

287. Afirma MACIAS CASTILLO que “*de este modo, el derecho al honor y a la intimidad son derechos que exigen una mayor protección o un doble reforzamiento frente al derecho a la propia imagen, cuya explotación económica sería más entendible y menos perjudicial para el desarrollo integral del menor*” MACIAS CASTILLO, A.: “La protección civil del derecho a la propia imagen de los menores... *Op. cit.*, pág. 61.

288. Así se establece en el apartado dedicado a las prácticas recomendadas para el contenido en el que aparecen niños de Youtube, accesible en <https://support.google.com/youtube/answer/9229229?>

2. LA LEY FRANCESA PARA PROTEGER A LOS MENORES INFLUENCERS

Sentado lo anterior, como ya anticipábamos, es necesario que el legislador nacional afronte la problemática existente con los *influencers* que afecta a miles de menores de edad en nuestro país. Es cierto que no existen a día de hoy muchos países que hayan legislado en esta materia, pero los que lo han hecho han mejorado ampliamente la protección de estos menores de edad. Aunque nos centraremos en analizar la reciente ley francesa sobre menores *influencers*, no debemos olvidar que décadas antes de esta ya surgieron algunas normativas pioneras. Es el caso de la ley federal aprobada en Estados Unidos para la protección online de los menores de edad, la denominada *Children's Online Privacy Protection Act*. En ella se establecían garantías para la protección de la privacidad de los menores de 13 años. Entre las medidas más destacadas podemos señalar la exigencia del consentimiento de los padres para la publicación de contenido en el que aparezcan menores de edad, una medida que ahora se ha trasladado a Europa, pero con años de retraso. También se estableció la prohibición de que las operadoras online incluyesen entre sus contenidos datos o información personal de menores de esa edad.

Pero sin duda, la legislación francesa a la que antes hacíamos mención es la más avanzada en la actualidad y podría servir como punto de partida para tratar de solventar este problema creciente. Así, la Ley 2020/1266, de 19 de octubre de 2020, destinada a regular la explotación comercial de la imagen de los menores de dieciséis años en las plataformas en línea fue aprobada por unanimidad por la asamblea francesa y regula de forma pormenorizada las circunstancias en las que los menores de edad y sus progenitores podrán crear y compartir contenidos en los que aparezcan aquellos.²⁸⁹

Son varios los elementos destacados de la legislación francesa sobre los que ahora nos detenemos. En primer lugar, se detallan las condiciones y el tiempo por el que pueden trabajar los menores de 16 años en la creación de contenidos para las redes sociales, siempre previa comunicación a la autoridad laboral francesa. Así, se limita el número de horas de contenidos que pueden ser creados por los menores y se exige que las grabaciones de los mismos sean en cualquier caso compatibles con los horarios escolares de estos. Así, el artículo 3.1 de la Ley establece que *“la difusión de la imagen de un niño menor de dieciséis años en un servicio de plataforma de intercambio de vídeos, cuando el niño es el sujeto principal, está sujeta a una declaración a la autoridad competente por parte de los representantes legales”* Esta declaración se producirá si se dan una de estas dos circunstancias: Primero, si *“la duración acumulada o el número de estos contenidos supere, en un periodo de tiempo determinado”*, que será fijado en el desarrollo posterior por parte del Consejo de Estado francés.

289. Vid. LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000042440573/2021-04-20/>.

Segundo, “cuando la difusión de dicho contenido genere, en beneficio del responsable de la creación, producción o difusión de dicho contenido, ingresos directos o indirectos superiores a un umbral” que será fijado del mismo modo que en el caso anterior. De igual modo, la autoridad a la que antes hacíamos mención realizará algunas advertencias a los progenitores sobre cuestiones tales como el horario, la duración de los contenidos, sobre los riesgos asociados a la difusión de los vídeos o la obligación de acudir a los centros escolares. Sin duda este es un avance indiscutible puesto que todas las medidas van en la dirección de salvaguardar, no solo la intimidad de los menores, sino también garantizar que la posible aparición en este tipo de contenidos es compatible con su formación y desarrollo.

Por otro lado, para evitar que las empresas y los progenitores se enriquezcan a costa de los menores, se exige que a partir de una determinada cantidad los beneficios que se generen por los contenidos creados por los *influencers* deban ser guardados hasta que estos alcancen la mayoría de edad. De este modo, el artículo 3.3. establece que “cuando los ingresos directos e indirectos derivados de la distribución de los contenidos superen un cierto umbral... se abonarán sin demora a la Caisse des dépôts et consignations y son gestionados por esta caja hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o, en su caso, la fecha de emancipación.” Tan solo en casos excepcionales se permitirá la retirada de las cantidades consignadas y se prevé que “una parte de los ingresos pueda dejarse a disposición de los representantes legales del niño.” Parece una medida razonable y una forma de garantizar que los progenitores en ningún caso pretenden enriquecerse con los contenidos en los que aparecen sus hijos y cobra más interés el hecho de que se realicen porque estos disfrutan realmente durante su realización.

El tercer pilar de la normativa, que se trata sin duda también un paso importante en el camino correcto, es que tanto los progenitores como las marcas y empresas que quieran monetizar los contenidos creados por los menores de edad deberán pedir una autorización expresa a las autoridades galas. Esta medida supondría una auténtica revolución en el panorama de nuestro país, necesaria por otra parte y contribuiría a asegurar la protección de los menores. La legislación francesa prevé multas que pueden ascender hasta los 75.000 euros y penas de prisión que podrían llegar a los 5 años.

También se ocupa la nueva legislación, de manera acertada en nuestra opinión, de la revocación del consentimiento, permitiendo en su artículo 6 que los menores de 16 años puedan solicitar en cualquier momento y sin necesidad de la autorización de sus padres, la cancelación de los contenidos en los que aparezcan. Así, señala el mencionado precepto que “no se requiere el consentimiento de los titulares de la patria potestad para la aplicación, por parte de un menor, del derecho de supresión de datos personales previsto en el artículo 51 de la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la informática, los archivos y las libertades.” Es incluso posible que el consentimiento para compartir el contenido no lo hubiesen prestado los menores por carecer de la capacidad suficiente para ello, pero sí tiene sentido que lo tengan para retirarlo.

Del mismo modo, las redes sociales vendrán obligadas a informar a los menores de edad de forma detallada de sus derechos y de las consecuencias que pueden

conllevar su aparición pública en las mismas, aunque, eso sí, el incumplimiento de esta obligación no llevará aparejada ninguna sanción, al contrario que sucede con las obligaciones de los progenitores y las empresas a las que nos referimos con anterioridad.²⁹⁰

En definitiva, se trata de una ley pionera, acertada y que se ha convertido en necesaria para tratar de limitar un problema cuyo alcance real aún no se ve, pero del que con los años nos daremos cuenta de su importancia.

290. Concretamente, el artículo 4 de la Ley establece lo siguiente: “1º Promover la información de los usuarios sobre las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a la difusión de imágenes de menores de 16 años a través de sus servicios y sobre los riesgos, en particular psicológicos, asociados a la difusión de esta imagen;

2º Promover la información y la sensibilización, en colaboración con las asociaciones de protección de la infancia, de los menores de 16 años sobre las consecuencias de la difusión de su imagen en una plataforma de intercambio de vídeos, en su vida privada y en términos de riesgos psicológicos y jurídicos, y sobre los medios de que disponen para proteger sus derechos, su dignidad y su integridad moral y física;

3º Animar a los usuarios a denunciar los contenidos audiovisuales protagonizados por menores de dieciséis años que puedan atentar contra su dignidad o integridad moral o física;

4º Adoptar cualquier medida útil para impedir el tratamiento con fines comerciales, como la prospección, la elaboración de perfiles y la publicidad basada en la orientación del comportamiento, de los datos personales de los menores recogidos por sus servicios cuando un usuario pone en línea contenidos audiovisuales en los que aparece un menor;

5º Mejorar, junto con las asociaciones de protección de la infancia, la detección de las situaciones en las que la producción o la difusión de estos contenidos atenten contra la dignidad o la integridad moral o física de los menores de dieciséis años que protagonizan;

6º Facilitar la aplicación, por parte de los menores, del derecho a la supresión de los datos personales previsto en el artículo 51 de la Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los archivos y las libertades, e informarles, en términos claros y precisos, fácilmente comprensibles para ellos, de las modalidades de aplicación de este derecho.”

Capítulo VI

EL REFORZADO PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Una vez analizada la configuración jurídica de los derechos a la intimidad y a la imagen del menor en el marco de las redes sociales, es necesario hacer una mención especial al principio del interés superior del menor, pues será el que nos permita elevar el nivel de protección de los menores y fijar el criterio rector para la ponderación de derechos en los conflictos susceptibles de surgir en este ámbito. Como hemos estado exponiendo hasta ahora, los innumerables riesgos y peligros a los que se enfrentan los menores en el uso de redes sociales, siendo estos más o menos maduros, pero, en cualquier caso, vulnerables, van desde conflictos intrafamiliares -de los menores con sus progenitores por el control parental, de éstos entre sí por desacuerdos en el ejercicio de la “*patria potestad digital*”- hasta conflictos con terceros que pueden llegar incluso a vía penal, en los que se pondera la intromisión en los derechos del menor con la protección del mismo.

A pesar de que, inevitablemente, llevamos haciendo referencia a este principio desde el inicio de la presente obra, llegados a este punto, nos parece necesario contextualizar sucintamente su estado actual en nuestro ordenamiento jurídico, actualizado gracias a las últimas reformas legales, que lo encumbran a la más alta categoría, como criterio inspirador de las normas de protección a la infancia y adolescencia.

Para ello, deberemos volver a repasar su evolución conceptual.²⁹¹ En la última década, se ha consolidado definitivamente la aplicación prioritaria de este principio, otrora considerado concepto jurídico abstracto o indeterminado, como mecanismo básico para resolver los conflictos familiares con menores involucrados en sede judicial. No obstante, en lo que no siempre ha mediado acuerdo ha sido en identificar tanto el concepto como el alcance y efectos de este principio. Así, el in-

291. Vid. PAÑOS PÉREZ, A., “Daños a la intimidad e imagen...*op.cit.*”, págs. 249-299.

terés del menor, que equivale en este contexto a la expresión mayor beneficio o interés superior del mismo²⁹², se ha presentado en los últimos años como directriz básica que impregna el Derecho moderno de menores.

En términos generales, el interés del menor se configura como una ventaja efectiva para el niño o adolescente, conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él.²⁹³ En este punto, tradicionalmente nos hemos encontrado con el problema de que, como muy acertadamente señaló ROCA TRÍAS, precisar en qué consiste el interés del menor era muy complejo, debido a sus rasgos extremadamente subjetivos “*que responden a los caracteres de indeterminación y abstracción siempre predicables de los conceptos jurídicos indeterminados*”.²⁹⁴ Señalaba a continuación que “*desde un punto de vista jurídico formal puede bastar inicialmente identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad*”²⁹⁵, a lo que podía añadirse la felicidad del menor y el equilibrio emocional y afectivo.²⁹⁶

Partiendo de la dificultad que entrañaba siquiera el intento de definir un principio de naturaleza tan genérica y con una puesta en práctica caracterizada por el relativismo, el interés del menor como *standard* jurídico²⁹⁷ había constituido tradicio-

292. Según RIVERO HERNÁNDEZ la presencia o ausencia del adjetivo “superior” no altera su alcance jurídico; con este adjetivo se pretende destacar la prioridad del interés del menor sobre otros, su superioridad en caso de conflicto con otros intereses. *El interés del menor*, 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007, págs. 74-75.

293. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del ...op.cit.*, pág. 61.

294. *Cft.* ROCA TRÍAS, E., Discurso de contestación al de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña de BORRAS, A., Barcelona, 1973.

295. *Cft.* ROCA TRÍAS, E., Discurso de contestación... , *op.cit.*

296. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El interés del menor”, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. III, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, p. 1548.

297. Así lo definía RIVERO HERNÁNDEZ, F., como *standard* jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico-social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales, distinguido, frente a otros, por la realidad vital a la que va referido (lo que se busca es lo mejor para un niño o un joven, no un abstracto interés) y caracterizado por su relativismo y su aspecto dinámico; *vid.* *El interés del ...op.cit.*, págs. 67-71. Ya señalaba ROCA TRÍAS hace décadas que precisar en qué consiste el interés del menor ha sido muy complejo, debido a sus rasgos extremadamente subjetivos “*que responden a los caracteres de indeterminación y abstracción siempre predicables de los conceptos jurídicos indeterminados*”, en su Discurso de contestación... , *op.cit.*. Hay autores que defendían que este concepto jurídico era indeterminado pero sólo relativamente, como CAMPS MIRABET, N., “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno” en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 24-25; quien señala que en virtud del principio del interés superior del menor prevalecerá la consideración primordial de los derechos del niño frente a cualquier otro interés en presencia. Y otros autores denunciaban sin tapujos que no nos encontramos ante un concepto jurídico relativamente indeterminado, sino absolutamente indeterminado en cuanto a su contenido, además de fácilmente manipulable según los intereses que estuviesen en juego en un supuesto concreto. Y ello, porque se encuentra situado en la cúspide de la pirámide que representa la jerarquía de intereses que convergen en el ámbito de la protección del menor y la tutela de sus derechos; en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., “Diálogo sobre el principio del interés superior del menor” en *La familia, protagonista*, Comisión Organizadora del Congreso General de Familia, 2003, pág. 487.

nalmente, como decíamos, un concepto jurídico indeterminado por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado después, en el momento de su aplicación. En base a esta situación de indeterminación, lo más conveniente y adecuado al interés superior del menor no podía establecerse con precisión, sino con referencia a las circunstancias de hecho que nos encontrásemos cada vez que era necesaria la determinación de dicho interés.²⁹⁸

A pesar de que algunos autores defendieron que sólo la casuística podía perfilar este concepto jurídico indeterminado²⁹⁹, otros, como RIVERO HERNÁNDEZ³⁰⁰, propusieron dos caminos a seguir, paralelos y complementarios. Por un lado, abordar la cuestión de la determinación del interés del menor en un plano inicialmente genérico y un tanto teórico; y por otro, estudiar cómo se determina el interés del menor en áreas jurídicas específicas y referidas a situaciones y casos vividos en la realidad diaria. Y precisamente esto último es lo que ocurrió después de años de

298. No obstante, ya expusimos que para evitar que este *modus operandi* generase una gran inseguridad jurídica, habría que alcanzar previamente un acuerdo acerca de la utilización de un criterio de interpretación del citado principio que nos permita una aplicación coherente y homogénea del mismo. En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ (*El interés del menor...op. cit.*, pág. 66.) establecía que, en una primera aproximación, el interés del menor se nos presenta y refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo). Así, el interés del menor comprendería tanto los bienes materiales y patrimoniales, como los espirituales o ideales; en suma, todos aquellos que la persona considera (subjétivamente) valiosos. De otro lado, ALONSO PÉREZ ("La situación jurídica del menor...*cit.*", pág. 24), en una acepción más precisa y tras hacerse eco igualmente de la incertidumbre que desprendía este concepto indeterminado y genérico ("criterio básico y preferente" en los procedimientos de familia), señalaba que el interés superior del menor debía referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apatencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana, son otros aspectos que configurarían el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Pero, por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida en que las funciones familiares o para-familiares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber. Por su parte, DE LAMA AYMÁ (*La protección de los derechos... cit.*, págs. 95-97) defendía que es un error creer que no hay unas reglas preferibles a otras o que no puede establecerse un contenido mínimo del concepto de interés del menor. Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad; proyectándose, por tanto, sobre los derechos y valores reconocidos en el artículo 10.1 CE, es decir, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo, así como sus derechos fundamentales. Pues bien, esta autora delimitaba el contenido del principio como la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor actúe por sí mismo cuando tenga madurez suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la patria potestad y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona del menor de edad. *Vid.* PAÑOS PÉREZ, A., "Daños a la intimidad e imagen...*op. cit.*", págs. 272 y ss.

299. Así, LINACERO DE LA FUENTE, M., "La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley 1/1996, de 15 de enero" en *Actualidad Civil, La Ley*, 1999, págs. 1573 y ss.

300. *Vid.* *El interés del menor...op. cit.*, págs. 101 y ss.

aplicación jurisprudencial. Tras superar esta primera etapa de incertidumbre y debate, en la que se llegó a identificar el principio del interés superior del menor con la opinión del juez o incluso con el deber ser de las cosas, a lo largo de los años siguientes se desarrollaron distintas líneas jurisprudenciales que lo fueron dotando de contenido y cuyos avances finalmente se vieron plasmados en las reformas legales de 2015³⁰¹, consolidado en las más recientes de 2021, con las leyes de protección a la infancia y la adolescencia.³⁰²

Hasta llegar ahí, han sido muchos los preceptos de Derecho público y privado que se han referido, desde distintas perspectivas, al interés del menor. Aunque prácticamente ninguno aclaraba en qué consistía ese criterio porque desde el punto de vista normativo se trataba, como decíamos, de un *standard* jurídico, de un concepto jurídico indeterminado.

En la Constitución Española de 1978 se parte de una concepción integral en la protección de la infancia que viene expresada en el artículo 39.1, completada desde la perspectiva del Derecho Internacional, a saber “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*” (artículo 39.4). Y, en términos generales, en el artículo 10.2, en virtud del cual “*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 ratificados por España*”.

En coherencia con estos preceptos constitucionales, el referente normativo que informa la acción legislativa y las políticas a adoptar en materia de infancia lo constituye la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, cuyo objetivo fundamental es el de definir unos derechos sustantivos de los niños y cuyo principio rector es el interés superior del niño. En virtud del mismo prevalecerá la consideración primordial de los derechos del niño frente a cualquier otro interés en presencia³⁰³. Así, proclama en su artículo 3.1: “*En 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 a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Y destacamos, en relación a la protección específica de los derechos de la personalidad de los menores, que en su artículo 16 proscribire las intromisiones en la intimidad de los mismos al declarar “*ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su*

301. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29/07/2015).

302. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 05/06/2021) y Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía (BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2021).

303. Vid. CAMPS MIRABET, N., “El principio del interés superior del menor...op. cit., págs. 23-28; quien hace un intento de delimitación del contenido del principio plasmado en la Convención de Derechos del Niño.

honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias”.

Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992; según la cual “*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*”. Y, en este contexto, respecto al mencionado artículo 3.1 de la Convención de la ONU, el Comité de los Derechos del Niño publicó la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En ella, ya se pone de relieve que este concepto es complejo y que su contenido deberá determinarse caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada niño, que es flexible y adaptable, y que debe ajustarse y definirse de forma individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales³⁰⁴.

Consecuente con el mandato constitucional y con la legislación supranacional ratificada por España, en nuestro ordenamiento jurídico este principio del interés del menor está presente en el derecho de familia, como criterio -exclusivo o no- de decisión, tal y como se desprende de varios preceptos del Código Civil -entre ellos, a título de muestra, los artículos 92, 94, 160, 172 bis, 173 bis, 178, 202, 203, 213, 214-. En las últimas décadas se ha llevado a cabo un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores y, especialmente, en la protección de sus derechos de la personalidad. En el ámbito civil, primero fue

304. Apelando a la triple dimensión que refiere esta Observación (como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento), hay autores que se preguntaron qué significaba para el derecho español que el interés del menor fuese un derecho sustantivo y si ello representaba, en realidad, que estuviésemos ante un verdadero derecho subjetivo en base a nuestro Ordenamiento jurídico. En este sentido, VARELA CASTRO, I., consideró que la Observación pretendía hacer equivalentes los conceptos de derecho sustantivo y derecho subjetivo, con las consecuencias jurídicas que ello supone, lo que implica la virtualidad de que el menor alegue su derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto en su beneficio y utilidad, así como a que se activen las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual desconocimiento o violación; así en “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, págs. 3-61, espec. pág. 22. En contra, y sobre la funcionalidad del interés del menor en nuestro ordenamiento jurídico, GARCÍA RUBIO, M^a PAZ, “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020; quien resalta el reconocimiento de este principio por los Tribunales como “*bien constitucional*” (en la STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), por la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 1.1. Ley 3/2007, 15 de marzo, sobre la mención registral del sexo) y como “principio de orden público”, tal y como recoge de modo expreso también la Instrucción de 23 de octubre de 2018 sobre cambio de nombre de las personas transexuales; págs. 21 y 24. Véase también, NUÑEZ ZORRILLA, M.C., “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 73, 2015, pág. 125; MARTÍNEZ CALVO, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, págs. 198-206.

la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que supuso la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales.

No obstante, el cambio de paradigma se produjo en nuestro país con la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; por ella, se establece un bloque constituyente de derechos de las personas menores de edad, a los que se reconoce como sujetos titulares de derechos y recoge, como principio general, que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta en interés del menor. Además, hacen alusión al mismo los artículos 11.2.a), sobre los principios rectores en la actuación de los poderes públicos, el 9.2, en relación con el derecho a ser oído del menor, y el artículo 4.3, que introducía en su día la novedad más significativa en la materia, a la que atenderemos detenidamente más adelante.³⁰⁵ Esta ley fue profundamente reformada tras la publicación de la LO 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.

Por su parte, también la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, con relación a la información sobre las actuaciones y el acceso a libros, archivos, registros judiciales y a la comunicación edictal establece que, cuando sea necesario para proteger el superior interés de los menores y preservar su intimidad, deberán omitirse los datos personales, imágenes, nombres y apellidos, domicilio o cualquier otro dato o circunstancia que pudiera permitir su identificación (arts. 141 bis y 164). En idéntica dirección, el artículo 35 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que “...en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”. Esta Ley quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medidas de reforma.³⁰⁶ Asimismo, la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, en su Exposición de Motivos, hace alusión a que la misma siempre debe ser interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

Por otra parte, también la legislación autonómica en materia de menores se ha ido haciendo eco del principio del interés superior del menor, recogiénolo de forma prácticamente unánime como un principio rector de las respectivas leyes de protección de la infancia.³⁰⁷ La última en incorporarse ha sido la Ley 4/2021, de 27

305. Algunos autores, como GULLÓN BALLESTEROS (“Sobre la Ley 1/1996...” *op. cit.*) y O’CALLAGHAN MUÑOZ (Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor” en *La Ley*, D-239, 1996), criticaban el que, en su día, se considerase novedosa la introducción en esta Ley de la supremacía del interés superior del menor como principio general, pues este principio no es nuevo, siempre ha sido norma obligada para el aplicador del Derecho y, desde luego, se halla en nuestro Código Civil.

306. Así, el artículo 56.2 c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros.

307. Citamos, a modo de ejemplo, la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del De-

de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, cuyo artículo 3 está expresamente dedicado al interés superior del menor; enmarcado en su primer apartado como “*principio inspirador en todas las políticas y actuaciones de las administraciones públicas*”, y añadiendo en el segundo que “*La normativa andaluza será elaborada y aplicada bajo el enfoque y la perspectiva de la infancia y adolescencia, las decisiones serán tomadas valorando el impacto en las niñas, niños y adolescentes, y todas las políticas públicas estarán dirigidas hacia ellos y ellas, primando siempre su interés superior sobre cualquier otro interés legítimo con el que pueda concurrir y hubiera conflicto*”.

Como vemos, el legislador³⁰⁸ no se ha mantenido ajeno al debate doctrinal y jurisprudencial suscitado en torno a este principio y ha tratado de reconducirlo a lo largo de los años, quedando su concepto definitivamente fijado por la mencionada LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que da una nueva redacción al artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor. Dicho precepto, titulado “*Interés superior del menor*”, incorpora tanto la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Supremo³⁰⁹, como los criterios de la mencionada Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Ya en el Preámbulo de la Ley 8/2015 se señala que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de diversas interpretaciones en los últimos años, por lo que ve necesario concretar ahora su contenido

recho Foral de Aragón, cuya Exposición de Motivos contempla que los pronunciamientos respecto a la atribución de la custodia compartida se deben basar *exclusivamente* en el interés del menor: “*debe examinarse e integrarse en cada caso concreto, sin apriorismos*”; asimismo, citamos: la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña; Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia; Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja; Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia; Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores.

308. Así como el resto de los operadores jurídicos. Una obligada referencia normativa en relación directa con el tema que nos incumbe es la Instrucción 2/2006 sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Por medio de la misma la Fiscalía General del Estado pretende, por un lado, abordar sistemáticamente la materia y por el otro, dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la LO 1/1996, que introdujo disposiciones que fortalecen la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior 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.

309. Como ejemplos, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 (3763/2015) y 17 de febrero de 2015 (8478/2015).

reconociéndole un contenido triple (como un derecho sustantivo, como un principio general de carácter interpretativo y como una norma de procedimiento). Concluye el legislador en el Preámbulo que 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.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, tras su reforma por la mencionada ley, señala que: *“Todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el 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 primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

Pues bien, según este artículo, *“a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales”*: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor; la satisfacción de las necesidades básicas del menor, así como las *“emocionales y afectivas”*; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, *“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 conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; preservar su *“identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma”*; garantizar *“su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad”*; o promover *“la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro”*.

El legislador se preocupa, pues, por el ámbito interno y externo del menor, por su bienestar tanto físico como psíquico y emocional. Criterios que habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como los establecidos en el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: *“la edad y madurez del menor”*; *“la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad”*; *“El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”*; *“la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten”*; o la exigencia de decidir atendiendo a la necesidad de prepararle para el *“tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales”*.

Como podemos comprobar, este precepto, recogiendo el triple criterio interpretativo que el Comité de los Derechos del Niño determinó sobre el artículo 3.1. de la Convención, configura en sus distintos apartados el interés superior del menor desde esa triple perspectiva a la que aludíamos, abandonando definitivamente ese tradicional carácter de concepto jurídico indeterminado,³¹⁰: a) como derecho

310. A mayor abundamiento, VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, 2019, págs. 89-135; y, respecto a la

sustantivo (2.1 y 4), en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, se evalúen sus mejores intereses y, en caso de la existencia de otros que puedan entrar en conflicto, se proceda a ponderarlos para llegar a una solución; b) como principio jurídico interpretativo fundamental (2.2 y 3), de forma que, si una normativa o disposición jurídica puede llegar a ser interpretada de varias formas, se deberá dar la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; c) como norma de procedimiento (2.5), esto es, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Es decir, se recoge el interés superior del menor, desde entonces, como cláusula general, dotándolo de prioridad sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir, y con capacidad para neutralizar la aplicación de normas imperativas en la aplicación de la justicia a cada caso concreto³¹¹. Desde esta perspectiva, se supera en nuestro Ordenamiento la “*lectura unidireccional*”³¹² del concepto jurídico indeterminado “*interés del menor*” que venía esbozando la doctrina³¹³; y, en definitiva, se concreta esta noción central, sobre la que gira toda la normativa relativa a la infancia.

El propio legislador reconoce cómo este principio ha pasado de ser un concepto jurídico indeterminado a tener su concreción en la normativa, regulando criterios y elementos generales que ayudan a su definición.³¹⁴ La última prueba de ello la tenemos en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en cuyo artículo 4 se sientan los “criterios generales” de la norma, estableciendo que “*Serán de aplicación los princi-*

variedad de criterios jurisprudenciales que se pronuncian encuadrando el principio del interés superior del menor en las distintas perspectivas como concepto jurídico indeterminado, cláusula general o derechos fundamentales subjetivos, véase DOMÍNGUEZ REYES, J.F., “El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2018, págs. 2212-2233.

311. ASÍ, DE TORRES PEREA, J. M., “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una importante línea jurisprudencial” en *@Diario La Ley*, núm. 8737, abril 2016, pág. 3, quien observa que “*la función y razón de ser de la cláusula general será corregir el derecho positivo para adaptarlo y flexibilizarlo al caso concreto evitando soluciones injustas*”.

312. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, VV.AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, pág. 2.

313. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El interés del ...*” *op.cit.*, págs. 1539 y 1540; RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educativo Siglo XXI*, V. 30, núm. 2, 2012, pág. 96; GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en VV.AA., *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (Coords. CABELLO MALLOT, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.), Tirant lo Blanch, 2016, págs. 87-129; TENIA PIAZUELO, I., “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, *Revista de Derecho Civil*, V. 5, núm., 2018, pág. 128; GARCÍA RUBIO, M^a PAZ, “¿Qué es...*op.cit.*”, págs. 14-49.

314. *Vid.* Exposición de motivos de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía.

pios y criterios generales de interpretación del interés superior del menor, recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, (...)”, destacando, entre todos ellos, la “evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad”.

No obstante, la dificultad está, como sigue manteniendo la doctrina³¹⁵, en que, siendo el menor titular de derechos, el interés se presenta como principio rector que abarca distintas situaciones familiares, de forma que los entes públicos o privados, órganos administrativos y Tribunales han de concretarlo, en cada caso, ante el conflicto de prevalencia del interés del menor. La delimitación del interés superior del menor como límite y como criterio de ponderación en las intromisiones en los derechos de los menores de edad, bajo el parámetro de estos criterios sentados legislativamente será, por tanto, el objetivo prioritario de los aplicadores del derecho.³¹⁶

Y es que la identificación de dicho interés, como límite infranqueable en la detección de intromisiones ilegítimas en los derechos del menor, es la piedra angular sobre la que deben resolverse los conflictos en los que éste se vea implicado. Así se plasma en la jurisprudencia, que reitera *“La Ley de Protección Jurídica del Menor, antes citada, establece en su artículo 4.3 que existe, en su caso, intromisión ilegítima aun constando el consentimiento del menor o de sus representantes legales, normativa cuya finalidad última es proteger el interés superior del menor de aquellos ataques contrarios a los intereses de éstos (...) resaltando el superior interés del menor como valor a primar en el conflicto existente entre los derechos fundamentales en juego”*.³¹⁷

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2020³¹⁸, en el marco de un procedimiento sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad, valorando el principio del interés superior del menor para la imposi-

315. En este sentido, DOMÍNGUEZ REYES, J.f., “El interés superior...*op.cit.*”, pág. 2212.

316. Así lo hemos comprobado en las resoluciones judiciales sobre la materia, vigente la nueva normativa que sienta el concepto y los criterios de interpretación del principio del interés superior del menor, que señalan lo siguiente: *“No existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación (STC 158/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 158)). Ni el interés general de la noticia ni la veracidad de la información transmitida son datos que deban ser valorados, pues la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en la revista”* (STS núm. 655/2015 de 25 noviembre (RJ 2015\5324)). Asimismo, *“la Sala Primera del Tribunal Supremo también ha señalado que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz»*”. Vid. SAP de Málaga núm. 263/2016 de 26 mayo (JUR 2016\178995) y SAP de Madrid núm. 95/2016 de 17 febrero (AC 2016/585).

317. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 657/2015 de 10 diciembre (AC 2016/300).

318. Sentencia núm. 520/2020 de 29 de junio (JUR 2020\244108).

ción del régimen de guarda y custodia compartida como medida preferente, se pronuncia sobre la prohibición de publicar fotos de la hija menor en las redes sociales, páginas web o blogs sin la autorización del otro progenitor, declarando que: “(...) *ante las reticencias mostradas por la madre, ha de atenderse preferentemente al interés de la menor, de protección prevalente, desde las tres dimensiones que ofrece este concepto, esto es, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento. Desde esta perspectiva, la publicación de las imágenes de la hija menor común en redes sociales, aunque sean privadas, puede poner en situación de vulnerabilidad la intimidad, imagen y datos personales de la menor al existir la posibilidad de rastreo de la página de la red social en que se exhiben las imágenes para su posterior indexación, por lo que ha de coincidir con la madre en la pertinencia de restringir la privacidad de las imágenes de la niña al ser factible que desde una red de ámbito privado se suban fotografías o vídeos para compartirlos en otra*”.

Respecto a los conflictos que surgen, cada vez con más frecuencia, entre los derechos a la intimidad e imagen del menor en el entorno digital y el ejercicio de la patria potestad por sus progenitores³¹⁹, tal y como hemos analizado en capítulos precedentes, el interés del menor debe servir como guía para el ejercicio de dicha potestad y, además, como criterio preferente para la resolución de conflictos en sede familiar igualmente.³²⁰ Así, MARTÍENZ CALVO³²¹ señala que, a pesar de encontrarnos ante criterios genéricos -los derivados del artículo 2 Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor-, éstos sirven como un potente faro capaz de guiar las decisiones de los progenitores, recordando que su función se debe centrar en proteger los derechos básicos de sus hijos.

Así lo corrobora el Tribunal Supremo cuando determina que el interés del menor consiste, en términos jurídicos, “*en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección de merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve (...)*”.³²² Y así se refleja, igualmente, en la nueva Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, al relacionar el interés superior del menor con la promoción de la llamada parentalidad positiva, definiendo ésta en su artículo 26.3.a como “*el comporta-*

319. COLÁS ESCANDÓN, A.M., “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”, @*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2017 (BIB 2017/13186).

320. BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 200-201. Dicho esto, el autor refiere que de tal principio interesa su contenido respecto al ejercicio de la patria potestad, que presenta especialmente un aspecto moral y otro material, para lo cual insta a observar los criterios y elementos generales fijados en el artículo 2 LOPJM sobre la determinación del interés superior del menor, que sirven no sólo de guía para la práctica judicial o administrativa, sino también para el ejercicio de la patria potestad. *Cft.* RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor a ser oído*, Aranzadi, 2014.

321. *Vid.* MARTÍENZ CALVO: “La determinación del interés superior...”, *op.cit.*, pág. 204.

322. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280).

miento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.”

Cabe señalar que el interés del menor también es digno de tutela desde la óptica de su propia evolución integral, en base a la exigencia de decidir atendiendo a la necesidad de prepararle para el tránsito a la edad adulta e independiente, fomentando sus capacidades y de acuerdo con su personalidad; de suerte que, cuando el menor alcance la mayoría de edad, su concepto de intimidad no tiene por qué coincidir con el de sus progenitores.³²³

Precisamente, pues, decíamos que será el principio del superior interés del menor el que posibilite, en su caso, la vulneración de estos derechos por sus propios padres, accediendo a datos privados del menor en redes, con el único fin de protegerle para evitar un mal mayor. Así, ya hemos visto cómo, en ocasiones excepcionales y que deben ser examinadas detenidamente en atención a las peculiaridades del caso concreto, la protección de los intereses de los menores puede legitimar que los progenitores, cumpliendo con el deber de proteger a sus hijos y velar por ellos, violen la privacidad y la intimidad de éstos.³²⁴

De lo expuesto hasta aquí se infiere que, sea cual sea el modo en el que se vulnere la intimidad del menor³²⁵, lo relevante no es el cómo ni por quién, sino el porqué y si puede justificarse la intromisión en aras a la protección de su interés superior, debiendo valorarse en todo caso las circunstancias concretas de edad y madurez de cada menor a la hora de calibrar la gravedad y urgencia de la situación que legitime la invasión de su intimidad.

El interés superior del menor puede entrar en conflicto, no sólo con otros derechos fundamentales, con los derechos y obligaciones derivados de la patria potes-

323. Así se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de abril de 2021 (Auto núm. 12/2021 de 30 abril (JUR 2021\210041)).

324. De entre todas las sentencias comentadas en epígrafes precedentes, como muestra representativa, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6401).

325. COLÁS ESCANDÓN, A.M., “La defensa del interés...*op.cit.*”, refiriéndose a la instalación de los programas espía (que graban las contraseñas, las conversaciones, o las URLs visitadas), señala que constituyen *per se* y como regla general una clara violación del derecho a la intimidad de los menores (del que son indiscutiblemente titulares). Y añade que deberá analizarse cada caso en concreto, ya que si la instalación de este programa se ha realizado en casos graves, con el fin de proteger a ese niño de un mal mayor (v.g. ante las sospechas fundadas de que está siendo víctima, o autor, de bullying, grooming, sexting, chantajes, amenazas, etc.), la defensa del interés superior del menor y la obligación de los padres de velar por sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, hará que dicha vulneración de la intimidad del niño deba de ser considerada legítima y justificada. Así, esta autora concluye que si con la invasión de la intimidad del hijo “*lo que se persigue es una finalidad más mundana como puede ser satisfacer la curiosidad innata al ser humano, saber simplemente qué hacen nuestros hijos cuando no les vemos, qué dicen, con quién se relacionan, etc., estaremos lesionando, sin justificación alguna, un derecho fundamental del que son plenamente titulares*”.

tad³²⁶, sino también, con su propia autonomía de la voluntad, esto es, el alcance de su autonomía en la toma de decisiones que le conciernan³²⁷. Por tanto, como venimos viendo a lo largo de toda la presente obra, la madurez del propio menor, además de su edad y su personalidad, son tomadas en cuenta por el legislador para dar peso específico a su voluntad y legitimar su consentimiento respecto a la disposición de su privacidad, así como de sus derechos de la intimidad e imagen.

En este sentido, es tarea que compete a los progenitores, la de “*Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección precoz y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros*”, recogido como criterio general en el mencionado artículo 4 Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ya señalábamos que los menores tampoco necesitarían un control exhaustivo para la protección de su intimidad en el mundo digital, sino un efectivo acompañamiento y educación previos que les preparará para reaccionar satisfactoriamente frente al innegable acceso a las nuevas tecnologías de la información, sobre todo, a redes sociales, y los diversos ataques a los que deberán enfrentarse, entre ellos, a sus derechos fundamentales, en los que entran en juego bienes de enorme relevancia, como el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión o el acceso a la información.³²⁸ Así, los progenitores deben, según lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor, “*promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad*”, tanto en la real como en la digital, minimizando en la medida de lo posible los riesgos a los que se exponen por la vulnerabilidad que los caracteriza y atendiendo para ello a su superior interés. Para ello, concluíamos en las páginas precedentes que lo ideal era la prevención, una previa anticipación a los peligros mediante la educación, el acompañamiento y la supervisión de los menores en el uso de las nuevas tecnologías.

326. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5086), aunque califica el interés superior del menor de prevalente o prioritario, también matiza, por ejemplo, que “*El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos*” y, a continuación, añade “*El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente*”. Y es que, tal y como reconoció, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 (RTC 2005/273), “*la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto*”. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160), según la cual “*el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”*”.

327. En otro ámbito, se consideran también paradigmáticas las normas relativas a las decisiones sobre el cuidado de la salud del propio menor, en las que se suele reconocer capacidad para decidir por sí mismas a personas menores de 18 años (*Vid.* artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). En este ámbito de la autonomía de la voluntad del menor para tomar decisiones que conciernen a su salud, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002/154), en la que un menor de trece años, Testigo de Jehová, se negó a recibir las transfusiones sanguíneas necesarias para evitar su fallecimiento, que efectivamente se produjo. GARCÍA RUBIO, M^a PAZ, “¿Qué es...*op.cit?*”, pág. 32.

328. AGUILAR DÍAZ, R., “La vulneración al...”, *op.cit.* *Cft.* BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos...op.cit.*, págs. 332 y ss.

A tal efecto, también la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía ha reflejado la preocupación por la privacidad de los menores en internet y redes sociales, atendiendo especialmente al criterio del interés superior del menor en la protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor. Lo vemos en el apartado 4 de su artículo 46, que dispone: “*En interés superior del menor, se promoverán campañas de información a las familias ante el uso de vídeos o fotografías de personas menores en internet y redes sociales, a fin de erradicar la mala praxis de compartir la imagen de niñas, niños o adolescentes y que puede dar lugar a malos usos*”.

Por último, cabe recordar que este principio del “interés superior” que venimos considerando reforzado por el legislador de los últimos años, en aras a una mayor protección de los menores de edad, ha sido precisamente erradicado para mayores de edad, en virtud de la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha norma, que encarna el cambio de paradigma en el ejercicio de capacidad jurídica por una cuestión de derechos humanos, prioriza el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad frente a la consideración de este erradicado interés³²⁹ (que, a partir de ahora, se identificará con la voluntad jurídicamente válida de la persona mayor de edad que la emita o, en su defecto, con la mejor interpretación de dicha voluntad³³⁰). Por su parte, el artículo 749 LEC, al hablar de la intervención del Ministerio

329. LEGERÉN-MOLINA pone de relieve que no se pretende la búsqueda de un “*mayor interés*” externo y averiguado sobre la base de parámetros objetivos. Por el contrario, se busca dar primacía a la voluntad subjetiva de la persona pues se parte del presupuesto de que no todas las decisiones que adoptamos las personas son siempre puramente racionales, y de que quien mejor puede determinar lo que constituye el “*mejor interés*” es la persona misma; entre otras razones, porque dispone de datos de que los demás carecen; “*La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos*”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M^a V. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 195. Al respecto, GARCÍA RUBIO equipara el respeto a la dignidad de la persona con la salvaguarda de su mejor interés “que es, en realidad, el interés por ella preferido”, y ya no el que su entorno, cuidadores o apoyos consideren objetivamente más beneficioso para el interesado; para esta autora, debe “quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas”; “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, págs. 173-174.

330. La Observación General núm. 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, sobre el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 (Ratificado por España y publicado en BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008) mediante resolución 61/106 de las Naciones Unidas, aclaró que “*Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “*interés superior*” ya no puede considerarse una salvaguarda que cumpla con el artículo 12, en relación con los adultos; por lo que el paradigma de “*la voluntad y las preferencias*” debe reemplazar al del “*interés superior*” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

Fiscal, establece que éste: “*velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor*”; distinguiendo así en las directrices de las actuaciones a las personas con discapacidad de los menores de edad, para los cuales sí se ha mantenido la atención a su interés superior.

Pues bien, esta diferenciación que finalmente ha hecho nuestro Ordenamiento entre menores de edad y personas con discapacidad, debe hacernos reflexionar sobre que, si bien éstas últimas han alcanzado el respeto a su voluntad, eliminando los resquicios de paternalismo vigentes en la ley y reconociéndoles el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, los menores de edad sí siguen bajo el manto protector de toda la legislación nacional e internacional, amparados por un reforzado principio de su interés superior.

Así, a pesar de reconocerles titulares de sus derechos de la personalidad y concederles autonomía de la voluntad para decidir en distintas esferas, sigue siendo de aplicación suprema el principio del superior interés para los menores de edad en la resolución de conflictos y en la toma de decisiones que les conciernan; debiendo los tribunales velar por una aplicación proporcional y razonable de este criterio, valorando cada caso concreto. No podemos olvidar que el menor tiene libertad de ejercitar sus derechos a la intimidad e imagen conforme a su madurez y de desarrollar su personalidad en el entorno digital igualmente; derechos de los hijos que, no obstante, y como hemos visto, pueden ceder en su propio interés y beneficio³³¹.

En este sentido, los menores pueden ser autores de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de otras personas, por supuesto, incluidos sus propios progenitores; conflictos en los cuales no dejará de valorarse el principio del interés superior del menor. Como ejemplo, el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 327/2019, 12 diciembre 2019, en el que se estima la intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor por parte de su hija, menor de edad, quien publicó en su cuenta de *Instagram* que su padre la había maltratado psicológicamente durante nueve años y que, como consecuencia de ello, la menor había llegado a tener pensamientos suicidas, depresión, ansiedad, insomnio, etc. El tribunal valora que las manifestaciones expresas realizadas por la menor fueron expuestas en un perfil público de dicha red social y que, además, iban dirigidas a un *influencer*, lo que incrementa significativamente la posibilidad de ser vista por más personas, concluyendo que “*supone una intromisión en el derecho al honor del actor, por la imputación de unos hechos delictivos en el ámbito familiar que lesionan su dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (...)*”. El padre solicitó la publicación de la sentencia durante 90 días en la cuenta de *Instagram* de la menor demandada y en la cuenta del *influen-*

331. *Vid.*, por todos, PÉREZ VALLEJO, A. M., *Prevención y protección...op.cit.*, pág. 270, quien alerta de que “*Encontrar el justo equilibrio entre las pautas educativas y el control e imposición de límites, invitan de nuevo a reflexionar sobre algunas cuestiones, desde el enfoque de los derechos de los hijos que, no obstante, pueden ceder en su propio interés y beneficio*”.

cer; pero la sentencia, a pesar de reconocer la intromisión ilegítima (y condenar por ello a una indemnización de 1000 euros a la progenitora) descarta, sin embargo, la publicación de la resolución en base a su superior interés, pues al ser menor de edad podría resultar una medida perjudicial para ella: “*si no se ha estimado la petición de difusión de la presente sentencia ha sido precisamente por concurrir la circunstancia especial de salvaguardar el interés de la hija menor*”.³³²

332. En este último sentido también la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2014, 14 julio 2014 (RJ 4529) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 5/2015, 2 marzo 2015 (AC 353), según la cual “*En el supuesto enjuiciado, se trata de una menor de edad,, por lo que, como indica la apelante, la publicación del fallo de la sentencia podría resultar perjudicial por cuanto que provocaría el efecto indeseado de volver a traer a la opinión pública hechos ya olvidados, lo que estando ante una menor alcanza una relevancia especial, pues aun cuando no se incluyan los datos identificadores de la menor, podrían ser fácilmente localizables por la reseña de los hechos -con su fecha de emisión en el programa- que fueron declarados contrarios a su intimidad. La difusión en este caso de la parte dispositiva de la sentencia no obedece así a la finalidad reparadora a que responde la publicación conforme a las previsiones del art. 9.2 de la citada Ley 1/82 (RCL 1982, 1197)*”.

CONCLUSIONES

La privacidad de los menores, que engloba los derechos a la intimidad e imagen de los mismos, ha visto como el uso masivo por parte de estos de las redes sociales ha disparado los riesgos a los que está sometida. La naturalidad con la que los niños ven cómo sus familias, amigos, conocidos y ellos mismos comparten en redes sociales momentos de su vida privada genera que esos riesgos se multipliquen aun más. Este fenómeno ha sido aprovechado por distintas marcas, que han encontrado un mercado ideal para acceder a potenciales consumidores que, según distintos estudios, se ven reflejados en este ámbito. De este modo, el legislador ha de establecer unas reglas que aseguren la mayor protección posible para la privacidad de los menores de edad, con el objetivo de garantizar el pleno desarrollo de estos.

Aunque la Ley de Protección de Datos establece los 14 años como la edad a partir de la cual los menores podrán acceder a las redes sociales, estas no cuentan con herramientas que permitan garantizar que el límite establecido sea respetado. De hecho, según distintos estudios a los que hemos hecho mención a lo largo del trabajo, un gran número de menores de 14 años cuentan con perfiles propios en redes sociales que han sido creados por ellos mismos sin el consentimiento expreso de sus progenitores. A pesar de que ya existen medios técnicos que podrían garantizar que tan solo los mayores de 14 años accediesen a las redes sociales, la legislación actual, tanto europea como nacional, se ha quedado corta, pues esa comprobación no se configura como una obligación para las redes sociales sino como una mera sugerencia o deseo. De este modo, entendemos que el legislador debería establecer la obligatoriedad de la inclusión de herramientas de verificación de edad para la creación de perfiles en redes sociales. El Proyecto de Ley Audiovisual que está siendo debatido en la actualidad va en la línea correcta, por lo que es posible solucionar uno de los principales problemas ante el que nos encontramos.

Los contenidos en los que aparecen menores de edad son subidos en la mayoría de las ocasiones a las redes sociales por los propios menores o por sus familias. Así, en un principio, contarían con el consentimiento de ambos para poder ser compartido. Pero ese consentimiento no asegurará en determinadas circunstancias

que los derechos a la intimidad o imagen de los menores se vea vulnerado. Para poder garantizar que no se produce intromisión alguna en la privacidad de estos hay dos vías. La primera, contar con una legislación garantista que establezca con claridad por un lado las circunstancias en las que estos contenidos pueden ser compartidos y, por otro, establezcan a las redes sociales unas obligaciones para asegurar ciertas limitaciones a los contenidos en los que aparezcan menores de edad. La segunda vía es la relativa al papel que debe de jugar el Ministerio Fiscal, como garante de los derechos de la personalidad del menor, interviniendo en los casos en los que esta se vulnere de manera grave, incluso si los contenidos contaban con el visto bueno de los menores o de sus representantes legales.

Aunque en los últimos años se ha producido un avance significativo en la protección de la privacidad de los menores a través de un importante desarrollo legislativo, especialmente a través de las leyes de Protección de Datos y la de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, quedan varios aspectos por mejorar. Así, la Ley 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen ha de ser actualizada, pues a pesar de que ha sido una herramienta tremendamente útil durante 4 décadas, las particularidades que conllevan las nuevas tecnologías y, en especial, las redes sociales, escapan en muchas ocasiones de su protección. De igual modo, la aparición de un fenómeno como el *sharetting* hace necesario que el legislador actúe sobre esta materia, garantizando que los progenitores no prioricen la rentabilidad económica a la privacidad de sus hijos.

Uno de los temas que ha generado más polémica en los últimos años ha sido el de la difusión de imágenes de los menores una vez que estos, desgraciadamente, han fallecido. A pesar de que los derechos de la personalidad se extinguen con el fallecimiento, es pacífico el hecho de que la existencia de la denominada “*intimidad familiar*” permitirá a los progenitores de los menores tomar la decisión que ellos estimen conveniente. En este ámbito nuestra opinión es que la decisión de publicar o no las imágenes de un menor fallecido debería corresponder única y exclusivamente a los progenitores, sin que en un juicio de ponderación se pueda otorgar primacía al derecho a la libertad de información sobre aquel derecho, por encima o en contra del criterio de los padres. Sólo la familia puede tomar tan compleja decisión, que habrá de ser respetada, en cualquier caso. Así pues, si el Ministerio Fiscal considera que la difusión de las imágenes vulnera la intimidad o imagen de menores fallecidos, debería consultarlo con los progenitores para instar las acciones en defensa de estos. Aunque, en última instancia, el Fiscal, como garante institucional de los derechos del menor, pueda ejercer las facultades en materia de protección de datos personales para solicitar el acceso, la supresión o la cancelación de los mismos cuando se trate de un menor fallecido y se estén publicando imágenes suyas o revelando datos personales de modo que pueda dañar su reputación o su intimidad. En este sentido, creemos acertado el hecho de que tanto la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia como la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía hayan reforzado esa protección de la intimidad de los menores fallecidos y garantizado expresamente por primera vez que la decisión de

la publicación de las imágenes de estos deba “*contar con la autorización expresa de herederos o progenitores.*”

El artículo 7 de la Ley de Protección de Datos ha establecido los 14 años de edad como el momento a partir del cual los menores podrán, de forma autónoma y válida, consentir para la cesión de sus datos o, lo que es lo mismo, poder acceder a las redes sociales. Así, la regla general será que estos puedan crear su perfil y sus contenidos a partir de esa edad. La excepción será que necesiten el consentimiento de sus progenitores. Nos hemos mostrado favorables a lo largo de todo el trabajo a que, a pesar de que llegar a los 14 años no implica automáticamente la adquisición de la madurez necesaria para consentir válidamente, sí que es conveniente aplicar un criterio objetivo a partir del cual presumir la adquisición de esa capacidad. Con total seguridad es acertado y necesario establecer el momento en el que se presume que se adquiere la capacidad de actuación jurídica suficiente mediante el elemento objetivo de la edad. Se convierten así los 14 años en una presunción de adquisición de la madurez, que ha sido matizada por el legislador en el segundo párrafo del mismo artículo 7, en el que se establece que “*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.*”

De este modo, por debajo de los 14 años los menores no podrán acceder a las redes sociales salvo en el caso de que contasen con el consentimiento explícito de sus progenitores. Aunque haya quien sostiene que, si un menor demuestra, a pesar de tener menos de los 14 años exigidos por la Ley, que tiene un grado de madurez suficiente podría crear su propio perfil en las redes sociales sin el consentimiento de sus progenitores; nosotros nos mostramos contrarios a esta opción. Y no porque sea inviable que se alcance antes de los 14 años de edad el grado de madurez necesario, sino porque creemos que el establecimiento de una edad objetiva es, por un lado, la mayor garantía de protección de la privacidad de los menores y, por otro, la única opción viable y realista, puesto que es prácticamente imposible establecer un proceso objetivo y online en el que pueda llegar a determinarse el grado de madurez de las decenas de miles de menores de 14 años que pretenden acceder a las redes sociales.

Por otra parte, aunque, como ya hemos señalado, los 14 años sea la edad a partir de la que los menores puedan acceder de manera autónoma a las redes sociales, eso no significará que tengan la capacidad jurídica válida para subir cualquier tipo de contenido a estas. Así, habrá contenidos que requerirán, para poder ser compartidos, una mayor capacidad jurídica de actuación que la exigida para el acceso a las redes. De este modo, si la información o las imágenes que se comparten provocasen una clara intromisión en la intimidad del propio menor que las difunde, sus progenitores deberían poder solicitar la retirada de las mismas. Evidentemente, incluso en el caso en que los progenitores no actuasen, el Ministerio Fiscal estaría legitimado, en base al artículo 4.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, a solicitar la retirada del contenido que vulnerase la intimidad del menor.

Respecto al papel de los progenitores, defendemos la necesidad de que sea activo en el control del uso de las redes sociales de sus hijos menores de edad. Esta

necesidad nace tanto de las propias obligaciones incluidas en la patria potestad como del hecho de que estos serán responsables de los daños a terceros que pudiesen cometer sus hijos en el uso de las redes sociales. Esta obligación ha sido incluida en la propia Ley de Protección de Datos a través del artículo 84.1 que establece que “*los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable*” de las mismas. Así, defendemos que, aunque no pueda ser una regla general, los progenitores podrán acceder a los perfiles de sus hijos cuando existan indicios suficientes que hagan pensar que estos pudiesen estar sufriendo acoso o cualquier hecho relativo a la grave vulneración de su privacidad, poniendo en peligro la integridad física o psíquica del menor. En este sentido, hubiese sido loable que la mencionada Ley de Protección de Datos, que ya otorga a los padres la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación sobre los datos de los menores de 14 años, hubiese establecido algunos casos excepcionales para poder también hacerlo en el caso de los menores mayores de 14 años. A este respecto, nos parece muy acertada las medidas establecidas a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia en su artículo 222-36.3, que permitirá estas acciones a los padres siempre que exista un riesgo “*claro, inmediato y grave*”.

Al igual que los progenitores, el Ministerio Fiscal tiene también un papel relevante a la hora de proteger la privacidad de los menores de edad. Aunque eso no quita que, en nuestra opinión, después de haber analizado en profundidad las competencias que le otorgan las distintas leyes en vigor, estas deban ser actualizadas puesto que, salvo casos excepcionales, su participación se debe centrar en los casos en los que la vulneración de los derechos del menor se haya producido. Carece de sentido pensar que hoy día todos los actos que tenga relación con la privacidad de los menores hayan de contar con el visto bueno de la Fiscalía. Es inviable plantearse que cada vez que un menor suba un contenido a su perfil, el consentimiento prestado para ello no tuviese validez porque la Fiscalía no lo haya aceptado. Como señalábamos, el papel que se le otorga en la propia instrucción de 2006 es exagerado y utópico, y ha de reservarse para tres: 1) Aquellos en los que se haya producido ya una vulneración de los derechos de los menores; 2) Cuando se tenga conocimiento de que se va a producir con seguridad esa vulneración; 3) En los casos en los que los progenitores pretendan obtener rendimientos económicos generados de manera periódica con la elaboración y difusión de contenidos en los que participen de forma activa los menores.

Otra de las conclusiones a la que llegamos es que, a pesar de que en principio los menores *influencers* pueden ser considerados como personas de notoriedad pública y por lo tanto deberían estar sujetos a la excepción del artículo 8.2 de la Ley 1/1982 que permite difundir sus imágenes, esta circunstancia habría que limitarla única y exclusivamente a los mayores de 16 años. De este modo, aun siendo los menores *influencers* personas con una relevancia pública incuestionable, no deberían ser difundidas ni imágenes ni información sobre su vida privada salvo que contasen con el consentimiento de sus representantes legales. Esto con alguna excepción, como la posibilidad de que los medios pudiesen y terceros pudiesen cap-

tar imágenes de ellos tan solo en eventos públicos relacionados con su actividad como *influencers*, pero no en aquellos momentos que formen parte de su vida privada.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil por intromisión ilegítima en los derechos a la imagen o intimidad de los menores de edad, es evidente que los padres serán responsables en aquellos casos en los que sus hijos vulneren la intimidad de otro menor. También lo serán cuando ellos mismos presten el consentimiento para compartir contenidos que vulneran los derechos de los menores. Las propias redes sociales podrán ser también responsables por esta vulneración, pero tan solo en el caso de que se den las siguientes circunstancias: 1) Que la vulneración del derecho del menor sea evidente; 2) Cuando tengan conocimiento efectivo de la existencia del contenido que vulnera la privacidad del menor; y 3) Cuando, sucedidas las dos primeras circunstancias, no procedan de manera diligente a retirar los contenidos. En nuestra opinión, uno de los elementos que han de ser tenidos en cuenta para evitar que las redes sociales respondan por la vulneración de la privacidad de los menores es el hecho de que hayan establecido medidas para evitar que esto se produzca, como el determinar por defecto un perfil de privacidad específico para los menores de edad. Otro actor a tener en cuenta en lo que respecta a la responsabilidad es el centro escolar. Estos podrían tener que responder de la vulneración de los derechos de los menores en los casos en los que los contenidos que la provocan hayan sido realizados durante el horario escolar en sus instalaciones.

Especial relevancia tiene las medidas que han de ser adoptadas por el legislador de manera urgente respecto a uno de los fenómenos que más nos preocupan, el *sharetting* que, como hemos visto, consiste en que los progenitores compartan contenidos en los que aparecen sus hijos con la intención de obtener rendimientos económicos. A día de hoy España no cuenta con una ley que proteja a los menores, ya no solo en el ámbito de la privacidad, sino incluso en lo que respecta al laboral. Esta práctica provoca que los menores, de manera periódica y durante horas, realicen grabaciones que luego son subidas por sus padres a las redes sociales y son monetizadas. A lo largo del capítulo que hemos dedicado en exclusiva a este fenómeno hemos propuesto las líneas principales que la legislación debería incluir, basándonos en gran medida en la ley francesa que sobre esta materia ha sido aprobada recientemente.

De este modo, se hace necesario fijar cuatro grandes límites en lo que respecta a la participación de los menores de edad en estos contenidos. En primer lugar, han de ser limitadas las horas y la duración de esos contenidos con un doble objetivo, por un lado, evitar la explotación infantil y, por otro, garantizar que las grabaciones sean compatibles con los horarios escolares y el desarrollo de los menores. En segundo lugar, la necesidad de que los progenitores soliciten una autorización a la autoridad laboral e informen al Ministerio Fiscal cuando los contenidos tengan una duración que no pueda ser calificada como anecdótica o limitada. En tercer lugar, la legislación deberá asegurar que los beneficios que generen esos contenidos vayan destinados a los menores, y no a sus progenitores cuando las cantidades sean significativas. En último lugar, ha de incluirse un precepto por el que los me-

nores puedan revocar, en cualquier momento, el consentimiento prestado por sus progenitores, sin necesidad ni si quiera de haber informado a sus progenitores.

Dicho todo esto, somos consciente de la importancia que para los menores tienen hoy día las redes sociales. Una importancia que no se limita tan solo al disfrute o el entretenimiento, sino que tiene que ver con su forma de socializar con otros jóvenes. Es por eso por lo que hemos de intentar encontrar el equilibrio necesario entre la protección de la privacidad de los menores que hemos defendido ampliamente, su desarrollo personal y el uso racional de estas. Así, una vez garantizado el acceso a partir de los 14 años, es prioritario que el uso que hagan los menores no ponga en riesgo de manera constante su privacidad. Esto pasa por establecer una serie de exigencias a estas plataformas que pasan, principalmente, por configurar por defecto la privacidad de los perfiles de los menores de edad de una manera limitada para que los contenidos que estos suban tan solo puedan ser vistos por usuarios de su entorno e incluir herramientas que permitan a los usuarios alertar de la posible vulneración de la privacidad de los menores. Incluso sostenemos que se ha de ir más allá a través del establecimiento de una prohibición expresa a las redes sociales sobre el uso o tratamiento de datos personales especialmente sensibles de los menores de edad, como podrían ser los datos biométricos o su ubicación. También sería conveniente, tal y como prevén las últimas reformas en materia de protección a la infancia y adolescencia de 2021, que la formación que se promueve, tanto de los progenitores como de los menores, en el uso responsable de las redes sociales no se quede en una mera declaración de intenciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A. y PLATERO ALARCON, A.: “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 5, núm. 1, 2016.
- AGUILAR DÍAZ, R.: “La vulneración al derecho a la intimidad entre los miembros de la familia, el espionaje intrafamiliar entre cónyuges y el “control” sobre los menores”, @*La Ley Derecho de Familia*, núm. 21, 2019.
- AGUILERA RODERO, J., “Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2008.
- AGUSTINOY GUILAYN A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos Legales de las redes sociales*, Bosch, 2016.
- ALBADALEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, 2007.
- ALONSO PÉREZ, M., “La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coord.), *Libro Homenaje al prof. Albaladejo*, Colegio de Registradores de la Propiedad-Universidad de Murcia, I, 2004.
- BASTANTE GRANELL, V., *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles. Control y mediación parental*, Aranzadi, 2021.
- BATUECAS CALETRO, A.: “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.
- BELLO JANEIRO, D. (Coord.), *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus, 2020.
- BENAVIDES LÓPEZ, A., *Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Universidad Carlos III, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2013.
- BERROCAL LAZAROT, A.I.: “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2019.
- BRITO IZQUIERDO, N.: “La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos”, en *Diario la Ley*, núm. 11.728, 2019.

- CÁMARA LAPUENTE, S., “La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido”, *Revista de Derecho Civil*, V. VII, núm. 5, 2020.
- CAMPS MIRABET, N., “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno” en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general” en *www.Diario La Ley*, núm. 8718, 9 de marzo de 2016.
- CASTÁN TOBEÑAS, “Los derechos de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, VII, VIII, 1952.
- CEBALLOS DELGADO, J.M.: “Aspectos generales del derecho a la propia imagen”, en *Revista de la propiedad inmaterial*, núm. 15, 2011.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M., “La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de los progenitores”, @*Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2017.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; “El consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces” en *Diario la Ley*, 1997.
- CONSUELO MADRIGAL: *Menores en los medios de comunicación: información responsable o espectáculo*, Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de la Prensa de Madrid Editores, febrero de 2011.
- DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, 2008.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto–ley 24/2021”, *La Ley Unión Europea*, núm. 98, Diciembre 2021, Wolters Kluwer (LALEY 13231/2021).
- DE TORRES PEREA, J. M., “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una importante línea jurisprudencial” en @*Diario La Ley*, núm. 8737, abril 2016.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.: *Sistemas de Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, 2005.
- FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.D.: *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*, Ed. Agencia Española de Protección de Datos, 2016.
- Fernández González-Regueral, M.A.: “Derecho a la propia imagen del menor” en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2004.
- FERRER LÓPEZ, M.: *Presencia de influencers en campañas publicitarias digitales. Estudio de su capacidad persuasiva y efectividad en jóvenes*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2021.
- FLORIT FERNÁNDEZ, C.: “Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet”, en *Actualidad Civil*, núm 2, 2021.

- FOLGUERA CRESPO, J., “Protección del menor y libertad de información” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, núm. 127.
- GARCÍA GARCÍA, A.: “La protección digital del menor: El fenómeno del sharenting a examen”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 27, 2021.
- GARCÍA GARCÍA, A.: *La protección del menor en el Derecho Europeo y Español*, Ed. Universitat Politècnica de Valencia, 2021.
- GARCÍA GARNICA, M^a C., “El ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la imagen del menor no emancipado” en *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, 2013.
- GARCÍA RUBIO, M^a P., “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”, en AA. VV., *Propuestas de modernización do direito*, García Goldar, M. y Ammerman Yebra, J. (Dir.), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2017.
- GARCÍA SANZ, J.: “La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores”, *Derechos fundamentales de los menores: (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. SOLÉ RESINA, J. y VINICIUS ALMADA, M. (Coord), Dykinson, 2018.
- GIL ANTÓN, A.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, 2013.
- GIL ANTÓN, A.M.: “La privacidad del menor en internet”, en *R.E.D.S.*, núm. 3, 2013.
- GIL ANTÓN, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, 2013.
- GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de redes sociales”, en *@Laley 1773/2017*.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “El Derecho a la propia imagen, hoy”, en *Homenaje a Vallat de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1990.
- GLANCY, D.J.: “The invention of the Right Privacy”, en *Arizona Law Review*, Vol. 21, núm. 1, 1979.
- GODOY DOMÍNGUEZ, L.A., “El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad”, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.O., “Relaciones paterno-filiales. La patria potestad” en *@Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica*, Aranzadi, T. V, 2020.
- GUARDIOLA SALMERÓN, M. “Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España”, en *@La Ley Derecho de familia*, núm. 14, 2017.
- GUTIÉRREZ MAYO, E. “Instamamis: la exposición de menores en las redes sociales por sus progenitores. Análisis civil”, *Portal Jurídico Notariosyregistradores.com*. Disponible online en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/>.

- GUTIÉRREZ MAYO, E., “Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales”, *Portal Jurídico Lefebvre*, Tribuna, publicado el 20 de diciembre de 2019.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016.
- HERNÁNDEZ-SERRANO, M^a J., Renés-Arellano, P., Campos Ortuño, R. y González-Larrea, B.: “Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital de adolescentes españoles.” *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 79, 2021.
- HERRERA DE LAS HERAS, R., “El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación” en *www.Diario La Ley*, núm. 8319, 27 de mayo de 2014.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.: “El derecho a la intimidad en los casos de grabaciones no consentidas a personajes públicos”, en *Diario La Ley*, núm. 9625, 2020.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.: *Responsabilidad civil por vulneración del Derecho al honor en las redes sociales*, Reus, 2017.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. “STC 231/1988, de 2 de diciembre, caso Paquirri, *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales comentadas* / Alberto Dorrego de Carlos; Luis Martí Mingarro (coord.), 2007.
- JIMÉNEZ MARTÍN, J.: “La protección del menor infractor ante los medios de comunicación” en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 1, 2012.
- JIMÉNEZ, D.: “La protección de datos de los menores en las redes sociales”, en *Adefinitivas*, núm. 20, 2021.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I., “Diálogo sobre el principio del interés superior del menor” en *La familia, protagonista*, Comisión Organizadora del Congreso General de Familia, 2003.
- JORDANO FRAGA, F. “La capacidad general del menor” en *Revista de Derecho Privado*, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, 2010.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley 1/1996, de 15 de enero” en *Actualidad Civil, La Ley*, 1999.
- LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, 2020.
- LLAMAS BAO, C.: “Hijos menores de edad en redes sociales: su protección al amparo de los artículos 18 y 39 de la Constitución española”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8, 2021.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, 2001.
- MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, en *Diario La Ley*, núm. 6913, 2008.
- MACÍAS CASTILLO, A.: “La protección civil del derecho a la propia imagen de los menores inmigrantes”, en *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad*, núm. 131, 2009.
- MARTÍNEZ CALVO, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de pro-

- tección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3, 2015.
- MARTÍNEZ CALVO, J., *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento de jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 2014.
- MARTÍNEZ PASTOR, E., VIZCAÍNO-LAORGA, R., NICOLÁS OJEDA, M.A., SERRANO MAILLO, I. y GARCÍA MAROTO, S.: *Familias y niños: el negocio de los canales de los niños youtubers*, Fundación BBVA, 2018.
- MARTÍNEZ-SANZ, R.: “La comunicación de los influencers menores de edad: medición de su impacto en el medio plazo”, en *Observatorio (OBS) Journal*, Vol. 15, núm. 3, 2021
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.: “Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años”, en *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, 2019.
- MIRALLES LÓPEZ, R.: “Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPD en las redes sociales”, *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, Lorenzo (editor), Ed. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), 2011.
- MORENO BOBADILLA, A.: *Intimidad y menores*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- MORENO QUESADA, B. (y otros), *Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Comares, 2006
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M. “El menor y su derecho a la intimidad ante los riesgos en la utilización de redes sociales”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (RDES)*, 2013.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, en *La Ley*, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 4, 1996
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, TOMO I, Dijusa, 2008.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La protección post mortem del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre e 1999: caso “Marlene Dietrich””, *Actualidad Civil*, núm. 20, 2003.
- PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, 2010.
- PAÑOS PÉREZ, A., “Daños a la intimidad e imagen del menor en el entorno digital”, en BELLO JANEIRO (Coord.), *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus, 2020.
- PAÑOS PÉREZ, A., “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, núm. 8, 2012.
- PAÑOS PÉREZ, A.: “Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor” en *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 25, núm. 2, 2012.

- PARRA LUCÁN, M^a A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Editorial Jurídica Ramón Areces, Madrid, 2015.
- PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- PEREÑA VICENTE, M., *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, Fundación Manantial, Madrid, 2016.
- PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley” en *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, V. 3, 2018.
- PÉREZ UREÑA, A., “La protección del honor y la imagen de los menores de edad en la Ley de Jurisdicción Voluntaria: arts. 59 y 60” en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 124, 2017.
- PÉREZ VALLEJO, A. M., *Prevención y protección Integral Frente a la Violencia Infantil: Un Enfoque desde los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Tirant lo Blanch, 2021.
- PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F.: *Bullying, Cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, 2016.
- PERLA VELAOCHAGA, E.: “El derecho a la propia imagen”, en *Derecho PUCP*, 1944.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.): *Redes sociales y privacidad del menor*, Reus, 2011.
- REYES MÉNDEZ, D.: “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica”, en *Diario La Ley*, núm. 9335, 2019.
- RIVERA FERNÁNDEZ M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor” en *Revista General de Derecho*, 1996, núm. 621.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “El interés del menor”, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. III, Almería, 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ: *El interés del menor*, 2^a Ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- ROCA TRIAS, E., discurso de contestación al de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña de BORRAS, A., Barcelona 1973.
- RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, M.: “El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil”, en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm 22, 2009.
- ROSENTHAL, E. H. y WERBIN, B.: “A Historical Retrospective on New York’s Right of Privacy Law: 115 Years of New York Court of Appeals Jurisprudence”, en *Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, Vol. 29, núm. 3, 2018.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., “Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutos de la capacidad de obrar y el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. y ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. De los derechos a los hechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SALDAÑA, M. N.: “*The right to privacy*: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis”, en *Revista De Derecho Político*, núm. 85, 2012.

- SANTOS MORÓN, M^a J., “A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: menores y medios de comunicación. El artículo 4 LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor” en *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.
- SERRANO MAILLO, M.I.: “Cómo proteger el derecho a la propia imagen de los menores en televisión”, en *Derecom*, núm. 2, 2010.
- TORRES COSTAS, M^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., “El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción?”, @*Práctica de tribunales: revista de derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 100, 2013.
- VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto” en *Actualidad Civil*, 1997-1.
- VELILLA ANTOLÍN, N., “Patria potestad digital: Menores e internet”, en *Revista jurídica de Derecho de familia (AJFV)*, núm. 7, noviembre 2017.
- VENDRELL CERVANTES, C., *Protección post mortem del derecho a la imagen: el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí*, comentario a la STS de 20 de junio de 2106, publicado el 30 de junio de 2016.
- WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, V. IV, núm. 5, 1890.

